CNUDCI COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties

NATIONS UNIES

Pour plus d'informations, s'adresser au:

Secrétariat de la CNUDCI, Centre international de Vienne,
Boîte postale 500, 1400 Vienne (Autriche)

Téléphone: (+43-1) 26060-4060 Télécopie: (+43-1) 26060-5813
Site Web: www.uncitral.org Courrier électronique: uncitral@uncitral.org

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties

NATIONS UNIES
New York, 2011

PUBLICATION DES NATIONS UNIES
Numéro de vente: F.09.V.12
ISBN 978-92-1-233476-9

Préface

Le *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties par des sûretés réelles mobilières* a été élaboré par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI). À sa trente-troisième session, en 2000, la Commission a examiné un rapport du Secrétaire général sur les travaux futurs possibles dans le domaine du droit des sûretés (A/CN.9/475). Elle est alors convenue que les sûretés constituaient un sujet important porté à son attention au moment opportun, compte tenu en particulier de leur lien étroit avec ses travaux dans le domaine du droit de l'insolvabilité, et a prié le Secrétariat d'établir un autre rapport[1].

À sa trente-quatrième session, en 2001, la Commission a examiné un autre rapport du Secrétaire général (A/CN.9/496), est convenue que des travaux sur les sûretés devraient être entrepris en raison des incidences économiques bénéfiques de dispositions législatives applicables au crédit garanti et a chargé le Groupe de travail VI (Sûretés) d'élaborer un régime juridique efficace pour les sûretés sur les biens meubles corporels faisant l'objet d'une activité commerciale, notamment les stocks[2]. Elle a également recommandé qu'un colloque soit organisé compte tenu de la nécessité de consulter des praticiens et des organisations ayant des compétences dans le domaine du droit des sûretés[3]. Un colloque international sur les opérations garanties s'est tenu à Vienne du 20 au 22 mars 2002. Le Groupe de travail VI a examiné le rapport de ce colloque à sa première session, qui s'est tenue à New York du 2 au 24 mai 2002.

À sa trente-cinquième session, en 2002, la Commission a confirmé que le mandat du Groupe de travail devait être interprété de manière large de façon à ce que l'on obtienne un produit suffisamment souple, devant prendre la forme d'un guide législatif[4].

Le Groupe de travail VI a examiné la première version du projet de guide sur les opérations garanties en mai 2002. Ses travaux se sont déroulés sur douze sessions d'une semaine[5], la session finale ayant eu lieu en février 2007. Outre les représentants des 60 États membres de la Commission, les représentants de nombreux autres États et d'un certain nombre d'organisations internationales, gouvernementales et non gouvernementales ont participé activement aux travaux préparatoires. Le Groupe de travail VI a collaboré étroitement avec le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) pour assurer, en ce qui concerne le traitement des sûretés réelles dans la procédure d'insolvabilité, la coordination avec le *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*[6]. Il a aussi coopéré étroitement avec le Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé pour élaborer le chapitre sur le conflit de lois et a travaillé en coordination avec l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) pour éviter tout chevauchement avec la Convention

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 17* (A/55/17), par. 459 et 463.

[2] *Ibid*., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatifs (A/56/17, Corr.1 et Corr.3), par. 351 et 358.

[3] *Ibid*., par. 359.

[4] *Ibid*., *cinquante-septième session, Supplément n° 17* (A/57/17), par. 202 à 204.

[5] Les rapports du Groupe de travail sur les travaux de ces douze sessions ont été publiés sous les cotes A/CN.9/512, A/CN.9/531, A/CN.9/532, A/CN.9/543, A/CN.9/549, A/CN.9/570, A/CN.9/574, A/CN.9/588, A/CN.9/593, A/CN.9/603, A/CN.9/617 et A/CN.9/620. Au cours de ces sessions, le Groupe de travail a examiné les documents A/CN.9/WG.VI/WP.1 à 31. Les rapports du Groupe de travail ont été examinés par la Commission lors de ses trente-cinquième à quarantième sessions.

[6] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.10. Les rapports sur les travaux des deux sessions conjointes des groupes de travail V et VI ont été publiés sous les cotes A/CN.9/535 et A/CN.9/550. À ces sessions, les groupes de travail ont examiné les documents A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5, A/CN.9/WG.V/WP.70 et A/CN.9/WG.V/WP.71.

relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Le Cap, 2001) et la Convention d'UNIDROIT sur les règles matérielles relatives aux titres intermédiés (Genève, 2009).

À sa trente-neuvième session, en 2006, la Commission a examiné et approuvé en principe le contenu des recommandations du guide sur les opérations garanties[7]. Les négociations finales concernant le projet de guide législatif sur les opérations garanties ont eu lieu pendant sa quarantième session, tenue à Vienne du 25 juin au 12 juillet 2007 (première partie)[8] et du 10 au 14 décembre 2007 (seconde partie), et le texte a été adopté par consensus le 14 décembre 2007 (voir annexe II.A)[9]. L'Assemblée générale a par la suite adopté, le 11 décembre 2008, la résolution 63/121 (voir annexe II.B), dans laquelle elle a remercié la Commission d'avoir finalisé et adopté le *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties*, prié le Secrétaire général d'en diffuser largement le texte et recommandé celui-ci aux États de même que la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international, dont les principes sont également énoncés dans le *Guide*.

---

[7] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 13. Le projet de guide a fait l'objet des documents A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.3, A/CN.9/WG.VI/WP.24 et Add.5, A/CN.9/WG.VI/WP.26/ Add.4 à 8 et A/CN.9/611 et Add.1 et 2.

[8] *Ibid., soixante-deuxième session, Supplément n° 17* [A/62/17 (Part I)], par.154. Le projet de guide figurait dans les documents A/CN.9/631 et Add.1 à 11.

[9] *Ibid., soixante-deuxième session, Supplément n° 17* [A/62/17 (Part II)], par. 99 et 100. Le projet de guide figurait dans les documents A/CN.9/631/Add.1 à 3 et A/CN.9/637 et Add.1 à 8.

Table des matières

		Paragraphes	*Pages*
Préface			iii
Introduction		1-89	1
A.	Objet du *Guide*	1-14	1
B.	Terminologie et interprétation	15-20	5
C.	Exemples de pratiques de financement visées par le *Guide*	21-42	14
1.	Financement de l'acquisition de stocks et de matériel	22-27	14
2.	Financement au moyen d'un crédit permanent garanti par des stocks et des créances	28-30	15
3.	Affacturage	31-34	16
4.	Titrisation	35-37	17
5.	Financement par des prêts à terme	38-40	18
6.	Crédit garanti par un transfert de la propriété	41-42	19
D.	Principaux objectifs et principes fondamentaux d'un régime efficace et effectif en matière d'opérations garanties	43-72	19
1.	Généralités	43-45	19
2.	Principaux objectifs	46-59	20
3.	Principes fondamentaux	60-72	23
E.	Application d'une nouvelle loi sur les opérations garanties	73-89	27
1.	Généralités	73-75	27
2.	Harmonisation avec le droit existant	76-79	28
3.	Questions relatives à la méthode législative et à la technique de rédaction	80-83	29
4.	Questions relatives à l'acculturation après adoption de la loi	84-89	31
F.	Recommandation 1		32
I.	Champ d'application, approches fondamentales en matière d'opérations garanties et thèmes généraux communs à tous les chapitres du *Guide*	1-122	33
A.	Remarques générales	1-122	33
1.	Introduction	1	33
2.	Champ d'application	2-44	33
3.	Approches fondamentales en matière d'opérations garanties	45-112	44
4.	Deux thèmes clefs communs à tous les chapitres du *Guide*	113-122	62
B.	Recommandations 2 à 12		65
II.	Constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties)	1-128	69
A.	Remarques générales	1-102	69
1.	Introduction	1-11	69
2.	Constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties)	12-25	71
3.	Éléments essentiels d'une convention constitutive de sûreté	26-29	75
4.	Forme de la convention constitutive de sûreté	30-33	76
5.	Parties à la convention constitutive de sûreté	34-37	77
6.	Obligations garanties par la convention constitutive de sûreté	38-48	78

		Paragraphes	*Pages*
7.	Biens pouvant faire l'objet d'une convention constitutive de sûreté	49-71	81
8.	Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur le produit	72-85	88
9.	Produit mélangé	86-89	92
10.	Biens meubles corporels mélangés pour former une masse	90-92	93
11.	Biens meubles corporels mélangés pour former un produit fini	93-95	94
12.	Constitution ou continuation d'une sûreté réelle mobilière sur un bien attaché	96-99	95
13.	Constitution ou continuation d'une sûreté réelle mobilière sur une masse ou un produit fini	100-102	96
B.	Remarques sur des biens particuliers	103-128	96
1.	Efficacité d'une cession globale de créances et d'une cession de créance future, de fraction de créance ou de droit indivis sur une créance	103-105	96
2.	Efficacité d'une cession de créance faite en dépit d'une clause d'incessibilité	106-110	97
3.	Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une sûreté personnelle ou réelle garantissant une créance, un instrument négociable ou un autre bien meuble incorporel	111-122	98
4.	Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire	123-125	101
5.	Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant	126-127	101
6.	Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable ou sur un bien meuble corporel représenté par un document négociable	128	102
C.	Recommandations 13 à 28		102
III.	Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière (efficacité à l'égard des tiers)	1-158	109
A.	Remarques générales	1-127	109
1.	Introduction	1-4	109
2.	Principes fondamentaux	5-28	110
3.	Inscription sur un registre général des sûretés	29-46	116
4.	Possession	47-66	120
5.	Inscription sur un registre spécialisé ou annotation sur un certificat de propriété	67-86	125
6.	Opposabilité automatique d'une sûreté réelle mobilière sur le produit	87-96	131
7.	Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens attachés	97-107	133
8.	Opposabilité automatique d'une sûreté réelle mobilière sur une masse ou un produit fini	108-116	136
9.	Continuité de l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière après un changement de lieu de situation du bien ou du constituant	117-119	138

		Paragraphes	*Pages*
	10. Continuité et perte de l'opposabilité	120-127	139
B.	Remarques sur des biens particuliers	128-158	141
	1. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement d'une créance, d'un instrument négociable ou de tout autre bien meuble incorporel	128-137	141
	2. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire	138-148	144
	3. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant	149-153	146
	4. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable ou sur un bien meuble corporel représenté par un document négociable	154-158	148
C.	Recommandations 29 à 53		149
IV.	Le système de registre	1-117	155
A.	Remarques générales	1-117	155
	1. Introduction	1-6	155
	2. Cadre de fonctionnement du registre	7-46	156
	3. Sécurité et intégrité du fichier du registre	47-54	167
	4. Responsabilité en cas de préjudice	55-64	170
	5. Teneur exigée de l'avis inscrit	65-97	172
	6. Inscription anticipée et inscription unique pour plusieurs sûretés réelles mobilières	98-101	181
	7. Moment où prend effet l'inscription d'un avis ou d'une modification	102-105	182
	8. Autorisation pour procéder à l'inscription	106	183
	9. Radiation ou modification d'un avis inscrit	107-116	183
	10. Registres spécialisés	117	185
B.	Recommandations 54 à 75		186
V.	Priorité d'une sûreté réelle mobilière	1-169	191
A.	Remarques générales	1-150	191
	1. Introduction	1-10	191
	2. Le domaine de la priorité	11-19	194
	3. Les approches de la rédaction des règles de priorité	20-26	196
	4. Les différents fondements permettant de déterminer la priorité	27-41	198
	5. Les règles pour déterminer l'ordre de priorité entre réclamants concurrents	42-124	201
	6. Portée et interprétation des règles de priorité	125-150	225
B.	Remarques sur des biens particuliers	151-169	231
	1. Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable	154-156	232
	2. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire	157-163	232
	3. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant des espèces	164	234
	4. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant	165-166	234

		Paragraphes	*Pages*
	5. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un document négociable ou des biens meubles corporels représentés par un document négociable	167-169	235
	C. Recommandations 76 à 109		236
VI.	Droits et obligations des parties à la convention constitutive de sûreté	1-80	243
	A. Remarques générales	1-68	243
	1. Introduction	1-7	243
	2. Autonomie des parties	8-15	244
	3. Règles impératives sur les droits et obligations avant défaillance	16-39	247
	4. Règles non impératives sur les droits et obligations avant défaillance	40-46	253
	5. Règles non impératives types régissant les droits et obligations avant défaillance	47-68	255
	B. Remarques sur des biens particuliers	69-80	260
	1. Garanties dues par le cédant	73	261
	2. Droit de notifier la cession au débiteur de la créance	74-75	262
	3. Droit au paiement de la créance	76-80	262
	C. Recommandations 110 à 116		264
VII.	Droits et obligations des tiers débiteurs	1-45	267
	A. Remarques générales	1-45	267
	1. Introduction	1-6	267
	2. Effet d'une sûreté réelle mobilière sur les obligations d'un tiers débiteur	7-45	268
	B. Recommandations 117 à 130		279
VIII.	Réalisation d'une sûreté réelle mobilière	1-112	278
	A. Remarques générales	1-92	278
	1. Introduction	1-9	278
	2. Principes généraux de réalisation	10-36	278
	3. Étapes procédurales précédant la réalisation et droits du constituant	37-48	297
	4. Exercice extrajudiciaire des droits du créancier garanti	49-73	301
	5. Effets de la réalisation	74-81	309
	6. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un produit	82-84	312
	7. Recoupements entre le régime de réalisation des sûretés mobilières et le régime de réalisation des droits réels immobiliers	85-89	313
	8. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un bien attaché à un meuble, une masse ou un produit fini	90-92	315
	B. Remarques sur des biens particuliers	93-112	316
	1. Généralités	93	316
	2. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur une créance	94-98	316
	3. Réalisation en cas de transfert pur et simple d'une créance	99-101	318

		Paragraphes	*Pages*
	4. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable	102-104	318
	5. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire	105-108	319
	6. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant	109-110	320
	7. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable ou un bien meuble corporel représenté par ce document	111-112	321
	C. Recommandations 131 à 177		321
IX.	Financement d'acquisitions	1-213	331
	A. Remarques générales	1-213	331
	1. Introduction	1-5	331
	2. Terminologie et diversité des formes de financement d'acquisitions	6-12	332
	3. Contexte commercial	13-43	333
	4. Approches en matière de financement de l'acquisition de biens meubles corporels	44-59	341
	5. Choix fondamentaux	60-84	347
	6. Constitution (efficacité entre les parties)	85-95	353
	7. Opposabilité (efficacité à l'égard des tiers)	96-115	357
	8. Priorité	116-182	362
	9. Droits et obligations des parties avant défaillance	183-187	382
	10. Réalisation	188-196	384
	11. Conflit de lois	197-200	386
	12. Transition	201-205	387
	13. Insolvabilité	206-213	389
	B. Recommandations 178 à 202		391
X.	Conflit de lois	1-87	401
	A. Remarques générales	1-82	401
	1. Introduction	1-9	401
	2. Champ d'application des règles de conflit de lois	10-14	403
	3. Règles de conflit de lois concernant la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière	15-27	405
	4. Loi applicable à la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel	28-38	408
	5. Loi applicable à la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble incorporel	39-54	411
	6. Loi applicable à la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit	55-60	415
	7. Loi applicable aux droits et obligations des parties à la convention constitutive de sûreté	61	416
	8. Loi applicable aux droits et obligations des tiers débiteurs	62-63	416
	9. Loi applicable à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière	64-72	417
	10. Règles et moment devant servir de référence pour déterminer le lieu de situation	73-78	419

		Paragraphes	*Pages*
	11. Ordre public et lois de police	79	421
	12. Incidence de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sur la loi applicable aux sûretés réelles mobilières	80-82	421
	B. Remarques particulières concernant les États à plusieurs unités	83-87	422
	C. Recommandations 203 à 227		423
XI.	Transition	1-33	429
	A. Remarques générales	1-33	429
	1. Introduction	1-3	429
	2. Date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi	4-6	430
	3. Approche générale concernant les droits acquis	7-12	431
	4. Questions devant être traitées par les dispositions transitoires	13-33	432
	B. Recommandations 228 à 234		438
XII.	Incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière	1-67	441
	A. Remarques générales	1-67	441
	1. Introduction	1-6	441
	2. Terminologie	7-12	442
	3. Principes généraux applicables aux sûretés réelles mobilières en cas d'insolvabilité	13	443
	4. Loi applicable dans la procédure d'insolvabilité	14-17	444
	5. Traitement des actifs grevés	18-36	445
	6. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure	37-38	450
	7. Traitement des contrats	39-42	450
	8. Action en annulation	43-44	451
	9. Participation des créanciers garantis à la procédure d'insolvabilité	45-46	452
	10. Procédure de redressement	47-53	453
	11. Procédure de redressement accélérée	54-55	454
	12. Traitement des créances garanties	56-58	455
	13. Classement des créances garanties	59-63	455
	14. Financement d'acquisitions	64-66	457
	15. Créances ayant fait l'objet d'un transfert pur et simple avant l'ouverture de la procédure	67	458
	B. Recommandations		458
	1. Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité: terminologie et recommandations		458
	2. Recommandations supplémentaires concernant l'insolvabilité		471
Annexes			
I.	Terminologie et recommandations du *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties*		473
II.	Résolution de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et résolution 63/121 de l'Assemblée générale		559
	A. Résolution de la Commission		559
	B. Résolution 63/121 de l'Assemblée générale		560
Index			563

Introduction

A. Objet du *Guide*

1. Le *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties par des sûretés réelles mobilières* (ci-après "le *Guide*") a pour objet d'aider les États à élaborer des lois modernes sur les opérations garanties[1] (autrement dit des lois sur les opérations donnant naissance à des sûretés réelles sur des biens meubles) afin de promouvoir l'offre de crédit garanti. Il s'adresse aux États qui n'ont pas actuellement de lois efficaces et effectives dans ce domaine, aussi bien qu'à ceux qui en ont déjà, mais qui souhaitent les moderniser et les harmoniser avec celles d'autres États.

2. Le *Guide* part du principe que des lois bien conçues sur les opérations garanties peuvent offrir des avantages économiques considérables aux États qui les adoptent, notamment inciter des prêteurs et d'autres fournisseurs de crédit, nationaux et étrangers, à octroyer des financements, promouvoir le développement et la croissance des entreprises nationales (en particulier des petites et moyennes entreprises) et, d'une façon générale, accroître les échanges. De telles lois procurent également des avantages aux consommateurs en abaissant le coût des biens et des services et en facilitant l'accès au crédit à la consommation. Pour remplir pleinement leurs objectifs, elles doivent s'appuyer sur des systèmes judiciaires et d'autres mécanismes d'application efficaces et effectifs, mais également être étayées par des lois sur l'insolvabilité respectant les droits qu'elles confèrent (par exemple la loi sur l'insolvabilité recommandée dans le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, dénommé ci-après "Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité" ou "Guide sur l'insolvabilité")[2].

3. Le *Guide* s'efforce de transcender les différences entre régimes juridiques pour proposer des solutions pragmatiques et éprouvées qui peuvent être acceptées et appliquées dans des États ayant des traditions juridiques divergentes (droit civil, *common law* et traditions juridiques chinoise, islamique et autres) ainsi que dans des États ayant des économies en développement ou développées. Il s'intéresse avant tout aux lois procurant des avantages économiques concrets aux États qui les adoptent. Il est possible que les États aient à supporter des dépenses prévisibles, toutefois limitées, pour appliquer de telles lois, mais la vaste expérience accumulée montre que ces dépenses devraient être largement compensées par les avantages qu'ils obtiendront à court et à long terme.

4. Toutes les entreprises, quel que soit leur secteur d'activité (exploitation minière ou forestière, agriculture, fabrication, distribution, prestation de services ou vente au détail),

---

[1] Comme nombre d'autres termes et concepts du *Guide*, le terme "opération garantie" est défini dans la section B de l'introduction, à laquelle le lecteur souhaitera donc peut-être se référer.

[2] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.10. L'incidence de l'insolvabilité sur les sûretés réelles mobilières est traitée dans le chapitre XII du *Guide* de façon détaillée et conforme au Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité. C'est pourquoi les recommandations fondamentales du Guide sur l'insolvabilité qui ont spécifiquement trait aux sûretés réelles mobilières sont reproduites dans le chapitre XII et sont complétées par des recommandations supplémentaires qui développent des questions abordées dans le Guide sur l'insolvabilité mais n'y faisant pas l'objet de recommandations.

ont besoin d'un fonds de roulement pour fonctionner, se développer et être compétitives. Des études réalisées par des organisations telles que la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD), le Fonds monétaire international (FMI), la Banque asiatique de développement (BAD) et la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) ont démontré que l'octroi de crédits garantis est l'un des moyens les plus efficaces de doter les entreprises commerciales d'un tel fonds de roulement.

5. Un crédit garanti est efficace essentiellement en ce qu'il permet aux entreprises d'utiliser la valeur intrinsèque de leurs biens afin de réduire le risque que les créanciers ne soient pas remboursés, ceux-ci ayant en effet accès aux biens grevés pour se faire rembourser en cas de non-paiement de l'obligation garantie. Dès lors que des créanciers potentiels estiment que ce risque est limité dans une opération de crédit proposée, ils seront probablement plus disposés à octroyer un crédit, ainsi qu'à en augmenter le montant ou à en diminuer le coût.

6. Un système juridique favorable aux opérations garanties est essentiel si l'on veut atténuer le sentiment de risque que suscitent les opérations et promouvoir l'offre de crédit garanti de façon générale. Il est plus facile pour les entreprises d'obtenir des crédits garantis dans les États qui ont des lois efficaces et effectives produisant des résultats cohérents et prévisibles pour les créanciers garantis en cas de défaillance des débiteurs. D'un autre côté, dans les États où l'absence de telles lois donne aux créanciers l'impression que les opérations de crédit supposent des risques élevés, le coût du crédit tend en règle générale à augmenter, car ces créanciers exigent une rémunération accrue pour évaluer et assumer ce surcroît de risque. Dans certains États, l'absence de régime efficace et effectif en matière d'opérations garanties ou d'insolvabilité, dans lequel les sûretés réelles mobilières soient reconnues, a abouti à la quasi-disparition du crédit aux petites et moyennes entreprises commerciales ainsi qu'aux consommateurs.

7. En aidant à la création et à la croissance d'entreprises individuelles, un régime juridique qui s'attache à promouvoir le crédit garanti peut aussi avoir un effet positif sur la prospérité économique générale d'un État. Aussi les États qui n'ont pas de régime efficace et effectif sur les opérations garanties risquent-ils de se priver de précieux avantages économiques.

8. Afin de favoriser au mieux l'offre de crédit garanti, le *Guide* propose de structurer les lois sur les opérations garanties de sorte que les entreprises puissent tirer le plus grand parti possible de la valeur intrinsèque de leurs biens meubles pour obtenir des crédits. À cet égard, il adopte deux des concepts fondamentaux sur lesquels reposent des lois efficaces en matière d'opérations garanties. Le premier est l'opposabilité (ou efficacité à l'égard des tiers, qui se distingue de l'efficacité entre les parties). Ce concept repose sur un élément essentiel, à savoir un mécanisme simple grâce auquel une sûreté réelle mobilière peut être rendue opposable par inscription d'un avis de manière rapide et peu onéreuse. Le second concept est celui de priorité, qui permet la coexistence de sûretés réelles mobilières de rangs différents sur les mêmes biens. Une entreprise a donc la possibilité de tirer le plus grand parti possible de la valeur des mêmes biens en grevant ceux-ci pour obtenir des crédits garantis auprès de plusieurs créanciers, et chaque créancier peut ainsi connaître le rang de sa sûreté. Ces concepts sont examinés en détail aux chapitres III et V du *Guide.*

9. Le régime juridique prévu ici est purement interne. Le *Guide* est destiné aux législateurs nationaux qui envisagent de réformer le droit interne des opérations garanties.

Cependant, du fait que, dans les opérations garanties, les parties et les biens concernés se trouvent souvent dans des États différents, il traite également de la reconnaissance des sûretés réelles mobilières et des mécanismes de garantie reposant sur la propriété, comme la réserve de propriété sur des biens meubles corporels et le crédit-bail de biens meubles corporels, qui ont été valablement constitués dans d'autres États. Une telle reconnaissance constituerait, pour les titulaires de ces sûretés et mécanismes, une amélioration sensible par rapport au droit actuellement en vigueur dans de nombreux États, qui prévoit souvent l'extinction de ces sûretés et mécanismes en cas de déplacement d'un bien grevé vers un autre État. Elle contribuerait aussi largement à encourager les créanciers à accorder des crédits dans des opérations internationales, ce qui pourrait renforcer le commerce international.

10. Le *Guide* s'efforce dans son ensemble de concilier les intérêts des débiteurs, des créanciers (qu'ils soient garantis, privilégiés ou chirographaires), des tiers concernés (comme les acheteurs et autres personnes auxquelles des biens grevés sont transférés) et de l'État. Ce faisant, il part de l'hypothèse, étayée par de nombreuses données factuelles, que tous les créanciers accepteront une telle approche équilibrée et seront donc encouragés à accorder des crédits, pour autant que les lois (ainsi que l'infrastructure juridique et administrative sur laquelle elles s'appuient) leur permettent d'évaluer leurs risques avec un degré élevé de prévisibilité et avec la certitude qu'en définitive ils obtiendront la valeur économique des biens grevés en cas de non-paiement ou autre forme de manquement de la part du débiteur. Pour parvenir à cet équilibre, une étroite coordination entre le régime applicable aux opérations garanties et celui de l'insolvabilité, notamment des dispositions relatives au traitement des sûretés réelles mobilières en cas de redressement ou de liquidation d'une entreprise, est indispensable. De plus, certains débiteurs, tels que les consommateurs, ont besoin d'une protection supplémentaire. De ce fait, bien que le régime envisagé par le *Guide* s'applique à de nombreuses formes d'opérations de consommateurs, il n'est pas censé s'étendre sur les politiques qui concernent leur protection ni avoir préséance sur le droit applicable dans ce domaine, car ces questions relèvent normalement d'une autre législation.

11. Le *Guide* répond également, dans le même esprit, aux craintes qui ont été exprimées au sujet des crédits garantis: par exemple, que l'octroi à un créancier d'un droit prioritaire sur la totalité ou la quasi-totalité des biens d'une personne n'empêche cette dernière d'obtenir un financement auprès d'autres sources; qu'un créancier garanti n'exerce une influence excessive sur une entreprise, en ayant la faculté, en cas de défaillance, de saisir ou de menacer de saisir les biens grevés de cette entreprise; que les créanciers garantis ne fassent dans certains cas valoir leurs droits sur la plupart ou la totalité des biens d'une personne insolvable, en ne laissant que peu de chose aux créanciers chirographaires, qui ne sont pas nécessairement en mesure de négocier une sûreté réelle mobilière sur ces biens. Le *Guide* examine ces préoccupations et, lorsqu'elles semblent fondées, propose des solutions équilibrées.

12. Le *Guide* s'inspire de travaux antérieurs de la CNUDCI et d'autres organisations, en particulier des textes suivants: Loi modèle sur les sûretés, finalisée par la BERD en 1994[3]; Principes fondamentaux d'un droit moderne des sûretés, élaborés par la BERD en

[3] La Loi modèle sur les sûretés (*Model Law on Secured Transactions*) a été publiée par la Banque européenne pour la reconstruction et le développement à Londres en 1994.

1997[4]; Acte uniforme portant organisation des sûretés, élaboré par l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires en 1997[5]; études sur la réforme du droit de l'insolvabilité et des opérations garanties en Asie et Guide sur les registres de biens meubles, réalisés par la BAD[6]; Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international ("Convention des Nations Unies sur la cession")[7], adoptée en 2001; Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, adoptée en 2001, et protocoles s'y rapportant[8]; Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières, élaborée par l'Organisation des États américains (OEA) en 2002[9]; Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, finalisé en 2004[10]; Convention sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire, adoptée par la Conférence de La Haye de droit international privé en 2002 ("Convention de La Haye sur les titres")[11]; et Convention d'UNIDROIT sur les règles matérielles relatives aux titres intermédiés (Genève, 2009)[12].

13. La section B, sur la terminologie et l'interprétation, énonce les principes régissant l'interprétation des termes employés dans le *Guide* et contient un glossaire où les termes essentiels sont expliqués avec précision. La section C donne une vue d'ensemble des différentes pratiques de financement visées par le *Guide*, telles qu'on les rencontre aujourd'hui dans de nombreux États. L'objectif est d'illustrer la diversité des opérations de crédit auxquelles sont destinées les recommandations du *Guide*. La section D est consacrée aux principaux objectifs et principes fondamentaux d'un régime efficace et effectif en matière d'opérations garanties. Les principaux objectifs énoncés dans la section D.1 sont le fruit d'une analyse des buts essentiels de la législation sur les opérations garanties, qui s'appuie sur les travaux d'autres organisations et que viennent compléter des considérations supplémentaires issues des travaux de la CNUDCI sur le financement par cession de créances et l'insolvabilité. La section D.2 expose une série de principes fondamentaux qui orientent les recommandations du *Guide*. Elle vise à mettre en relief les principales caractéristiques du *Guide* susceptibles de s'écarter du droit en vigueur dans de nombreux États ainsi qu'à établir le lien entre les principaux objectifs généraux et les recommandations du *Guide*.

14. La section E aborde un certain nombre de questions concernant l'application d'une nouvelle loi sur les opérations garanties. La section E.2 examine comment les États peuvent veiller à ce que la législation qu'ils adoptent conformément aux recommandations du *Guide* soit effectivement intégrée dans le cadre juridique existant. La section E.3 explique comment appliquer les recommandations du *Guide* en respectant diverses méthodes de rédaction des textes législatifs. Enfin, la section E.4 propose un certain nombre de mesures que les États pourraient adopter, une fois les recommandations mises en œuvre, pour

---

[4] www.ebrd.com/country/sector/law/st/core/model/corefr.pdf.

[5] www.ohada.com/textes.php?categorie=458.

[6] Voir *Law and Policy Reform at the Asian Development Bank 2000*, volume I (avril 2000), *Law and Policy Reform at the Asian Development Bank 2000*, volume II (décembre 2000) et *Law and Policy Reform at the Asian Development Bank — A Guide to Movables Registries* (décembre 2002).

[7] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.04.V.14.

[8] Convention du Cap et Protocole aéronautique, *Acts and Proceedings of the Cape Town Diplomatic Conference*, 2006, Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), Rome.

[9] www.oas.org/consejo/fr/cajp/Documentos/ce00231f07.doc.

[10] Voir note 2 ci-dessus.

[11] Actes et documents de la Dix-neuvième session (2002), tome II, Titres, HCCH, 2006 et www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=72.

[12] www.unidroit.org/french/conventions/2009intermediatedsecurities/main.htm.

garantir l'efficacité de la loi révisée sur les opérations garanties dans la pratique. On trouvera à la fin de l'Introduction la première recommandation du *Guide*, qui énonce les principaux objectifs que les États devraient poursuivre lorsqu'ils adoptent une loi efficace et effective sur les opérations garanties.

B. Terminologie et interprétation

15. Le droit des opérations garanties se trouve à la croisée de plusieurs branches du droit national. Ainsi, dans un souci de clarté et pour éviter les malentendus, le *Guide* adopte une terminologie précise pour exprimer les concepts qui sont à la base d'un régime efficace en matière d'opérations garanties. Cette terminologie n'est empruntée à aucun système juridique particulier. Même lorsqu'un terme se trouve être identique à celui employé dans le droit d'un État (qu'il s'agisse du droit des opérations garanties ou d'autres règles de droit), le *Guide* n'entend pas adopter le sens qu'il revêt dans ce droit. Au contraire, dans le but de faciliter une communication précise, indépendamment de tout système juridique national particulier, il propose un glossaire des termes clefs qu'il emploie (voir ci-dessous). Ce glossaire vise à permettre aux lecteurs de comprendre les recommandations du *Guide* de manière uniforme, grâce à un vocabulaire et à un cadre conceptuel communs. Il est donc un élément essentiel du *Guide*.

16. Le champ et le contenu de chaque recommandation dépendent du sens des termes employés. Lorsque les États adoptent une loi sur les opérations garanties, il importe que les termes et les concepts qui ne font pas déjà partie de leur droit interne soient bien définis. Certaines recommandations utilisent des termes qu'elles expliquent expressément. Le sens de certains termes énumérés ci-après est précisé dans les recommandations où ils figurent ou dans les chapitres pertinents du *Guide*. Dans l'idéal, les États pourraient simplement incorporer ces termes et concepts dans la nouvelle loi, en modifiant la nomenclature lorsqu'il y a lieu, mais en conservant le contenu des concepts. Une autre possibilité serait que les États envisagent d'utiliser les définitions du *Guide* comme référence pour élaborer leurs propres définitions dans une loi donnant effet aux recommandations. L'une ou l'autre solution éviterait de modifier involontairement le fond, contribuerait dans une très large mesure à une interprétation uniforme de la nouvelle loi et favoriserait l'harmonisation du droit des opérations garanties.

17. Dans les recommandations du *Guide*, la conjonction "ou" n'est pas exclusive; le singulier inclut le pluriel et inversement; les mots "inclure", "comprendre" et leurs équivalents ne signifient pas que les énumérations qu'ils introduisent sont exhaustives; le verbe "peut" exprime la permission et le verbe "devrait" une instruction; et les formules "tel que", "par exemple" et "notamment" doivent être interprétées de la même manière que le verbe "inclure" et ses équivalents. Le terme "créanciers" devrait être interprété comme désignant à la fois les créanciers dans l'État adoptant et les créanciers étrangers, sauf indication contraire. Le terme "personne" devrait être interprété comme désignant à la fois les personnes physiques et les personnes morales, sauf indication contraire. Le terme "droit réel" doit être interprété comme désignant un droit sur un bien (*jus in re*) par opposition à un droit personnel (*jus ad personam*).

18. Certains États pourront choisir d'appliquer les recommandations du *Guide* en adoptant une loi unique globale (méthode qui a plus de chances d'éviter les incohérences, les erreurs par omission ou les malentendus), tandis que d'autres voudront peut-être

modifier leur droit existant en insérant, dans diverses lois, des règles spécifiques. Le *Guide* désigne l'ensemble des règles recommandées, quelle que soit la méthode retenue pour leur application, par les termes "la loi" ou "la présente loi".

19. Le *Guide* emploie en outre le terme "droit" dans différents contextes. Sauf indication expresse contraire, dans l'ensemble du *Guide*: *a)* le terme "droit" désigne aussi bien les règles d'origine législative que les règles d'origine non législative; *b)* le terme "droit" désigne le droit interne, à l'exclusion des règles de conflit de lois (afin d'éviter le renvoi); *c)* l'expression "autre droit" ou "autres règles de droit" désigne l'ensemble des règles d'un État (qu'il s'agisse de règles matérielles ou procédurales) autres que celles qui forment la loi sur les opérations garanties (qu'elle préexiste au *Guide* ou ait été adoptée ou modifiée depuis peu conformément aux recommandations du *Guide*); *d)* l'expression "droit régissant les instruments négociables" désigne non seulement un ensemble particulier de règles législatives ou autres appelé "droit des instruments négociables", mais inclut également le droit des contrats et tout autre droit général qui pourrait être applicable aux opérations ou situations où intervient un instrument négociable (la même règle s'applique aux expressions similaires); et *e)* le terme "droit de l'insolvabilité" a lui aussi une acception très large mais fait référence uniquement au droit qui pourrait être applicable à l'ouverture et à la conduite d'une procédure d'insolvabilité. Enfin, le *Guide* emploie, dans le contexte du conflit de lois, les expressions "loi" et "loi applicable" au sens large.

20. On trouvera dans le glossaire ci-après les principaux termes qui sont employés et le sens fondamental qui leur est donné dans le *Guide*. Ce sens est précisé dans les différents chapitres où apparaissent les termes. Ces chapitres définissent et emploient en outre d'autres termes (comme c'est le cas notamment du chapitre XII relatif à l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière). Ces termes supplémentaires devraient être lus conjointement avec les recommandations où ils figurent.

Le terme "acceptation" en ce qui concerne le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant signifie que le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée qui effectuera un paiement ou s'exécutera de toute autre manière suite à une demande de paiement ("tirage") de l'engagement, a unilatéralement ou conventionnellement:

a) Accepté la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur ce droit (que cette sûreté soit appelée cession ou autrement) en faveur du créancier garanti, ou y a consenti (quelle que soit la façon dont cette acceptation ou ce consentement sont constatés); ou

b) Pris l'engagement de payer le créancier garanti ou de s'exécuter d'une autre manière en sa faveur suite à un tirage de l'engagement;

Le terme "accord de contrôle" désigne l'accord entre une banque dépositaire, un constituant et un créancier garanti, constaté par un écrit signé [13], dans lequel la banque est convenue de suivre les instructions du créancier concernant le paiement de fonds crédités sur le compte bancaire sans que le constituant ait à donner son consentement;

[13] Pour la signification de l'expression "écrit signé" dans le contexte des communications électroniques, voir les recommandations 11 et 12.

Le terme “avis” désigne une communication par écrit[14];

Le terme “bien attaché à un immeuble” désigne le bien meuble corporel qui est physiquement attaché à un immeuble au point que, même s’il n’a pas perdu son identité distincte, il est traité comme un immeuble par le droit de l’État où est situé l’immeuble;

Le terme “bien attaché à un meuble” désigne le bien meuble corporel qui est physiquement attaché à un autre bien meuble corporel, sans perdre toutefois son identité distincte;

Le terme “bien grevé” désigne le bien meuble corporel ou incorporel sur lequel porte une sûreté réelle mobilière. Il inclut aussi une créance qui a fait l’objet d’un transfert pur et simple[15];

Le terme “bien meuble corporel” désigne notamment les stocks, le matériel, les biens de consommation, les biens attachés, les instruments négociables, les documents négociables et les espèces;

Le terme “bien meuble incorporel” désigne notamment les droits incorporels, les créances et les droits à l’exécution d’obligations autres que des créances;

Le terme “biens de consommation” désigne les biens meubles corporels que le constituant utilise ou entend utiliser à des fins personnelles, familiales ou domestiques;

Le terme “cédant” désigne la personne qui cède une créance[16];

Le terme “cession” désigne la constitution d’une sûreté réelle mobilière sur une créance en garantie du paiement ou d’une autre forme d’exécution d’une obligation. Pour plus de commodité, il englobe aussi le transfert pur et simple d’une créance, bien que cette forme de cession ne garantisse pas le paiement ou une autre forme d’exécution d’une obligation[17];

Le terme “cession subséquente” désigne la cession effectuée par le cessionnaire initial ou tout autre cessionnaire[18]. Dans une cession subséquente, la personne qui effectue la cession est le cédant et la personne à qui la cession est effectuée est le cessionnaire;

Le terme “cessionnaire” désigne la personne à laquelle une créance est cédée;

Le terme “compte bancaire” désigne le compte tenu par une banque sur lequel des fonds peuvent être crédités. Il inclut le compte chèque ou autre compte courant,

---

[14] Pour les équivalents électroniques des termes “écrit” et “écrit signé”, voir les recommandations 11 et 12.

[15] Voir le terme “sûreté réelle mobilière”, ainsi que la recommandation 3 et le commentaire correspondant.

[16] Pour les termes “cédant”, “cession” et “cessionnaire”, voir aussi l’alinéa *a* de l’article 2 de la Convention des Nations Unies sur la cession.

[17] Voir le terme “sûreté réelle mobilière”, ainsi que la recommandation 3 et le commentaire correspondant.

[18] Voir l’alinéa *b* de l’article 2 de la Convention des Nations Unies sur la cession.

le compte d'épargne ou le compte à terme. Il inclut aussi un droit au paiement de fonds transférés à la banque à titre de remboursement anticipé d'une obligation de paiement futur que la banque a contractée et un droit au paiement de fonds transférés à la banque à titre de sûreté en espèces garantissant une obligation due à cette dernière dans la mesure où l'auteur du transfert a un droit sur ces fonds si, en vertu du droit national, l'obligation de la banque est un compte bancaire. Il n'inclut pas un droit à paiement contre la banque constaté par un instrument négociable;

Le terme "confirmateur" désigne la banque ou une autre personne qui ajoute son propre engagement de garantie indépendant à celui du garant/émetteur[19];

Le terme "connaissance" désigne la connaissance effective et non la connaissance supposée;

Le terme "constituant" désigne la personne qui constitue une sûreté réelle mobilière pour garantir sa propre obligation ou celle d'une autre personne[20]. Dans l'approche unitaire du financement d'acquisitions, le terme "constituant" d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition inclut l'acheteur dans le cadre d'une vente avec réserve de propriété ou le crédit-preneur. Pour plus de commodité, il inclut aussi le cédant dans le cadre du transfert pur et simple d'une créance, bien que celui-ci ne cède pas la créance dans le but de garantir l'exécution d'une obligation[21];

Le terme "contrat financier" désigne toute opération au comptant, à terme, sur option ou de contrat d'échange portant sur des taux d'intérêt, matières premières, devises, actions, obligations, indices ou tout autre instrument financier, toute opération de rachat ou de prêt sur valeurs mobilières, et toute autre opération analogue à l'une des précédentes effectuée sur les marchés financiers, et toute combinaison des opérations visées ci-dessus[22];

Le terme "contrat initial" désigne, dans le cas d'une créance créée contractuellement, le contrat entre le cédant et le débiteur de la créance d'où naît la créance;

Le "contrôle", en ce qui concerne le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, existe:

a) Automatiquement dès la constitution d'une sûreté réelle mobilière si le créancier garanti est la banque dépositaire;

---

[19] Comme à l'alinéa *e* de l'article 6 de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.97.V.12), une confirmation donne au bénéficiaire la possibilité de demander paiement au confirmateur, au lieu du garant/émetteur, conformément aux conditions de l'engagement confirmé.

[20] Voir le terme "débiteur".

[21] Voir le terme "sûreté réelle mobilière", ainsi que la recommandation 3 et le commentaire correspondant.

[22] Voir l'alinéa *k* de l'article 5 de la Convention des Nations Unies sur la cession ainsi que la définition du terme dans le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité. La référence dans cette définition à "toute autre opération analogue à l'une des précédentes effectuée sur les marchés financiers" englobe l'ensemble des opérations réalisées sur les marchés financiers. Le terme est souple. Il inclut toute opération effectuée sur les marchés financiers où les droits à paiement sont déterminés par référence à: *a)* des catégories de biens sous-jacents; ou *b)* des mesures quantitatives du risque ou de la valeur économique ou financière, associée à un événement ou à une éventualité, par exemple en fonction de statistiques climatiques, de taux de fret, de droits d'émissions ou de statistiques économiques.

b) Si la banque dépositaire a conclu un accord de contrôle avec le constituant et avec le créancier garanti; ou

c) Si le créancier garanti est le titulaire du compte;

Le "contrôle", en ce qui concerne le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant, existe:

a) Automatiquement dès la constitution d'une sûreté réelle mobilière si le créancier garanti est le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée; ou

b) Si le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée a émis une acceptation en faveur du créancier garanti;

Le terme "convention constitutive de sûreté" désigne la convention, quelle qu'en soit la forme ou l'appellation, entre un constituant et un créancier par laquelle est créée une sûreté réelle mobilière. Pour plus de commodité, il inclut aussi une convention en vue du transfert pur et simple d'une créance, bien que ce type de transfert ne garantisse pas l'exécution d'une obligation[23];

Le terme "convention de compensation globale" désigne la convention entre deux parties ou plus prévoyant une ou plusieurs des modalités suivantes:

a) Le règlement net des paiements dus dans la même monnaie à la même date par novation ou autrement;

b) Lors de l'insolvabilité d'une partie ou autre défaillance de sa part, la liquidation de toutes les opérations à leur valeur de remplacement ou à leur juste valeur de marché, la conversion des sommes correspondantes dans une seule monnaie et la compensation globale sous forme d'un paiement unique effectué par une partie à l'autre; ou

c) La compensation des montants calculés comme prévu à l'alinéa *b* précédent au titre de deux conventions de compensation globale, ou plus[24];

Le terme "créance" désigne le droit au paiement d'une obligation monétaire à l'exclusion d'un droit à paiement constaté par un instrument négociable, d'un droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant et d'un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire[25];

Le terme "créancier garanti" désigne le créancier titulaire d'une sûreté réelle mobilière. Pour plus de commodité, il inclut aussi le cessionnaire d'une créance transférée purement et simplement, bien que ce type de transfert ne garantisse pas l'exécution d'une obligation[26];

---

[23] Voir le terme "sûreté réelle mobilière", ainsi que la recommandation 3 et le commentaire correspondant.

[24] Voir également l'alinéa *l* de l'article 5 de la Convention des Nations Unies sur la cession.

[25] Voir l'alinéa *a* de l'article 2 de la Convention des Nations Unies sur la cession. On notera que cette convention s'applique uniquement aux créances contractuelles, alors que le *Guide* s'applique également aux créances non contractuelles (voir chap. I sur le champ d'application, par. 6). Pour l'exclusion des dépôts bancaires, des lettres de crédit et des instruments négociables, voir l'article 4, par. 2 *f*, 2 *g* et 3, respectivement, de cette même convention.

[26] Voir le terme "sûreté réelle mobilière", ainsi que la recommandation 3 et le commentaire correspondant.

Le terme “créancier garanti finançant l’acquisition” (employé tant dans l’approche unitaire que dans l’approche non unitaire du financement d’acquisitions) désigne le créancier garanti titulaire d’une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d’une acquisition. Il englobe, dans l’approche unitaire, le vendeur réservataire et le crédit-bailleur (termes employés dans l’approche non unitaire);

Le terme “débiteur” désigne la personne qui doit exécuter une obligation garantie et inclut un débiteur subsidiaire, tel qu’un garant de l’obligation. Le débiteur peut être ou non la personne qui constitue la sûreté réelle mobilière (voir le terme “constituant” plus haut);

Le terme “débiteur de la créance” désigne la personne tenue de payer une créance et inclut un garant ou une autre personne tenue au paiement de la créance à titre subsidiaire[27];

Le terme “document négociable” désigne le document représentatif d’un droit à la remise de biens meubles corporels, tel qu’un récépissé d’entrepôt ou un connaissement, qui satisfait aux conditions de négociabilité prévues par le droit régissant les documents négociables;

Le terme “droit de crédit-bail” (employé uniquement dans l’approche non unitaire du financement d’acquisitions) désigne le droit du bailleur sur un bien meuble corporel (autre qu’un instrument ou un document négociable) faisant l’objet d’un bail à la fin de la durée duquel:

a) Le preneur devient automatiquement propriétaire du bien objet du bail;

b) Le preneur peut acquérir la propriété du bien en payant tout au plus un prix symbolique; ou

c) Le bien a tout au plus une valeur résiduelle symbolique;

Le terme inclut un accord de location-vente, même s’il n’est pas appelé “bail” ou “location” pour autant qu’il satisfasse aux conditions énoncées à l’alinéa *a*, *b* ou *c*;

Le terme “droit de recevoir le produit d’un engagement de garantie indépendant” désigne le droit de recevoir un paiement dû, une traite acceptée, un paiement différé contracté ou un autre article de valeur, que doit dans chaque cas payer ou remettre le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée s’exécutant au titre du tirage de l’engagement. Il inclut également le droit de recevoir un paiement en rapport avec l’achat par une banque négociatrice d’un instrument négociable ou d’un document suivant une présentation conforme. Il ne désigne pas:

a) Le droit de tirer un engagement de garantie indépendant; ni

[27] Voir aussi l’alinéa *a* de l’article 2 de la Convention des Nations Unies sur la cession. Un garant dans le cadre d’une sûreté personnelle accessoire n’est pas seulement débiteur de la créance principale dont il a garanti le paiement, mais aussi débiteur de sa propre créance découlant de la sûreté, étant donné que cette dernière fait naître un engagement personnel du garant envers le créancier (autrement dit, il y a deux créances).

b) Ce qui est reçu après que l'engagement de garantie indépendant a été honoré[28];

Le terme "droit de réserve de propriété" (employé uniquement dans l'approche non unitaire du financement d'acquisitions) désigne le droit du vendeur sur un bien meuble corporel (autre qu'un instrument ou un document négociable) découlant d'un arrangement avec l'acheteur en vertu duquel la propriété du bien n'est pas transférée (ou transférée irrévocablement) à l'acheteur tant que n'a pas été remboursée la fraction non payée de son prix d'achat;

Le terme "émetteur" d'un document négociable désigne la personne qui est tenue de remettre les biens meubles corporels représentés par le document conformément au droit régissant les documents négociables, que cette personne ait convenu ou non de s'acquitter de toutes les obligations découlant du document;

Le terme "engagement de garantie indépendant" désigne une lettre de crédit (commerciale ou stand-by), une confirmation de lettre de crédit, une garantie indépendante (y compris une garantie bancaire sur demande ou à première demande ou une contre-garantie) ou tout autre engagement de garantie considéré comme indépendant par les règles de droit ou de pratique, telles que la Convention des Nations Unies sur les garanties et les stand-by, les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires, les Règles et pratiques internationales relatives aux stand-by et les Règles uniformes relatives aux garanties sur demande;

Le terme "espèces" désigne la monnaie fiduciaire actuellement autorisée par un État comme ayant cours légal. Il n'englobe pas les fonds crédités sur un compte bancaire ni les instruments négociables tels que les chèques;

Le terme "garant/émetteur" désigne la banque ou une autre personne qui émet un engagement de garantie indépendant;

Le terme "instrument négociable" désigne l'instrument représentatif d'un droit à paiement, tel qu'un chèque, une lettre de change ou un billet à ordre, qui satisfait aux conditions de négociabilité prévues par le droit régissant les instruments négociables[29];

Le terme "masse de l'insolvabilité" désigne les actifs du débiteur qui font l'objet de la procédure d'insolvabilité;

---

[28] Une sûreté réelle mobilière sur le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant (en tant que bien initialement grevé) diffère d'une sûreté sur le "produit" (concept clef du *Guide*) de biens visés par le *Guide* (voir le terme "produit" et la recommandation 19). Ainsi, ce qui est reçu après que l'engagement de garantie indépendant a été honoré (en d'autres termes du fait d'une présentation conforme en vertu de cet engagement) est le "produit" du droit de recevoir le produit de cet engagement.

[29] Pour élaborer le *Guide*, on s'est fondé sur les instruments et les documents négociables sous forme papier étant donné qu'il serait particulièrement difficile de créer un équivalent électronique pour ces instruments et documents. Cela étant, le *Guide* ne devrait pas être interprété comme décourageant l'utilisation de tels équivalents électroniques. Ainsi, un État adoptant qui souhaite traiter cette question devra formuler des règles spéciales. La Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux ne traite pas non plus de l'équivalent électronique des instruments et documents négociables sous forme papier pour la même raison (voir publication des Nations Unies, numéro de vente: F.07.V.2, note explicative, par. 7).

Les termes “masse ou produit fini” désignent les biens meubles corporels autres que des espèces qui sont physiquement associés ou unis à d’autres biens meubles corporels au point de perdre leur identité distincte;

Le terme “matériel” désigne le bien meuble corporel utilisé par une personne dans le cadre de son entreprise ou toute autre activité professionnelle;

Le terme “notification de la cession” désigne une communication par écrit qui identifie suffisamment la créance cédée et le cessionnaire[30];

Le terme “obligation garantie” désigne l’obligation garantie par une sûreté réelle mobilière;

Le terme “opération garantie” désigne l’opération par laquelle est constituée une sûreté réelle mobilière. Pour plus de commodité, il inclut aussi le transfert pur et simple d’une créance, bien que ce type de transfert ne garantisse pas l’exécution d’une obligation[31];

Le terme “personne désignée” désigne la banque ou une autre personne qui est identifiée dans un engagement de garantie indépendant par un nom ou type (par exemple “une banque quelconque dans un pays X”) comme étant la personne désignée pour exécuter l’engagement et qui agit conformément à cette désignation et, dans le cas d’un engagement de garantie indépendant librement réalisable, toute banque ou autre personne;

Le terme “possession” (sauf tel qu’il est employé dans les recommandations 28 et 51 à 53 en ce qui concerne l’émetteur d’un document négociable) désigne uniquement la possession effective d’un bien meuble corporel par une personne, ou un mandataire ou un salarié de cette personne, ou encore un tiers indépendant qui accepte de le détenir pour cette personne. Il n’inclut pas la possession non effective qualifiée de virtuelle, fictive, supposée ou symbolique;

Le terme “priorité” désigne le droit d’une personne de jouir des effets économiques de sa sûreté réelle mobilière par préférence au droit d’un réclamant concurrent;

Le terme “procédure d’insolvabilité” désigne la procédure collective, soumise à la supervision d’un tribunal de l’insolvabilité, en vue d’un redressement ou d’une liquidation;

Le terme “produit” désigne tout ce qui est reçu en relation avec un bien grevé, notamment ce qui est reçu de la vente ou d’un autre acte de disposition, du recouvrement, de la location ou de la mise sous licence du bien grevé, le produit du produit, les fruits naturels et civils ou les revenus, les dividendes, les indemnités d’assurance et les droits nés d’un vice, de l’endommagement ou de la perte du bien grevé[32];

---

[30] Pour savoir quand la notification de la cession produit effet, voir la recommandation 118.

[31] Voir le terme “sûreté réelle mobilière”, ainsi que la recommandation 3 et le commentaire correspondant.

[32] Voir l’alinéa *j* de l’article 5 de la Convention des Nations Unies sur la cession.

Le terme "propriété intellectuelle" désigne les droits d'auteur, les marques de produits, les brevets, les marques de services, les secrets d'affaires, les dessins et modèles et tout autre bien considéré comme de la propriété intellectuelle par le droit interne de l'État adoptant ou par un accord international auquel il est partie[33];

Le terme "réclamant concurrent"[34] désigne un créancier du constituant qui est en concurrence avec un autre créancier de ce constituant titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur un bien grevé du constituant. Il englobe:

a) Un autre créancier titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur le même bien grevé (qu'il s'agisse du bien initialement grevé ou du produit);

b) Dans l'approche non unitaire du financement d'acquisitions, le vendeur ou le crédit-bailleur du même bien grevé qui en est resté propriétaire;

c) Un autre créancier du constituant ayant un droit sur le même bien grevé;

d) Le représentant de l'insolvabilité dans la procédure d'insolvabilité visant le constituant[35]; ou

e) Tout acheteur ou autre bénéficiaire du transfert (y compris un preneur à bail ou un preneur de licence) du bien grevé;

Le terme "représentant de l'insolvabilité" désigne la personne ou l'organe, même nommé(e) à titre provisoire, habilité(e) dans une procédure d'insolvabilité à administrer le redressement ou la liquidation de la masse de l'insolvabilité;

Le terme "stocks" désigne les biens meubles corporels destinés à être vendus ou loués dans le cours normal des affaires d'une personne, ainsi que les matières premières et les produits semi-finis (produits en cours de fabrication);

Le terme "sûreté réelle mobilière" désigne le droit réel sur un bien meuble constitué par une convention en garantie du paiement ou d'une autre forme d'exécution d'une obligation, que les parties aient ou non appelé ce droit "sûreté réelle mobilière". Dans l'approche unitaire du financement d'acquisitions, ce terme

---

[33] La définition du terme "propriété intellectuelle" est conçue de sorte que le *Guide* soit conforme au droit et aux traités régissant la propriété intellectuelle, tout en laissant au législateur d'un État adoptant les recommandations du *Guide* la faculté d'aligner la signification du terme sur son droit interne et ses obligations internationales. Un État adoptant peut ajouter à la liste ou en supprimer des types de propriété intellectuelle pour se conformer à son droit interne. Les accords internationaux visés sont, par exemple, la Convention instituant l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle et l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce ("Accord sur les ADPIC"). Dans les définitions des termes "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition", "droit de réserve de propriété" et "droit de crédit-bail", on parle de "biens meubles corporels" pour bien montrer que ces termes ainsi que les recommandations qui s'y réfèrent visent uniquement ce type de biens (et non les biens meubles incorporels tels que la propriété intellectuelle). Dans la définition du terme "créance", il n'est pas fait référence à l'"exécution d'une obligation non monétaire" pour bien montrer que, comme il en a été convenu, ce terme et les recommandations relatives aux "créances" se rapportent uniquement aux créances "de sommes d'argent" et non, par exemple, aux droits d'un preneur de licence ou aux obligations d'un donneur de licence découlant d'un contrat de licence de propriété intellectuelle.

[34] Pour le terme "réclamant concurrent", voir aussi l'alinéa *m* de l'article 5 de la Convention des Nations Unies sur la cession.

[35] Dans le chapitre concernant l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière (chap. XII du présent *Guide*), il est fait référence à "l'insolvabilité du débiteur" afin de suivre la terminologie employée dans le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité.

englobe à la fois les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions et les sûretés réelles mobilières non liées au paiement d'acquisitions. Dans l'approche non unitaire, il n'inclut pas le droit de réserve de propriété ni le droit de crédit-bail. Pour plus de commodité, il inclut aussi le droit du cessionnaire dans le transfert pur et simple d'une créance, bien que ce type de transfert ne garantisse pas le paiement ou une autre forme d'exécution d'une obligation[36]. Il ne désigne pas un droit personnel contre un garant ou contre une autre personne tenue au paiement de l'obligation garantie;

Le terme "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition" (employé tant dans l'approche unitaire que dans l'approche non unitaire du financement d'acquisitions) désigne la sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel (autre qu'un instrument ou un document négociable) qui garantit l'obligation de rembourser toute fraction non payée de son prix d'achat ou encore une obligation contractée ou un crédit octroyé pour permettre au constituant d'acquérir ce bien. Une "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition" ne doit pas nécessairement être désignée comme telle. Dans l'approche unitaire, ce terme englobe le droit de réserve de propriété et le droit de crédit-bail (termes employés dans l'approche non unitaire);

Le terme "tribunal de l'insolvabilité" désigne l'autorité, judiciaire ou autre, compétente pour contrôler ou superviser une procédure d'insolvabilité.

C. Exemples de pratiques de financement visées par le *Guide*

21. Une grande diversité d'opérations garanties sont actuellement utilisées dans le monde entier. Certaines sont expressément appelées "opérations garanties" dans le droit interne et d'autres non. Le *Guide* décrit ci-après un certain nombre de pratiques, afin de donner un aperçu des différentes situations où un crédit garanti peut être utilisé ainsi que des pratiques de financement qu'il vise à encourager. Dans plusieurs cas, il se réfère à ces exemples pour illustrer des points particuliers qu'un régime efficace et effectif en matière d'opérations garanties doit aborder. Il importe cependant de noter que ces exemples ne représentent que quelques-unes des nombreuses formes d'opérations garanties actuellement pratiquées. Un régime moderne dans ce domaine doit être suffisamment souple pour prendre en compte les méthodes de financement existantes ainsi que les nouvelles méthodes qui apparaîtront inévitablement dans l'avenir.

1. Financement de l'acquisition de stocks et de matériel

22. Les entreprises obtiennent souvent un financement pour certains achats de stocks ou de matériel. Le financement nécessaire est fourni dans de nombreux cas par le vendeur des stocks ou du matériel achetés, dans d'autres cas par un prêteur, qui peut être un tiers indépendant ou une société liée au vendeur (comme dans le cas d'une société de financement créée par le vendeur pour encourager et faciliter les ventes). Le vendeur reste propriétaire des stocks ou du matériel en garantie du paiement du prix d'achat. Il peut

[36] Voir chapitre I, recommandation 3 et commentaire correspondant.

aussi se voir consentir une sûreté réelle mobilière sur les stocks ou le matériel achetés en garantie du remboursement du crédit ou du prêt.

23. Voici un exemple de financement d'acquisitions faisant intervenir les parties suivantes: la société ABC Manufacturing (ABC), trois fournisseurs différents (F1, F2 et F3), un bailleur de matériel (B1) et un prêteur (P1). La société ABC, qui fabrique des meubles, souhaite acquérir certains stocks et matériels pour les utiliser dans ses activités de fabrication. Elle veut acheter de la peinture (qui constitue une matière première et, partant, des stocks) au fournisseur F1, des perceuses à colonne (qui constituent du matériel) au fournisseur F2 et des convoyeurs de manutention (également du matériel) au fournisseur F3. Enfin, elle veut louer du matériel informatique au bailleur B1.

24. En vertu du contrat d'achat conclu avec le fournisseur F1, ABC est tenue de payer dans un délai de 30 jours après facturation la peinture achetée, qu'elle a grevée d'une sûreté réelle mobilière en faveur dudit fournisseur en garantie du paiement du prix d'achat. En vertu du contrat d'achat avec le fournisseur F2, ABC est tenue de payer les perceuses dans les 60 jours qui suivent leur livraison à son usine. Le contrat prévoit aussi que le fournisseur reste propriétaire des perceuses jusqu'à complet paiement du prix d'achat.

25. En vertu du contrat d'achat avec le fournisseur F3, ABC est tenue de payer le matériel de manutention une fois celui-ci installé dans son usine et mis en état de fonctionner. Pour financer cet achat et cette installation, ABC obtient du prêteur P2 un prêt qu'elle garantit en créant une sûreté sur le matériel en question.

26. En vertu du contrat de location avec le bailleur B1, ABC loue à ce dernier le matériel informatique pour une période de deux ans. Elle est tenue de verser des loyers mensuels pendant la durée du bail, à l'expiration duquel elle a la possibilité (mais non l'obligation) d'acheter le matériel à un prix symbolique. Le contrat de location stipule que le bailleur B1 reste propriétaire du matériel pendant la durée du bail, mais que la propriété sera transférée à ABC à l'expiration du bail si elle exerce l'option d'achat. Ce type de bail est souvent appelé "crédit-bail" ou "location-financement". Dans certaines formes de crédit-bail ou location-financement, la propriété du bien loué est transférée au preneur automatiquement à l'expiration du bail. Il faut distinguer le crédit-bail de ce que l'on appelle généralement le "bail d'exploitation", à l'expiration duquel le bien loué conserve en principe une durée de vie utile et ne peut être acheté par le preneur à un prix symbolique ni lui être transféré en pleine propriété automatiquement.

27. Dans chacun des cas ci-dessus (peinture, perceuses, convoyeurs et matériel informatique), l'acquisition est rendue possible grâce à un financement octroyé par une autre entité (vendeur, prêteur ou crédit-bailleur) qui détient des droits sur les biens acquis en garantie du remboursement de ce financement.

2. Financement au moyen d'un crédit permanent garanti par des stocks et des créances

28. Les entreprises ont généralement besoin d'engager des capitaux avant de pouvoir générer et encaisser des recettes. Par exemple, avant de pouvoir commencer son activité et vendre ses produits finis, un fabricant doit équiper son usine, acheter des matières

premières, engager des coûts de main-d'œuvre pour transformer les matières premières et, enfin, vendre les produits finis. Ce n'est qu'à ce stade qu'il générera des créances et commencera à être payé. Selon le type d'activité, ce processus peut durer des mois. L'entreprise a absolument besoin d'un fonds de roulement pour assurer son exploitation entre le moment où les dépenses sont engagées et celui où les recettes sont encaissées, et ce non pas seulement pendant la période initiale de lancement de son activité. En fait, elle a généralement besoin de ce fonds de roulement pendant toute sa durée de vie afin de combler ce décalage entre décaissements et encaissements inhérent au cycle d'exploitation d'une entreprise (acquisition de stocks, transformation et vente des stocks, création de créances, réception du paiement et acquisition de nouveaux stocks pour recommencer le cycle).

29. Un crédit permanent constitue, pour l'entreprise, un moyen très efficace de financer ce fonds de roulement. En effet, dans ce type de crédit, l'emprunteur bénéficie de prêts sur demande qu'il garantit par ses stocks et créances existants et futurs. Il demande habituellement un prêt lorsqu'il a besoin d'acheter des matières premières pour fabriquer des stocks et le rembourse à mesure que ces stocks sont vendus et que des créances sont générées et recouvrées. En général, les emprunts et les remboursements sont donc fréquents (mais pas nécessairement réguliers) et le montant du crédit fluctue constamment. Comme la structure du crédit permanent fait correspondre les emprunts au cycle d'exploitation de l'emprunteur, elle est, du point de vue économique, extrêmement efficace et avantageuse pour ce dernier, en ce qu'elle lui évite d'emprunter plus que ce dont il a réellement besoin (ce qui permet de réduire les coûts d'intérêt).

30. Voici une illustration de ce type de financement. Il faut à ABC normalement quatre mois pour fabriquer ses produits, les vendre et être payée. Le prêteur P2 accepte de lui ouvrir une ligne de crédit permanent pour financer ce processus. ABC peut ainsi obtenir des prêts au gré de ses besoins selon une formule: elle peut emprunter un montant représentant jusqu'à 50 % de la valeur de ses stocks que le prêteur P2 juge admissibles (en fonction, par exemple, de leur type et qualité) et jusqu'à 80 % de la valeur de ses créances que le prêteur P2 juge admissibles (en fonction de critères tels que la solvabilité des débiteurs des créances). Les montants que le prêteur accepte d'avancer contre la valeur des stocks et des créances admissibles sont généralement appelés "taux d'avance". La valeur totale de ces stocks et créances à un moment donné multipliée par le taux d'avance applicable est généralement appelée "base d'emprunt" (*"borrowing base"*). ABC est censée rembourser à mesure qu'elle reçoit paiement des créances de ses clients de sorte que l'encours dans le cadre de ce crédit ne dépasse à aucun moment la base d'emprunt. Sa ligne de crédit est garantie par l'ensemble de ses créances et de ses stocks existants et futurs. Dans ce type de financement, il est également fréquent que le prêteur obtienne une sûreté réelle mobilière sur le droit au paiement des fonds crédités sur le compte bancaire où sont déposés les paiements effectués par les clients (en d'autres termes le produit des stocks et des créances) ainsi qu'un accord de la banque dépositaire par lequel les fonds crédités sur le compte lui sont régulièrement transférés.

3. Affacturage

31. L'affacturage est un mode de financement par cession de créances extrêmement efficace, qui remonte à plusieurs siècles. En règle générale, il s'agit d'une vente ou d'une

cession pure et simple de créances par le constituant en tant que vendeur (couramment appelé "cédant") au facteur (couramment appelé "cessionnaire"). Ce transfert pur et simple de créances entre dans le champ du *Guide* bien qu'il ne s'agisse pas d'un mécanisme de sûreté (voir chap. I, par. 25 à 31).

32. Il existe plusieurs formes d'affacturage. Le facteur (cessionnaire) peut payer une partie du prix d'achat des créances au moment de l'achat (affacturage avec mobilisation immédiate des créances moyennant décote), au moment où les créances sont recouvrées ou encore à la date d'échéance moyenne de l'ensemble des créances objet de la convention d'affacturage. L'affacturage peut se faire avec ou sans possibilité de recours. Dans le premier cas, le cessionnaire peut se retourner contre le cédant pour obtenir paiement si les créances ne sont pas remboursées par leurs débiteurs (c'est-à-dire les clients du cédant), alors que, dans le second cas, il ne peut pas. Enfin, les débiteurs des créances peuvent être avisés ("affacturage notifié") ou non ("affacturage confidentiel") que leurs créances ont fait l'objet d'un affacturage. Lorsqu'il y a notification, le cédant est généralement tenu de porter une mention à cet effet sur les factures qu'il envoie à ses clients.

33. Si une convention d'affacturage est essentiellement un mode de financement permettant à une entreprise d'obtenir immédiatement des espèces contre les créances qu'elle génère, le facteur peut également fournir au cédant divers autres services relatifs aux créances, par exemple des services de confirmation et d'évaluation de la solvabilité des débiteurs des créances, de comptabilité, ou encore de recouvrement des impayés. Ces services peuvent être utiles aux entreprises ne disposant pas de leur propre service de crédit et de recouvrement.

34. Voici un exemple d'affacturage classique: ABC conclut avec le facteur F1 une convention d'affacturage avec mobilisation immédiate des créances moyennant décote, aux termes de laquelle le facteur accepte d'acheter les créances qu'il estime recouvrables et avance à ABC un montant égal à 90 % de la valeur nominale de ces créances et garde les 10 % restants en provision pour les éventuelles réclamations des clients qui réduiraient la valeur des créances. L'accord d'affacturage prévoit une notification aux clients d'ABC mais pas de possibilité de recours contre ABC en cas de non-paiement par ses clients.

4. Titrisation

35. Une autre forme de financement reposant sur la mobilisation des créances est la titrisation. Il s'agit d'un montage financier complexe qui permet à une entreprise de tirer parti de la valeur de ses créances pour obtenir un financement en transférant celles-ci à une entité ad hoc qu'elle détient entièrement. Cette entité ad hoc émet alors des titres sur les marchés financiers garantis par les flux de recettes générés par les créances. Cette technique est souvent utilisée, par exemple pour des créances découlant d'opérations de cartes de crédit, de la location de véhicules automobiles ou de prêts hypothécaires, mais beaucoup d'autres types de créances peuvent également être titrisés. La titrisation est une opération de financement complexe qui dépend à la fois du droit des valeurs mobilières et du droit des opérations garanties d'un État. Lorsqu'elle est suffisamment importante, soigneusement structurée et bien suivie, elle peut être un mécanisme de financement efficace et économique.

36. La titrisation vise à réduire le coût du financement, étant donné que l'entité ad hoc est structurée de manière à "écarter" tout risque d'insolvabilité (il est théoriquement impossible qu'elle devienne insolvable) en limitant le montant de la dette qu'elle peut contracter et les activités qu'elle peut mener. Cette structure peut réduire considérablement le risque dont le prêteur doit tenir compte pour déterminer le taux d'intérêt applicable au prêt. En outre, comme les crédits proviennent des marchés financiers et non du système bancaire, la titrisation peut procurer des crédits d'un montant plus important que les prêts bancaires classiques, et ce à un coût moindre.

37. Voici un exemple d'opération de titrisation: une grande chaîne de magasins crée une entité ad hoc chargée d'acheter les créances découlant de l'utilisation par ses clients des cartes de crédit "maison" qu'elle émet sous sa propre enseigne. L'entité ad hoc émet ensuite des titres de créances au profit des investisseurs sur les marchés financiers, conformément au droit applicable aux valeurs mobilières. Les titres sont garantis par le flux des revenus provenant des créances sur cartes de crédit qui lui ont été transférées. À mesure que les créances sont réglées, elle utilise le produit qu'elle reçoit pour rémunérer les titres.

5. Financement par des prêts à terme

38. Les entreprises ont souvent besoin de financements spéciaux pour couvrir de grosses dépenses qui sortent du cours normal de leurs affaires, par exemple l'achat ou la location de matériel important, le développement d'une nouvelle gamme de produits finis, voire l'acquisition d'une autre entreprise par l'achat de ses actions en circulation ou de ses actifs. Elles essaient alors en général d'obtenir des prêts remboursables à échéance fixe, le principal étant payé par versements périodiques — mensuels, trimestriels ou autres — suivant un échéancier convenu ou en une seule fois à l'échéance du prêt.

39. Comme pour beaucoup d'autres types de financement, une entreprise qui n'a pas de cote de crédit solide et bien établie aura des difficultés à obtenir des prêts à terme, à moins qu'elle soit capable de constituer une sûreté réelle mobilière sur ses biens en faveur d'un prêteur. Le montant du financement disponible et son coût pour l'emprunteur dépendront en partie de la valeur de réalisation nette des biens à grever estimée par le créancier. Dans de nombreux États, les biens immeubles sont les seuls types de biens susceptibles d'être affectés en garantie en faveur des prêteurs ou d'être acceptés par ces derniers en garantie d'un prêt à terme. Cependant, beaucoup d'entreprises, en particulier les entreprises nouvellement établies, ne possèdent pas de biens immeubles. C'est pourquoi, dans ces États, les emprunteurs n'auront souvent pas accès à ce type de financement bien qu'ils aient d'autres types de biens importants, tels que du matériel ou la valeur totale de l'entreprise. En revanche, dans plusieurs autres États, les prêts à terme garantis par des biens meubles, tels que du matériel, la propriété intellectuelle ou encore la valeur globale de l'entreprise, sont courants.

40. Voici une illustration de ce type de financement: ABC souhaite développer ses activités et acquérir une société. À cette fin, elle obtient un prêt du prêteur P3 (calculé sur la valeur de presque tous les biens de la société acquise et garanti par ces mêmes biens). Le prêt est remboursable en mensualités égales échelonnées sur dix ans. Il est garanti par tous les biens existants et futurs à la fois d'ABC et de la société acquise.

6. Crédit garanti par un transfert de la propriété

41. Les exemples donnés dans les sections précédentes montrent comment les entreprises ayant besoin de crédit peuvent obtenir des prêts et d'autres financements en accordant aux créanciers une sûreté réelle mobilière sur des biens tels que du matériel, des stocks et des créances. Le type de crédit proposé comme le type de sûreté réelle mobilière octroyé peuvent revêtir plusieurs formes. Une pratique de financement que l'on retrouve dans de nombreux États repose sur le transfert de la propriété de l'emprunteur au prêteur. Ce type de transfert de la propriété à titre de garantie (parfois appelé "transfert fiduciaire de la propriété") est souvent utilisé pour garantir à la fois des lignes de crédit d'exploitation et des prêts à terme. Il est utilisé principalement dans les États dont le droit des opérations garanties ne reconnaît généralement pas les sûretés réelles mobilières sans dépossession.

42. Une opération de "cession-bail" est une autre méthode permettant à une société d'obtenir un crédit en tirant parti de ses biens meubles corporels existants (généralement du matériel) tout en gardant la possession et le droit d'utiliser ces biens dans ses activités. Dans ce type d'opération, la société vend ses biens à une autre personne pour une somme déterminée (que ladite société peut ensuite utiliser pour financer son fonds de roulement, pour effectuer des dépenses d'investissement ou à d'autres fins) tout en les lui relouant pour une durée et un loyer stipulés dans le bail. Ce type d'opération est souvent un "crédit-bail" et non un "bail d'exploitation" (voir par. 20 ci-dessus).

D. Principaux objectifs et principes fondamentaux d'un régime efficace et effectif en matière d'opérations garanties

1. Généralités

43. Lorsqu'ils adoptent une législation en vue de mettre en place un régime efficace et effectif en matière d'opérations garanties, les États se trouvent face à un certain nombre de choix fondamentaux, dont certains ont trait au champ d'application de la loi proposée, aux approches fondamentales à adopter, au style de rédaction de la loi ou encore à la place que la loi est destinée à occuper dans le cadre juridique interne existant. Toutefois, les choix les plus importants concernent peut-être les objectifs visés par la nouvelle loi.

44. Au fil du temps, les États ont utilisé le droit des opérations garanties ou, d'une manière plus générale, le droit des sûretés réelles mobilières pour promouvoir une série d'objectifs sociaux et économiques souvent divergents. Les régimes qu'ils ont adoptés, ou qu'ils ont laissé se développer grâce à la pratique et à la jurisprudence, ont généralement permis de concilier ces divers objectifs au coup par coup. Ils sont parfois parvenus à le faire d'une manière efficace, mais souvent comportent des éléments incohérents ou contradictoires qui minent leur efficacité. De même, dans de nombreux États, les régimes réformés sur les opérations garanties autorisent l'expansion du crédit garanti, mais le font de manière tellement inefficace qu'ils ne font pas réellement progresser l'ensemble des objectifs économiques et sociaux que les États poursuivent. Ces problèmes d'inefficacité se rencontrent fréquemment aussi bien dans le droit des États dotés d'une économie commerciale arrivée à maturité que dans le droit des États qui sont en train de mettre en place ce type d'économie. Ils sont présents également même dans le droit de certains États qui viennent de modifier leur régime sur les opérations garanties.

45. Dans le souci de formuler des recommandations pratiques et applicables à l'intention de tous les États, quelle que soit la nature de leur économie et de leur système juridique (ou qu'ils aient ou non modifié leur droit récemment), le *Guide* commence par exposer les principaux objectifs qui devraient guider l'élaboration d'un régime efficace et effectif sur les opérations garanties ainsi que les principes fondamentaux sur lesquels ce régime devrait se fonder.

2. Principaux objectifs

46. Afin d'inscrire les principaux objectifs exposés ci-après dans un but plus large que les États peuvent poursuivre lorsqu'ils modernisent leur droit, il est utile de rappeler le principe de base et la raison d'être d'une loi sur les opérations garanties. Les économies contemporaines reposent sur la fabrication et la vente de biens meubles et la fourniture de services, à la fois au niveau national et au niveau international. Comme on l'a vu plus haut dans la section C, beaucoup d'entreprises ne sont pas en mesure de faire face à tous leurs besoins continus de financement en espèces. L'offre de crédit, en particulier l'offre de crédit au moindre coût possible, est par conséquent essentielle pour la croissance économique. Les prêteurs et autres fournisseurs de crédit peuvent combler l'écart entre besoins et ressources disponibles avec beaucoup d'efficacité lorsque le risque de non-remboursement des crédits qu'ils accordent est réduit autant que possible. La constitution d'une sûreté réelle sur des biens meubles (et immeubles) du débiteur peut être un élément essentiel pour réduire ce risque, car elle permet à un fournisseur de crédit de se fonder sur la valeur intrinsèque des biens grevés, qui représente pour lui une source alternative de remboursement du crédit. En d'autres termes, l'octroi d'une sûreté permet aux entreprises et aux particuliers d'accéder au crédit lorsqu'il ne leur est pas possible d'obtenir un crédit non garanti à un coût raisonnable ou qu'il leur est purement et simplement impossible d'en obtenir un. La loi sur les opérations garanties trouve sa justification fondamentale dans l'idée que la richesse totale nette d'une économie augmentera si davantage de crédits garantis sont octroyés pour compléter les crédits non garantis.

47. Les principaux objectifs exposés dans la présente section se fondent, tout en les développant, sur les objectifs définis dans les études et les rapports établis par la BERD, la BAD, la BIRD, le FMI, l'OEA et d'autres organisations ayant examiné la question du droit des opérations garanties (voir par. 12 plus haut). Ils constituent un cadre général pour le législateur souhaitant adopter un régime efficace en matière d'opérations garanties. Ils visent également à guider l'interprétation de la loi adoptée (conformément à l'approche suivie, par exemple, à l'article 7-1 de la Convention des Nations Unies sur la cession). Selon la pratique des États en matière de rédaction des textes législatifs, ces objectifs pourraient être énoncés dans une déclaration officielle lors de l'adoption de la loi, ou dans un texte ou commentaire interprétatif accompagnant la loi, ou être insérés dans la loi elle-même, soit dans un préambule, soit dans une introduction analogue exposant les objets de la loi.

48. Les objectifs portent chacun sur une nécessité pratique ou économique particulière qu'un régime moderne sur les opérations garanties doit prendre en compte. Ensemble, ils fournissent un cadre intégré et cohérent pour guider l'élaboration et la rédaction de la loi. Aussi est-il important que les États ne se contentent pas d'en choisir certains de manière sélective, mais qu'ils les prennent en compte dans leur intégralité, autant que possible.

a) *Promouvoir le crédit bon marché en augmentant l'offre de crédit garanti*

49. Le *Guide* a pour objectif premier de promouvoir le crédit à un coût raisonnable en augmentant l'offre de crédit garanti et de permettre ainsi aux débiteurs et à l'économie tout entière de tirer parti des avantages économiques que procure l'accès à ce type de crédit. Les avantages du régime devraient donc profiter au plus grand nombre possible de débiteurs, de créanciers et d'opérations de crédit.

b) *Permettre aux débiteurs d'utiliser la valeur intrinsèque totale de leurs biens à titre de garantie pour obtenir des crédits*

50. Pour atteindre l'objectif premier décrit au paragraphe précédent, la loi devrait permettre aux débiteurs d'utiliser la valeur intrinsèque totale de leurs biens pour obtenir un crédit. Pour ce faire, le régime devrait avoir une portée aussi large que possible, ce qui signifie que la loi devrait s'appliquer à tous les types de débiteurs (en d'autres termes aux personnes morales ou physiques, y compris les consommateurs), qu'elle doit permettre de grever différents types de biens (biens meubles corporels et incorporels, ainsi que biens présents et futurs) et de garantir les obligations les plus diverses possibles (futures, conditionnelles, monétaires et non monétaires) par des sûretés réelles mobilières mais aussi qu'elle doit autoriser la création de plusieurs sûretés réelles mobilières sur les mêmes biens par le même constituant en faveur de différents fournisseurs de crédit.

c) *Permettre aux parties d'obtenir des sûretés réelles mobilières de manière simple et efficace*

51. Le coût du crédit garanti dépend en partie du coût associé à l'obtention de sûretés réelles mobilières. Un régime efficace sur les opérations garanties établira des procédures simplifiées d'obtention des sûretés. On réduira considérablement le coût des opérations par les moyens suivants: limitation des formalités au minimum; recours à une méthode unique pour constituer des sûretés réelles mobilières, plutôt qu'à des mécanismes de sûreté multiples pour différents types de biens grevés; et mise en place d'un mécanisme permettant de constituer des sûretés réelles mobilières sur des biens futurs et de garantir des crédits futurs, sans que les parties aient à établir des documents ou à accomplir des actes supplémentaires.

d) *Assurer l'égalité de traitement des diverses sources de crédit et des diverses formes d'opérations garanties*

52. La libre concurrence entre tous les fournisseurs de crédit potentiels est un moyen efficace de réduire le coût du crédit. C'est pourquoi un régime efficace sur les opérations garanties sera conçu pour s'appliquer de la même manière aux différents fournisseurs de crédit: aux organismes financiers et aux autres prêteurs, aux fabricants et aux fournisseurs, ainsi qu'aux fournisseurs nationaux ou étrangers de crédit.

e) *Valider les sûretés réelles mobilières sans dépossession sur tous les types de biens*

53. Il ne faudrait pas qu'en raison de la constitution d'une sûreté réelle mobilière il devienne difficile ou impossible pour le constituant de continuer à exploiter son entre-

prise. Le constituant ne devrait donc pas être tenu d'abandonner la possession des biens grevés au profit du créancier garanti. Un régime moderne sur les opérations garanties devrait par conséquent prévoir la possibilité de créer des sûretés réelles mobilières sans dépossession sur différents types de biens meubles corporels et incorporels, notamment le matériel, les stocks et les créances.

f) *Renforcer la sécurité et la transparence en prévoyant l'inscription d'un avis dans un registre général des sûretés*

54. Pour qu'un régime sur les opérations garanties puisse fonctionner de manière efficace, il est important que toutes les parties soient en mesure de déterminer avec un degré de certitude suffisant l'étendue des droits du constituant et des tiers sur les biens à grever. Le principal moyen d'atteindre cet objectif de sécurité, tout en respectant et en abordant les considérations de confidentialité, est d'établir un registre général des sûretés pour l'inscription d'avis sur l'existence potentielle d'une sûreté réelle mobilière. Un tel système n'exige ni que tous les documents soient soumis pour vérification ni qu'ils soient eux-mêmes enregistrés. Les fichiers du registre seraient consultables par toutes les parties intéressées.

g) *Établir des règles de priorité claires et prévisibles*

55. Un créancier potentiel doit être en mesure non seulement de déterminer les droits du constituant et des tiers sur les biens à grever, mais aussi d'établir avec certitude, au moment où il accepte de consentir un crédit, le rang de priorité qu'aurait sa sûreté par rapport aux droits d'autres créanciers (y compris un représentant de l'insolvabilité du constituant). Aussi un régime moderne sur les opérations garanties doit-il fixer des règles claires permettant aux créanciers potentiels de déterminer, dès le début de l'opération, le rang de priorité de leurs sûretés de manière fiable, rapide et économique.

h) *Aider les créanciers garantis à exercer leurs droits efficacement*

56. Une sûreté réelle mobilière sera également sans grande utilité pour un créancier garanti si elle ne peut être réalisée de manière effective et efficace. Un régime moderne sur les opérations garanties comportera des dispositions qui décrivent avec précision les droits et obligations des constituants et des créanciers garantis lors de la réalisation. Ce régime permettra aux créanciers garantis de réaliser leurs sûretés par voie extrajudiciaire, sous réserve qu'un tribunal ou une autre autorité contrôle, supervise ou examine le processus de réalisation, lorsqu'il y a lieu. Un tel régime exige aussi que l'État coordonne étroitement son droit des opérations garanties et celui de l'insolvabilité de sorte que l'efficacité et la priorité antérieures à l'insolvabilité, de même que la valeur économique, d'une sûreté soient respectées en cas d'insolvabilité du constituant sous réserve des règles appropriées du droit de l'insolvabilité.

i) *Laisser aux parties le maximum de latitude pour négocier les conditions de leur convention constitutive de sûreté*

57. Dans les économies modernes, les buts et objectifs poursuivis par les débiteurs et les créanciers sont extrêmement variés et sont souvent propres aux parties. Le régime sur les

opérations garanties devrait donner à ces dernières le maximum de latitude pour adapter leur convention constitutive de sûreté à leurs besoins particuliers. Les règles impératives régissant leurs droits respectifs avant défaillance devraient être limitées au minimum. En outre, le régime sur les opérations garanties devrait respecter d'autres lois visant, par exemple, à protéger les consommateurs, qui pourraient avoir été adoptées par les États.

j) *Concilier les intérêts des personnes concernées par une opération garantie*

58. Une convention constitutive de sûreté n'est pas un simple engagement contractuel entre un créancier garanti et un constituant. Ses effets sur les droits réels ont aussi des répercussions sur les droits des tiers, notamment les autres créanciers garantis, les créanciers privilégiés, les créanciers chirographaires, les acheteurs et d'autres bénéficiaires du transfert des biens grevés, le représentant de l'insolvabilité et l'État. Un régime efficace et effectif sur les opérations garanties doit tenir compte des intérêts légitimes de toutes les parties et viser la réalisation de chacun des objectifs de fond mentionnés ci-dessus, d'une manière équilibrée et conforme aux règles de droit applicables, y compris en matière d'insolvabilité.

k) *Harmoniser les lois sur les opérations garanties, y compris les règles de conflit de lois*

59. L'activité commerciale, de même que l'octroi de crédits, prennent de plus en plus une dimension internationale. Le régime sur les opérations garanties d'un État parviendra à promouvoir d'autant plus efficacement le commerce international fondé sur l'égalité et les avantages mutuels entre États qu'il sera harmonisé avec les régimes d'autres États. En outre, comme il ne sera probablement pas possible d'harmoniser complètement les lois nationales sur les opérations garanties, l'harmonisation des règles de conflit de lois favorisera le financement du commerce international. Quoi qu'il en soit, même si le droit matériel est harmonisé entre deux États, des règles de conflit de lois efficaces sont nécessaires pour indiquer clairement comment rendre les sûretés opposables en vertu de la loi du lieu de situation des biens grevés, de la loi du lieu de situation du constituant ou d'une autre loi.

3. Principes fondamentaux

60. Les principaux objectifs qui viennent d'être examinés offrent un cadre général dans lequel les États peuvent établir un régime moderne sur les opérations garanties. Il existe cependant diverses façons de transposer ces objectifs dans une loi. Les recommandations formulées dans le *Guide* énoncent de manière détaillée les règles juridiques que les États devraient incorporer dans leur législation. Le *Guide* est structuré de manière à aborder séparément les divers aspects d'une opération garantie (par exemple constitution, opposabilité, priorité et réalisation). Les recommandations, certes nombreuses, qui figurent dans chaque chapitre découlent toutes d'un petit nombre de principes juridiques fondamentaux. Certains d'entre eux s'écartent beaucoup des principes de base actuellement énoncés dans le droit des opérations garanties de nombreux États. C'est pourquoi, pour relier les principaux objectifs du *Guide* et les recommandations plus détaillées figurant dans ses différents chapitres concernant les caractéristiques particulières d'un régime moderne sur les opérations garanties, ces quelques principes juridiques fondamentaux sont exposés dans les paragraphes ci-après.

a) *Portée étendue*

61. Le *Guide* part du principe que le crédit garanti est favorisé lorsque le droit impose le moins de restrictions possibles quant aux personnes pouvant être des constituants ou des créanciers garantis, aux types de biens pouvant être grevés et aux types d'obligations pouvant être garanties. Les États devraient donc tendre à adopter une législation de portée étendue qui, autant que possible, englobe toutes les formes d'opérations garanties, toutes les catégories de constituants et de créanciers garantis et tous les types de biens meubles et d'obligations garanties. Le principe de la portée étendue et les moyens d'y parvenir sont expliqués plus avant au chapitre premier.

b) *Approche globale, intégrée et fonctionnelle*

62. Beaucoup d'États ont des régimes sur les opérations garanties qui autorisent les constituants (en particulier les sociétés) à offrir aux créanciers des sûretés sur tous (ou presque tous) leurs biens. Cependant, dans bon nombre d'entre eux, les régimes législatifs applicables varient selon les types de biens, de même que selon les types d'opérations (gages, transferts fiduciaires, hypothèques, etc.). Enfin, dans de nombreux États, les droits des vendeurs sont traités différemment des droits d'autres fournisseurs de crédit et ne sont souvent pas du tout considérés comme des sûretés réelles mobilières. Face à cette diversité, le *Guide* adopte une approche que l'on peut qualifier d'intégrée et de fonctionnelle. Il considère que, dans toute la mesure possible, l'ensemble des opérations qui font naître un droit sur tout type de bien en garantie de l'exécution d'une obligation (c'est-à-dire qui remplissent une fonction de sûreté) devraient être considérées comme des opérations garanties et régies par les mêmes règles ou, tout du moins, par les mêmes principes. Cette approche intégrée et fonctionnelle est examinée plus avant au chapitre premier (voir par. 110 à 112) et, dans le cadre des opérations spéciales de financement d'acquisitions, au chapitre IX (voir par. 60 à 84).

c) *Sûretés réelles mobilières sur des biens futurs d'un constituant*

63. Beaucoup d'États n'autorisent les constituants à créer des sûretés réelles mobilières que sur des biens qui existent et dont ils sont propriétaires au moment de la constitution de la sûreté. Ceux-ci ne peuvent pas constituer des sûretés sur des biens qui n'existent pas encore ou qu'ils n'ont pas encore acquis. Cette restriction a pour objectif de protéger les débiteurs d'un engagement trop important de leurs biens, en particulier de leurs biens futurs, en faveur d'un seul créancier garanti. Cependant, étant donné que les entreprises ne disposent pas toujours de biens présents pour garantir un crédit, cette restriction les empêche d'obtenir beaucoup de types de crédit adossés à une série de biens futurs, comme les stocks et les créances. Ainsi, le *Guide* considère que, sauf dans la mesure où la législation régissant la protection du consommateur en dispose autrement, une sûreté réelle mobilière peut être constituée sur des biens futurs. Ce principe est expliqué plus avant au chapitre premier.

d) *Extension d'une sûreté réelle mobilière au produit*

64. Généralement, une sûreté réelle mobilière sans dépossession sur des biens meubles corporels s'accompagne d'un droit de suivre les biens entre les mains d'une personne à

qui ils ont été transférés. Lorsque le constituant vend un bien ou en dispose autrement, l'acheteur acquiert le bien soumis à la sûreté. Certains États donnent en outre au créancier garanti un droit sur tout bien (normalement des créances) qui peut être généré par la vente des biens grevés. Le *Guide* qualifie ce bien de produit et part du principe que, la valeur économique des biens grevés constituant la source première de paiement du créancier, la sûreté devrait être étendue à tout produit issu de leur disposition. Le principe de l'extension d'une sûreté réelle mobilière au produit et les caractéristiques de ce droit sont examinés plus avant au chapitre II.

e) *Efficacité entre les parties et efficacité à l'égard des tiers*

65. Dans de nombreux États, lorsqu'une sûreté réelle mobilière est constituée, elle a effet non seulement entre le constituant et le créancier garanti, mais aussi à l'égard des tiers, qui sont parfois insuffisamment informés dans ce cas. Aussi, les États soumettent-ils souvent la constitution d'une sûreté, même entre le constituant et le créancier garanti, à des formalités supplémentaires qui vont bien au-delà de ce qui est normalement requis pour la conclusion des contrats. Le créancier garanti doit donc toujours attendre la conclusion de la convention avec le constituant avant de prendre des mesures pour assurer la priorité de sa sûreté sur les droits des réclamants concurrents. C'est pourquoi le *Guide* considère qu'une distinction devrait être établie entre la constitution d'une sûreté (efficacité entre les parties) et son opposabilité (efficacité à l'égard des tiers). Il considère en outre que la constitution d'une sûreté réelle mobilière devrait être aussi simple que possible et que seules des formalités supplémentaires minimales devraient être imposées pour la rendre opposable. La constitution (efficacité entre les parties) et l'opposabilité d'une sûreté sont examinées aux chapitres II et III, respectivement.

f) *Création d'un registre général des sûretés*

66. Au fil des ans, de nombreux États ont abandonné la règle interdisant la constitution de sûretés réelles mobilières sans dépossession. Dans plusieurs d'entre eux, cependant, seuls certains types de biens peuvent être grevés d'une sûreté sans dépossession et seuls certains types de constituants peuvent créer de telles sûretés. Ces États établissent généralement des mécanismes distincts de publicité pour les différentes catégories de biens, de constituants ou d'opérations garanties. Le *Guide* part du principe que, pour une efficacité accrue, les États devraient créer un registre doté des caractéristiques principales suivantes: *a)* être un registre général et unique des sûretés réelles mobilières; *b)* permettre l'inscription d'avis concernant les sûretés réelles mobilières existantes ou potentielles et ne pas exiger l'inscription de documents; *c)* être accessible à toute partie intéressée souhaitant effectuer une recherche; et *d)* sauf dans un nombre très limité de cas (voir chap. IX sur le financement d'acquisitions) permettre de déterminer l'opposabilité et la priorité en fonction de la date de l'inscription. L'élaboration de ce système de registre est examinée en détail au chapitre IV.

g) *Possibilité de grever les mêmes biens de plusieurs sûretés réelles mobilières*

67. De nombreux États n'autorisent pas la constitution de sûretés multiples sur les mêmes biens meubles. Même lorsque les sûretés sans dépossession sont reconnues, on

part souvent du principe qu'un seul créancier devrait être en droit de bénéficier d'une sûreté sur un bien meuble. Un constituant est donc en fait tenu de consacrer la valeur totale d'un bien à un créancier garanti unique, même si le bien a une valeur bien supérieure au crédit qu'il garantit. Afin que le constituant puisse utiliser la valeur totale de ses biens pour obtenir des crédits garantis, le régime devrait être conçu de manière à lui permettre d'octroyer des sûretés multiples sur le même bien. Les diverses recommandations des chapitres II à IV du *Guide* partent du principe que les États établiront un régime en ce sens.

h) *Base temporelle pour établir la priorité entre sûretés réelles mobilières multiples*

68. Afin d'optimiser les avantages qui découlent de la constitution de sûretés multiples sur le même bien, la loi doit prévoir des règles claires pour déterminer le rang de priorité entre sûretés réelles mobilières concurrentes. Le *Guide* considère que ce rang devrait normalement être déterminé en fonction de l'ordre d'inscription des avis dans le registre ou de l'ordre dans lequel les sûretés sont rendues opposables par un autre moyen. Les règles de base visant à déterminer la priorité entre sûretés concurrentes sont examinées au chapitre V.

i) *Priorité entre les sûretés réelles mobilières et d'autres droits*

69. Les États qui autorisent les sûretés sans dépossession sur des biens meubles ne protègent pas toujours ces sûretés (même lorsqu'elles ont été rendues opposables), qui peuvent être primées par des droits acquis postérieurement. Par exemple, certains États octroient aux privilèges postérieurs non inscrits (tels que les créances fiscales) un rang de priorité supérieur aux sûretés réelles mobilières. Certains États n'autorisent pas le créancier garanti à faire valoir ses droits à l'encontre d'un acquéreur de bonne foi. Pour qu'un régime sur les opérations garanties soit efficace, les États devraient édicter des règles précises pour régir tous les types possibles de conflit de priorité avec les droits d'un réclamant concurrent et éviter autant que possible la création de droits postérieurs qui bénéficieraient d'un rang de priorité supérieur à celui des sûretés existantes. Le *Guide* considère tous ces conflits potentiels avec les droits de réclamants autres que des créanciers garantis comme des conflits de priorité. Le chapitre V examine l'ensemble des règles de priorité détaillées qui sont nécessaires concernant les droits des réclamants concurrents, notamment les règles régissant les conflits entre, d'une part, les sûretés réelles mobilières et, d'autre part, les droits des acquéreurs de biens grevés ou du représentant de l'insolvabilité du constituant.

j) *Réglementation facilitatrice plutôt que formaliste*

70. Les régimes sur les opérations garanties étant conçus pour donner aux créanciers des droits réels sur les biens de leurs constituants, les conventions constitutives de sûretés ont nécessairement des conséquences importantes pour les tiers. De nombreux États cherchent à maîtriser l'impact des sûretés réelles mobilières en énumérant de manière restrictive les types d'opérations dont les parties peuvent convenir (*numerus clausus*) et en réglementant de manière détaillée non seulement les conditions pour créer de telles

conventions, mais également les clauses précises qui peuvent y figurer. Le *Guide* considère qu'en général les parties devraient être autorisées à élaborer leurs propres conventions constitutives de sûretés et que toutes les règles impératives devraient uniquement viser à garantir l'équité et à protéger les intérêts légitimes des tiers. Les chapitres VI et VII examinent les règles qui devraient régir les relations entre les parties et les effets d'une convention constitutive de sûreté sur les tiers avant la défaillance et la réalisation.

k) *Réalisation extrajudiciaire*

71. Jusqu'ici, les créanciers garantis étaient tenus de réaliser leurs sûretés en saisissant un tribunal ou une autre autorité et en saisissant et en vendant les biens grevés dans le cadre d'une procédure judiciaire. La réalisation extrajudiciaire n'était autorisée que dans certains cas et dans des conditions très restrictives. Le *Guide* recommande quant à lui que, dans la mesure où le régime de réalisation vise à protéger les droits légitimes des constituants et des tiers, le droit du créancier garanti d'opter pour une réalisation extrajudiciaire ne devrait pas être limité. Les voies de droit ouvertes aux créanciers garantis en cas de défaillance de leurs débiteurs et les procédures à suivre pour assurer l'équilibre et l'équité dans la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sont examinées au chapitre VIII.

l) *Égalité de traitement de tous les créanciers qui accordent un crédit pour permettre aux constituants d'acquérir des biens meubles corporels*

72. De nombreux États établissent une distinction nette entre les droits des vendeurs et les droits des prêteurs. Dans certains États, les vendeurs jouissent de droits spéciaux, qui les autorisent en général à conserver la propriété du bien vendu jusqu'à paiement complet de son prix de vente. Dans d'autres États, les prêteurs sont aussi encouragés à accorder des crédits aux acheteurs, ce qui renforce la concurrence et diminue le coût du crédit servant à financer des acquisitions. Le *Guide* estime que le régime des opérations garanties devrait traiter de la même manière les vendeurs et les prêteurs qui accordent un crédit pour permettre à un acheteur d'acquérir des biens meubles corporels. Les différents moyens par lesquels les États peuvent garantir l'égalité de traitement à toutes les parties qui financent une acquisition sont examinés au chapitre IX.

E. Application d'une nouvelle loi sur les opérations garanties

1. Généralités

73. Pour parvenir à mettre en place un régime efficace et effectif en matière d'opérations garanties, les États doivent examiner avec soin non seulement les principes qui sous-tendent traditionnellement ce domaine du droit, mais encore la relation entre, d'une part, le droit des opérations garanties et, de l'autre, le droit général des obligations, le droit des biens, le droit de la procédure civile et le droit de l'insolvabilité. Nombre des objectifs principaux d'un régime moderne des opérations garanties ne peuvent être réalisés que si l'on repense ces principes traditionnels, et ce non seulement dans les États qui envisagent d'adopter pour la première fois une loi générale sur les opérations garanties, mais aussi

dans ceux qui ont récemment apporté des modifications spécifiques à leur droit pour tenir compte de nouvelles pratiques et de nouveaux besoins dans le domaine commercial. En effet, même les États qui ont déjà adopté un régime ultramoderne devraient examiner attentivement leur droit existant. Le *Guide* considère qu'il n'est pas d'État qui ne puisse tirer profit d'un examen approfondi des règles et concepts de son régime des opérations garanties à la lumière des objectifs, principes et recommandations qu'il formule.

74. Comme on l'a vu précédemment, l'objectif premier de la modernisation du droit des opérations garanties est de favoriser l'offre de crédit garanti. Cependant, cet objectif met en lumière et corrobore d'autres principes que les États pourraient souhaiter promouvoir. En effet, le crédit garanti sert d'autres fins plus générales, comme les suivantes: *a)* faciliter la bonne exploitation et l'expansion des entreprises du pays; *b)* améliorer leur compétitivité au niveau local comme au niveau international; et *c)* permettre aux consommateurs et aux autres acheteurs d'acquérir des biens et des services aux meilleures conditions. Pour réaliser ces fins plus générales, le régime doit répondre aux besoins réels des constituants et des créanciers garantis. En outre, comme l'adoption d'un régime des opérations garanties traduit la volonté de l'État d'encourager l'activité économique, ce régime doit également tenir compte de l'expression légitime des objectifs socioéconomiques de l'État en question dans d'autres secteurs. La manière précise dont les avantages d'un régime efficace et effectif en matière d'opérations garanties doivent être mis en balance avec d'autres objectifs généraux fait intervenir des choix au sujet desquels les États peuvent diverger dans une certaine mesure. Par exemple, certains États peuvent décider que les cotisations salariales de retraite et d'assurance chômage impayées doivent être prioritaires sur les sûretés réelles mobilières. D'autres ne prévoient pas une telle priorité, car ils estiment que cela nuirait à l'offre et au coût du crédit. Les considérations concurrentes qui devraient déterminer la manière dont chaque État parviendra à un équilibre optimal entre ses différents objectifs sont examinées tout au long du *Guide*.

75. Les principaux objectifs et les principes fondamentaux qui viennent d'être décrits devraient constituer le fondement des règles mêmes d'un régime moderne des opérations garanties. Le simple fait d'adopter une nouvelle loi n'est cependant qu'une première étape. Pour que les États bénéficient pleinement de l'établissement d'un régime efficace et effectif en matière d'opérations garanties, celui-ci doit en fait prendre racine de la manière prévue: il doit être utilisé dans la pratique, être bien compris et bien interprété par les milieux d'affaires, les financiers, les avocats, les arbitres et les juges. Les États doivent donc, lors de l'élaboration et de la rédaction de la législation qui instaurera un régime des opérations garanties allant dans le sens des recommandations du *Guide*, prêter attention à un certain nombre de questions liées à son application. Ces questions sont examinées dans les sections 2 à 4 ci-après.

2. Harmonisation avec le droit existant

76. Pour être efficace dans la pratique, une loi nouvelle sur les opérations garanties doit être harmonisée avec la structure juridique générale et avec le rôle réel des établissements de crédit de l'État adoptant. À cette fin, il faut parfois modifier aussi les institutions juridiques et économiques générales et parfois adapter à cet État certains aspects du régime des opérations garanties lui-même. Cette harmonisation, au sens du *Guide*, comporte trois dimensions différentes.

77. Premièrement, étant donné que la réforme du droit des opérations garanties n'intervient généralement pas dans le contexte d'une réforme générale du droit privé d'un État, la terminologie utilisée pour décrire les concepts et les règles de cette nouvelle loi doit reposer sur les institutions juridiques existantes. Ainsi, si le *Guide* explique dans le détail la signification des concepts qui devraient faire partie d'une loi réformée sur les opérations garanties, il ne prend pas position sur l'emploi d'une terminologie particulière dans la nouvelle loi, mais part du principe que les États appliqueront ses recommandations en se référant à l'architecture juridique existante plutôt qu'en transplantant des termes juridiques méconnus repris d'autres systèmes et n'ayant pour eux aucune signification ni résonance juridique. En particulier, le *Guide* tente de présenter ses recommandations et les concepts essentiels qui s'y rattachent de manière qu'un État puisse les adapter et les appliquer quelle que soit la tradition juridique sur laquelle repose son droit interne.

78. Deuxièmement, il n'existe pas de modèle unique sur la manière dont sera rédigée une nouvelle législation ni sur son emplacement dans le régime juridique général d'un État. En conséquence, le *Guide* ne précise pas si toutes ses recommandations devraient faire l'objet d'une loi unique ou si elles devraient être incorporées dans un code civil ou un code du commerce, ni si elles doivent, dans l'un ou l'autre cas, être regroupées au même endroit. Les États peuvent tout à fait décider d'adopter des règles relatives au conflit de lois dans une loi ou dans un livre du code civil portant sur ce sujet. De même, le *Guide* ne précise pas si les États devraient réformer leur droit par un texte écrit dans le style d'un code civil ou dans celui d'un instrument réglementaire. L'important est que les avocats et autres conseillers juridiques puissent fournir à leurs clients des conseils fiables sur les exigences de la loi et que ces praticiens, ainsi que les juges et les arbitres, comprennent, interprètent et appliquent la loi de manière homogène et cohérente.

79. Troisièmement, il existe des points de recoupement entre, d'une part, nombre des dispositions d'une loi sur les opérations garanties et, d'autre part, les règles du droit régissant les relations entre débiteur et créancier, du droit et de la pratique bancaires, du droit de l'insolvabilité et du droit de la procédure civile. Le *Guide* reconnaît la nécessité d'assurer la cohérence du régime dans son ensemble à chacun de ces points de recoupement. Par exemple, s'il recommande, au chapitre VIII sur la réalisation d'une sûreté réelle mobilière, que les États prévoient des procédures judiciaires rapides pour trancher toute question relative aux droits des constituants, des créanciers garantis ou des tiers au cours de la réalisation judiciaire ou extrajudiciaire, il ne vise pas à décrire ce que devraient être ces procédures, ni quelles règles de procédure civile devraient s'y appliquer.

3. Questions relatives à la méthode législative et à la technique de rédaction

80. L'harmonisation du nouveau régime avec les concepts existants du droit matériel n'est que l'un des éléments permettant d'assurer la réussite de sa mise en œuvre. Il importe également de prêter attention aux questions de style législatif. Bien qu'elles soient présentées comme des recommandations et non comme des dispositions d'une loi type, les recommandations du *Guide* sont souvent rédigées de manière extrêmement détaillée et précise. Cela ne signifie pas, pour autant, que les États doivent adopter une nouvelle loi prenant la même forme. Si les techniques de rédaction des lois d'un État consistent à présenter les dispositions législatives en commençant par énoncer les principes, puis en y apportant des exceptions formulées dans un ordre allant du général au particulier, c'est

ainsi que le nouveau texte devrait être rédigé. On trouvera dans le *Guide* des commentaires expliquant en détail les raisonnements ayant abouti aux recommandations qui y sont formulées, de manière que les États puissent adopter une législation atteignant les objectifs qu'ils souhaitent sans devoir suivre un style de rédaction particulier.

81. Une deuxième question se pose, à l'égard de la rédaction, du fait que les États adoptent différentes positions quant à la relation entre le droit spécial et le droit privé général. Dans la mesure où les recommandations du *Guide* peuvent constituer des exceptions au droit général des biens ou des obligations d'un État, ce dernier devra déterminer la manière d'exprimer ces exceptions. Par exemple, les recommandations du *Guide* concernant l'extension d'une sûreté réelle mobilière au produit modifient considérablement les règles relatives à la subrogation réelle dans certains États et constituent une exception importante aux règles qui interdisent de poursuivre des biens meubles (voir chap. II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, par. 79 à 85). Cela étant, le *Guide* ne se prononce pas sur le point de savoir si ces exceptions devraient être adoptées dans le cadre du régime des opérations garanties ou exprimées sous la forme de principes plus généraux modifiant les règles régissant les biens et les contrats dans d'autres textes, par exemple dans un code civil. En d'autres termes, les États devraient déterminer quel sera le meilleur emplacement pour apporter ces modifications de fond à leur droit général, selon ce qu'ils estiment bon de faire en matière de style et d'organisation législatifs au moment de l'adoption.

82. Troisièmement, le *Guide* ayant été établi à l'usage d'États dont les régimes juridiques sont très différents les uns des autres, il a parfois fallu créer de nouveaux termes pour en exprimer les concepts clefs. Par exemple, lorsqu'il aborde la question des sûretés réelles mobilières prises par les fournisseurs de crédits servant aux constituants pour acquérir des biens meubles corporels, le *Guide* ne parle pas de "sûreté réelle en garantie du prix d'achat" (ou "*purchase money security interest*", concept employé dans certains systèmes de *common law*) ni de "privilège du vendeur" (que l'on rencontre dans certains systèmes de droit civil), mais emploie le terme générique "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition". Ce faisant, il ne recommande pas implicitement aux États d'adopter ce vocabulaire. Si une expression existante (telle que "sûreté réelle en garantie du prix d'achat" ou "privilège du vendeur") est plus parlante pour les juristes, les vendeurs et les acheteurs d'un État, le *Guide* part du principe qu'elle pourrait être utilisée dans la nouvelle loi, pour autant que les droits fondamentaux désignés par le terme soient ceux du *Guide* et non ceux de la loi antérieure.

83. Enfin, en règle générale et à l'exception de ce qui concerne le principe du fonctionnalisme, le *Guide* évite de recourir à des présomptions ou à des fictions juridiques, en partant du principe que ses recommandations peuvent être adoptées par les États sans un tel recours. Cette technique étant néanmoins largement utilisée dans de nombreux États, il laisse à chaque État le choix de la méthode législative dans ce domaine. Il ne précise pas, par exemple, si les États devraient considérer la sûreté réelle mobilière d'un prêteur finançant une acquisition comme une hypothèque du vendeur, même si un prêteur n'est évidemment pas un vendeur, ni s'ils devraient désigner ces deux droits différemment. Il se préoccupe plutôt du fond: indépendamment de son appellation, le droit en question devrait aboutir aux mêmes résultats fonctionnels pour toutes les parties qui financent des acquisitions.

4. Questions relatives à l'acculturation après adoption de la loi

84. L'avant-dernier chapitre du *Guide* pose une série de recommandations relatives à la transition (voir chap. XI). Le concept de transition renvoie à la question de savoir quelles règles appliquer pour déterminer quand une sûreté donnée devrait être régie par la loi antérieure et quand elle devrait être régie par la nouvelle loi. Il est essentiel de mettre en place des règles de transition efficaces donnant des indications précises aux milieux d'affaires, aux financiers, aux avocats, aux juges et aux arbitres pour éviter de créer un chaos juridique chaque fois qu'une nouvelle loi entre en vigueur. En d'autres termes, les règles de transition sont destinées à garantir que les parties bénéficient de la nouvelle loi sans toutefois porter atteinte aux droits acquis, de manière à rendre cette nouvelle loi plus acceptable.

85. L'acceptation générale d'une nouvelle loi sur les opérations garanties ne repose pas uniquement sur de bonnes dispositions transitoires. Il faut aussi que les particuliers et les entrepreneurs, ainsi que leurs avocats et autres conseillers juridiques, considèrent cette loi comme un moyen efficace et effectif de structurer leurs opérations de crédit. En définitive, pour que la nouvelle loi soit acceptée, il faut que tous ceux qui sont appelés à la mettre en œuvre (praticiens du droit, juges, arbitres, universitaires, huissiers et conservateurs de registres) l'interprètent et l'appliquent correctement. L'acculturation nécessaire à l'acceptation rapide de toute nouvelle loi ne se produit pas par hasard. Pour appliquer une nouvelle loi sur les opérations garanties, les États doivent porter une attention toute particulière aux quatre points ci-après.

86. Premièrement, il est important que la nouvelle loi adoptée s'accompagne d'un commentaire législatif relativement complet expliquant ses origines et ses buts. À cette fin, les États adoptants pourraient être amenés, par exemple, à incorporer des passages pertinents des commentaires du *Guide* dans leurs commentaires officiels. L'idéal serait que ces derniers puissent être complétés par des articles de la doctrine apportant d'autres exemples et illustrations de la manière dont la loi devrait fonctionner en pratique.

87. Deuxièmement, comme il est fort probable que les pratiques existantes devront être considérablement modifiées du fait de la nouvelle loi, il peut être utile de fournir des formulaires types et des exemples, non seulement pour les avis officiels ou d'autres documents devant être inscrits, mais encore pour les conventions constitutives de sûretés elles-mêmes. Les avocats développeront rapidement leurs propres précédents contractuels, mais un ensemble de modèles annotés peut être utile pour illustrer le type d'opérations susceptibles d'être réalisées dans le cadre de la nouvelle loi.

88. Troisièmement, étant donné que la plupart des avocats qui commenceront à conseiller leurs clients sur la nouvelle loi auront été formés à l'ancienne loi, il importera que les associations d'avocats, de juges et d'autres professionnels, ainsi que les établissements universitaires et les organisations apportant une assistance à la réforme du droit, organisent des séminaires et des colloques expliquant les différentes particularités de la nouvelle loi et la manière d'adapter les pratiques et précédents existants. En l'absence d'effort concerté dans ce sens, nombre des avantages de la nouvelle loi ne se concrétiseront pas immédiatement et des erreurs d'interprétation risquent d'être commises.

89. Quatrièmement, il est à prévoir que des litiges surviendront presque immédiatement après l'adoption de la loi. Dans les États où les décisions judiciaires ne sont pas facilement

accessibles (par publication privée ou publique), il conviendrait de mettre en place des mécanismes de diffusion des décisions judiciaires ainsi que des commentaires sur ces décisions. Un système fiable de recueil de jurisprudence qui permettra aux avocats, aux juges et aux arbitres d'élaborer une interprétation cohérente de la nouvelle loi contribuera considérablement à accroître la sécurité juridique et, ce faisant, réduira le nombre de litiges futurs.

F. Recommandation 1

1. Une loi sur les opérations garanties efficace et effective (la "loi sur les opérations garanties" est dénommée ci-après "la loi" ou "la présente loi") devrait viser les objectifs suivants, qui constituent le cadre général dans lequel elle devrait s'inscrire:

a) Promouvoir le crédit bon marché en augmentant l'offre de crédit garanti;

b) Permettre aux débiteurs d'utiliser la valeur intrinsèque totale de leurs biens à titre de garantie pour obtenir des crédits;

c) Permettre aux parties d'obtenir des sûretés réelles mobilières de manière simple et efficace;

d) Assurer l'égalité de traitement des diverses sources de crédit et des diverses formes d'opérations garanties;

e) Valider les sûretés réelles mobilières sans dépossession sur tous les types de biens;

f) Renforcer la sécurité et la transparence en prévoyant l'inscription d'un avis concernant une sûreté réelle mobilière dans un registre général des sûretés;

g) Établir des règles de priorité claires et prévisibles;

h) Aider les créanciers garantis à exercer leurs droits efficacement;

i) Laisser aux parties le maximum de latitude pour négocier les conditions de leur convention constitutive de sûreté;

j) Concilier les intérêts de toutes les personnes concernées par une opération garantie; et

k) Harmoniser les lois sur les opérations garanties, y compris les règles de conflit de lois concernant les opérations garanties.

I. Champ d'application, approches fondamentales en matière d'opérations garanties et thèmes généraux communs à tous les chapitres du *Guide*

A. Remarques générales

1. Introduction

1. Les États qui adoptent une loi sur les opérations garanties doivent préalablement opérer deux choix fondamentaux. Ils doivent d'abord déterminer le champ d'application qu'ils souhaitent donner à cette loi. Cette question est traitée dans la section A.2 du présent chapitre, qui examine en détail le champ d'application du *Guide* (les types de biens visés par le *Guide*, les personnes pouvant être parties aux opérations visées par le *Guide*, les obligations susceptibles d'être garanties par des sûretés réelles mobilières, les différents types d'opérations visés par le *Guide,* les éléments exclus du champ d'application et les conséquences de ces exclusions). Les États doivent ensuite déterminer les approches fondamentales qu'ils suivront en matière d'opérations garanties. La section A.3 étudie dans le détail les approches fondamentales en matière d'opérations garanties qui ont été élaborées dans le passé et que divers États suivent aujourd'hui, puis expose l'approche générale en matière d'opérations garanties adoptée dans le *Guide*. La section A.4 examine deux thèmes clefs qui sous-tendent l'approche du *Guide* et qui sont communs à tous les chapitres (le principe de l'autonomie des parties et le fait qu'il est souhaitable d'utiliser autant que possible les techniques électroniques modernes). La section B, qui clôt le chapitre, contient une série de recommandations relatives au champ d'application du *Guide*, à son approche fondamentale, au principe de l'autonomie des parties et à l'utilisation des techniques électroniques modernes.

2. Champ d'application

2. Le droit des opérations garanties ne fait pas l'objet d'une définition universellement acceptée. Dans certains États, il englobe les sûretés réelles grevant tant les biens meubles que les biens immeubles tandis que dans d'autres il se limite aux sûretés grevant des biens meubles. Dans certains États, il s'applique à la fois aux sûretés réelles mobilières créées par convention et à celles découlant de la loi ou d'une procédure judiciaire. Dans d'autres, il se limite aux sûretés créées contractuellement. Dans certains États, il régit les droits destinés à garantir l'exécution de n'importe quel type d'obligation et, dans d'autres, il est limité aux droits garantissant l'exécution d'obligations monétaires uniquement. Dans certains États, il englobe tous les mécanismes qui ont pour fonction de garantir l'exécution d'une obligation et, dans d'autres, il est limité aux mécanismes qui permettent aux créanciers de faire valoir un droit réel sur les biens dont le débiteur est effectivement propriétaire et n'englobe donc pas, par exemple, les mécanismes de réserve de propriété, dans

lesquels le débiteur n'est pas propriétaire des biens. Le choix des États concernant le champ d'application du droit des opérations garanties a un impact considérable sur l'efficacité du régime du crédit garanti dans son ensemble.

3. Le *Guide* a pour objet fondamental d'aider les États à élaborer des lois modernes sur les opérations garanties afin de promouvoir l'offre de crédit garanti (voir recommandation 1, al. *a*, Introduction). Pour les motifs exposés dans l'Introduction, il estime que plus le champ d'application du régime des opérations garanties est large, plus ce régime sera efficace. Ce n'est que lorsque des motifs impérieux l'exigent que certains types d'opérations devraient être exclus (voir par. 32 à 44 ci-dessous). En d'autres termes, pour que l'offre accrue de crédit garanti profite à tous, une loi sur les opérations garanties devrait être aussi large que possible. Le *Guide* envisage donc un régime unique global pour les opérations garanties, englobant le plus large éventail possible de biens, de parties, d'obligations et d'opérations (voir la section "objet" qui précède la recommandation 2).

a) *Biens, parties, obligations et opérations*

4. Comme on l'a vu plus haut (voir par. 1 ci-dessus), cinq paramètres définissent le champ d'application d'un régime sur les opérations garanties: *a)* les types de biens visés par le régime; *b)* les parties (créanciers ou débiteurs) auxquelles il doit s'appliquer; *c)* les types d'obligations susceptibles d'être garanties par une sûreté réelle mobilière relevant du régime; *d)* les types d'opérations juridiques auxquelles s'appliqueront les règles établies dans ce régime; et *e)* l'extension d'une sûreté grevant un bien au produit de ce bien. Ces paramètres sont examinés tour à tour ci-dessous.

i) *Biens*

5. Dans de nombreux États, on considère depuis toujours que les sûretés réelles mobilières font exception au principe général de l'égalité entre créanciers. C'est pourquoi les types de biens auxquels elles peuvent s'appliquer sont énumérés de manière restrictive. Les régimes modernes qui régissent les opérations garanties adoptent habituellement la position inverse: tous les types de biens devraient pouvoir être grevés d'une sûreté réelle mobilière sauf ceux qui sont expressément exclus. Le *Guide* vise avant tout les éléments essentiels de l'actif commercial, tels que les stocks et le matériel, et les créances commerciales. Toutefois, un constituant peut affecter, en garantie d'un crédit, de nombreux types de biens sans qu'il s'agisse d'éléments essentiels de l'actif commercial, tels que des droits contractuels à exécution en nature, des instruments négociables et des droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire. Afin qu'un constituant puisse utiliser l'intégralité de ses biens, quelle qu'en soit la nature, pour obtenir un crédit, le *Guide* recommande que le régime des opérations garanties s'applique aux sûretés réelles mobilières sur tous les types de biens meubles, corporels ou incorporels, présents ou futurs (voir recommandation 2, al. *a*), à l'exception des biens expressément exclus (voir recommandations 4 à 7).

6. Il est important de préciser les conséquences exactes de cette approche. Elle signifie tout d'abord que le *Guide* s'applique à tous les types de biens meubles. Celui-ci englobe les biens meubles corporels, comme les stocks et le matériel. Il vise également tous les droits moindres que la pleine propriété, tels qu'un usufruit, que le débiteur peut avoir sur

ces biens, ou des droits contractuels dont il peut jouir en relation avec un bien (par exemple un droit en tant que preneur à bail ou preneur de licence). Le *Guide* vise également d'autres biens meubles incorporels, tels que les créances contractuelles et non contractuelles, les droits contractuels à l'exécution d'une obligation non monétaire, les droits découlant d'un instrument ou d'un document négociable, les droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, les droits de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant et les droits de propriété intellectuelle.

7. En ce qui concerne les créances, le *Guide* adopte également une approche extensive[1]. Il s'applique à la fois: *a)* aux créances contractuelles et non contractuelles, à ceci près que la recommandation 23 (sur l'efficacité d'une cession globale de créances et d'une cession de créance future, de fraction de créance ou de droit indivis sur une créance) et la recommandation 114 (sur les garanties dues par le cédant) ne s'appliquent pas aux créances non contractuelles; et *b)* aux obligations contractuelles non monétaires. Les droits des débiteurs de telles obligations sont cependant régis, non pas par la loi que le *Guide* recommande, mais par un autre droit.

8. Le *Guide* adopte aussi une approche extensive pour les types de biens susceptibles d'être grevés d'une sûreté réelle mobilière. Il insiste sur la nécessité de permettre au constituant de créer des sûretés non seulement sur ses biens présents, mais aussi sur ses biens futurs (autrement dit des biens qui sont créés ou qu'il acquiert après la conclusion de la convention constitutive de sûreté), sans que le créancier garanti ou lui-même aient à signer d'autres documents ni à accomplir d'autres actes au moment de l'acquisition ou de la création desdits biens. Cette approche est conforme, par exemple, à la Convention des Nations Unies sur la cession, qui prévoit la constitution de sûretés sur des créances futures sans exiger de formalités supplémentaires. Le *Guide* recommande en outre que le régime des opérations garanties autorise la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un ensemble fluctuant: *a)* de biens présents et futurs du même type; et *b)* de biens de types différents.

9. Le fait de conférer au régime des opérations garanties le champ d'application le plus large possible permet d'atteindre deux objectifs. D'une part, les débiteurs peuvent utiliser tous leurs biens et tirer parti de leur valeur intégrale pour garantir des crédits, le montant de ces crédits pouvant ainsi s'en trouver accru et leur coût réduit. D'autre part, l'application du régime à tous les types de biens et la possibilité pour le constituant de décrire les biens grevés de façon générique évitent aux parties des recherches coûteuses lors de la constitution de la sûreté, ou des procédures judiciaires ultérieures tout aussi coûteuses, pour déterminer si un type de bien particulier relève ou non du régime (voir chap. II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, par. 49 à 70).

ii) *Parties*

10. Tout comme pour les biens susceptibles d'être grevés d'une sûreté réelle mobilière, de nombreux États ont toujours limité les catégories de personnes autorisées soit à constituer une telle sûreté, soit à devenir des créanciers garantis. Ils l'ont souvent fait en

[1] Contrairement à la Convention des Nations Unies sur la cession, qui s'applique uniquement aux créances contractuelles, le *Guide* s'applique aux créances non contractuelles également (voir Introduction, section B, terminologie et interprétation, terme "créance" et note 25).

interdisant de manière générale les sûretés sans dépossession puis en prévoyant expressément que: *a)* certains types de constituants (par exemple les agriculteurs, les commerçants ou les fabricants) étaient néanmoins autorisés à consentir des sûretés sans dépossession d'un genre particulier; ou *b)* certains types de créanciers (par exemple les banques, les sociétés d'épargne et de prêt ou les coopératives de crédit agricole) étaient autorisés à prendre de telles sûretés. Un régime moderne sur les opérations garanties n'impose pas de telles restrictions. Il prévoit généralement que toute personne, physique ou morale, devrait, en principe, pouvoir tirer parti de ses dispositions; il n'impose donc généralement pas de restriction quant à la personne susceptible de devenir constituant ou créancier garanti. Le *Guide* adopte la même approche (voir recommandation 2, al. *b*).

11. Sauf indication contraire expresse, le *Guide* s'applique aussi aux consommateurs et à leurs opérations. Il n'y a pas de raison de priver ceux-ci des avantages du régime qui y est envisagé. Cependant, le *Guide* reconnaît que les États adoptent souvent des règles de droit détaillées sur la protection des consommateurs. C'est pourquoi, en cas de conflit entre une disposition du régime prévu ici et le droit sur la protection des consommateurs, le *Guide* s'efface devant ce dernier. Les États n'ayant pas de règles sur la protection des consommateurs voudront peut-être examiner si l'adoption d'une loi reposant sur les recommandations du *Guide* aurait une incidence sur les droits des consommateurs et rendrait alors nécessaire l'adoption d'une législation protectrice (voir recommandation 2, al. *b*). En outre, même s'il est peu probable que le problème se pose en pratique, lorsque le droit bancaire d'un État limite la faculté d'une banque de prendre certaines sûretés sur certains types de biens, le *Guide* s'efface également devant ce droit.

iii) *Obligations*

12. De nombreux États limitent souvent, dans leur droit des opérations garanties, les types d'obligations susceptibles d'être garanties par une sûreté réelle mobilière. Par exemple, dans nombre d'États, seules les obligations présentes et déterminées peuvent être garanties. Toutefois, en raison de la grande diversité des obligations couramment contractées par les entreprises, la plupart des régimes modernes en matière d'opérations garanties adoptent une approche extensive des obligations susceptibles d'être garanties par une sûreté réelle mobilière. Le *Guide* suit également cette approche. Il recommande qu'un large éventail d'obligations, monétaires ou non, puissent être garanties (voir recommandation 2, al. *c*). Les obligations monétaires pourraient englober, par exemple, les obligations liées à des prêts à vue, à des prêts à terme, à des lignes de crédit et l'obligation de rembourser le solde du prix d'achat. Par obligation non monétaire, on entendrait notamment l'obligation d'accomplir une tâche particulière (construire une machine, par exemple) ou l'obligation de s'abstenir d'un acte (par exemple les clauses de non-concurrence). Les obligations présentes ou futures peuvent être garanties, dès lors qu'elles sont déterminées ou déterminables.

iv) *Opérations*

13. Les types d'opérations visées constituent le dernier élément qui détermine le champ d'application d'un régime d'opérations garanties. Comme on l'a déjà vu, dans certains États, il est impossible de constituer une sûreté réelle mobilière sans dépossession. Dans

ces États, le constituant doit abandonner la possession du bien grevé au profit du créancier ou d'une personne agissant au nom de ce dernier. Dans certains États en outre, seules les opérations qui sont expressément dénommées "opérations garanties" et qui permettent à un créancier de revendiquer une sûreté réelle mobilière sur les biens appartenant effectivement à son constituant sont soumises au régime des opérations garanties. Afin que tous les mécanismes remplissant une fonction de sûreté soient couverts, un régime moderne des opérations garanties ne prévoit pas de telles restrictions. Le *Guide* adopte la même position. Il recommande, premièrement, que le régime autorise les sûretés réelles mobilières avec et sans dépossession et s'y applique, et deuxièmement qu'il régisse un large éventail d'opérations remplissant une fonction de sûreté (voir recommandation 2, al. *d*).

14. Ce deuxième point est particulièrement important compte tenu du grand nombre de droits réels qui, s'ils ne sont pas appelés "sûretés réelles mobilières", remplissent néanmoins cette fonction. Il s'agit par exemple de transferts de la propriété de biens meubles corporels à titre de garantie, de transferts de créances à titre de garantie et de différentes formes de réserve de propriété (voir recommandation 2, al. *d*). La raison pour laquelle tous ces différents dispositifs, quelle que soit leur dénomination actuelle dans le droit national, entrent dans le *Guide* est expliquée en détail dans la section suivante du présent chapitre (voir aussi recommandation 8).

15. Le *Guide* ayant pour objet principal de promouvoir l'accès au crédit garanti, ses recommandations visent essentiellement les sûretés réelles mobilières créées par convention. Il ne s'intéresse pas directement aux questions découlant des droits réels d'origine légale ou judiciaire. Toutefois, comme ces droits réels sont parfois prioritaires sur les sûretés réelles mobilières, le *Guide* ne peut les ignorer. C'est pourquoi il formule aussi des recommandations sur les relations entre les sûretés réelles mobilières et ces droits (voir recommandations 83 à 86).

v) *Produit*

16. L'examen ci-dessus des principales composantes d'un régime d'opérations garanties illustre une évolution fondamentale de la conception des sûretés réelles mobilières. Les États ont considéré pendant longtemps qu'une sûreté réelle mobilière était la conséquence d'une convention particulière visant à créer un droit sur un bien déterminé appartenant à un constituant donné, en faveur d'un créancier et en garantie d'une obligation donnée (et qu'aucun de ces éléments de l'opération ne changerait pendant la durée de la convention constitutive de sûreté). Ce degré de spécificité n'existe pas dans un régime moderne des opérations garanties. Il est fréquent que le créancier change à mesure que les prêts sont cédés en tout ou en partie d'un prêteur à l'autre, que l'obligation change du fait de son remboursement et de la naissance d'une nouvelle obligation, et que le bien grevé change (par exemple à mesure que des stocks sont vendus et remplacés et que des créances sont remboursées et de nouvelles sont générées).

17. Un élément fondamental supplémentaire permet de définir le champ d'application des régimes modernes d'opérations garanties. Ces régimes autorisent le plus souvent que la sûreté réelle mobilière s'étende à tout produit découlant du bien grevé. Le principe du report de la sûreté sur le produit est généralement jugé nécessaire pour protéger les droits du créancier garanti lorsque le constituant vend ou loue un bien grevé. Mais il existe de

nombreuses autres formes de produit, outre celles qui découlent de la vente ou location des biens grevés.

18. Pour apprécier pleinement la portée de la notion de produit, il faut examiner toutes les différentes formes de transformations juridiques et matérielles que des biens meubles corporels peuvent subir au fil du temps. Par exemple dans le cas d'un animal, diverses modifications sont possibles. Les femelles donnent naissance à des petits et certains animaux peuvent produire, par exemple, du lait ou de la laine. D'autres animaux primés peuvent produire du sperme ou des ovules commercialisables. Les abeilles produisent du miel, les vers à soie de la soie. Dans toutes ces situations, les biens initialement grevés peuvent générer d'autres biens pour le constituant, même sans acte de disposition. Dans de nombreux systèmes juridiques, on parle alors de "fruits naturels".

19. Les biens meubles corporels peuvent également produire des biens meubles incorporels. Par exemple, ils peuvent être loués et générer des loyers versés par le preneur à bail. Les biens meubles incorporels peuvent en outre produire d'autres biens meubles incorporels (par exemple les loyers peuvent générer des intérêts). Les loyers et les intérêts sont souvent appelés "fruits civils" ou "revenus". Par ailleurs, un bien meuble corporel peut se prêter à un processus de fabrication ou autre processus de transformation pour devenir un autre type de bien. Du bois peut devenir une chaise, de l'acier une pièce d'automobile. Dans ces cas, il n'est pas disposé du bien initialement grevé, mais le processus de fabrication transforme ce dernier en un autre bien, d'une plus grande valeur. Les biens issus d'une telle transformation sont souvent appelés "produits manufacturés".

20. Ainsi, dans la terminologie du droit des biens, ces nouveaux biens meubles reçoivent diverses appellations, comme fruits naturels et civils, ou revenus, ou encore produits manufacturés. En revanche, aux fins du droit des opérations garanties, l'appellation précise n'a généralement pas d'importance. Ce qui importe, c'est la décision des États concernant l'effet de la sûreté réelle mobilière sur les fruits naturels ou civils, les revenus et les produits manufacturés. En d'autres termes, dans chacun de ces cas, l'État doit décider si la sûreté grevant l'animal, l'acier, le droit au paiement ou le bien loué peut être étendue aux biens "produits" par ce bien initialement grevé.

21. Un autre élément caractéristique des biens meubles est qu'ils sont souvent destinés à être vendus, loués ou mis sous licence (parfois à plusieurs reprises). Lorsque le constituant vend des biens initialement grevés, les loue ou les met sous licence au cours de la période pendant laquelle l'obligation qu'ils garantissent reste exigible, il reçoit généralement, en contrepartie, des espèces, des biens meubles corporels (par exemple du matériel ou des instruments négociables) ou encore des biens meubles incorporels (par exemple des créances). De ce fait, les États doivent déterminer si une sûreté réelle mobilière constituée sur les biens initiaux devrait s'étendre aux nouveaux biens reçus en contrepartie de la vente, de la location ou de la mise sous licence des premiers. Ils doivent donc par exemple décider si une sûreté sur du matériel, tel qu'une presse d'imprimerie, s'étend aux espèces reçues par le constituant lorsqu'il vend cette presse, ou à une nouvelle presse reçue en échange de la presse vendue. Dans la terminologie du droit des biens, ces espèces ou autres biens meubles corporels ou incorporels reçus en contrepartie de la vente ou d'une autre forme de transfert sont appelés "produit de la disposition". Là encore, aux fins du droit des opérations garanties, l'important n'est pas tant de savoir si le bien reçu de la disposition du bien initialement grevé prend la forme d'un autre bien, d'espèces, d'une

créance ou d'un instrument négociable, que de savoir si la sûreté réelle mobilière sur le bien initial peut être revendiquée sur le nouveau bien (en d'autres termes si elle peut s'y "étendre").

22. Dans certains cas, le produit initial des biens initialement grevés (qu'il prenne la forme de fruits naturels ou civils, de revenus, de produits manufacturés ou du produit de la disposition) peut lui-même générer un autre produit lorsque le constituant en dispose en contrepartie d'autres biens. Cet autre produit est parfois appelé "produit du produit". Si une sûreté réelle mobilière a été constituée sur le produit de biens initialement grevés, celle-ci devrait logiquement s'étendre au produit de ce produit, pour autant qu'il demeure identifiable en tant que produit. En effet, si le créancier garanti perdait son droit sur le produit après la transformation de ce dernier, il serait exposé aux mêmes risques de crédit que s'il ne détenait aucune sûreté sur le produit.

23. Certains systèmes juridiques distinguent clairement les fruits naturels et civils, ou revenus, du produit issu de la disposition de biens initialement grevés et les soumettent à des règles différentes. On justifie souvent cette approche par la difficulté d'identifier le produit de la disposition et par la nécessité de protéger les droits des tiers sur le produit. Dans ces systèmes, on considère que les fruits entrent automatiquement dans l'assiette d'une sûreté grevant le bien initial qui les a générés. Par contre, le produit de la disposition est considéré comme un bien venant en remplacement sur lequel la sûreté grevant le bien initial ne s'étend pas. D'autres systèmes juridiques ne font pas de distinction stricte entre les fruits naturels et civils ou les revenus et le produit de la disposition des biens grevés et leur appliquent les mêmes règles. Les motifs généralement invoqués dans ce cas sont, d'une part, la difficulté d'établir une telle distinction et, d'autre part, le fait que tant les fruits que le produit proviennent des biens grevés, se substituent à eux ou peuvent en modifier la valeur.

24. Aujourd'hui, la plupart des États qui ont modernisé leur régime des opérations garanties considèrent toutes les transformations exposées dans la présente section comme le produit du bien initialement grevé. Compte tenu de cette tendance législative et du fait que l'extension de la sûreté réelle mobilière à ces biens répond aux attentes normales des parties à une convention constitutive de sûreté, le *Guide* estime que toutes les transformations susmentionnées constituent le produit du bien initialement grevé. Aussi, dans le *Guide,* une sûreté réelle mobilière s'étend-elle à toutes ces formes de produit issu d'un bien grevé (voir recommandation 2).

b) *Transferts purs et simples de créances*

i) *Inclusion des transferts purs et simples de créances*

25. Le *Guide* ne s'applique pas aux mécanismes qui ne servent pas de sûretés. C'est là un principe presque universel. La seule exception à ce principe a trait aux transferts purs et simples de créances (en d'autres termes, aux transferts qui ne sont pas destinés à garantir une obligation). Cette exception est prévue dans la plupart des régimes modernes d'opérations garanties. Elle se justifie par le fait que, dans la pratique, les mécanismes utilisés lors du recouvrement d'une créance transférée purement et simplement et lors de

la réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant une créance sont identiques et aussi par le fait qu'il est souvent difficile de déterminer au début de l'opération si une cession est effectuée à titre de garantie ou s'il s'agit d'un transfert pur et simple. Le *Guide* recommande donc que toutes les cessions de créances (le *Guide* emploie le terme "cession" uniquement pour les créances), à titre de garantie ou non, soient soumises aux mêmes règles relatives à la constitution, à l'opposabilité et à la priorité et, dans une mesure limitée, à la réalisation (voir par. 30 plus loin et recommandations 3 et 167).

26. Cependant, pour déterminer la portée de la recommandation 3, il est important de noter que la définition du terme "créance", tel qu'il est employé dans le *Guide*, exclut le droit à paiement en vertu d'un instrument négociable, le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant et le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire (voir Introduction, section B, terminologie et interprétation). Partant, le *Guide* ne s'applique pas à un transfert pur et simple de ces biens. Il s'applique en revanche à un transfert de ces biens réalisé à titre de garantie.

27. Les transferts purs et simples d'instruments négociables, de droits de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant et de droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire ont été exclus car il s'agit d'opérations qui posent des problèmes différents et nécessiteraient des règles spéciales. Par exemple, dans le cas de créances ordinaires, un conflit de priorité entre les droits découlant d'un transfert à titre de garantie et ceux découlant d'un transfert pur et simple se réglerait, dans le *Guide*, en fonction de l'ordre d'inscription d'un avis relatif à la sûreté ou au transfert pur et simple. Les règles régissant la priorité seraient toutefois différentes pour les instruments négociables, les droits de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant et les droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire. Dans le cas d'un instrument négociable, un créancier garanti peut toujours obtenir un droit supérieur en prenant possession de l'instrument (voir recommandation 101). De même, en ce qui concerne les droits de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant et les droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, il peut toujours obtenir un droit supérieur par contrôle (voir recommandations 103 et 107).

28. Les principes de la loi sur les opérations garanties pourraient facilement s'appliquer au transfert pur et simple de billets à ordre et, éventuellement, de lettres de change de la même manière que le *Guide* s'applique au transfert pur et simple de créances. Ils seraient en revanche difficilement applicables au transfert pur et simple de chèques, question qui est, par ailleurs, suffisamment traitée par le droit régissant les instruments négociables et celui régissant le recouvrement bancaire.

29. Un État adoptant qui souhaite étendre l'application de sa loi sur les opérations garanties aux transferts purs et simples d'instruments négociables qui sont soit des billets à ordre, soit des lettres de change (et élargir sa définition de "sûreté réelle mobilière" pour englober le droit du bénéficiaire de ce type de transferts), pourrait, s'il le souhaite, envisager de prévoir qu'un transfert pur et simple d'un tel instrument négociable devient automatiquement opposable lors du transfert. Une telle règle éviterait de perturber les pratiques financières existantes. La priorité d'un tel droit serait régie par les principes généraux de la priorité posés dans le *Guide* et plus particulièrement par le principe général énoncé dans les recommandations 101 et 102. Comme dans le cas du transfert pur et simple d'une créance, le bénéficiaire du transfert pur et simple de cet instrument

négociable devrait pouvoir demander paiement sans que le cédant ait à donner son accord, sous réserve des droits des débiteurs dans le cadre de l'instrument tels que décrits dans le chapitre VIII sur la réalisation d'une sûreté réelle mobilière.

ii) *Effet de l'inclusion*

30. La recommandation selon laquelle la loi devrait s'appliquer aux transferts purs et simples de créances, bien qu'ils ne garantissent pas le paiement ou une autre forme d'exécution d'une obligation, vise principalement les questions de constitution, d'opposabilité et de priorité. Les recommandations du *Guide* ne s'appliquent généralement pas au recouvrement ou à une autre forme de réalisation d'une créance transférée purement et simplement, sauf pour préciser que le cessionnaire est en droit de recouvrer la créance et que le recouvrement doit s'effectuer de manière commercialement raisonnable (voir recommandation 167).

31. Il est important de noter que l'application du *Guide* aux transferts purs et simples de créances n'efface aucunement la distinction entre un tel transfert et le transfert d'une créance en garantie d'une obligation. En revanche, le *Guide* rend inutile toute distinction formelle ou terminologique entre les opérations qui garantissent le paiement ou une autre forme d'exécution d'une obligation. En effet, même si les recommandations du *Guide* s'appliquent aux transferts purs et simples et qu'elles emploient la même terminologie (voir par exemple le terme "sûreté réelle mobilière", qui comprend les transferts purs et simples de créances, le terme "créancier garanti", qui comprend les personnes à qui des créances sont transférées purement et simplement, et le terme "constituant", qui englobe les personnes qui transfèrent des créances purement et simplement), les transferts purs et simples n'en deviennent pas pour autant des sûretés réelles mobilières. Un tel résultat (parfois appelé "requalification") ne serait pas souhaitable et serait même préjudiciable à des pratiques importantes telles que la titrisation de créances.

c) *Aéronefs, matériel roulant ferroviaire, objets spatiaux et navires*

32. Le *Guide* ne s'applique pas à des biens, tels que les aéronefs, le matériel roulant ferroviaire, les objets spatiaux et les navires, ni à d'autres catégories de matériels d'équipement mobiles, dans la mesure où ils sont régis par des règles de droit national ou des accords internationaux auxquels les États adoptant une législation fondée sur le *Guide* sont parties et où les questions visées par la loi recommandée ici sont aussi traitées par ce droit ou cet accord (voir recommandation 4, al. *a*). En conséquence, par exemple, s'il existe des registres et des règles détaillées sur les sûretés réelles mobilières et d'autres droits attachés à des navires, aéronefs et autres types de matériels d'équipement mobiles décrits à l'alinéa *a* de la recommandation 4, le *Guide* ne s'applique pas. Il s'ensuit que, si ce droit national ou ces accords internationaux auxquels l'État est partie ne s'appliquent pas à ces catégories de biens, le *Guide* s'y applique. Les mots "aéronefs, matériel roulant ferroviaire, objets spatiaux et navires" devraient être interprétés selon le sens qui leur est donné par le droit national ou les conventions internationales les régissant.

d) *Propriété intellectuelle*

33. En raison de l'importance croissante et de la valeur économique des propriétés intellectuelles pour les entreprises qui cherchent à obtenir des crédits garantis, le *Guide*

s'applique en principe aux sûretés réelles mobilières grevant celles-ci. Cependant, les recommandations n'ayant pas été élaborées dans l'optique de la propriété intellectuelle, en cas d'incompatibilité avec le droit national contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle ou les accords internationaux concernant la propriété intellectuelle auxquels un État est partie, le *Guide* ne s'appliquerait pas (voir recommandation 4, al. *b*).

34. À cet égard, un État devrait examiner ses règles de droit existantes sur la propriété intellectuelle ainsi que ses obligations découlant de traités, de conventions et d'autres accords internationaux en la matière et, dans les cas où les recommandations du *Guide* seraient incompatibles avec une de ces règles ou avec ces traités, conventions ou accords, la loi sur les opérations garanties de l'État devrait confirmer expressément que ces règles de droit et traités, conventions ou accords régissent la question là où il y a incompatibilité.

35. De plus, un État qui adopte une législation sur les opérations garanties conformément au *Guide* devrait examiner s'il conviendrait d'en adapter certaines règles quand elles s'appliquent aux sûretés réelles mobilières sur des propriétés intellectuelles dans la mesure où elles seraient incompatibles avec des dispositions de son droit national ayant trait à la propriété intellectuelle ou avec des accords internationaux concernant la propriété intellectuelle auxquels il serait partie. Ces règles seraient notamment celles qui se trouvent énoncées dans les recommandations du *Guide* ci-après: recommandations 38, 77 et 78 sur l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière soumise à un système d'inscription sur un registre spécialisé; recommandation 81, alinéa *c*, sur la priorité des droits d'un preneur de licence non exclusive dans le cours normal des affaires du donneur; et recommandations 208 et 218, alinéa *b*, sur la loi applicable aux sûretés réelles mobilières sur des biens meubles incorporels.

36. Lorsqu'il examine s'il convient d'adapter d'une quelconque manière les règles de la loi sur les opérations garanties quand elles s'appliquent aux sûretés réelles mobilières sur des propriétés intellectuelles, un État devrait analyser chaque situation sous tous ses aspects et tenir dûment compte à la fois de la nécessité de mettre en place un régime efficace en matière d'opérations garanties et de celle d'assurer la protection et l'exercice des droits de propriété intellectuelle conformément aux conventions internationales et au droit national. Il devrait examiner également d'autres questions, comme celles de savoir si le droit de la propriété intellectuelle traite de la constitution de sûretés sur des propriétés intellectuelles et s'il prévoit l'inscription d'avis concernant des sûretés grevant des propriétés intellectuelles. Tous ces aspects seront traités dans un prochain additif au *Guide*.

e) *Valeurs mobilières*

37. Le *Guide* ne s'applique pas aux sûretés portant sur des valeurs mobilières, car la nature des valeurs mobilières et leur importance pour le fonctionnement des marchés financiers soulèvent de nombreuses questions qui méritent un traitement spécial dans la législation. Les questions de droit matériel relatives aux sûretés et aux autres droits sur des valeurs mobilières détenues auprès d'un intermédiaire ne sont pas traitées non plus dans le *Guide*, car elles le sont dans la Convention d'UNIDROIT sur les règles matérielles relatives aux titres intermédiés (Genève, 2009)[2]. La loi applicable aux droits sur des

[2] Voir Introduction, note 12.

valeurs mobilières n'est pas traitée dans le *Guide*, car il en est question dans la Convention sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire, élaborée par la Conférence de La Haye de droit international privé[3].

38. Le *Guide* est structuré de manière que l'État adoptant une législation fondée sur le régime qu'il recommande ici puisse, en même temps, appliquer les textes élaborés par UNIDROIT et la Conférence de La Haye de droit international privé, de même que les textes émanant de la CNUDCI, tels que la Convention des Nations Unies sur la cession[4] et le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité[5].

f) *Contrats financiers et opérations de change*

39. Le *Guide* ne s'applique pas non plus aux sûretés réelles mobilières sur deux autres catégories de biens meubles: *a)* les droits à paiement naissant de contrats financiers régis par des conventions de compensation globale, sauf dans le cas d'une créance due après la liquidation de toutes les opérations; et *b)* les droits à paiement naissant d'opérations de change. En effet, les contrats financiers et les opérations de change posent des problèmes complexes qui appellent des règles spéciales.

g) *Biens immeubles*

40. Dans certains systèmes juridiques, le régime des opérations garanties porte à la fois sur les biens meubles et les biens immeubles. Les droits réels grevant les biens immeubles sont néanmoins exclus en principe du *Guide* car ils soulèvent des questions différentes (voir recommandation 5). Par exemple, les droits réels (et la propriété) sur les biens immeubles sont généralement soumis à un système d'inscription de documents sur des registres spécialisés et sont habituellement indexés par bien et non par constituant. Il n'en reste pas moins que les biens immeubles peuvent être affectés par les recommandations du *Guide*.

41. Dans la plupart des systèmes juridiques, des biens attachés à des immeubles (c'est-à-dire des biens meubles corporels qui sont physiquement attachés à des immeubles sans pour autant perdre leur identité distincte) sont eux-mêmes traités comme des immeubles. Dans d'autres, dès lors que les biens meubles corporels attachés conservent leur identité distincte, ils ne sont pas considérés comme des immeubles. Le *Guide* s'applique aux sûretés réelles mobilières grevant un bien attaché, qu'il soit ou non qualifié d'immeuble, et, par conséquent, s'il est qualifié d'immeuble, affecte le bien immeuble (voir recommandations 21 et 43, chap. II et III).

42. Le *Guide* traite en outre des droits réels grevant des biens immeubles dans certains cas où une sûreté réelle mobilière sur un bien immeuble (par exemple une hypothèque) garantit une créance, un instrument négociable ou un autre bien meuble incorporel. Si cette créance, cet instrument négociable ou cet autre bien meuble incorporel est cédé, le

[3] Voir Introduction, note 11.

[4] Voir Introduction, note 7.

[5] Voir Introduction, note 2.

Guide recommande que le cessionnaire bénéficie du droit réel grevant le bien immeuble. Ce principe repose sur une règle générale prévue dans la plupart des systèmes juridiques selon laquelle l'accessoire (le droit réel sur le bien immeuble) suit le principal (l'obligation cédée). Afin toutefois de ne pas porter atteinte aux droits des tiers découlant du droit immobilier, l'application du *Guide* n'a aucune incidence sur ces droits, ni sur les règles de priorité et de réalisation concernant les droits réels grevant des biens immeubles prévues dans le droit immobilier (voir recommandations 25, al. *c*, et 48, chap. II et III).

h) *Produit de types de bien exclus*

43. Certains types de biens exclus du champ d'application du *Guide* peuvent néanmoins générer un produit sous la forme de biens qui, à priori, seraient visés par le *Guide* (par exemple des créances représentant le produit d'un bien immeuble). En principe, le *Guide* s'applique aux sûretés réelles mobilières grevant de tels biens. Il se peut néanmoins qu'un droit autre que celui des opérations garanties (par exemple le droit régissant les biens immeubles) confère également une sûreté sur les types de produit soumis à la loi sur les opérations garanties. Une grande confusion risquerait de régner si les deux régimes s'appliquaient au produit dans ce cas. C'est pourquoi le *Guide* estime que, si un autre droit prévoit qu'il existe une sûreté sur ce produit, la loi sur les opérations garanties ne s'applique à cette sûreté que dans la mesure où l'autre droit ne s'y applique pas (voir recommandation 6).

i) *Autres exceptions*

44. La mise en place d'un régime global pour les opérations garanties doté d'un champ d'application aussi large que possible est le meilleur moyen d'atteindre les objectifs du *Guide*. L'idée est à la fois d'inclure dans le champ d'application du régime une vaste gamme d'opérations et de limiter autant que possible les exceptions (voir, par exemple, recommandation 83). C'est pourquoi le *Guide* recommande que les seules limites à son champ d'application devraient être celles qu'il énonce explicitement (voir recommandation 7, première phrase). Si d'autres limites sont néanmoins prévues (par exemple l'exclusion des prestations liées à l'emploi), elles devraient être énoncées dans la loi de manière claire et précise pour éviter tout doute sur le champ d'application de la loi (voir recommandation 7, deuxième phrase).

3. Approches fondamentales en matière d'opérations garanties

a) *Introduction*

45. Au fil du temps, les États ont développé un grand nombre de pratiques pour encourager les prêteurs, les vendeurs et d'autres parties octroyant des financements à accorder des crédits aux emprunteurs, aux acheteurs et à d'autres débiteurs. Ils ont souvent conféré des droits légaux spéciaux aux prêteurs et aux vendeurs à cette fin. Souvent aussi, ils ont mis en place des régimes permettant aux créanciers et aux débiteurs de conclure entre eux des contrats établissant des droits et prérogatives spéciaux. Dans les deux cas, l'objectif

était de donner au créancier une préférence sur d'autres créanciers dans la répartition du produit issu de la saisie et de la vente d'un bien du débiteur au cas où ce dernier ne s'acquitte pas de l'obligation promise. D'une manière générale, on peut dire de ces différents types de droits qu'ils sont des sûretés réelles mobilières.

46. Le *Guide* s'inspire des différentes approches suivies dans diverses traditions juridiques, tout en proposant de modifier le droit et la pratique existants lorsque cela est nécessaire, pour formuler des recommandations en vue de l'établissement d'un régime moderne des opérations garanties qui soit le plus à même de promouvoir le crédit garanti.

47. La présente section a plusieurs finalités. Elle a pour objet initial de passer en revue les principaux mécanismes permettant de consentir une sûreté à un créancier. Elle expose également les avantages et les inconvénients de chaque mécanisme, à la fois pour les parties directement intéressées (à savoir le créancier garanti et le constituant) et pour les tiers. Elle donne ensuite un aperçu des grandes options qui s'offrent au législateur pour choisir entre les différents mécanismes possibles. Ce faisant, elle insiste sur les raisons pour lesquelles la modernisation du droit dans ce domaine est essentielle afin de promouvoir le crédit garanti et sur les contextes dans lesquels le besoin de modernisation est le plus pressant.

48. Schématiquement, les mécanismes qui sont actuellement utilisés pour octroyer des sûretés ressortissent à trois grandes catégories: premièrement, les mécanismes spécialement conçus à cette fin et appelés explicitement sûretés (voir par. 50 à 84 ci-dessous); deuxièmement, les mécanismes reposant sur la propriété qui, associés à divers types d'arrangements contractuels, sont utilisés pour garantir l'exécution d'une obligation par le débiteur (voir par. 85 à 100 ci-dessous); et, troisièmement, les mécanismes globaux et intégrés qui regroupent toutes les formes de sûretés et de dispositifs de transfert de la propriété sous un concept générique de sûreté réelle mobilière défini en termes fonctionnels (voir par. 101 à 109 ci-dessous).

49. Comme il a été noté, dans de nombreux États aujourd'hui, les mécanismes juridiques destinés à encourager les prêteurs, les vendeurs et d'autres parties à octroyer un crédit ne sont pas tous fondés sur une convention. Certains naissent par l'effet de la loi. Les plus importants d'entre eux seront indiqués dans chacune des sections qui suivent. Cependant, étant donné que les droits réels d'origine légale sortent, pour l'essentiel, du champ d'application du *Guide*, l'analyse ci-après portera sur les mécanismes de sûreté d'origine conventionnelle.

b) *Opérations garanties traditionnelles*

i) *Les sûretés sur les biens meubles corporels*

50. La plupart des États font une distinction entre les sûretés sur des biens meubles corporels et les sûretés sur des biens meubles incorporels. Les biens meubles corporels pouvant, par nature, faire l'objet d'une possession "physique", à laquelle de nombreux États attachent d'importantes conséquences juridiques, il est fréquent que les États permettent aux créanciers d'obtenir des sûretés sur des biens meubles corporels par des moyens qui

n'existent pas pour les biens meubles incorporels. Ainsi, s'agissant des sûretés grevant des biens meubles corporels, la plupart établissent une distinction entre sûretés avec dépossession et sûretés sans dépossession. Dans le cas des premières, la possession du bien grevé est transférée au créancier garanti ou à un tiers agissant pour son compte. Pour les secondes, le constituant (qui est habituellement le débiteur mais qui peut aussi être un tiers) reste en possession du bien grevé.

a. *Le gage*

51. Le gage est de loin le type de sûreté sur des biens meubles corporels le plus courant. Habituellement, pour qu'il soit valable, le constituant doit renoncer à la possession du bien grevé. Aujourd'hui, toutefois, de nombreux États étendent le concept de "gage" à des situations dans lesquelles le constituant conserve la possession physique du bien. Dans le *Guide*, ces types de gage modernes sont considérés comme des sûretés réelles mobilières sans dépossession et non comme des gages.

52. Un gage ordinaire est constitué comme suit. Le plus souvent, le constituant transfère la possession du bien grevé au créancier garanti ou à un tiers qui agit pour le compte de ce créancier garanti. Le gage naît également lorsque le constituant permet au créancier garanti (ou à un tiers convenu), qui pour une raison quelconque est déjà en possession du bien grevé, de conserver cette possession par la suite en tant que gage. En pareil cas, le tiers est souvent un mandataire ou un fiduciaire qui détient la sûreté au nom, ou pour le compte, du créancier ou d'un syndicat de créanciers. La dépossession du constituant doit non seulement intervenir au moment de la constitution du gage, mais aussi être maintenue pendant toute la durée de ce dernier. En général, la restitution du bien grevé au constituant éteint le gage.

53. Dans de nombreux États, la dépossession du constituant n'implique pas toujours l'enlèvement physique des biens grevés des locaux du constituant, à condition que ce dernier soit empêché d'y accéder par d'autres moyens. Pour cela, on peut prévoir par exemple la remise au créancier garanti des clefs de l'entrepôt dans lequel ces biens (marchandises ou matières premières) sont stockés, à condition que le constituant ne puisse ainsi y accéder sans autorisation. Le même résultat peut être obtenu par le transfert de la possession effective des biens grevés à un tiers. Par exemple, il peut être fait appel à une société d'entreposage indépendante pour contrôler les biens grevés, en qualité de mandataire du créancier garanti, dans les locaux du constituant. Avec ce dispositif (parfois appelé "entrepôt de campagne" ou "entrepôt sur place"), les biens grevés sont entreposés dans une partie des locaux du constituant qui est fermée, délimitée ou qui se trouve, d'une autre manière, sous le contrôle exclusif de la société d'entreposage. Pour être valable, ce genre de dispositif doit généralement remplir plusieurs conditions. Il doit être évident aux yeux d'un tiers que le constituant n'a pas librement accès aux biens grevés. En outre, il ne faut pas que le constituant puisse accéder sans autorisation à l'endroit où sont stockés les biens engagés. Il ne faut pas non plus que les salariés de la société d'entreposage travaillent pour le constituant, et s'ils sont recrutés parmi son personnel, en raison de leurs compétences ou autres, leurs conditions d'emploi doivent être modifiées afin qu'ils travaillent pour la société d'entreposage et non plus pour le constituant.

54. Les gages portent le plus souvent sur des biens meubles corporels (comme le matériel et les stocks), mais peuvent aussi être constitués sur d'autres catégories de biens

corporels. Il est possible d'engager par exemple divers documents et instruments (négociables ou non) représentant des droits sur des biens meubles corporels (par exemple des connaissements ou des récépissés d'entrepôt qui représentent des droits sur des biens meubles corporels) ou sur des biens meubles incorporels (par exemple des instruments négociables qui représentent des droits sur des créances). Dans ces cas, la dépossession du constituant s'effectue par remise de la possession physique au créancier garanti des documents ou des instruments engagés.

55. En tant que sûreté réelle mobilière, le gage présente plusieurs avantages importants pour le créancier garanti et notamment les suivants. Premièrement, le constituant ne peut disposer des biens engagés sans le consentement du créancier garanti. Deuxièmement, le créancier garanti ne court pas le risque de voir lesdits biens se déprécier parce que le constituant en aurait négligé la conservation ou l'entretien nécessaire. Troisièmement, le gage peut prévoir des situations dans lesquelles le créancier garanti souhaitera utiliser les biens engagés, auquel cas le consentement du constituant est nécessaire et le créancier doit prendre dûment soin des biens. Quatrièmement, si la réalisation du gage devient nécessaire, le créancier garanti se voit épargner les soucis, la perte de temps, les dépenses et le risque auxquels il s'exposerait s'il devait réclamer au constituant la remise des biens grevés. Cinquièmement, si le bien engagé est un instrument productif d'intérêts payables au porteur, le gage facilite le recouvrement des intérêts par le créancier à mesure que les versements sont dus.

56. Le gage présente également des avantages pour les tiers, en particulier lorsqu'il s'agit des autres créanciers du constituant. L'obligation pour le constituant de se déposséder des biens engagés évite de créer chez lui une apparence trompeuse de richesse (à savoir l'apparence qu'il a la propriété des biens libre de tout droit réel), que pourrait lui donner la possession des biens. Sa dépossession réduit en outre le risque de fraude (autrement dit le risque de fausse déclaration du constituant qui affirmerait avoir la propriété des biens libres de toute sûreté réelle mobilière).

57. Mais le gage a aussi de gros inconvénients à la fois pour le constituant et pour le créancier garanti. Pour le constituant, le principal d'entre eux est l'obligation de dépossession elle-même, qui l'empêche d'utiliser les biens grevés dans son activité. Cet inconvénient est particulièrement gênant lorsque la possession est nécessaire à un constituant commercial pour générer les revenus qui lui permettront de rembourser le prêt (comme c'est le cas, par exemple, de matières premières, de produits semi-finis ou finis et de matériel). À lui seul, cet inconvénient rend le gage difficilement utilisable d'un point de vue économique dans de nombreux contextes commerciaux. Un autre inconvénient important tient au fait que le constituant ne peut pas engager des biens qui n'existent pas encore ou sur lesquels il n'a pas de droits au moment de la constitution du gage, ce qui signifie qu'un certain nombre de pratiques de financement importantes, comme le financement sur stocks à l'aide d'un mécanisme de crédit permanent, ne peuvent s'appuyer sur un gage traditionnel.

58. Pour le créancier garanti, l'inconvénient du gage est qu'il l'oblige à entreposer, conserver et entretenir les biens grevés, à moins de déléguer ces tâches à un tiers. Lorsque lui-même n'est pas en mesure d'accomplir ces tâches ou n'est pas disposé à le faire, le recours à des tiers entraîne généralement des frais supplémentaires qui seront supportés directement ou indirectement par le constituant. Un autre inconvénient est que

le créancier garanti qui est en possession de certains types de biens grevés (comme un récépissé d'entrepôt ou un connaissement) risque de voir sa responsabilité engagée dans différentes situations pour préjudice causé par les biens grevés. Cette responsabilité peut porter sur un montant supérieur à celui du crédit accordé, ce qui est généralement le cas lorsque le bien grevé est à l'origine d'une contamination de l'environnement (voir chap. II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, par. 71).

59. Toutefois, lorsque ces inconvénients ne posent pas problème (parce qu'ils ne se présentent pas ou que les parties peuvent les surmonter), le gage peut être utilisé avec succès et efficacité comme mécanisme de sûreté. Il a deux principaux domaines d'application: le premier lorsque les biens grevés sont déjà détenus par un tiers ou peuvent facilement être mis en sa possession, en particulier s'il s'agit d'une personne dont l'activité professionnelle consiste à conserver la possession des biens appartenant à d'autres (comme un entrepôt); le second domaine d'application est constitué par les instruments et documents négociables, qui peuvent facilement être détenus par le créancier garanti ou son mandataire.

b. *Le droit de rétention*

60. Un droit de rétention peut être créé soit par la loi, soit par une convention pour garantir le paiement d'une obligation. Du fait que les droits de rétention légaux n'entrent pas, d'une manière générale, dans le champ d'application du *Guide*, ils ne sont abordés que brièvement ici. De nombreux États ont des régimes détaillés régissant ces droits, régimes qui s'appliquent d'ordinaire aux transporteurs et aux entrepôts ainsi qu'aux personnes qui réparent des biens et leur apportent des améliorations. Dans certains États, les avocats, comptables, architectes et membres d'autres professions libérales ont aussi le droit de retenir des documents appartenant à leurs clients. Tous ces types de droits de rétention trouvent leur origine dans le principe général du droit des contrats selon lequel une partie n'est pas tenue d'exécuter son obligation tant que l'autre partie n'est pas prête, disposée et apte à exécuter l'obligation corrélative. La plupart de ces droits de rétention légaux ne confèrent pas de droits de réalisation spéciaux à la personne qui retient les biens, et certains ne permettent même pas à la personne qui saisit et vend les biens concernés à revendiquer une priorité sur le produit de la vente dans le cadre de la réalisation.

61. Outre ces droits de rétention légaux de nature limitée, de nombreux États autorisent les cocontractants à étendre la portée du principe juridique général de rétention. Dans ces États, les parties peuvent convenir que, si l'une d'elles manquait à une obligation contractuelle, l'autre pourrait s'abstenir d'exécuter son obligation même si cette obligation découle d'un autre contrat entre ces deux parties. Le plus souvent, ces conventions concernent le droit qu'a une partie de retenir un bien qu'elle devrait, en vertu d'un autre contrat, remettre à la partie défaillante. Par exemple, une banque n'a pas à restituer un connaissement ou un billet à ordre qu'elle détient pour son client ni à permettre des retraits sur le compte du client, si celui-ci n'a pas remboursé un crédit et avait accordé à la banque un droit de rétention sur le connaissement, le billet à ordre ou le compte bancaire. Lorsqu'un droit de rétention est renforcé d'un pouvoir valable de vendre la chose retenue, certains systèmes juridiques le considèrent comme un type de gage, bien que les modalités de création diffèrent de celles du gage ordinaire. À défaut, le droit de rétention ainsi renforcé peut être considéré comme produisant simplement certains des effets du

gage, sans pour autant en être un. La conséquence la plus importante d'une telle analogie avec le gage est que le créancier en possession jouit d'une priorité sur les biens retenus. Le plus souvent, cette priorité est absolue, mais dans certains États, une sûreté réelle mobilière efficace constituée antérieurement sans qu'il y ait eu dépossession pourrait être prioritaire dans un nombre limité de cas.

c. *Les sûretés réelles mobilières sans dépossession*

62. Comme on l'a vu (voir par. 57 ci-dessus), un gage sur des biens meubles corporels qui sont nécessaires pour la production ou la vente (tels que des matières premières, des produits semi-finis ou finis et du matériel) est en général difficilement utilisable d'un point de vue économique.

63. Pour régler ce problème, différents États ont essayé de trouver des solutions appropriées en fonction des besoins locaux et en conformité avec le cadre général de leur système juridique. En particulier dans la seconde moitié du XXe siècle, ils ont commencé à reconnaître des sûretés réelles mobilières qui sortent des limites étroites du gage traditionnel. Si dans certains cas cette reconnaissance s'est faite par l'adoption de nouvelles lois, elle a très souvent été le fruit de la pratique et de la jurisprudence.

64. Il en résulte une grande diversité de solutions, dont témoigne la multiplicité des dénominations des mécanismes correspondants. Les techniques et appellations les plus répandues sont les suivantes: dépossession fictive du constituant, gage sans dépossession, gage inscrit, nantissement, *warrant*, hypothèque mobilière, privilège contractuel, acte de vente, charge flottante et reçu de fiducie (*trust receipt*). Ainsi, alors que certains États ont essayé de créer un mécanisme de sûreté réelle mobilière sans dépossession ayant sa propre dénomination, d'autres ont simplement modifié les règles régissant les mécanismes existants, comme le gage, afin d'autoriser l'utilisation de sûretés sans dépossession.

65. Une caractéristique encore plus marquante de ces réformes législatives est que la plupart des mécanismes ont été conçus comme des réponses limitées à des problèmes particuliers et que leur champ d'application a de ce fait été défini de manière restrictive. Par exemple, il existe dans certains États une sûreté sans dépossession pour le matériel professionnel et commercial, une autre pour le financement de matières premières et une troisième uniquement pour les stocks de détail. Seuls quelques États ont adopté une loi générale créant une sûreté sans dépossession unique applicable à tous les types de biens meubles corporels. En outre, certains ont des lois sur les sûretés réelles mobilières sans dépossession qui diffèrent selon le type d'entreprise concerné: l'une traitant des sûretés pour le financement des entreprises industrielles et artisanales, une autre des sûretés pour le financement des entreprises des secteurs de l'agriculture, de l'exploitation forestière et de la pêche, une troisième des sûretés pour le financement des entreprises minières, pétrolières et gazières et une quatrième des opérations entre particuliers. Enfin, de nombreux États ont diverses lois sur les sûretés sans dépossession, chacune visant uniquement un petit secteur de l'économie, comme l'acquisition d'automobiles ou de matériel agricole, ou la production de films.

66. Certains États ont réglé le problème par un mécanisme de sûreté sans dépossession connu sous le nom de "charge fixe" ou de "charge flottante", la qualification de "fixe" ou

"flottante" dépendant du degré de contrôle que le créancier garanti exerce sur le bien grevé. En général, le créancier garanti est titulaire d'une charge fixe sur un bien si le constituant n'est pas autorisé à vendre le bien ou à en disposer d'une autre manière sans son consentement (ce qui est souvent le cas du matériel dont le constituant se sert dans son activité). Inversement, il est titulaire d'une charge flottante sur un bien si le constituant est autorisé à vendre ce bien ou à en disposer d'une autre manière sans son consentement (ce qui est en général le cas des stocks que le constituant est libre de vendre dans le cours normal de ses affaires). L'intérêt de la distinction entre une charge fixe et une charge flottante grevant un bien concerne la priorité: une charge fixe sur le bien est généralement prioritaire alors qu'une charge flottante peut se voir primée par certains droits de préférence au profit des autorités fiscales et d'autres tiers, ou avoir à s'incliner face à un traitement spécial consenti à des créanciers chirographaires (voir aussi chap. II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, par. 61 à 70).

67. Certains États hésitent à reconnaître les sûretés réelles mobilières sans dépossession sur des stocks, parfois parce qu'il leur semble y avoir incompatibilité entre, d'un côté, le droit du créancier garanti de vendre ces stocks en cas de défaillance et, de l'autre, le droit du constituant de vendre les mêmes stocks dans le cours normal de ses affaires. Une autre raison est que l'octroi d'une sûreté dont l'assiette est décrite comme étant un ensemble de biens semble poser un problème conceptuel. Une troisième raison peut découler d'une décision de réserver les stocks du constituant au désintéressement de ses créanciers chirographaires.

68. Pour diverses que soient les législations autorisant les sûretés réelles mobilières sans dépossession, elles ont souvent un trait commun: elles exigent ou prévoient une forme ou une autre de publicité de la sûreté.

69. L'un des objets de la publicité, comme celle qu'offre le transfert de la possession d'un bien engagé, est d'éviter l'apparence trompeuse de richesse pouvant découler du caractère occulte, pour les tiers, des sûretés sans dépossession. On fait toutefois souvent valoir que, dans une économie moderne reposant sur le crédit, les parties devraient supposer que les biens risquent d'être grevés d'une sûreté en faveur d'un prêteur ou soumis à une réserve de propriété d'un vendeur. C'est pourquoi le raisonnement tenu est qu'une obligation générale de publier les sûretés réelles mobilières sans dépossession n'est pas nécessaire pour protéger les tiers. Ces arguments toutefois ne peuvent que renchérir le crédit. Tout d'abord, même si les biens en possession de la personne sont sa propriété et ne sont pas grevés, un créancier tiendra compte du risque qu'un droit réel occulte ne grève les biens et augmentera le coût du crédit en conséquence. Dans certains cas, il sera possible de réduire ce risque (mais pas de l'éliminer totalement) en effectuant une recherche approfondie, longue et coûteuse. Dans d'autres, cependant, une recherche sérieuse ne sera même pas possible et le risque accru pour le créancier se répercutera sur le coût du crédit.

70. Dans certains États, la publicité remplit un deuxième objectif, qui sous-tend la création d'un registre public des sûretés réelles mobilières: la volonté de prévoir un mécanisme simple permettant aux créanciers garantis d'établir, aux fins de preuve, l'existence de leur sûreté et la date de sa création. Dans ce cas, le registre peut jouer ce rôle en lieu et place d'un notaire professionnel. À la différence des registres visant principalement à informer les tiers, ces registres à fonction probatoire concernent avant

tout le créancier garanti et, bien souvent, ne peuvent être consultés par des tiers en tant que fournisseurs de crédit potentiels.

71. Dans les États qui font obligation aux créanciers titulaires de sûretés réelles mobilières sans dépossession de publier leurs droits, la protection offerte au créancier garanti ou aux tiers par les systèmes de registre en place est souvent insuffisante. Nombre de ces États prévoient un registre distinct pour chaque type de sûreté et, même lorsqu'un bien peut être grevé de deux types de sûreté différents, l'indexation des registres n'est généralement pas commune. De plus, les registres ne révèlent souvent pas le nom du propriétaire, celui des créanciers garantis antérieurs, ou le montant garanti, ou ne donnent pas d'information sur le bien grevé. Enfin, dans les systèmes fondés sur la supposition générale que les biens seront grevés et qui, par conséquent, n'ont pas de registres intégrés et entièrement transparents, le créancier n'a aucune base objective pour savoir dans quelle mesure les biens sont effectivement grevés ni pour connaître la priorité de chaque sûreté concurrente. Il s'ensuit que les constituants risquent ainsi de ne pouvoir mettre à profit la valeur intégrale de leurs biens pour obtenir un crédit.

72. Il semble largement admis qu'il est nécessaire de réduire l'écart entre la demande économique générale de sûretés réelles mobilières sans dépossession et l'accès souvent limité à de telles sûretés qu'offre le droit actuel de nombreux États. L'un des principaux objectifs de la réforme du droit des opérations garanties est d'apporter des améliorations au droit dans le domaine des sûretés réelles mobilières sans dépossession et dans le domaine connexe des sûretés sur les biens incorporels (voir par. 78 à 84 ci-dessous).

73. Bien que les régimes modernes attestent que cet écart peut effectivement être réduit, l'expérience montre que la législation sur les sûretés réelles mobilières sans dépossession exige plus d'efforts qu'une simple "modernisation" du régime du gage traditionnel avec dépossession. Cela tient principalement aux quatre grandes caractéristiques ci-après de ces sûretés. Premièrement, puisqu'il conserve la possession des biens grevés, le constituant a la faculté d'en disposer ou de créer sur eux un droit concurrent, même contre la volonté du créancier garanti. Cette situation exige l'adoption de règles concernant les effets et le rang de priorité de tels actes de disposition (voir chap. V sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière). Deuxièmement, le créancier garanti doit s'assurer que le constituant non dépossédé prend soin des biens grevés, les assure comme il se doit et les protège afin de préserver leur valeur commerciale, questions qui doivent être traitées dans la convention constitutive de sûreté entre le créancier garanti et le constituant (voir chap. VI sur les droits et obligations des parties à la convention constitutive de sûreté). Troisièmement, si la réalisation de la sûreté devient nécessaire, le créancier garanti préférera ou devra généralement obtenir la possession des biens grevés. Toutefois, si le constituant ne veut pas s'en défaire, il pourrait être nécessaire d'engager une procédure judiciaire. Il faudra peut-être prévoir des voies de droit appropriées et éventuellement une procédure de réalisation accélérée (voir chap. VIII sur la réalisation d'une sûreté réelle mobilière). Quatrièmement, l'apparence trompeuse de richesse que donnent au constituant les sûretés réelles mobilières "occultes" prises par des tiers sur les biens qu'il détient devra probablement être combattue par diverses formes de publicité (voir chap. IV sur le système de registre).

74. Étant donné la nécessité économique généralement admise des sûretés réelles mobilières sans dépossession et les différences fondamentales entre sûretés avec et sans

dépossession examinées ci-dessus, une nouvelle législation sera nécessaire dans de nombreux États. Compte tenu des avantages et inconvénients relatifs des modèles législatifs exposés ci-dessus, le législateur aura sans doute le choix entre trois possibilités. La première est d'adopter une législation intégrée applicable à la fois aux sûretés avec dépossession et aux sûretés sans dépossession (voir par. 101 à 109 ci-dessous). C'est, par exemple, l'approche qui a été retenue dans la Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières adoptée par l'Organisation des États américains. La deuxième est d'adopter une législation intégrée pour les sûretés sans dépossession, le régime des sûretés avec dépossession étant traité dans une autre branche du droit interne. La troisième est de conserver un système fragmenté composé de différentes sûretés réelles mobilières (avec ou sans dépossession) pour différents types de constituants et différents types de biens, mais de faire en sorte que toutes les questions relatives à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation soient soumises au même ensemble de règles.

75. La tendance dominante de la législation moderne, au niveau national comme au niveau international, est à l'adoption d'une approche intégrée, au moins pour ce qui est des sûretés réelles mobilières sans dépossession. L'approche contraire, qui repose sur une réglementation sélective de types particuliers de sûretés sans dépossession, risque d'aboutir à des lacunes, à des chevauchements, à des incohérences et à un manque de transparence, et de mécontenter les secteurs d'activités qui pourraient être exclus. Une telle réglementation sélective rend également plus difficile la résolution des conflits de priorité entre sûretés avec dépossession et sûretés sans dépossession dans les États qui choisissent de conserver des régimes séparés pour ces deux types de sûretés.

d. *Droits légaux sans dépossession*

76. Dans de nombreux États n'ayant pas de régime général pour les sûretés réelles mobilières contractuelles sans dépossession, le crédit est encouragé par des lois conférant directement des droits réels sans dépossession particuliers à certaines catégories de créanciers, parmi lesquels figurent le plus souvent les vendeurs, fournisseurs de matériaux, artisans, commerçants et réparateurs. En général, ces régimes n'offrent pas au créancier désigné de moyens de réalisation spéciaux. Le bénéficiaire du droit doit obtenir un jugement à l'encontre du débiteur puis saisir les biens de ce dernier en suivant la procédure normale. Le seul avantage qu'il obtient est une priorité pour le paiement (ou privilège) qui peut être revendiquée sur le produit de la vente en réalisation. En outre, le bénéficiaire du droit n'étant pas tenu ou n'ayant pas l'autorisation de publier celui-ci, il pourra rarement l'invoquer sur un bien qui n'appartient plus au débiteur.

77. L'existence des droits réels légaux sans dépossession contribue certes à encourager les bénéficiaires désignés à accorder un crédit à leurs débiteurs, mais présente néanmoins plusieurs inconvénients. Tous les types de fournisseurs de crédit ne peuvent en bénéficier. Ces droits sont occultes, en ce que les tiers ne disposent d'aucun moyen facile d'en connaître l'existence. Ils n'offrent pas aux créanciers des moyens de réalisation rapides et efficaces susceptibles de générer un prix plus élevé lors de la vente du bien. Enfin, ils n'offrent qu'une protection fragile aux créanciers puisqu'ils ne peuvent normalement être invoqués dès lors que le débiteur n'est plus propriétaire du bien. Toutes ces raisons expliquent que les États aient tendance aujourd'hui à réduire le nombre de droits réels légaux sans dépossession et à élargir à la fois les catégories de créanciers susceptibles de

prendre par voie contractuelle une sûreté réelle mobilière sans dépossession et les types de biens sur lesquels une telle sûreté peut être obtenue par convention.

ii) *Les sûretés sur les biens meubles incorporels*

78. Les biens meubles incorporels englobent des droits très divers, comme les créances et la propriété intellectuelle. Étant donné l'importance économique considérable qu'ont prise ces dernières années les biens meubles incorporels, on cherche de plus en plus à les utiliser pour garantir des crédits. Les biens meubles incorporels sous forme de propriété intellectuelle représentent souvent une part importante de la valeur d'autres biens, comme dans le cas de stocks et de matériel (par exemple des produits finis portant une marque de valeur et du matériel intégrant un logiciel essentiel à son fonctionnement). Par ailleurs, le produit de stocks ou de matériel peut prendre la forme de biens incorporels. Les valeurs mobilières et de nombreux types de droits à paiement découlant de contrats financiers complexes (qui sont exclus du *Guide*; voir ci-dessus, par. 37 à 39) sont d'autres formes de biens meubles incorporels.

79. Par définition, les biens meubles incorporels échappent à toute possession physique. Néanmoins, de nombreux États ont prévu la constitution de sûretés sur des biens meubles incorporels, du moins pour ce qui est des créances, en modifiant le régime s'appliquant à la constitution de gages avec dépossession. Certains ont essayé d'instituer un semblant de dépossession en exigeant du constituant qu'il transfère au créancier tout écrit ou document relatif à la créance engagée. Généralement, un tel transfert ne suffit toutefois pas, à lui seul, à constituer le gage: le constituant doit être dépossédé du bien. Dans de nombreux États, cette dépossession est symbolisée par l'envoi au débiteur de la créance d'une notification du gage.

80. Certains États ont mis au point des techniques qui donnent des résultats comparables à ceux de la possession de biens meubles corporels. La plus radicale est le transfert intégral du droit grevé — ou au moins de la partie grevée du droit — au créancier garanti. Ce faisant, toutefois, cette technique va au-delà de la constitution d'une sûreté réelle mobilière et équivaut à un transfert de propriété conditionnel ou absolu (voir par. 86 à 91 ci-dessous). Dans d'autres États, la propriété des biens grevés n'est pas affectée, mais les actes de disposition du constituant qui ne sont pas autorisés par le créancier garanti sont bloqués par convention. Dans le cas d'un droit à paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, par exemple, si le constituant (titulaire du compte) accepte par convention que celui-ci puisse être bloqué en faveur du créancier garanti, ce dernier a l'équivalent de la possession d'un bien meuble corporel. Cela est particulièrement vrai si c'est la banque dépositaire qui est le créancier garanti.

81. Ces techniques d'obtention de la possession virtuelle de biens meubles incorporels sont parfois qualifiées de "contrôle" dans les régimes modernes d'opérations garanties. En général, un créancier garanti est réputé avoir le contrôle d'un bien s'il a le droit contractuel de donner des instructions concernant la disposition de ce bien. Par exemple, dans certains États, le créancier garanti peut être réputé avoir le contrôle du droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire si la banque dépositaire s'est engagée par contrat, dans un document souvent dénommé "accord de contrôle", à disposer des fonds exclusivement sur instruction du créancier. Le degré de contrôle peut être variable. Dans certains

cas, il est absolu et tout acte de disposition du constituant est interdit. Dans d'autres, le constituant est autorisé à effectuer certains actes de disposition ou à effectuer des actes de disposition à concurrence d'un montant global maximal fixé ou jusqu'à survenance d'un événement déclencheur déterminé.

82. Les États qui ont adopté des régimes globaux de sûretés sans dépossession sur les biens meubles corporels et établi des registres généraux de sûretés (voir par. 25 à 29 ci-dessus) étendent généralement le système de registre aux cessions de créances. Cette approche a le mérite de la cohérence car la vente de stocks donne, en règle générale, naissance à des créances et il est souvent souhaitable d'étendre la sûreté grevant les stocks au produit de leur vente. Dans certains États, l'ouverture du registre aux cessions de créances a l'avantage supplémentaire de dispenser le créancier garanti (cessionnaire) de l'obligation de notifier la cession au débiteur de la créance, qui est une condition préalable à la constitution d'une sûreté. Il en est ainsi car, dans certaines opérations garanties portant sur un ensemble de créances présentes et futures non identifiées précisément, une notification individuelle aux débiteurs des créances pourrait être impossible et, même si elle était possible, elle ne serait probablement pas souhaitable si le constituant (cédant) souhaite que la cession reste confidentielle.

83. Les développements ci-dessus conduisent à conclure que, lorsque les États élaborent un régime pour les sûretés sur les biens meubles incorporels, ils seront confrontés à un choix fondamental. Ils pourront soit tenter de réglementer ces sûretés dans un régime distinct de celui régissant les sûretés sur des biens meubles corporels, auquel cas la technique pour constituer une sûreté ressemblera fort à un transfert de propriété, soit essayer de mettre en place un régime intégré s'efforçant de créer un ensemble commun de principes régissant la constitution, l'opposabilité, la priorité et la réalisation des sûretés sur des biens meubles corporels et incorporels.

84. La tendance prédominante de la législation moderne est d'élaborer des régimes intégrés s'appliquant à la fois aux sûretés sur des biens meubles incorporels et aux sûretés sur des biens meubles corporels. Cette solution permet au constituant et au créancier garanti de décider, dès le début de leur opération, des biens qui seront grevés et de définir la relation entre les droits sur les créances en tant que produit et les droits sur les créances en tant que biens initialement grevés.

iii) *L'utilisation de la propriété à des fins de garantie*

85. Dans de nombreux États, parallèlement à différents mécanismes et techniques destinés à remplir la fonction de sûreté réelle mobilière (voir par. 50 à 84 ci-dessus), il existe plusieurs autres instruments juridiques pouvant être utilisés pour produire l'équivalent d'une telle sûreté. La plupart de ces instruments sont issus de pratiques commerciales (dont la validité a ensuite été confirmée par les tribunaux), mais certains ont été créés ou précisés par la législation. Les instruments et techniques les plus répandus pour créer l'équivalent d'une sûreté sans dépossession sur des biens meubles corporels et incorporels reposent sur l'utilisation de la propriété du bien à des fins de garantie (ou propriété-sûreté). La propriété est souvent utilisée de cette manière dans deux situations. D'une part, elle peut être utilisée pour garantir un prêt: le constituant transfère sous condition la propriété d'un bien dont il est déjà propriétaire au créancier (voir sous-sect. *a* ci-après). D'autre

part, elle peut être utilisée pour garantir le remboursement de la fraction impayée du prix d'achat: un vendeur ou un bailleur reste simplement propriétaire du bien vendu ou loué jusqu'au paiement complet de son prix d'achat (voir sous-sect. *b* ci-après). Aussi bien le transfert de propriété que la réserve de propriété permettent au créancier de bénéficier de droits qui sont équivalents aux sûretés réelles mobilières sans dépossession.

a. *Le transfert de propriété*

86. Les opérations reposant sur le transfert de la propriété d'un emprunteur à un prêteur constituaient auparavant le mécanisme utilisé pour garantir l'exécution de l'obligation de remboursement incombant au premier. À mesure que les États développent la notion de sûretés réelles (en particulier pour les biens immeubles), l'utilisation de la propriété à titre de garantie commence à tomber en désuétude. L'évolution est différente cependant s'agissant des biens meubles. De nombreux systèmes juridiques étant hostiles à l'utilisation de sûretés sans dépossession pour ces biens, les débiteurs et les créanciers ont cherché ailleurs dans le droit le moyen de concevoir des techniques qui leur permettraient de surmonter cette hostilité. Le transfert de la propriété des biens au créancier garanti (soit sous condition jusqu'au remboursement du prêt ou sous réserve d'un retransfert à l'emprunteur dans le cadre d'une deuxième vente dans laquelle le créancier conserve la propriété jusqu'au remboursement du prêt) était le procédé le plus utilisé à cette fin.

87. Dans de nombreux États, le transfert de la propriété à titre de garantie continue actuellement d'intéresser les créanciers pour deux raisons. La première est que, dans ces États, les conditions de forme et de fond d'un transfert de la propriété de biens meubles corporels ou incorporels à une autre personne sont souvent moins strictes et, partant, moins coûteuses que les conditions requises pour constituer une sûreté réelle mobilière. La seconde est qu'en cas de réalisation et en cas d'insolvabilité du constituant, un créancier se trouve souvent dans une meilleure situation en tant que propriétaire qu'en tant que détenteur d'une sûreté réelle mobilière. Cela est vrai en particulier lorsqu'il est établi que les biens d'un propriétaire, quoique en la possession du constituant, ne tombent pas dans la masse de l'insolvabilité. À l'inverse, lorsque les biens du constituant sont simplement grevés d'une sûreté réelle mobilière, ils sont généralement considérés comme entrant dans cette masse (voir chap. XII sur l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière, par. 20).

88. Ces deux caractéristiques ne sont toutefois pas toujours présentes dans le droit national. Par exemple, dans de nombreux États, la différence, s'agissant des conditions formelles de constitution et de réalisation, entre la propriété utilisée à des fins de garantie et une sûreté réelle mobilière a été éliminée, les mécanismes de transfert de la propriété et les sûretés réelles mobilières étant traités de la même manière. Ainsi, certains États font même obligation aux créanciers cherchant à exercer un droit de propriété qui leur a été transféré à titre de garantie de suivre le régime de réalisation applicable aux sûretés réelles mobilières ordinaires. En outre, nombre de ces États prévoient que, si les transferts à titre de garantie sont généralement soumis aux règles applicables aux transferts de propriété, en cas d'insolvabilité, ils sont traités comme des mécanismes de sûreté.

89. Le transfert de propriété à titre de garantie a été instauré, dans certains États, par le droit (généralement dans le cadre de techniques appelées "vente à réméré" ou "vente avec

faculté de rachat") et, dans d'autres, par la pratique que la jurisprudence a confirmée. Les États adoptent aujourd'hui différentes approches à l'égard des mécanismes de transfert de la propriété à titre de garantie. Comme il a été noté, dans certains États, leur constitution est soumise aux règles moins contraignantes régissant les transferts de propriété et ils ont l'effet d'un transfert de propriété complet. Dans d'autres, leur constitution est soumise aux règles plus strictes régissant les sûretés réelles mobilières et ils n'ont que l'effet d'une opération garantie. Dans d'autres États encore, en particulier ceux de droit civil, nombre des transferts de propriété à titre de garantie, si ce n'est tous, sont considérés comme un contournement du régime ordinaire des sûretés et sont donc tenus pour nuls et non avenus. Dans les États qui ont adopté un régime global et intégré de sûretés réelles mobilières sans dépossession, les mécanismes de transfert de propriété à titre de garantie existent mais sont traités comme de simples mécanismes de sûreté. Dans ces États, pour un tel transfert, les règles de constitution, d'opposabilité, de priorité et de réalisation sont les mêmes que pour les sûretés réelles mobilières (voir par. 101 à 109 ci-dessous).

90. Le législateur a le choix entre deux possibilités. La première est de reconnaître les transferts de propriété à titre de garantie en les soumettant aux conditions (généralement) moins strictes qui régissent le transfert intégral de la propriété et en leur attribuant les effets plus importants de ce dernier, le régime général des sûretés réelles mobilières ne s'appliquant donc pas dans ce cas. La position du créancier garanti s'en trouve ainsi renforcée, au risque cependant d'accroître sa responsabilité (voir chap. II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, par. 71), tandis que celle du constituant et de ses autres créanciers s'en trouve affaiblie.

91. La seconde possibilité est de reconnaître les transferts de propriété à titre de garantie, mais en en alignant les conditions ou les effets, ou les deux à la fois, sur ceux d'une sûreté réelle mobilière, ce qui peut être fait suivant deux options. D'une part, les États pourraient spécifier les opérations de transfert de propriété qui seront autorisées, en interdisant toutes les autres, et soumettre les mécanismes autorisés aux règles de constitution, d'opposabilité, de priorité et de réalisation applicables aux sûretés réelles mobilières. C'est la méthode retenue par certains États de droit civil. D'autre part, les États pourraient simplement prévoir que ces opérations de transfert de propriété à titre de garantie seront qualifiées de sûretés réelles mobilières. C'est l'approche adoptée par de nombreux États de *common law*. Ces deux options permettent de réduire les avantages dont jouit le bénéficiaire du transfert et les inconvénients correspondants que supportent les autres parties. La seconde option est celle suivie par les États disposant d'un régime des opérations garanties fonctionnel, intégré et global, et c'est également celle recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 9).

b. *La réserve de propriété*

92. La deuxième forme d'utilisation de la propriété à titre de garantie est constituée par des techniques qui permettent aux vendeurs de se servir de leur droit de propriété sur des biens meubles corporels vendus à un acheteur pour garantir le paiement de l'obligation financière de ce dernier, en l'occurrence l'obligation de payer le prix d'achat des biens. La formule la plus répandue, sans être la seule, est la réserve de propriété par voie contractuelle. Néanmoins, il existe plusieurs autres mécanismes, certains d'origine légale et d'autres conventionnelle, permettant aux vendeurs de se servir du droit de propriété.

93. Dans de nombreux États, le droit de la vente permet aux créanciers qui ont effectivement transféré la propriété à l'acheteur de demander l'annulation de la vente si celui-ci ne paie pas le prix d'achat. Une fois la vente annulée, le vendeur peut revendiquer la propriété et la possession du bien vendu libre de tout droit réel que l'acheteur aurait pu constituer sur lui. Ce droit de revendication naît en général du fait de la loi, même si dans certains États les vendeurs peuvent l'étendre par contrat au-delà de ce que prévoit le droit de la vente. Étant donné que le *Guide* porte sur les sûretés constituées par convention, ces moyens légaux dont dispose le vendeur ne seront pas examinés plus avant ici (pour un examen plus complet, voir chap. V sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière, par. 107 à 109, et recommandation 86).

94. Dans le cadre d'une réserve de propriété simple, le vendeur peut conserver la propriété du bien vendu jusqu'à paiement complet de son prix d'achat. Un prêteur peut aussi prendre part à ce financement en acceptant que le vendeur cède l'obligation garantie. Il existe plusieurs catégories d'opérations reposant sur la réserve de propriété. Parfois, le vendeur se contente de promettre la vente du bien à l'acheteur, la vente (et le transfert de propriété) n'ayant lieu que lorsque le prix a été payé intégralement. Dans d'autres cas, la vente est subordonnée au complet paiement du prix par l'acheteur. Mais, le plus souvent, la vente est immédiate et seul le transfert de la propriété est subordonné au paiement du prix par l'acheteur. L'élément commun à toutes ces catégories d'opérations est que, même si l'acheteur a la possession et l'utilisation du bien (voire parfois le droit d'en disposer), il n'obtient pas vraiment de droits sur ce bien tant que le prix de vente n'est pas payé dans son intégralité. Jusqu'à ce moment, le vendeur reste propriétaire.

95. Les États permettent aussi des variations dans l'étendue de la réserve de propriété, en ce qui concerne tantôt les obligations garanties, tantôt les biens qui font l'objet de la réserve. Par exemple, dans la réserve de propriété "toutes créances" ou "compte courant", le vendeur conserve la propriété des biens vendus jusqu'à ce que l'acheteur se soit acquitté de toutes ses obligations envers lui, qu'elles se rapportent à ces mêmes biens ou à d'autres biens qu'il a acquis auprès de lui. Dans la réserve de propriété dite "prolongée", les droits du vendeur peuvent aussi s'étendre aux créances ou à un autre produit provenant de la vente des biens. Toutefois, ce mécanisme existe dans très peu d'États. Et même lorsque ce type de réserve de propriété prolongée est autorisé, le droit au produit s'éteint généralement lorsque celui-ci est mélangé à un autre produit. Dans l'immense majorité des États, la réserve de propriété ne s'applique pas au produit. De même, dans presque tous les États, elle ne s'applique aux biens que tant qu'ils conservent leur identité. Aussi s'éteint-elle une fois qu'ils sont incorporés à d'autres biens au cours du processus de fabrication, ou perdent d'une manière ou d'une autre leur identité propre.

96. Une autre formule que la réserve de propriété, mais aboutissant au même résultat économique, consiste à assortir un contrat de bail d'une option en faveur du preneur lui permettant d'acheter le bien loué à un prix symbolique. Dans ce type d'arrangement, le preneur ne peut normalement exercer l'option d'achat qu'après avoir payé, sous forme de loyers, la majeure partie de ce qui correspond en fait au prix d'achat (voir l'exemple donné dans l'Introduction, par. 26). Dans certains cas, lorsque le bail porte sur toute la durée de vie utile du matériel loué, il équivaut à une réserve de propriété même sans option d'achat. Ces différents mécanismes ont tous pour objet de permettre à un emprunteur de financer l'acquisition de matériel ou de stocks (voir chap. IX sur le financement d'acquisitions). Pour simplifier la présentation, dans les paragraphes suivants, du moins

en ce qui concerne les contrats de bail utilisés à titre de garantie, les termes “vendeur” et “acheteur” incluent respectivement les termes “bailleur” et “preneur”.

97. D’un point de vue économique, la réserve de propriété constitue une sûreté réelle mobilière particulièrement bien adaptée aux besoins des vendeurs pour garantir des crédits. Dans de nombreux États, ce type de crédit, généralement octroyé par les fournisseurs, remplace très souvent le financement bancaire ordinaire et bénéficie d’un droit de préférence étant donné l’importance pour l’économie des petits et moyens fournisseurs de biens meubles corporels. Dans d’autres États, il est plus fréquent que les banques financent également l’acquisition de tels biens, de sorte qu’elles ont développé des pratiques qui leur permettent de tirer profit du mécanisme de réserve de propriété. Par exemple, il se peut qu’un vendeur vende des biens meubles corporels au comptant à une banque, qui les revend à crédit à l’acheteur avec une clause de réserve de propriété; ou bien qu’un acheteur paye le vendeur au comptant grâce à un prêt puis transfère la propriété à la banque en garantie du prêt. Dans ces États, cette source de crédit et la sûreté spécifique qui l’accompagne se voient souvent accorder un privilège spécial qui prend la forme d’une priorité de rang plus élevé que les sûretés réelles mobilières concurrentes grevant les mêmes biens meubles corporels, à condition que certaines conditions formelles soient respectées.

98. Du fait qu’elle trouve son origine dans une clause d’un contrat de vente ou de bail, de nombreux États (y compris un certain nombre de ceux qui traitent les mécanismes de transfert de propriété à titre de garantie comme l’équivalent d’une sûreté) considèrent encore la réserve de propriété comme une simple quasi-sûreté. En conséquence, ils ne soumettent pas celle-ci aux règles générales applicables aux sûretés réelles mobilières, notamment en ce qui concerne la constitution, l’opposabilité, la priorité et la réalisation. Un autre avantage est que la réserve de propriété peut être accordée à moindres frais car, dans de nombreux États, elle n’est pas soumise à publicité.

99. Les clauses de réserve de propriété présentent aussi certains inconvénients. La position de l’acheteur et de ses créanciers se trouve affaiblie et, en l’absence de publicité, les tiers doivent se fier aux déclarations de l’acheteur ou perdre du temps et de l’argent pour recueillir des informations auprès d’autres sources. Un autre inconvénient est que la réserve de propriété risque d’empêcher l’acheteur d’utiliser les biens achetés pour consentir une sûreté de deuxième rang à un autre créancier ou du moins rendrait difficile la constitution d’une telle sûreté. Un autre inconvénient encore est que la réalisation par les créanciers chirographaires de l’acheteur est impossible ou difficile sans le consentement du vendeur. Ces différentes raisons expliquent que, dans certains États, les clauses de réserve de propriété sont traitées comme les sûretés réelles mobilières à tous égards, tandis que, dans d’autres, elles ne le sont que pour certains aspects (par exemple elles sont soumises à publicité mais bénéficient d’une priorité spéciale). D’autres États encore considèrent que la réserve de propriété est sans effet à l’égard des tiers en général ou, si elle concerne certains biens, comme les stocks, en partant du principe que la réserve de propriété dont bénéficie le vendeur est incompatible avec l’octroi par ce dernier à l’acheteur du droit et du pouvoir de disposer de ces stocks dans le cours normal de ses affaires.

100. Plusieurs options peuvent être envisagées par les États. L’une est de conserver le caractère spécial de la réserve de propriété comme mécanisme de transfert de la propriété. Ainsi, la réserve de propriété ne serait soumise à aucune condition de forme ou publicité.

Une autre option légèrement différente est de préserver le caractère spécial de la clause de réserve de propriété mais d'en limiter les effets, à savoir qu'elle servirait à garantir uniquement le paiement du prix d'achat du bien concerné à l'exclusion de tout autre crédit et ne porterait que sur le bien acheté à l'exclusion du produit ou des produits finis issus de ce bien. Une troisième option consiste à intégrer la réserve de propriété dans le régime ordinaire des sûretés réelles mobilières. Les règles de constitution, d'opposabilité, de priorité et de réalisation, même en cas d'insolvabilité de l'acheteur, seraient ainsi les mêmes pour la réserve de propriété que pour les sûretés réelles mobilières. Dans cette solution, pour les raisons mentionnées plus haut, il serait possible d'accorder certains avantages au vendeur (tels qu'une priorité à compter de la conclusion du contrat de vente dans lequel figure la clause de réserve de propriété ou à compter de la remise des biens meubles corporels). Une quatrième option encore est de conserver la réserve de propriété comme une opération séparée, mais de la mettre exactement sur le même plan que n'importe quelle autre sûreté réelle mobilière (autrement dit, sans octroyer aucun privilège spécial au vendeur réservataire quant à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité ou à la réalisation). Toutes ces options sont examinées plus en détail au chapitre IX sur le financement d'acquisitions.

iv) *Approche fonctionnelle, intégrée et globale en matière d'opérations garanties*

101. Tout au long du XXe siècle, les entreprises n'ont souvent pas pu satisfaire leurs besoins de crédit faute de cadre juridique adéquat permettant aux emprunteurs d'accorder des sûretés réelles mobilières aux prêteurs et aux autres fournisseurs de crédit. Parfois, le droit interdisait explicitement la constitution de sûretés sur certains types de biens; parfois il n'existait tout simplement pas de mécanisme juridique approprié; parfois encore les parties réussissaient à concocter un mécanisme juridique, mais il se révélait inefficace, coûteux et complexe à utiliser. Ces problèmes ont été à l'origine d'un grand nombre des développements qui viennent d'être examinés. Par exemple, ils ont donné lieu à des pratiques contractuelles et à des innovations législatives autorisant les gages fictifs et à la création d'opérations juridiques spécialisées destinées à résoudre les difficultés créées dans des secteurs particuliers de l'activité économique; ils ont aussi stimulé l'élaboration de divers mécanismes de transfert de propriété et ont été à l'origine du large recours aux clauses de réserve de propriété et de ses diverses variantes destinées à en accroître l'efficacité comme dispositif juridique permettant de garantir l'exécution d'une obligation.

102. Devant la complexité, l'inefficacité et les lacunes de cette approche au cas par cas pour adapter les régimes juridiques aux besoins des entreprises en matière de crédit, certains États ont décidé, au milieu du XXe siècle, de repenser l'ensemble du domaine des sûretés réelles mobilières. La création d'un concept unique, fonctionnel, intégré et global de sûreté sur tous les types de biens meubles a été l'aboutissement de cette réflexion. Cette approche en matière d'opérations garanties découle d'un constat: les types, nombreux et différents, de sûretés sans dépossession, le gage avec dépossession traditionnel et les diverses variantes des mécanismes de transfert de propriété et de réserve de propriété reposaient tous sur quelques principes directeurs identiques visant à atteindre les mêmes résultats économiques.

103. L'idée maîtresse de cette nouvelle approche en matière d'opérations garanties est que le fond doit primer la forme. Ce n'est pas un hasard si cette idée a d'abord vu le jour

dans des États fédéraux, comme le Canada et les États-Unis d'Amérique, où, pendant de nombreuses années, l'existence de régimes divers et très spécialisés pour l'octroi de sûretés a entravé les échanges entre États et provinces. Le Code de commerce uniforme des États-Unis, loi type adoptée par les 50 États (y compris la Louisiane qui applique la *common law* et le droit civil), a créé une sûreté réelle mobilière unique et globale en unifiant les multiples droits, avec et sans dépossession, sur des biens meubles corporels et incorporels, y compris les mécanismes de transfert et de réserve de propriété, qui existaient dans la législation des États et dans la *common law*. L'idée a gagné le Canada (y compris, avec de légères modifications, la province du Québec qui applique le droit civil), l'Inde, la Nouvelle-Zélande et d'autres États, dont de nombreux États de tradition civiliste en Europe centrale et orientale. La Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières de l'Organisation des États américains suit à de nombreux égards une approche similaire, tout comme la Loi modèle de la BERD sur les sûretés, qui crée une sûreté réelle spécifique pouvant coexister avec d'autres mécanismes de garantie (tels que le crédit-bail) et requalifie la réserve de propriété de sûreté.

104. En tant qu'approche visant à créer un régime efficace pour accroître l'offre de crédit garanti aux entreprises et aux consommateurs, un tel mécanisme fonctionnel, intégré et global de sûreté présente plusieurs avantages importants.

105. Premièrement, toutes les lois traitant des sûretés réelles mobilières sans dépossession (souvent nombreuses) peuvent être fusionnées en un seul texte, solution garante d'exhaustivité, de cohérence et de transparence des règles. Deuxièmement, les règles sur les sûretés réelles mobilières avec dépossession, en particulier sur le gage avec dépossession, peuvent être incluses et, en même temps, être adaptées aux besoins du moment. Troisièmement, les mécanismes de transfert de la propriété, comme le transfert de propriété à titre de garantie et la réserve de propriété, peuvent être intégrés dans ce régime d'une manière qui non seulement donne aux vendeurs la protection qu'ils souhaitent, mais permet également aux acheteurs d'utiliser toute valeur qu'ils ont acquise sur les biens achetés pour obtenir d'autres crédits. Quatrièmement, des arrangements contractuels remplissant une fonction de sûreté, comme le crédit-bail, la vente et revente et la cession-bail, peuvent également être inclus et traités de manière à réduire les conflits et les incertitudes quant à la priorité des droits des différents créanciers participant à ces opérations. Enfin, cette approche favorise la concurrence entre fournisseurs de crédit en mettant sur le même plan vendeurs, bailleurs et prêteurs.

106. En outre, dans cette approche, un créancier qui envisage de consentir un prêt garanti n'a pas à étudier les différentes conditions des divers mécanismes de sûreté possibles ni à en évaluer les avantages et les inconvénients respectifs. De même, il est plus facile pour les créanciers d'un constituant ou pour un représentant de l'insolvabilité d'un constituant de mesurer leurs droits et leurs obligations vis-à-vis du créancier garanti s'ils n'ont à se référer qu'à un seul régime, caractérisé par une sûreté réelle mobilière globale. En simplifiant ainsi les choses, on réduira non seulement le coût de la constitution des sûretés mais aussi le coût de réalisation et, par voie de conséquence, le coût du crédit garanti de façon générale.

107. Dans un contexte international, la reconnaissance des sûretés réelles mobilières créées sur des biens situés dans un État qui sont ensuite déplacés vers un autre État sera également facilitée si ce dernier reconnaît le concept de sûreté réelle mobilière globale.

Un tel système peut beaucoup plus facilement accepter une grande diversité de sûretés étrangères, qu'elles soient elles aussi globales ou aient un caractère restreint, ce qui peut favoriser le commerce international.

108. Une approche fonctionnelle, intégrée et globale présente toutefois des inconvénients. Premièrement, elle exigera peut-être de requalifier certaines opérations (par exemple le transfert de propriété ou la réserve de propriété en sûreté), du moins aux fins de la loi sur les opérations garanties. Dans les États qui n'acceptent pas encore la relativité de la propriété sur les biens meubles, il faudra former les juristes et les gens d'affaires pour les aider à comprendre les implications pratiques de cette approche. Cette dernière suppose en outre de modifier, dans un nombre important d'États, le raisonnement juridique sur lequel a reposé jusqu'ici le droit régissant les sûretés réelles mobilières. Dans de nombreux États, par exemple, ces sûretés sont conçues comme les exceptions au principe général de l'égalité des créanciers et doivent donc être interprétées restrictivement. De plus, la sûreté est généralement perçue comme un droit particulier sur des biens particuliers visant à garantir une obligation particulière qu'un débiteur particulier doit à un créancier particulier. L'approche fonctionnelle, intégrée et globale présume que ces restrictions traditionnelles seront supplantées par un principe général encourageant la généralisation du crédit garanti. Enfin, elle suppose normalement que le nouveau régime sera mis en vigueur par un texte législatif unique. Pour certains États, cela exigera de modifier en profondeur l'organisation de leurs codes, civils ou commerciaux, et d'autres lois.

109. Un grand nombre de ces inconvénients peuvent être réduits ou éliminés si l'État est attentif à la manière dont il choisit d'élaborer la législation créant un régime de sûretés réelles mobilières fonctionnel, intégré et global. Par exemple, il serait possible d'obtenir la plupart des avantages tout en évitant la plupart des inconvénients grâce: *a)* à une vaste réforme du droit existant sur les sûretés réelles mobilières, les mécanismes de transfert de la propriété servant de garantie, la cession de créances et les crédits-bails; et *b)* à l'adoption de règles législatives spécifiques pour régir les pratiques contractuelles qui se sont développées pour combler les lacunes du droit. Il ne s'agit pas de minimiser les efforts requis pour y parvenir d'une manière qui assure cohérence, transparence, efficacité et qui instaure une véritable concurrence entre l'ensemble des fournisseurs de crédit sur la base du prix ou d'autres conditions, mais si les réformes législatives sont entreprises en une fois, de façon coordonnée, les avantages l'emporteront de loin sur les coûts et les difficultés.

v) *Approche du* Guide

110. Pour les diverses raisons exposées dans la présente section et dans la section C de l'Introduction, le *Guide* recommande aux États d'adopter une approche fonctionnelle, intégrée et globale en matière d'opérations garanties (voir recommandation 8, première phrase). Un État souhaitant adopter un régime fondé sur cette approche aurait le choix entre deux options. La première serait de conserver et d'utiliser le nom des anciens mécanismes de sûreté, tels que le gage, la charge flottante, le transfert de propriété à titre de garantie et la réserve de propriété. Toutefois, leur constitution et leurs effets en tant que sûretés réelles mobilières seraient régis par un ensemble de règles fonctionnel, intégré et global; ces mécanismes resteraient en revanche soumis à d'autres règles à d'autres fins (par exemple fiscales ou comptables). Cette option permet de maintenir la diversité conceptuelle des mécanismes de sûreté et d'autres arrangements contractuels susceptibles d'être utilisés à

titre de garantie, mais de prévoir un ensemble de règles communes régissant la constitution, l'opposabilité, la priorité et la réalisation. La seconde option, qui est légèrement différente, serait de supprimer tous les types de droits servant à titre de garantie et de regrouper les opérations et pratiques de financement qu'ils représentaient sous une notion unique et uniforme de sûreté réelle mobilière. Un ensemble unique de règles s'appliquerait à toutes les opérations garanties car il n'existerait qu'un seul type de mécanisme de sûreté. Ces deux options ont été retenues par des États ayant récemment adopté un régime fonctionnel, intégré et global sur les opérations garanties, et toutes deux remplissent les principaux objectifs formulés dans le *Guide*.

111. D'une manière générale, sauf dans le cadre du financement d'acquisitions, le *Guide* recommande que les États recourent, pour l'adoption d'un régime fonctionnel, intégré et global sur les opérations garanties, à la seconde de ces options (voir recommandation 8, deuxième phrase), selon laquelle toutes les opérations garanties, quelle que soit leur dénomination, seraient qualifiées de sûretés réelles mobilières et soumises à des règles identiques. Cela étant, dans le cadre du financement d'acquisitions, le *Guide* recommande aux États d'adopter au choix l'une des deux options mentionnées dans le paragraphe précédent. En d'autres termes, les États peuvent adopter ce que le *Guide* nomme aux fins du financement d'acquisitions soit l'approche "unitaire", soit l'approche "non unitaire" (voir recommandation 9). Dans l'approche unitaire, les principes fondamentaux formulés dans la recommandation 8 s'appliqueraient également à toutes les opérations de financement d'acquisitions (voir recommandation 9, al. *a*), tandis que dans l'approche non unitaire, les États conserveraient leurs mécanismes de financement d'acquisitions avec leur dénomination distincte. Toutes les opérations de financement d'acquisitions autres que les ventes avec réserve de propriété et les crédits-bails seraient qualifiées de sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'une acquisition et soumises au même ensemble de règles que les opérations de financement d'acquisitions (voir recommandation 9, al. *b* i). En outre, les droits de propriété d'un vendeur réservataire et d'un crédit-bailleur seraient maintenus, mais les règles spécifiques régissant chaque opération seraient adaptées de manière à produire des résultats fonctionnellement équivalents à ceux d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition (voir recommandation 9, al. *b* ii).

112. En principe, l'approche unitaire du financement d'acquisitions serait plus facile à mettre en œuvre car elle n'exigerait pas de modifier d'autres règles de droit ou de s'y référer. En outre, elle assurerait davantage de transparence, car toutes les règles pertinentes seraient regroupées dans une seule et même loi. Le *Guide* reconnaît toutefois que certains États ne seront peut-être pas en mesure d'adopter l'approche unitaire pour ce qui concerne les opérations de financement d'acquisitions. Aussi prévoit-il que, dans cette situation particulière, les États peuvent choisir d'adopter une approche non unitaire (pour un examen plus détaillé, voir chap. IX sur le financement d'acquisitions).

4. Deux thèmes clefs communs à tous les chapitres du Guide

113. Les précédentes sections du présent chapitre ont mis en exergue deux idées primordiales qui visent à promouvoir la libre concurrence entre fournisseurs de crédit. Selon la première, un régime dont le champ d'application est large, de manière à englober tous les types d'opérations conclues pour garantir l'exécution d'une obligation, permet à chacun de proposer des conditions de crédit identiques pour tous. En principe, aucun avantage spécial

n'est accordé à une classe particulière de débiteurs ou de créanciers. Selon la seconde idée, un régime qui adopte une approche fonctionnelle, intégrée et globale réduit le coût des opérations, en évitant d'avoir à mettre sur pied des opérations distinctes selon les débiteurs et les biens en fonction de différences formelles uniquement, et en permettant aux créanciers de rendre leurs droits opposables et de prendre rang d'une manière simple et uniforme.

114. La présente section examine deux autres thèmes importants qui devraient sous-tendre un régime moderne d'opérations garanties. Le premier, à savoir le principe de l'autonomie des parties, rappelle qu'une sûreté réelle mobilière naît d'une convention entre constituants et créanciers garantis. Le second met en évidence l'importance grandissante des techniques modernes pour garantir l'efficacité du système de droit commercial. Ni l'un ni l'autre thème ne vise un résultat unique et spécifique. Tous deux en revanche offrent des orientations générales aux États qui cherchent à adopter une nouvelle loi sur les opérations garanties. Ils sont également tous deux à la base d'un certain nombre de recommandations figurant dans les divers chapitres du *Guide* (comme les recommandations 94 et 54, alinéa *j*, chap. V et IV). C'est pourquoi ils sont présentés ici comme deux thèmes clefs qui viennent compléter la notion de champ d'application large de la loi et celle d'approche fonctionnelle et intégrée des sûretés réelles mobilières.

a) *Autonomie des parties*

115. Dans les économies modernes, débiteurs et créanciers poursuivent des objectifs extrêmement divers. Pour les aider à atteindre ces objectifs, les régimes d'opérations garanties font une large place au principe de l'autonomie des parties: l'idée principale est de laisser à celles-ci le maximum de souplesse pour négocier une convention constitutive de sûreté qui réponde à leurs besoins précis. Aussi les règles impératives devraient-elles se limiter au minimum nécessaire pour garantir la transparence et la prévisibilité des droits ainsi que l'équité lors de la réalisation.

116. La convention constitutive de sûreté conférant au créancier des droits réels sur les biens de son débiteur, elle emporte nécessairement des conséquences importantes pour les tiers. C'est pourquoi les régimes modernes d'opérations garanties précisent également qu'une stipulation dans une convention qui déroge aux règles non impératives ou qui les modifie ne s'impose qu'aux parties et, sauf si les principes généraux du droit des contrats le prévoient, est sans effet sur les droits des tiers.

117. S'il est vrai que l'autonomie des parties confère un grand pouvoir aux fournisseurs de crédit et peut avoir une incidence sur les droits d'autres créanciers, l'idée est qu'en permettant aux créanciers garantis et aux constituants de structurer leur opération de la manière la mieux adaptée à leurs objectifs, on rendra le crédit garanti plus largement accessible aux constituants. Cependant, de nombreux États hésitent à adopter sans restriction le principe de l'autonomie des parties. Ils cherchent à limiter cette autonomie en énumérant de manière restrictive les types d'opérations dont peuvent convenir les parties et en édictant des règles détaillées non seulement sur les conditions de constitution et d'exécution de ces conventions, mais aussi sur les stipulations qui pourraient y figurer. D'autres États, en revanche, estiment que les parties devraient être autorisées à déroger à n'importe quelle règle du régime des opérations garanties du moment qu'elle n'obéit pas à des considérations impératives d'ordre public.

118. Cette seconde approche cadre davantage avec l'objectif général d'un régime efficace et effectif d'opérations garanties. Elle laisse aux parties toute latitude pour adapter leur opération à leurs besoins particuliers en crédit. Il s'agit là d'un des moyens les plus importants de promouvoir le crédit garanti. Cette approche est celle retenue par le *Guide*, qui recommande aux États d'instaurer l'autonomie des parties en tant que principe fondamental d'une loi sur les opérations garanties, sous réserve seulement d'un petit nombre d'exceptions telles qu'indiquées dans les recommandations des chapitres suivants (voir recommandation 10; voir aussi le chapitre VI sur les droits et obligations des parties à une convention constitutive de sûreté).

b) *Utilisation des techniques électroniques modernes*

119. Les régimes modernes d'opérations garanties non seulement reflètent des concepts modernes du droit des opérations garanties, mais tiennent également compte des pratiques commerciales modernes et tirent avantage des évolutions récentes dans les pratiques réglementaires des États. Le *Guide* prend note de ces pratiques et évolutions dans trois domaines.

120. Premièrement, il considère que les États devraient généralement faciliter les communications électroniques. À cette fin, et se fondant en cela sur l'article 9, paragraphes 2 et 3, de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux[6] et les articles 6 et 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique[7], le *Guide* formule des recommandations qui reconnaissent aux parties la faculté de réaliser leurs opérations commerciales en utilisant des communications électroniques. L'idée centrale est qu'une loi sur les opérations garanties ne devrait pas entraver le commerce moderne en empêchant les parties d'utiliser des méthodes électroniques appropriées pour satisfaire à l'une quelconque des exigences en matière d'écrit ou de signature (voir recommandations 11 et 12 du *Guide*; voir aussi les paragraphes 143 à 165 de la note explicative du secrétariat de la CNUDCI sur la Convention sur les communications électroniques[8], ainsi que la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et le Guide pour son incorporation de 1996 avec le nouvel article 5 *bis* tel qu'adopté en 1998, par. 47 à 61).

121. Deuxièmement, le *Guide* reconnaît que le droit concernant les documents négociables sous forme électronique évolue rapidement. Toutefois, étant donné qu'il serait particulièrement difficile de créer un équivalent électronique pour les instruments et documents papier négociables, les différentes recommandations du *Guide* visent uniquement les instruments et les documents négociables sous forme papier. Cela étant, le *Guide* ne devrait pas être interprété comme décourageant l'utilisation de tels équivalents électroniques. En conséquence, il part du principe qu'un État adoptant qui souhaite traiter la question pourrait le faire d'une manière qui soit conforme à ses recommandations mais qu'il devra concevoir ses propres règles spéciales à cette fin (la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux ne traite pas non plus de l'équivalent électronique des instruments et documents négociables sous forme papier)[9].

---

[6] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.07.V.2.

[7] *Ibid*., numéro de vente: F.99.V.4.

[8] *Ibid*., numéro de vente: F.07.V.2.

[9] *Ibid*., note explicative, par. 7.

122. Troisièmement, comme l'indique la recommandation 1, alinéas *c*, *e* et *f* (Introductin), le *Guide* adopte trois importants concepts concernant l'opposabilité des sûretés réelles mobilières. Premièrement, il encourage les sûretés sans dépossession sur les biens meubles corporels et incorporels du constituant. Deuxièmement, il propose des formalités simples pour la constitution d'une sûreté réelle mobilière entre les parties ainsi que de simples formalités supplémentaires pour rendre la sûreté opposable et assurer ainsi la transparence. Troisièmement, il recommande la création d'un registre général des sûretés et l'inscription d'un avis concernant une sûreté existante ou potentielle en tant que méthode générale d'opposabilité (voir recommandation 32). Si le *Guide* admet que ledit registre puisse être tenu sous forme papier, il recommande aux États, si possible, de tirer parti des techniques modernes en établissant le registre sous forme électronique (voir recommandation 54, al. *j*). Le chapitre IV sur le système de registre étudie plus en détail les modalités de mise en place et d'exploitation d'un tel registre informatisé.

B. Recommandations 2 à 12

Objet

Les dispositions relatives au champ d'application de la loi ont pour objet d'établir un régime unique et global pour les opérations garanties. Elles spécifient les sûretés réelles mobilières et les autres droits auxquels la loi s'applique. Les dispositions relatives aux approches fondamentales en matière d'opérations garanties visent à faire en sorte que la loi:

a) S'applique à tous les droits créés contractuellement sur des biens meubles en garantie du paiement ou d'une autre forme d'exécution d'une obligation ("approche fonctionnelle"); et

b) Permette d'appliquer de façon appropriée l'approche fonctionnelle de sorte que toutes les parties octroyant un financement garanti soient traitées conformément à des règles qui produisent des résultats fonctionnellement équivalents.

Champ d'application

2. Sous réserve des recommandations 3 à 7[10], la loi devrait s'appliquer à tous les droits sur des biens meubles constitués par convention en garantie du paiement ou d'une autre forme d'exécution d'une obligation, quels que soient la forme de l'opération, le type de bien meuble, le statut du constituant ou du créancier garanti ou la nature de l'obligation garantie. Elle devrait donc s'appliquer:

a) Aux sûretés réelles mobilières grevant tous les types de biens meubles corporels ou incorporels, présents ou futurs, notamment les stocks, le matériel et autres biens meubles corporels, les créances contractuelles et non contractuelles, les droits contractuels à l'exécution d'une obligation non monétaire, les instruments négociables, les documents négociables, les droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, les droits de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant et la propriété intellectuelle;

b) Aux sûretés réelles mobilières constituées ou acquises par toutes personnes morales ou physiques, y compris les consommateurs, sans toutefois avoir d'incidence sur les droits découlant de la législation sur la protection des consommateurs;

[10] Lorsqu'une recommandation renvoie à des recommandations figurant dans le même chapitre, elle n'indique que le numéro de ces recommandations. Lorsqu'elle renvoie à des recommandations d'un autre chapitre, elle indique aussi le numéro et le sujet de ce chapitre.

c) Aux sûretés réelles mobilières garantissant tous les types d'obligations, présentes ou futures, déterminées ou déterminables, y compris les obligations dont le montant fluctue et les obligations décrites en termes génériques; et

d) À tous les droits réels créés contractuellement pour garantir le paiement ou une autre forme d'exécution d'une obligation, notamment le transfert de la propriété de biens meubles corporels à titre de garantie, la cession de créances à titre de garantie, ainsi que les différentes formes de clauses de réserve de propriété et de crédits-bails.

La loi devrait aussi s'appliquer aux sûretés réelles mobilières grevant le produit de biens grevés.

Transferts purs et simples de créances

3. La loi devrait s'appliquer aux transferts purs et simples de créances bien qu'ils ne garantissent pas le paiement ou une autre forme d'exécution d'une obligation. La présente recommandation est soumise à l'exception prévue dans la recommandation 167 (chap. VIII sur la réalisation d'une sûreté réelle mobilière).

Limitation du champ d'application

4. Nonobstant la recommandation 2, la loi ne devrait pas s'appliquer:

a) Aux aéronefs, au matériel roulant ferroviaire, aux objets spatiaux, aux navires ni à d'autres catégories de matériels d'équipement mobiles dans la mesure où ces biens sont régis par le droit national ou un accord international auquel l'État adoptant une législation fondée sur les présentes recommandations (ci-après "l'État" ou "le présent État") est partie et où les matières régies par la présente loi le sont aussi par ce droit national ou cet accord international;

b) À la propriété intellectuelle dans la mesure où les dispositions de la présente loi sont incompatibles avec le droit national contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle ou avec des accords internationaux concernant la propriété intellectuelle auxquels l'État est partie;

c) Aux valeurs mobilières;

d) Aux droits à paiement naissant de contrats financiers régis par des conventions de compensation globale, sauf dans le cas d'une créance due après la liquidation de toutes les opérations; ni

e) Aux droits à paiement naissant d'opérations de change.

5. La loi ne devrait pas s'appliquer aux biens immeubles. Toutefois, les recommandations 21, 25 (chap. II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière), 43, 48 (chap. III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière), 87, 88 (chap. V sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière), 164, 165 (chap. VIII sur la réalisation d'une sûreté réelle mobilière), 184, 195 et 196 (chap. IX sur le financement d'acquisitions) peuvent concerner les biens immeubles.

6. La loi devrait prévoir que si, en vertu d'un autre droit, une sûreté réelle mobilière sur un type de bien exclu (par exemple un bien immeuble) s'étend à un type de produit (par exemple une créance) auquel la présente loi s'applique, cette dernière s'applique à la sûreté sur le produit sauf dans la mesure où l'autre droit s'y applique.

7. La loi ne devrait pas prévoir d'autres limites à son champ d'application. Si d'autres limites sont néanmoins prévues, elles devraient être énoncées dans la loi de manière claire et précise.

Approche fonctionnelle

8. La loi devrait adopter une approche fonctionnelle et s'appliquer ainsi à tous les droits sur des biens meubles créés par convention en garantie du paiement ou d'une autre forme d'exécution d'une obligation, quelle que soit la forme de l'opération ou la terminologie employée par les parties (y compris les droits du bénéficiaire d'un transfert de la propriété de biens meubles corporels à titre de garantie, d'un cessionnaire dans le cadre d'une cession de créances à titre de garantie ainsi que des vendeurs ou des crédit-bailleurs dans le cadre de diverses formes de clauses de réserve de propriété et de crédits-bails respectivement). Sauf dans le contexte du financement d'acquisitions, l'approche fonctionnelle devrait être mise en œuvre de manière à qualifier de sûretés réelles mobilières tous les droits qui garantissent l'exécution d'une obligation et à les soumettre à un ensemble de règles communes.

9. Dans le contexte du financement d'acquisitions, l'approche fonctionnelle peut être mise en œuvre:

a) Soit de manière à qualifier de sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions tous les droits sur des biens meubles qui garantissent le paiement ou une autre forme d'exécution d'une obligation et à les soumettre à un ensemble de règles communes ("approche unitaire");

b) Soit (suivant une "approche non unitaire") de manière à qualifier:

i) De sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions tous les droits sur des biens meubles qui garantissent le paiement ou une autre forme d'exécution d'une obligation, à l'exclusion des droits d'un vendeur découlant d'une clause de réserve de propriété et d'un bailleur découlant d'un crédit-bail; et

ii) De droits de propriété les droits d'un vendeur découlant d'une clause de réserve de propriété et d'un bailleur découlant d'un crédit-bail, tout en soumettant ces droits de propriété à des règles qui produisent des résultats fonctionnellement équivalents à ceux que produit le régime régissant les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions, de sorte que toutes les parties finançant des acquisitions bénéficient du même traitement.

Autonomie des parties

10. La loi devrait prévoir que, sauf disposition contraire des recommandations 14, 15 (chap. II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière), 111, 112 (chap. VI sur les droits et obligations des parties à la convention constitutive de sûreté), 132 à 136 (chap. VIII sur la réalisation d'une sûreté réelle mobilière), 178 à 186 (chap. IX sur le financement d'acquisitions, option A: approche unitaire), 187 à 202 (chap. IX sur le financement d'acquisitions, option B: approche non unitaire), 203 à 215 et 217 à 227 (chap. X sur le conflit de lois), le créancier garanti et le constituant ou le débiteur peuvent, par convention, déroger à ses dispositions relatives à leurs droits et obligations respectifs ou les modifier. Une telle convention n'a pas d'incidence sur les droits de quiconque n'y est pas partie[11].

Communications électroniques

11. La loi devrait prévoir que, lorsqu'elle exige qu'une communication ou un contrat soit sous forme écrite, ou prévoit des conséquences juridiques en l'absence d'un écrit, une communication électronique satisfait à cette exigence si l'information qu'elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement.

[11] Voir l'article 6 de la Convention des Nations Unies sur la cession.

12. La loi devrait prévoir que, lorsqu'elle exige qu'une communication ou un contrat soit signé par une personne, ou prévoit des conséquences en l'absence d'une signature, cette exigence est satisfaite dans le cas d'une communication électronique:

a) Si une méthode est utilisée pour identifier la personne et pour indiquer la volonté de cette personne concernant l'information contenue dans la communication électronique; et

b) Si la méthode utilisée est:

i) Soit une méthode dont la fiabilité est suffisante au regard de l'objet pour lequel la communication électronique a été créée ou transmise, compte tenu de toutes les circonstances, y compris toute convention en la matière;

ii) Soit une méthode dont il est démontré dans les faits qu'elle a, par elle-même ou avec d'autres preuves, rempli les fonctions visées à l'alinéa *a* ci-dessus[12].

[12] Pour les recommandations 11 et 12, voir l'article 9, par. 2 et 3, de la *Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux*.

II. Constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties)

A. Remarques générales

1. Introduction

1. Dans le *Guide*, une sûreté réelle mobilière est un droit réel (par opposition à un droit personnel) sur des biens meubles (par opposition à des biens immeubles) créé par une convention (par opposition à une loi ou une décision judiciaire) entre le constituant et le créancier garanti (voir Introduction, section B, terminologie et interprétation). Ce droit réel vise à garantir l'exécution d'une obligation due par le constituant, ou une autre personne, au créancier. Lorsque toutes les mesures requises pour que la sûreté produise effet à l'égard du constituant ont été prises, celle-ci est réputée avoir été "constituée". Cela étant, l'évaluation des conséquences juridiques de la constitution varie d'un système juridique à l'autre. En général, l'une des trois approches ci-après est adoptée.

2. Selon une première approche, une sûreté réelle mobilière dûment constituée sur un bien non seulement produit effet à l'égard du constituant, mais est aussi automatiquement opposable à tous les tiers qui revendiquent un droit sur le bien (on parle souvent alors d'effet "*erga omnes*" des droits réels). La finalité essentielle d'une sûreté étant de permettre au créancier garanti de vendre le bien grevé et d'être remboursé sur le produit de cette vente de préférence à un réclamant concurrent, il n'y a aucun avantage dans cette approche à faire une distinction entre les effets entre les parties et les effets à l'égard des tiers.

3. Selon une deuxième approche, la sûreté réelle mobilière ne produit d'effet qu'à l'égard du constituant et un acte supplémentaire, tel que l'inscription d'un avis dans un registre général des sûretés ou la remise de la possession du bien au créancier garanti, est exigé pour la rendre efficace à l'égard des tiers qui revendiquent des droits sur le bien. Le *Guide* emploie le terme "efficacité à l'égard des tiers" ou "opposabilité" pour désigner cet effet juridique. En général, l'acte supplémentaire sert aussi de référence pour déterminer la priorité d'une sûreté sur les droits de réclamants concurrents. Cette deuxième approche découle d'un constat, à savoir que la plupart des systèmes juridiques imposent moins de formalités pour assurer l'efficacité d'obligations contractuelles entre les parties que pour constituer des droits réels. En d'autres termes, dans cette deuxième approche, la convention constitutive de sûreté est suffisante pour qu'une sûreté sur le bien soit efficace entre les parties, mais insuffisante pour que ses aspects réels produisent effet à l'égard des tiers, tels que d'autres créanciers garantis, des créanciers judiciaires, le représentant de l'insolvabilité du constituant ou les personnes auxquelles le bien est transféré par la suite. Cette approche repose en outre sur le principe qu'il n'est pas nécessaire de soumettre l'efficacité entre les parties à une obligation de notification ou d'inscription, qui risquerait

d'entraver les opérations qui ont une fonction de sûreté mais sont fondées sur des techniques informelles de vente ou de location (telles que les ventes avec réserve de propriété et les crédits-bails).

4. Quelques États fondent leur système juridique sur une troisième approche, hybride des deux premières, consistant à considérer qu'une sûreté réelle mobilière produit généralement effet à l'égard de toutes les parties dès sa constitution, à l'exception des autres créanciers garantis. Ainsi, aucun acte supplémentaire n'est nécessaire pour la rendre opposable aux tiers hormis les autres créanciers garantis. Les acheteurs, preneurs à bail, preneurs de licence, créanciers judiciaires et représentants de l'insolvabilité prennent le bien concerné soumis à la sûreté, à moins qu'une autre règle de droit, par exemple une règle protégeant l'acheteur d'un bien dans le cours normal des affaires du vendeur, soit applicable. En revanche, afin de protéger le droit du constituant d'utiliser ses biens pour garantir d'autres crédits, ces systèmes juridiques prévoient généralement aussi que la sûreté est inopposable aux autres créanciers garantis, sauf si un acte supplémentaire, tel que la remise de la possession ou l'inscription dans un registre général des sûretés, est accompli. Ainsi, des règles spéciales d'opposabilité et de priorité s'appliquent pour protéger les droits des réclamants concurrents ultérieurs qui feront valoir des droits sur le bien grevé. Cette approche aboutit généralement aux mêmes résultats que la deuxième approche, peut-être à une légère différence près concernant les droits des créanciers judiciaires et du représentant de l'insolvabilité du constituant.

5. Le *Guide* privilégie la deuxième des trois approches générales qui viennent d'être exposées, et ce, pour plusieurs raisons. Tout d'abord, par rapport à la troisième, cette approche est préférable car elle ne fait pas de distinction entre différentes catégories de réclamants concurrents. Le *Guide* vise à instaurer un régime global pour les sûretés réelles mobilières, prévoyant des principes pour résoudre tous les conflits possibles entre réclamants concurrents. Dès lors qu'un État décide qu'une mesure supplémentaire consistant à assurer la publicité de la sûreté sera exigée pour une catégorie de réclamants, il complique inutilement le règlement de tels conflits faute de règle commune pour assurer l'opposabilité de la sûreté à toutes les catégories de réclamants.

6. La deuxième approche est également préférable à la première en cela qu'elle permet aux États de réduire à un minimum les formalités nécessaires pour constituer une sûreté réelle mobilière. Lorsque l'efficacité entre les parties et l'opposabilité ne font l'objet d'aucune distinction, les États, pour protéger les tiers, prévoient souvent de nombreuses formalités contractuelles supplémentaires qui vont bien au-delà de celles qui sont normalement requises pour qu'un contrat produise effet entre ses parties. À l'inverse, dans les États qui n'imposent aucune mesure supplémentaire pour assurer l'opposabilité, les tiers, y compris les créanciers garantis potentiels, ne disposent en général d'aucun mécanisme efficace pour déterminer l'étendue des droits de leur constituant sur les biens à grever.

7. Le *Guide* recommande de faire une distinction entre les conditions requises pour qu'une sûreté produise effet entre les parties et les conditions supplémentaires exigées pour qu'elle produise effet à l'égard de tous les tiers. Cette approche vise principalement à faciliter la constitution d'une sûreté sur un bien tout en donnant à tous les tiers titulaires d'un droit sur ce bien (tels que les acheteurs, les preneurs à bail, les preneurs de licence, les autres créanciers garantis, les créanciers judiciaires et le représentant de l'insolvabilité du constituant) un moyen peu coûteux et fiable de déterminer si le constituant a grevé ce bien.

8. Le présent chapitre traite de la constitution d'une sûreté réelle mobilière par voie conventionnelle et de son efficacité entre les parties à la convention. L'efficacité de la sûreté à l'égard des tiers ou opposabilité fait l'objet du chapitre III. Les règles de priorité entre créanciers revendiquant des droits sur les mêmes biens sont examinées au chapitre V. Les questions touchant à l'efficacité de la sûreté en cas d'insolvabilité du constituant sont examinées au chapitre XII.

9. La section A du présent chapitre décrit les principes généraux qui régissent la constitution d'une sûreté réelle mobilière. Les sections A.2 à A.4 examinent les conditions générales de constitution d'une sûreté efficace, le moment où elle prend effet entre les parties, les éléments essentiels d'une convention constitutive de sûreté et certaines conditions de forme. Les sections A.5 à A.7 contiennent des observations plus détaillées sur l'identification des parties à une convention constitutive de sûreté, la description des biens susceptibles d'être grevés et les types d'obligation pouvant être garantis par une sûreté réelle mobilière. Les sections A.8 à A.13 abordent le cas particulier du produit, des biens attachés et des biens mélangés pour former une masse ou un produit fini.

10. La section B aborde la question de l'efficacité entre un constituant et un créancier garanti en ce qui concerne des types de biens particuliers. La section B.1 examine les cas importants où une sûreté porte sur des créances et la section B.2 la situation particulière où une créance est cédée en dépit d'une clause d'incessibilité dans la convention sous-jacente donnant naissance à la créance. La section B.3 aborde la question de la constitution lorsqu'une créance est elle-même garantie par une sûreté personnelle ou réelle sur d'autres biens. Enfin, les sections B.4 à B.6 posent des principes visant à régir la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, sur un droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant, sur un document négociable et sur un bien représenté par un tel document.

11. Le chapitre se conclut, à la section C, par une série de recommandations sur les conditions requises pour constituer une sûreté réelle mobilière qui produise ses effets entre un constituant et un créancier garanti.

2. Constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties)

12. Une fois qu'un État a décidé de l'approche qu'il souhaite adopter sur la question de l'efficacité, il doit déterminer les conditions à remplir avant qu'une sûreté réelle mobilière puisse être constituée et produire effet entre les parties. Les questions à aborder découlent des caractéristiques inhérentes à la structure d'une sûreté en tant que droit réel créé par convention pour garantir l'exécution d'une obligation.

13. La sûreté réelle mobilière étant conçue comme un droit découlant d'un arrangement contractuel, les États doivent porter une attention explicite à cinq questions principales. Premièrement, ils doivent déterminer les éléments essentiels d'une convention constitutive de sûreté. Deuxièmement, ils doivent déterminer la forme de cette convention. Troisièmement, ils doivent déterminer: *a)* qui peut être le constituant et, en particulier, si la capacité de certaines personnes à octroyer des sûretés devrait être soumise à des limites spéciales outre celles applicables aux contrats classiques; et *b)* qui peut bénéficier d'une telle sûreté et, en particulier, si toutes les personnes pouvant contracter devraient être

autorisées à en bénéficier. Quatrièmement, les États doivent déterminer quels types d'obligations peuvent être garanties par une sûreté réelle mobilière et, en particulier, si les obligations futures ou indéterminées pourraient l'être. Cinquièmement, ils doivent déterminer quels biens peuvent être grevés d'une sûreté réelle mobilière et, en particulier, si certains types de biens personnels ou professionnels devraient être exclus et si des catégories entières de biens peuvent être grevées. Ces questions sont examinées tour à tour dans les sections A.3 à A.7 plus bas.

14. En outre, certains États doivent aborder d'autres questions lorsqu'ils formulent des règles régissant la constitution d'une sûreté et son efficacité entre le constituant et le créancier garanti. Avant tout, ils doivent énoncer les mesures précises à prendre pour qu'une sûreté soit constituée et établir à quel moment elle l'est. Se pose ensuite la question de l'efficacité entre les parties en général, à savoir quand et dans quelles conditions une sûreté prend effet ou cesse d'avoir effet entre les parties pour les biens en question. Normalement, la réponse aux deux questions est la même: la sûreté prend effet entre les parties dès l'instant où toutes les mesures nécessaires à sa constitution ont été prises. Il arrive cependant qu'une sûreté qui a été constituée cesse d'être efficace entre les parties; il est alors important de déterminer quand exactement elle perd cette efficacité. Ces deux aspects de la question ne dépendent pas du contenu de la convention constitutive. Ils sont donc examinés en premier lieu dans les paragraphes suivants (par. 15 à 25).

a) *La convention constitutive de la sûreté réelle mobilière*

15. Dans la plupart des systèmes juridiques, pour qu'une sûreté réelle mobilière soit constituée, il faut qu'un contrat (la convention constitutive de sûreté) soit conclu à cet effet entre le constituant et le créancier garanti (voir recommandation 13). La convention constitutive de sûreté peut remplir plusieurs fonctions, notamment: *a)* servir de fondement juridique à l'octroi d'une sûreté; *b)* établir le lien entre la sûreté et l'obligation qu'elle garantit; *c)* réglementer de façon générale la relation entre le constituant et le créancier garanti (pour les droits et obligations des parties à la convention constitutive de sûreté, voir chap. VI); et *d)* réduire le risque de litiges sur le contenu de la convention entre le constituant et le créancier garanti, notamment les clauses relatives aux conditions de défaillance et de réalisation (pour la question de la réalisation d'une sûreté réelle mobilière, voir chap. VIII).

16. Si elle peut parfois revêtir la forme d'un accord distinct entre les parties, la convention constitutive de sûreté figure souvent dans le contrat de financement sous-jacent ou dans un contrat similaire conclu entre le constituant et le créancier garanti, tel qu'un contrat de prêt ou un contrat de vente de biens meubles corporels à crédit. Dans de nombreux systèmes juridiques, elle suffit à elle seule pour constituer la sûreté réelle mobilière. Dans d'autres, en revanche, un acte supplémentaire (tel que la remise de la possession du bien grevé au créancier garanti ou l'inscription d'un avis relatif à la sûreté dans un registre général des sûretés) est nécessaire pour que la sûreté soit constituée. La nature de cet acte varie selon les États, voire au sein d'un même État selon le type de sûreté ou de bien concerné. À ces fins, la convention constitutive de sûreté doit être rédigée dans une langue que peut comprendre le constituant. De nombreux États exigent que la convention soit établie dans leur langue officielle, que ne comprend pas forcément le constituant. D'autres laissent aux parties la liberté de régler la question. Le *Guide* ne formule aucune

recommandation particulière sur la langue de la convention constitutive de sûreté. Il recommande en revanche, s'agissant de l'avis relatif à la sûreté et des avis adressés en cas de réalisation extrajudiciaire, que d'une manière générale ceux-ci soient rédigés dans une langue dont il est raisonnable de penser qu'elle sera comprise par les destinataires (voir chap. IV sur le système de registre, par. 44 à 46, et chap. VIII sur la réalisation d'une sûreté réelle mobilière, par. 47 et 69).

17. Certains accords relatifs à la propriété de biens meubles peuvent avoir une fonction de sûreté, par exemple: les clauses de réserve de propriété d'un vendeur, le transfert de propriété à titre de garantie, la cession de créances à titre de garantie, les accords de cession-bail et les crédits-bails.

18. Dans les systèmes juridiques ayant un régime fonctionnel, intégré et global pour les opérations garanties, les mécanismes de transfert de la propriété à titre de garantie doivent généralement être constitués de la même façon que n'importe quelle autre sûreté réelle mobilière (voir chapitre I sur le champ d'application, par. 101 à 114). Ou bien ils sont remplacés par une notion unitaire de sûreté réelle mobilière, ou bien, dans les États qui conservent certains de ces mécanismes, ils sont soumis aux mêmes conditions de constitution que les sûretés réelles mobilières ordinaires.

19. Dans d'autres systèmes juridiques, les mécanismes de transfert de la propriété sont le principal moyen de constituer des sûretés réelles mobilières sans dépossession. Ils sont alors généralement soumis aux règles applicables à l'opération particulière par laquelle la propriété est transférée entre les parties (par exemple la vente, l'échange ou la location avec option d'achat). Du fait de leur fonction de sûreté, ils leur arrivent d'être soumis en outre à diverses règles législatives et jurisprudentielles, qui viennent s'ajouter aux règles applicables à l'opération. Le contenu des régimes dans les systèmes juridiques qui conservent la spécificité de ces mécanismes peut être très différent d'un État à l'autre. Dans certains systèmes, seule la réserve de propriété est soumise à un régime particulier, tandis que le transfert de la propriété d'un emprunteur à un prêteur et la cession de créances à titre de garantie sont régis par les règles applicables à la constitution des sûretés réelles mobilières. Dans d'autres, certains mécanismes de transfert de propriété, tels que la vente à réméré, sont aussi soumis à un régime particulier, de la même manière que la réserve de propriété.

20. Le traitement des mécanismes de réserve de propriété est un indicateur clef de la manière dont un système juridique conçoit généralement les sûretés fondées sur la propriété. Les systèmes qui ne considèrent pas les mécanismes de transfert de propriété comme des sûretés réelles mobilières accordent souvent une importance particulière à la réserve de propriété, même s'ils en soumettent parfois la constitution à des conditions très différentes. Ainsi, dans ces systèmes, la réserve de propriété est couramment utilisée et produit effet à l'égard de toutes les parties dès conclusion de la convention correspondante. Dans d'autres systèmes, par contre, elle joue un rôle insignifiant et ne produit généralement pas d'effet en tant que mécanisme de transfert de la propriété ou, du moins, n'est pas opposable au représentant de l'insolvabilité d'un acheteur. Un point commun entre beaucoup de systèmes juridiques est que seuls les accords de réserve de propriété simple sont traités comme de véritables mécanismes de transfert de propriété, tandis que ceux qui contiennent des clauses "toutes sommes" (c'est-à-dire des clauses qui permettent au vendeur de conserver la propriété d'un bien particulier pour garantir toutes les dettes

qui lui sont dues, qu'elles correspondent ou non au prix d'achat du bien), ou des clauses s'étendant au produit ou aux produits finis (c'est-à-dire qui prévoient que le droit de propriété du vendeur sur un bien particulier s'étend au produit et aux produits finis issus de ce dernier), sont traités comme de véritables sûretés. Un autre point commun à de nombreux systèmes est que seul le vendeur peut être réservataire. Les autres fournisseurs de crédit ne peuvent bénéficier d'une clause de réserve de propriété que si le vendeur leur cède le solde impayé du prix d'achat.

21. Le fondement de la réserve de propriété du vendeur et les conditions de création d'un tel droit varient considérablement d'un système juridique reconnaissant la réserve de propriété à l'autre. Dans la plupart de ces systèmes, les droits du vendeur découlent d'une clause particulière prévue à cet effet dans l'accord de vente. Cependant, dans quelques systèmes, la propriété est présumée réservée dans toutes les ventes à crédit et il n'est même pas nécessaire de le stipuler dans l'accord de vente. Certains systèmes juridiques permettent que le droit contractuel de réserve de propriété soit convenu entre les parties, même verbalement ou par référence aux conditions générales imprimées sur un document de livraison ou une facture. Dans d'autres encore, un type d'écrit indiquant la date précise de l'accord, voire une inscription peuvent être exigés.

22. La terminologie employée et les conditions exigées pour les transferts de propriété à titre de garantie varient aussi considérablement d'un système juridique à l'autre. On parle, par exemple, de transfert fiduciaire de la propriété à titre de garantie, de vente avec droit de revendication, de double vente et d'accord de cession-bail avec ou sans option d'achat. Les États ne donnent pas tous pleinement effet au transfert de la propriété à titre de garantie. Dans certains systèmes juridiques, un tel transfert est de nul effet à l'égard des tiers tandis que, dans d'autres, il est parfois tenu pour nul même entre l'auteur et le bénéficiaire. Dans quelques systèmes juridiques, le transfert de la propriété à titre de garantie produit effet mais il est peu utilisé du fait de l'existence d'autres sûretés réelles mobilières sans dépossession. La plupart des systèmes juridiques qui reconnaissent le transfert de la propriété à titre de garantie soumettent sa constitution aux mêmes règles que celles applicables aux opérations garanties en général, du moins s'il faut opposer le droit au représentant de l'insolvabilité de l'auteur du transfert. Ainsi une vente à réméré ou une double vente sera généralement soumise aux mêmes règles que celles qui concernent la forme et le contenu d'une convention constitutive de sûreté.

23. De nombreux systèmes juridiques reconnaissent aussi que les opérations fondées sur le concept de location peuvent souvent être utilisées à titre de garantie. Les opérations les plus courantes sont les accords de location-vente et les crédits-bails dans le contexte du financement d'acquisitions et les accords de cession-bail dans le contexte d'une opération de prêt. Dans certains systèmes juridiques, ces différents accords sont traités comme des sûretés et donc soumis aux mêmes conditions de constitution et d'efficacité entre les parties que toutes les autres sûretés. Dans d'autres, ils sont considérés non comme des sûretés, mais comme des arrangements contractuels créant des droits personnels, auquel cas leur constitution est normalement soumise aux mêmes conditions que celles applicables à la constitution de droits contractuels de ce type.

b) *Moment où prend effet la sûreté réelle mobilière*

24. La deuxième question qui se pose aux États lorsqu'ils décident des conditions fondamentales nécessaires à la constitution d'une sûreté réelle mobilière est celle de

déterminer à quel moment la sûreté prend réellement effet entre les parties. Dans la plupart des États, du fait qu'elle découle d'une convention entre les parties, la sûreté prend effet entre elles dès la conclusion de cette convention. Les parties peuvent convenir de reporter le moment de la prise d'effet à une date ultérieure, mais normalement elles ne le font pas. En tout état de cause, elles ne peuvent convenir d'une date antérieure à celle de la conclusion effective de leur convention.

25. Il est également nécessaire de déterminer le moment auquel la sûreté commence à produire ses effets sur les biens grevés. Il convient ici de faire une distinction entre les biens présents du constituant et ses biens futurs (qui seront produits ou acquis par le constituant après la conclusion de la convention constitutive de sûreté). Lorsque la convention prévoit la constitution d'une sûreté visant des biens sur lesquels le constituant a des droits, ou qu'il a le pouvoir de grever, au moment de sa conclusion par les parties, la sûreté produit effet entre elles à l'égard des biens en question à partir de ce moment, à moins qu'elles ne conviennent également de reporter le moment de l'efficacité pour tout ou partie des biens. Lorsque, en revanche, la convention prévoit la constitution d'une sûreté visant des biens sur lesquels le constituant compte acquérir des droits, ou qu'il compte avoir le pouvoir de grever, ultérieurement, la sûreté ne produit effet entre les parties concernant ces biens futurs qu'à partir du moment où le constituant acquiert ces droits, ou ce pouvoir. Là encore, les parties peuvent convenir de reporter le moment de l'efficacité à une date ultérieure à celle où les biens futurs sont effectivement acquis (voir recommandation 13 et par. 51 à 55 ci-dessous).

3. Éléments essentiels d'une convention constitutive de sûreté

26. Les éléments substantiels que doit contenir une convention constitutive de sûreté pour produire effet entre le constituant et le créancier garanti varient d'un système juridique à l'autre. Certains sont toutefois communs à la plupart des systèmes. Par exemple, les États exigent en général que la convention: *a)* identifie les parties; *b)* décrive l'obligation à garantir; *c)* décrive les biens à grever; et *d)* exprime clairement la volonté des parties de constituer une sûreté. Certains États exigent en outre que la convention indique le montant maximal pour lequel la sûreté peut être revendiquée sur les biens grevés.

27. Si le constituant et le créancier garanti doivent être clairement identifiés, le degré de précision requis pour l'identification de l'obligation garantie et des biens grevés varie selon les États. Certains États exigent que la convention constitutive de sûreté contienne une description détaillée des différents biens à grever. Une description précise a l'avantage de la sécurité, mais l'inconvénient d'un manque de souplesse dans le cas d'importantes opérations de financement où le montant des obligations garanties fluctue et où les biens grevés, notamment les biens futurs, changent (comme dans le cadre d'un mécanisme de crédit permanent où le montant du crédit est fondé sur la valeur des stocks ou des créances à un moment donné). Que la législation exige ou non l'identification des parties et la description de l'obligation à garantir et des biens à grever comme formant le contenu minimal d'une convention constitutive de sûreté, leur omission dans cette dernière risque en tout état de cause d'entraîner des litiges au sujet de l'assiette de la sûreté et de l'obligation garantie, sauf si ces éléments manquants peuvent être établis par d'autres moyens.

28. Dans certains États, la convention constitutive de sûreté doit aussi stipuler de façon très détaillée un certain nombre de points supplémentaires régissant la relation entre le constituant et le créancier garanti, tels que l'obligation de soin qui incombe à la partie en possession des biens grevés et les déclarations concernant ces biens, le droit du constituant de disposer des biens grevés et ses obligations vis-à-vis de tout produit reçu de la disposition. Dans d'autres États, en revanche, ces précisions ne sont pas impératives et, en l'absence d'une clause sur ces questions dans la convention constitutive de sûreté, des règles supplétives peuvent s'appliquer pour clarifier la relation entre les parties (pour les droits et obligations des parties à la convention constitutive de sûreté, voir chap. VI; pour les questions relatives à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière, voir chap. VIII).

29. Nombre de régimes modernes d'opérations garanties n'imposent pas de règles détaillées sur les éléments devant figurer impérativement dans une convention constitutive de sûreté pour qu'elle produise effet entre les parties. Ils partent plutôt du principe qu'on facilitera d'autant plus le crédit garanti si les parties disposent d'une grande liberté pour adapter leur convention à leurs besoins. Pour être efficace entre les parties, la convention ne doit contenir qu'un minimum d'informations. Le *Guide* recommande qu'une convention constitutive de sûreté produise effet entre les parties à condition qu'elle confirme expressément la volonté des parties de constituer une sûreté, qu'elle identifie précisément le constituant et le créancier garanti et qu'elle décrive l'obligation garantie et les biens à grever (voir recommandation 14). Ces conditions sont examinées plus avant aux sections A.5 à A.7.

4. Forme de la convention constitutive de sûreté

30. Les exigences de forme pour qu'une convention constitutive de sûreté produise effet et la fonction de ces exigences varient également d'un système juridique à l'autre. En particulier, certains systèmes n'exigent pas de convention écrite, tandis que d'autres requièrent un écrit. Dans quelques États, un écrit simple, non signé, suffit. Dans d'autres, un écrit signé est exigé. Dans d'autres encore, il faut un écrit authentique ou un document équivalent. L'écrit a normalement pour fonction d'avertir les parties des conséquences juridiques de leur convention, de prouver cette convention et, dans le cas d'actes authentiques, de protéger les tiers contre son antidatage frauduleux. La forme écrite, en sus d'être une condition de l'efficacité entre les parties, peut avoir d'autres fonctions. Dans beaucoup d'États, par exemple, elle est requise pour établir l'opposabilité et l'ordre de priorité entre réclamants concurrents. Dans nombre de ces États, elle peut aussi être une condition pour obtenir la possession des biens grevés ou pour invoquer la convention constitutive de sûreté en cas de réalisation, dans le cadre ou en dehors d'une procédure d'insolvabilité.

31. Dans certains États, la certification de la date par une autorité publique est requise pour les sûretés réelles mobilières sans dépossession, sauf pour les prêts de faible montant, où la preuve testimoniale est admise. Si la certification peut prévenir l'antidatage frauduleux, elle risque par contre d'accroître le temps et le coût nécessaires à une opération. D'autres États exigent la certification de la date de la convention constitutive ou l'authentification de cette convention pour divers types de sûretés réelles mobilières sans dépossession (voir, par exemple, les articles 65, 70, 94 et 101 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du

droit des affaires). Dans certains de ces États, cette certification est exigée en lieu et place de l'inscription. Toutefois, lorsque l'inscription est nécessaire, la date de la convention n'a pas à être certifiée.

32. Dans de nombreux États, pour des considérations de temps et de coût, les conditions de forme impératives sont limitées au minimum. Un écrit simple (notamment, par exemple, des conditions générales sur une facture) suffit pour autant qu'il exprime, seul ou associé au comportement des parties, la volonté du constituant d'octroyer une sûreté. Telle est la position recommandée par le *Guide*, conformément à l'un de ses objectifs principaux qui est de simplifier autant que possible le processus de constitution des sûretés réelles mobilières (voir recommandations 1, al. *c*, et 15). Une communication électronique satisfait à l'exigence de la forme écrite (voir recommandation 11).

33. De nombreux États qui exigent en règle générale que la convention constitutive de sûreté soit conclue ou constatée par un écrit admettent une exception lorsque la convention entre les parties s'accompagne d'un transfert au créancier garanti de la possession effective du bien grevé, auquel cas la convention peut être verbale. C'est ce que recommande également le *Guide* (voir recommandation 15). Toutefois, si la sûreté est constituée par convention verbale et transfert de possession, et que le créancier garanti souhaite par la suite renoncer à la possession, une convention écrite sera nécessaire pour que la sûreté continue d'exister après la remise de la possession au constituant (pour les implications de cette question en matière d'opposabilité, voir chap. III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière, par. 120 à 122, 157 et 158).

5. Parties à la convention constitutive de sûreté

34. La convention constitutive de sûreté est conclue entre le constituant et le créancier garanti. La constitution d'une sûreté réelle mobilière ayant pour effet potentiel de permettre au créancier garanti de saisir les biens grevés et d'en disposer, la plupart des États la considèrent comme un acte de disposition. Aussi exigent-ils que le constituant ait la capacité juridique d'aliéner le bien qui a été grevé. Dans le cas des personnes physiques, cela signifie que les règles relatives aux mineurs et aux personnes frappées d'une incapacité seront pleinement applicables. Dans le cas des entreprises, cela signifie que les règles internes relatives aux emprunts et des restrictions analogues s'appliqueront.

35. Certains États imposent des limites supplémentaires au pouvoir de certaines personnes de constituer certains types de sûretés réelles mobilières, mais ces limites concernent normalement les types de biens susceptibles d'être grevés par le constituant ou les types de sûretés susceptibles d'être constituées sur ces biens. Le *Guide* considère que, sauf dans la mesure où les États limitent dans leur droit général la capacité des constituants à aliéner des biens, la capacité de ces derniers à constituer une sûreté sur leurs biens meubles ne devrait être soumise à aucune limite (voir recommandation 2, al. *b*).

36. Le plus souvent, le constituant est aussi le débiteur de l'obligation garantie, mais cela ne doit pas nécessairement être le cas. De nombreux États permettent qu'un tiers constitue une sûreté réelle mobilière sur ses propres biens au profit du débiteur. Par exemple, des parents peuvent octroyer une sûreté sur leurs biens pour garantir une obligation contractée par leur enfant ou, plus fréquemment, une société mère peut grever

ses biens d'une sûreté pour garantir l'obligation de sa filiale. En pareils cas, c'est le tiers et non le débiteur de l'obligation garantie qui est le constituant dans la convention constitutive de sûreté et qui doit jouir de la capacité requise. En d'autres termes, il se peut que le débiteur ait la capacité de contracter l'obligation mais non celle de constituer la sûreté. De plus, même lorsque le débiteur a la capacité d'octroyer une sûreté sur ses propres biens, si le tiers qui souhaite grever ses biens d'une sûreté ne jouit pas d'une telle capacité, la sûreté ne peut pas être constituée.

37. Pour déterminer qui peut être créancier garanti, diverses approches ont été adoptées par le passé. Certains États considèrent les sûretés réelles mobilières comme exceptionnelles et limitent donc la catégorie des créanciers pouvant en bénéficier. Par exemple, dans certains cas, les banques sont autorisées à obtenir des sûretés, mais pas d'autres prêteurs (tels que les coopératives d'épargne et de crédit, les compagnies d'assurances, les fonds de pension et les prêteurs privés). Dans d'autres États, certains types de sûretés réelles mobilières ne peuvent être octroyés qu'à certains types de créanciers (par exemple des prêteurs, des propriétaires de biens immeubles ou des chargeurs). Plus récemment, la plupart des États ont opté pour des régimes prévoyant des conditions identiques pour tous les types de créanciers. Le fait de permettre à tous les fournisseurs de crédit d'obtenir des sûretés aux mêmes conditions facilite la concurrence véritable, fondée sur le prix, en matière de crédit et réduit le coût du crédit pour les constituants. En outre, dans de nombreuses opérations complexes où des prêts importants sont consentis collectivement par plusieurs prêteurs (par exemple des prêts consortiaux), il se peut que le créancier dans la convention constitutive soit non pas le seul prêteur ou ne soit pas le prêteur du tout mais un tiers agissant en qualité de mandataire ou de fiduciaire et détenant la sûreté pour le compte de tous les prêteurs. Conformément à son objectif de promotion du crédit garanti, le *Guide* considère qu'aucune limite ne devrait être imposée aux types de créanciers pouvant obtenir une sûreté. Prêteurs nationaux et étrangers, banques, compagnies d'assurances, fonds de pension et autres prêteurs, par exemple, devraient avoir les mêmes droits et aucune forme de sûreté ne devrait être accessible qu'à un type particulier de créancier (comme les vendeurs ou les bailleurs) à l'exclusion des autres (par exemple les prêteurs) (voir recommandation 2, al. *b*).

6. Obligations garanties par la convention constitutive de sûreté

38. La sûreté réelle mobilière est un élément accessoire et dépendant de l'obligation qu'elle garantit. De ce fait, la validité et les clauses de la convention constitutive de sûreté dépendent de la validité et des clauses de l'accord qui établit l'obligation garantie. En particulier, dans les opérations de crédit permanent, une sûreté est accessoire en ce sens que, même si elle peut garantir des avances futures et des obligations d'un montant fluctuant, elle ne peut être réalisée en l'absence d'avances sur le prêt. En outre, une fois le prêt octroyé, elle ne peut être réalisée pour un montant supérieur à celui de l'obligation effectivement due au moment de la réalisation.

39. Dans certains systèmes juridiques, les sûretés réelles mobilières sans dépossession ne peuvent concerner que certains types d'obligations décrites dans la législation (tels que les prêts pour l'achat d'automobiles ou les prêts aux agriculteurs). Dans les États qui ont un régime général applicable aussi bien aux sûretés avec dépossession qu'aux sûretés sans dépossession, de telles restrictions n'existent pas. Cette approche globale peut permettre

d'étendre les principaux avantages découlant du financement garanti (à savoir une offre plus importante de crédit à moindre coût) à un plus grand nombre d'opérations. En outre, elle offre plus de cohérence et assure le même traitement à l'ensemble des débiteurs et des créanciers garantis. Dans la mesure où des régimes spéciaux sont nécessaires pour des raisons socioéconomiques particulières, on peut limiter au minimum leurs effets préjudiciables en veillant à ce qu'ils soient établis de manière claire et transparente et se limitent à une gamme étroite d'opérations.

40. Les systèmes juridiques qui ne relient pas certaines formes de sûretés réelles mobilières à certains types d'obligations ne limitent généralement pas les types d'obligations pouvant faire l'objet d'une sûreté réelle mobilière. En outre, à moins que les sûretés garantissant certains types d'obligations ne soient soumises à un régime spécial (par exemple des prêts consentis par des prêteurs sur gages), les États n'énumèrent généralement pas dans la législation tous les types d'obligations pouvant être garantis. Compte tenu du rythme rapide auquel de nouveaux types d'obligations de crédit font leur apparition, il serait impossible d'adopter dans la législation une liste exhaustive qui ne soit pas rapidement dépassée. Il est toutefois courant que les États prévoient une liste indicative, qui comprend généralement les obligations découlant de prêts et de l'achat à crédit de biens meubles corporels, notamment de stocks et de matériel.

41. Les systèmes juridiques ont des positions différentes sur le point de savoir si, et dans quelle mesure, une convention constitutive de sûreté peut être créée pour garantir des obligations conditionnelles et inconditionnelles. Dans de nombreux États, toutes les obligations conditionnelles peuvent être garanties, mais dans d'autres, seules les obligations soumises à condition résolutoire peuvent l'être. Les systèmes diffèrent aussi sur le point de savoir si une obligation garantie doit être déterminée ou simplement déterminable. Enfin, les États ont des positions différentes sur le point de savoir si, et dans quelle mesure, une convention constitutive de sûreté peut être créée pour garantir des obligations futures, ainsi que sur la définition même d'une obligation future. Dans certains, est future une obligation qui naît d'un contrat dont les parties ne sont pas encore convenues. Dans d'autres, même les obligations qui ont été contractées, mais qui ne sont pas dues au moment de la conclusion de la convention constitutive de sûreté (parce que le prêt n'a pas été encore avancé à l'emprunteur ou qu'il relève d'un mécanisme de crédit permanent) sont considérées comme des obligations futures.

42. La distinction entre obligations présentes et futures est importante dans les systèmes juridiques où, pour des raisons de sécurité et pour protéger le débiteur, les obligations futures ne peuvent pas être garanties, ne peuvent l'être qu'à concurrence d'un montant maximal, ou ne peuvent pas être garanties si elles sont indéterminées (par exemple lorsque la convention constitutive de sûreté vise "toutes les obligations présentes et futures de tous types pouvant naître entre les parties"). Dans les systèmes juridiques qui limitent l'octroi de sûretés réelles mobilières pour garantir des obligations futures, le débiteur ne pourra peut-être pas bénéficier de certaines opérations, telles que les mécanismes de crédit permanent ou les prêts à terme convertibles. Dans d'autres systèmes, les obligations futures peuvent être librement garanties et une convention constitutive de sûreté unique suffit pour couvrir à la fois les obligations présentes et les obligations futures. Il n'est donc pas nécessaire, chaque fois qu'un crédit est octroyé ou augmenté, de modifier la sûreté réelle mobilière correspondante ni même de constituer une nouvelle sûreté, ce qui peut avoir un impact positif sur l'offre et le coût du crédit. Il est à noter que, si une sûreté

peut être constituée pour garantir une obligation future, elle ne peut être réalisée que si l'obligation est née et n'a pas été exécutée.

43. La manière dont la convention constitutive de sûreté doit indiquer le type et le montant de l'obligation garantie varie d'un système juridique à l'autre. Dans certains systèmes, les parties doivent décrire les obligations garanties avec précision. Elles doivent parfois aussi fixer une limite au montant pour lequel le bien peut être grevé en garantie de l'obligation, voire réduire le montant de l'obligation garantie pour refléter le solde actuellement dû au titre de l'obligation. L'idée est que cette description ou limite est dans l'intérêt du constituant, qui serait ainsi protégé contre le surendettement. En outre, le fait de stipuler un montant maximal pour lequel la sûreté peut être réalisée permet au constituant de donner à d'autres créanciers une garantie à toute épreuve s'agissant du montant du droit non grevé qu'il détient sur les biens grevés. Il pourrait ainsi plus aisément obtenir de nouveaux crédits garantis auprès d'un autre prêteur en utilisant les mêmes biens. De telles exigences peuvent cependant avoir pour effet de limiter le montant du crédit susceptible d'être obtenu auprès du créancier initial ou inciter les créanciers à indiquer un montant nettement supérieur à celui qu'ils acceptent réellement d'avancer au constituant. Si tel est le cas, ce dernier risque d'être privé de la possibilité d'utiliser la valeur intégrale de ses biens pour obtenir des crédits supplémentaires auprès de son créancier actuel ou de nouveaux crédits auprès d'autres créanciers.

44. Dans le passé, la plupart des opérations de prêt prenaient la forme de crédits décaissés en une fois. Pour ces types de financement, le principe adopté par de nombreux systèmes juridiques, selon lequel le constituant pouvait réduire le montant maximal pour lequel était consentie la sûreté à chaque remboursement effectué, ne posait pas grand problème. Cependant, les opérations de financement modernes ne sont généralement plus de ce type. Elles prévoient fréquemment le versement d'avances à différents moments, en fonction des besoins du constituant (par exemple dans les mécanismes de crédit permanent lui permettant d'acheter des stocks). Ce type de financement peut se faire au moyen d'un compte courant, dont le solde fluctue quotidiennement. Si le montant maximal de l'obligation garantie indiqué devait se trouver réduit à chaque remboursement effectué par le constituant, les prêteurs seraient découragés de faire d'autres avances sauf à recevoir une sûreté supplémentaire. Un tel résultat serait considérablement contreproductif, car il en coûterait davantage au constituant, aussi bien en temps qu'en argent, pour acquérir les nouveaux biens nécessaires à la conduite de ses affaires. C'est pourquoi les États qui exigent que la convention constitutive de sûreté stipule un montant maximal ne devraient pas exiger également que ce montant soit réduit à chaque remboursement.

45. Enfin, quelques systèmes juridiques tentent de contrôler le crédit en imposant une limite, calculée selon une formule, au montant pour lequel un bien peut être grevé. Par exemple, le montant maximal peut correspondre à un pourcentage du crédit avancé au constituant (par exemple 125 % de l'obligation initiale due, du montant maximal autorisé dans une ligne du crédit, ou du montant de l'encours à tout moment). Les limites législatives *ex ante* de ce type sont inévitablement arbitraires et ne peuvent généralement pas être adaptées aux besoins de crédit de chaque constituant. De plus, dans le cas d'obligations dont le montant fluctue, elles devraient normalement être ajustées en permanence pour tenir compte des modifications dans la relation de crédit entre le constituant et le créancier garanti. Là encore, cependant, ces critiques ne sont pas valables dans les cas où les parties à la convention constitutive de sûreté peuvent librement négocier un montant maximal

pour lequel le bien sera grevé et où ce montant demeure fixe, même si le montant dû au titre de l'obligation garantie diminue ou fluctue.

46. Pour toutes les raisons indiquées ci-dessus, de nombreux systèmes juridiques (y compris ceux qui exigent que la convention constitutive de sûreté stipule un montant maximal pour lequel les biens sont grevés) n'exigent pas de description précise des obligations garanties et autorisent les parties à négocier librement le montant à garantir. Dans ces systèmes, l'obligation garantie peut être présente ou future, conditionnelle ou inconditionnelle, déterminée ou déterminable sur la base de la convention constitutive de sûreté ou des documents tenus par les parties chaque fois que cette détermination est nécessaire (comme c'est le cas, par exemple, au moment où le créancier garanti réalise sa sûreté). De même, le montant de l'obligation garantie peut être fixe ou fluctuant et peut comprendre toutes les sommes dues par le débiteur à un créancier garanti. Attendu qu'il vise à faciliter le crédit garanti, le *Guide* recommande cette approche large pour déterminer quelles obligations peuvent être garanties par une sûreté réelle mobilière (voir recommandation 16).

47. Les États adoptent aussi des positions différentes sur le point de savoir si le montant effectif de l'obligation garantie (y compris le taux d'intérêt ou autres coûts associés au crédit) doit être indiqué dans la convention constitutive de sûreté elle-même, s'il doit être exprimé dans une monnaie et, dans l'affirmative, laquelle. Certains États exigent, par exemple, que la convention constitutive indique non seulement le type d'obligation garantie, mais aussi son montant (c'est-à-dire le montant effectif du crédit fourni). D'autres n'exigent que l'indication du type d'obligation, laissant les autres précisions pour l'accord de prêt ou de crédit. En outre, certains États exigent que l'obligation soit exprimée dans une monnaie (par exemple 100 000 euros ou 200 000 dollars des États-Unis) tandis que d'autres permettent aux parties de l'exprimer comme elles le souhaitent (par exemple 500 000 onces d'or). En ce début de XXI^{e} siècle, beaucoup de systèmes n'imposent aucune restriction concernant la monnaie dans laquelle le montant de l'obligation garantie peut être exprimé en dehors de celles qui s'appliquent aux obligations en général.

48. En cas de défaillance (ou d'insolvabilité) du débiteur et de disposition des biens grevés, le produit de cette disposition peut être versé dans une monnaie (par exemple le dollar des États-Unis) autre que celle utilisée pour exprimer le montant de l'obligation garantie (par exemple l'euro). En pareil cas, il sera nécessaire de convertir le produit pour que l'obligation garantie et ce produit soient exprimés dans la même monnaie. En général, toutefois, la question du taux de change relève du contrat qui a donné naissance à l'obligation garantie et du droit applicable (par exemple en l'absence de convention, le taux de change en vigueur au lieu où se déroule la réalisation ou la procédure d'insolvabilité s'appliquera).

7. Biens pouvant faire l'objet d'une convention constitutive de sûreté

49. L'identification des biens qui seront grevés de la sûreté réelle mobilière est un élément central de la convention constitutive. Lorsqu'ils déterminent les modalités de cette identification, les États doivent généralement répondre à quatre questions distinctes, à savoir: premièrement, si une convention constitutive de sûreté peut prévoir la création d'une sûreté sur des biens dont le constituant n'est pas, ou n'est pas encore, propriétaire;

deuxièmement s'il devrait être interdit de grever certains types de biens; troisièmement, comment les biens peuvent être décrits (en d'autres termes, s'ils doivent être décrits de manière individualisée ou s'ils peuvent l'être de manière générique); et enfin, si un constituant devrait être autorisé à créer une sûreté sur l'ensemble de ses biens (autrement dit, une sûreté qui, dans de nombreux États, est appelée "nantissement d'entreprise" ou d'une "charge flottante").

50. Avant d'examiner ces quatre questions, il importe de souligner un point fondamental. Tous les États estiment que, lorsque les parties à une convention constitutive de sûreté identifient le bien devant être grevé, elles souhaitent que ce dernier soit grevé à hauteur de l'intégralité des droits du constituant sur le bien. Ainsi, si une sûreté porte sur du matériel dont le constituant est propriétaire, c'est l'intégralité de son droit de propriété qui est affecté en garantie. Si la valeur du bien augmente pendant la durée de la convention constitutive, la valeur intégrale du bien demeure grevée à concurrence du montant de l'obligation due. Conformément au principe de l'autonomie des parties (voir recommandation 10), les parties sont toujours libres de prévoir dans leur convention que le bien ne sera que partiellement grevé (par exemple seulement à hauteur d'un droit indivis de 50 %) ou qu'il ne sera grevé que pour un montant limité (par exemple seulement à hauteur de sa valeur au moment de l'octroi de la sûreté réelle mobilière). Cependant, à moins que les parties n'en conviennent autrement de manière expresse, la sûreté porte sur l'intégralité du bien, l'intégralité des droits du constituant sur le bien et la valeur intégrale du bien au moment où il devient nécessaire de réaliser la sûreté.

a) *Biens futurs*

51. Dans la plupart des systèmes juridiques, le constituant doit être propriétaire des biens à grever ou détenir sur ces derniers un droit réel limité (tel qu'un droit d'usage). En d'autres termes, la convention constitutive de sûreté ne peut pas être conclue tant que le constituant ne détient pas effectivement des droits sur les biens à grever. Se pose alors immédiatement la question de savoir si la convention peut être conclue de manière à couvrir: *a)* des biens sur lesquels le constituant ne détient qu'un droit contractuel (par exemple, dans de nombreux systèmes juridiques, un preneur à bail n'a aucun droit réel sur les biens loués); et *b)* des biens futurs (à savoir des biens que le constituant acquiert ou des biens qui sont créés après la conclusion de la convention constitutive).

52. Pour répondre à ces questions, la plupart des systèmes juridiques partent du principe que le constituant ne peut accorder au créancier garanti plus de droits que ceux qu'il détient ou pourrait acquérir ultérieurement (*nemo dat quod non habet*). Partant, si le constituant ne détient que le droit contractuel d'utiliser un bien, la sûreté qu'il octroie ne peut grever que ce droit. Ainsi, un preneur à bail ne peut affecter en garantie que ses droits en tant que preneur découlant de la convention de location et non directement le bien loué. Sous réserve des règles que les États adoptent concernant les informations requises pour décrire le bien grevé dans la convention constitutive, cette dernière doit donc identifier le bien, en l'occurrence les droits du constituant en tant que preneur à bail, et non le bien loué lui-même. De même, si le constituant ne détient qu'un droit limité sur le bien, par exemple un droit d'usufruit, la sûreté ne portera en conséquence que sur ce droit.

53. Les systèmes juridiques sont de plus en plus souvent confrontés à la question de savoir si des biens futurs peuvent être visés par une convention constitutive de sûreté.

Dans certains, aucun type de bien futur ne peut être affecté en garantie, en partie à cause de considérations techniques relevant du droit des biens (par exemple, ce qui n'existe pas ne peut être transféré ou grevé). Une autre raison est la crainte que la faculté, pour le constituant, de disposer de biens futurs d'une manière générale ne le conduise involontairement à se surendetter et à se rendre excessivement dépendant d'un seul créancier, et ne l'empêche d'obtenir des crédits garantis supplémentaires auprès d'autres sources. Un autre motif invoqué pour interdire les sûretés sur des biens futurs est la crainte que les chances, pour les créanciers chirographaires du constituant, d'être désintéressés ne se trouvent considérablement réduites si de telles sûretés étaient autorisées. Cependant, les considérations techniques du droit des biens ne devraient pas être invoquées à l'encontre de la nécessité pratique d'affecter des biens futurs en garantie de crédits. En outre, les constituants qui exercent une activité commerciale peuvent protéger leurs propres intérêts et n'ont pas besoin de dispositions légales restreignant la transférabilité des droits sur des biens futurs. Par ailleurs, l'autorisation de grever des biens futurs permet au constituant qui ne possède pas suffisamment de biens présents d'obtenir un crédit, ce qui devrait favoriser son activité et profiter à tous les créanciers, y compris les créanciers chirographaires. S'il est nécessaire de protéger certains constituants contre le risque de grever des biens futurs de manière inconsidérée, cette question devrait être traitée dans un autre droit, comme celui régissant sur la protection des consommateurs.

54. Dans d'autres systèmes juridiques, les parties peuvent convenir de constituer une sûreté qui portera sur un bien futur. En pareil cas, la sûreté est constituée au moment de la convention entre les parties, mais ne grèvera effectivement le bien futur que lorsque le constituant en deviendra propriétaire ou lorsque le bien existera effectivement. Telle est l'approche de la Convention des Nations Unies sur la cession (voir art. 8, par. 2, et art. 2, al. *a*). Il est important d'autoriser l'affectation de biens futurs en garantie d'un crédit, en particulier pour garantir des obligations naissant d'opérations de crédit permanent adossées à un ensemble renouvelable de biens. Les biens généralement concernés par cette technique sont les stocks, qui par nature doivent être vendus et remplacés, et les créances, qui après recouvrement sont remplacées par d'autres. Le principal avantage de cette approche est qu'elle permet de viser, dans une seule convention constitutive de sûreté, un ensemble fluctuant de biens correspondant à la description qui figure dans cette convention. Si tel n'était pas le cas, il faudrait sans cesse modifier la convention ou conclure de nouvelles conventions, ce qui augmenterait le coût de l'opération et réduirait le montant du crédit disponible, en particulier dans le cadre de mécanismes de crédit permanent.

55. Le *Guide* recommande que la convention constitutive de sûreté puisse porter sur des biens futurs. Lorsque la convention vise des biens sur lesquels le constituant a des droits ou qu'il a le pouvoir de grever au moment de sa conclusion, la sûreté sur ces biens est constituée au moment de la conclusion. En revanche, lorsqu'elle vise des biens sur lesquels le constituant compte acquérir des droits ou qu'il compte pouvoir grever ultérieurement, la sûreté est constituée dès qu'il acquiert ces droits ou ce pouvoir (voir recommandations 13 et 17).

b) *Biens exclus*

56. Dans certains systèmes juridiques, des règles de droit spéciales régissant des catégories particulières de sûretés réelles mobilières restreignent les types de biens susceptibles

d'être affectés en garantie ou la partie de la valeur des biens qui peut être grevée. Un exemple de restriction justifiée par des considérations d'ordre public serait l'interdiction de constituer une sûreté sur des prestations liées à l'emploi (salaires et retraites) en deçà d'un montant minimal. D'autres systèmes juridiques limitent les fins auxquelles certaines catégories de constituants peuvent grever leurs biens. Par exemple, les constituants ne seront autorisés à grever des biens meubles corporels à usage domestique que pour garantir le paiement de leur prix d'achat. D'autres systèmes encore limitent la faculté de certains constituants à créer des types de sûreté particuliers. Par exemple, certains interdisent aux personnes qui n'ont pas d'activité commerciale d'accorder des sûretés réelles mobilières sans dépossession et les autorisent seulement à consentir des sûretés avec dépossession (comme le gage). De même, ces personnes ne sont pas autorisées à grever des biens futurs ou certaines catégories de biens: elles ne pourront grever que leurs biens existants uniquement s'ils font l'objet d'une description individualisée.

57. Toutes ces restrictions, qui visent en général à protéger le constituant, ont aussi pour effet involontaire d'empêcher ce dernier d'utiliser la valeur totale de ses biens pour obtenir des crédits. Il faut donc peser soigneusement leurs effets positifs et négatifs pour parvenir à un équilibre. Certains systèmes juridiques le font, non pas en incorporant ces restrictions dans la législation générale qui établit le régime des sûretés réelles mobilières, mais en élaborant des règles spécifiques qui fixent des limites appropriées à la constitution des sûretés réelles mobilières dans une législation spéciale (comme celle sur la protection des consommateurs), l'avantage étant de pouvoir formuler ces restrictions d'une manière ciblée qui contribue aux objectifs directement liés à la protection de ces constituants réputés avoir besoin d'une telle protection.

c) *Identification des biens dans la convention constitutive de sûreté*

58. Dans certains systèmes juridiques, les biens grevés doivent être identifiés avec précision dans la convention constitutive de sûreté. Si une telle exigence vise à protéger le constituant contre l'engagement excessif de ses biens en faveur de créanciers garantis, elle limite aussi l'offre de crédit garanti dans de nombreux cas. Par exemple, il n'est pas toujours pratique ou même possible d'identifier précisément chaque bien, notamment lorsqu'il s'agit de stocks et, dans une certaine mesure, de créances. Pour résoudre ce problème, de nombreux systèmes juridiques ont élaboré des règles permettant aux parties de décrire les biens à grever en termes généraux. L'identification précise, habituellement requise, est transposée, ne portant plus sur chaque élément individualisé mais sur un ensemble d'éléments, qui doit alors lui-même être suffisamment identifié.

59. Ces descriptions de catégories de biens peuvent revêtir différentes formes. Les parties peuvent par exemple prévoir qu'une sûreté réelle mobilière portera sur "tous les stocks" ou "tous les stocks de l'entrepôt numéro 2", sur "tous les bateaux à voile et canoës", sur "toutes les presses d'imprimerie" ou sur "toutes les créances". L'essentiel n'est ni le type de bien (matériel, stocks, créances) ni l'étendue de la catégorie ("tous les biens qui se trouvent dans le lieu "ABC" ou "tous les bateaux à voile et canoës" par opposition à "tous les bateaux"). En fait, les systèmes juridiques qui autorisent des descriptions générales dans la convention constitutive de sûreté exigent simplement qu'elles soient suffisantes pour permettre à toutes les parties intéressées d'identifier suffisamment, à tout moment, les biens grevés en vertu de la convention constitutive.

60. Dans certains systèmes juridiques, il est possible de décrire les biens grevés en termes extrêmement généraux, une référence à "tous les biens" ou à "tous les biens présents et futurs" étant même suffisante. L'objectif dans ce cas est de réduire la complexité et le coût de la constitution d'une sûreté en permettant aux parties de décrire les biens grevés aussi simplement que possible. Comme il a été noté, toutefois, dans nombre de systèmes qui permettent l'identification par référence à une catégorie de biens, une telle description générale n'est pas autorisée lorsque le constituant est un consommateur, ou même un petit commerçant. Le *Guide* recommande que la convention constitutive de sûreté décrive les biens grevés de sorte qu'ils soient suffisamment identifiables (voir recommandations 14, al. *d*, et 17). En conséquence, pour autant que l'identification des biens grevés soit suffisamment claire et se conforme aux restrictions d'ordre public que les États pourraient souhaiter imposer pour protéger les consommateurs, les descriptions générales de biens présents et futurs sont suffisantes.

d) *Sûretés réelles mobilières sur l'ensemble des biens du constituant*

61. Comme il a été indiqué ci-dessus, certains systèmes juridiques ne permettent pas au constituant de grever des biens décrits en termes généraux, tandis que beaucoup d'autres l'y autorisent. Cela dit, même dans certains systèmes qui permettent d'identifier en termes généraux des catégories de biens grevés, voire des catégories de biens présents et futurs, il n'est souvent pas permis au constituant d'octroyer une sûreté sur tous ses biens (à savoir au moyen d'une description extrêmement générale du type "tous les biens présents et futurs"). Dans d'autres systèmes, le constituant peut grever tous ses biens, mais seulement à concurrence d'un certain pourcentage de leur valeur totale. En général, ces restrictions, qui visent à offrir une certaine protection aux constituants et aux créanciers chirographaires, limitent de fait l'offre de crédit pour les débiteurs et augmentent le coût de ce dernier.

62. Certains systèmes juridiques n'imposent en revanche aucune restriction à l'assiette d'une sûreté. Un constituant est autorisé à octroyer une sûreté sans dépossession sur l'ensemble de ses biens, corporels et incorporels, meubles et immeubles (encore que des règles différentes puissent s'appliquer aux sûretés sur les biens immeubles), et présents et futurs. Les aspects les plus importants de cette sûreté assise sur l'ensemble des biens sont, premièrement, qu'elle porte sur tous les biens du constituant en vertu d'une unique convention constitutive et, deuxièmement, que le constituant a le droit de disposer de certains de ses biens grevés (comme les stocks) dans le cours normal de ses affaires (la sûreté étant automatiquement étendue au produit de la disposition de ces biens). Les approches en ce qui concerne ces deux aspects diffèrent d'un système juridique à l'autre.

63. Dans de nombreux systèmes juridiques, les conditions de fond et de forme essentielles pour la constitution d'une sûreté grevant l'ensemble des biens sont plus contraignantes que celles applicables aux sûretés réelles mobilières classiques. Dans d'autres, elles sont identiques à celles applicables aux sûretés classiques sur des biens meubles tant qu'aucun bien immeuble n'est grevé en vertu de la convention constitutive. Lorsque des biens immeubles sont également grevés, la convention doit satisfaire aux conditions de fond et de forme nécessaires pour la constitution d'un droit réel sur des biens immeubles. La plupart des systèmes reconnaissent par ailleurs au constituant le droit de disposer des biens grevés nonobstant la sûreté, sous réserve d'une autorisation du créancier garanti.

En cas de disposition, certains prévoient que les biens ne sont plus grevés tandis que d'autres maintiennent l'effet de la sûreté sur les biens. Dans certains systèmes juridiques, toutefois, la disposition des biens par le constituant, même autorisée par le créancier, est considérée comme inconciliable avec la notion de sûreté. En vue de simplifier la constitution d'une sûreté sur tous les biens d'une entreprise, lorsque le fournisseur de crédit finance l'exploitation continue de l'entreprise, le *Guide* recommande qu'une convention constitutive de sûreté unique portant sur tous les biens soit autorisée (voir recommandation 17).

i) *Nantissement d'entreprise*

64. Le concept de "sûreté assise sur tous les biens", tel qu'il est recommandé dans le *Guide*, n'est pas nouveau. Dans certains États, il existe depuis longtemps sous une forme couramment appelée "nantissement d'entreprise" ou "*enterprise mortgage*". Ce nantissement peut lui aussi grever tous les biens d'une entreprise (parfois même les biens immeubles). Il peut, par exemple, porter sur les entrées de trésorerie, les nouveaux stocks et le nouveau matériel, et sur les biens futurs d'une entreprise. La convention constitutive d'un nantissement d'entreprise prévoit généralement que les stocks présents dont il est disposé dans le cours normal des affaires sont libérés. Ce nantissement a principalement pour avantage de permettre à une entreprise qui a une grande valeur globale d'obtenir davantage de crédit à moindre coût.

65. Certaines formes de nantissement d'entreprise ont ceci d'intéressant qu'elles prévoient la désignation d'un administrateur de l'entreprise en cas de réalisation par le créancier garanti ou un autre créancier. La nomination d'un administrateur peut contribuer à éviter la liquidation et à faciliter le redressement de l'entreprise, ce qui a des effets bénéfiques pour les créanciers, les salariés et l'économie en général. Parfois, cependant, les administrateurs nommés par le créancier garanti risquent de favoriser celui-ci. Ce problème peut être en partie atténué si l'administrateur est désigné et supervisé par un tribunal ou une autre autorité. Il pourrait être utile d'appliquer cet aspect de la réalisation du nantissement d'entreprise aux sûretés assises sur l'ensemble des biens. En d'autres termes, une loi sur les opérations garanties pourrait prévoir qu'un administrateur sera désigné soit avec l'accord du constituant et du créancier garanti, soit par le tribunal. Cet administrateur serait alors chargé de la réalisation de la sûreté en dehors de toute insolvabilité et, sous réserve du droit de l'insolvabilité, même en cas d'insolvabilité.

66. Le nantissement d'entreprise peut toutefois présenter certains inconvénients dans la pratique. L'un d'entre eux est que le créancier garanti, en général, est ou devient le principal, voire le seul fournisseur de crédit de l'entreprise. Pour régler ce problème, certains États ont restreint l'assiette du nantissement, en réservant un certain pourcentage de la valeur de l'entreprise aux créanciers chirographaires en cas d'insolvabilité. Toutefois, ces restrictions peuvent compromettre l'offre de crédit en limitant de fait les biens pouvant être affectés en garantie. Un autre inconvénient possible est qu'il se peut que le bénéficiaire du nantissement ne surveille pas suffisamment les activités de l'entreprise ou ne participe pas activement à la procédure de redressement, puisqu'il est pleinement garanti. Pour contrebalancer la position trop dominante du bénéficiaire du nantissement, l'entreprise débitrice peut être autorisée à être libérée d'une sûreté manifestement excessive.

ii) *Charge fixe et charge flottante*

67. Dans d'autres États, la sûreté portant sur tous les biens prend la forme d'un mécanisme combinant "charge fixe" et "charge flottante". Le créancier garanti bénéficie d'une "charge fixe" sur les biens (tels que le matériel) dont le constituant ne peut pas disposer sans son autorisation. Il bénéficie aussi d'une "charge flottante" sur les biens dont le constituant est en droit de disposer (comme les stocks) dans le cours normal de ses affaires. Les actes de disposition sont interdits dès lors que le débiteur est défaillant, la charge flottante se "cristallisant" alors pour devenir une charge fixe. Les charges fixes et flottantes peuvent grever la totalité ou la quasi-totalité des biens d'une entreprise. L'intérêt de la distinction est généralement que la charge flottante, à la différence de la charge fixe, doit s'incliner face à certains droits prioritaires consentis à d'autres créanciers ou face à un traitement spécial consenti aux créanciers chirographaires de façon générale.

iii) *Sûreté trop importante*

68. Aux préoccupations concernant les sûretés assises sur l'ensemble des biens, vient se greffer le problème, connexe mais distinct, des sûretés trop importantes, qui se pose lorsque la valeur des biens grevés dépasse considérablement le montant de l'obligation garantie. Même si le créancier garanti ne peut réclamer plus que le montant de l'obligation garantie majoré des intérêts et des frais (et éventuellement de dommages-intérêts en cas de défaillance), la constitution d'une sûreté trop importante risque de poser des problèmes. Les biens du constituant peuvent être grevés au point qu'il lui sera difficile, voire impossible (du moins en l'absence d'un accord de cession de rang entre les créanciers), d'obtenir un crédit garanti auprès d'un autre créancier en lui accordant une sûreté de deuxième rang sur les mêmes biens grevés. En outre, du fait que tous les biens du constituant sont grevés, la réalisation par ses créanciers chirographaires pourrait être, sinon impossible, du moins plus difficile, sauf s'il reste un excédent de valeur clairement identifiable après satisfaction de toutes les obligations garanties.

69. Les tribunaux ont développé diverses solutions au problème. L'une consiste à déclarer nulle une sûreté qui grève la valeur d'un bien dans des proportions manifestement excessives par rapport au montant de l'obligation garantie majoré des intérêts, des frais et des dommages-intérêts. Une autre consiste à autoriser le constituant à demander la mainlevée de la sûreté excessive. Une troisième est d'exiger du créancier garanti qu'il négocie de bonne foi avec le constituant, à la demande de ce dernier, en vue de lever une partie de la sûreté. Cette solution pourrait être efficace dans la pratique, sous réserve qu'une marge commercialement suffisante puisse être déterminée et accordée au créancier garanti, ce qui n'est peut-être pas toujours facile. Si le problème des sûretés trop importantes est source d'une réelle préoccupation, la réponse adaptée risque de différer d'un État à l'autre et peut parfois se trouver dans les règles concernant ces pratiques prévues par un autre droit. C'est pourquoi le *Guide* ne recommande pas d'habiliter les tribunaux à annuler une sûreté ou à réduire l'assiette de la sûreté au motif qu'elle est jugée excessive.

iv) *Conclusion*

70. Dès lors qu'un système juridique autorise, comme le recommande le *Guide* (voir recommandation 17), la constitution de sûretés sans dépossession sur tous les biens

présents et futurs du constituant dans un régime qui l'autorise aussi à disposer de certains des biens grevés dans le cours normal de ses affaires, nombre des mécanismes particuliers que les États ont élaborés pour permettre aux entreprises d'obtenir un crédit garanti par l'ensemble de leurs biens ne sont peut-être plus nécessaires. En effet, dans de nombreux systèmes, les concepts et les termes tels que "nantissement d'entreprise", "charge fixe" et "charge flottante" revêtaient de l'importance car leur fonction dans le financement des entreprises ne pouvait être remplie par des sûretés réelles mobilières classiques. Or, lorsque les États choisissent de créer un régime fonctionnel, intégré et global pour l'octroi de sûretés réelles mobilières sans dépossession et permettent aux constituants de grever l'ensemble de leurs biens présents et futurs dans le cadre de la même convention, ces mécanismes deviennent beaucoup moins nécessaires, voire superflus. Si le *Guide* ne recommande pas aux États d'abandonner les "nantissements d'entreprise" et les "charges fixes et flottantes", il leur recommande d'adopter le concept de sûreté assise sur l'ensemble des biens, qui remplit les mêmes fonctions que ces mécanismes traditionnels (voir recommandation 17).

e) *Responsabilité du créancier garanti en cas de préjudice causé par les biens grevés*

71. Bien que la responsabilité en cas de préjudice causé par des biens grevés (par suite de l'inexécution du contrat ou d'une faute extracontractuelle) ne relève pas du domaine des opérations garanties, il est important d'aborder la question, car elle peut avoir des incidences sur l'offre de crédit et le coût de ce dernier. Un point particulièrement important est la responsabilité pour dommage causé à l'environnement par des biens grevés, car les conséquences financières et l'atteinte à la réputation du créancier garanti peuvent largement excéder la valeur des biens grevés. Certaines règles de droit exonèrent expressément les créanciers garantis alors que d'autres limitent leur responsabilité sous certaines conditions (par exemple lorsque le créancier garanti n'a pas la possession ou le contrôle du bien grevé). En l'absence d'exonération ou de limitation de ce type, le créancier garanti pourrait courir un risque trop élevé en octroyant un crédit. En outre, lorsqu'une assurance peut être souscrite, elle sera probablement coûteuse et aura donc invariablement pour effet de majorer sensiblement le coût du crédit. Lorsqu'ils adoptent une loi sur les opérations garanties, les États devront décider comment concilier ces considérations concurrentes de manière à éviter tout effet négatif sur l'offre et le coût du crédit garanti.

8. Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur le produit

a) *Extension d'une sûreté réelle mobilière au produit*

72. Un système juridique régissant les sûretés réelles mobilières doit, s'agissant du produit, répondre à deux questions distinctes. La première, qui se pose uniquement en cas de disposition du bien grevé, est de savoir si le créancier garanti conserve la sûreté lorsque le constituant transfère ce bien à une autre personne (en d'autres termes, si le créancier a le droit de "poursuivre" le bien entre les mains de cette personne) dans le cadre de l'opération générant le produit. À proprement parler, la question ici ne concerne pas le produit, mais plutôt la portée de l'opposabilité de la sûreté. Le *Guide* recommande que la sûreté continue normalement de produire effet à l'égard de la personne à laquelle le

constituant a transféré le bien grevé (voir recommandations 31 et 79, chap. IV et V et chap. III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière, par. 15 à 18, ainsi que chap. V sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière, par. 60 à 89).

73. La seconde question concerne les droits du créancier garanti sur le produit de la disposition des biens grevés. Certains systèmes juridiques ne lui confèrent aucun droit automatique sur le produit, qu'il s'agisse de fruits naturels ou civils, de revenus, de produits manufacturés ou du produit de la disposition. La convention constitutive de sûreté doit alors explicitement étendre la sûreté à ce produit. D'autres systèmes accordent au créancier garanti un droit sur les fruits naturels ou civils ou sur les revenus, mais uniquement lorsque le bien initialement grevé est en sa possession effective. D'autres encore prévoient un droit automatique sur tous les fruits naturels ou civils, revenus et produits manufacturés, mais pas sur le produit de la disposition, au motif que la sûreté du créancier garanti porte sur le bien initialement grevé et qu'il sera suffisamment protégé tant qu'il peut faire valoir un droit de suite. Quelques systèmes juridiques adoptent cette position générale, tout en prévoyant que, si le créancier garanti perd son droit de suite (par exemple, dans de nombreux systèmes, l'acheteur de biens meubles dans le cours normal des affaires du vendeur peut acquérir ces biens libres de toute sûreté réelle mobilière dont ils étaient précédemment grevés), la sûreté perdue peut être reportée sur le produit de la disposition par application du principe de subrogation réelle. Enfin, de nombreux systèmes juridiques prévoient que la sûreté est automatiquement étendue à tout type de produit, y compris au produit du produit, même dans les cas où le créancier garanti peut encore faire valoir une sûreté sur le bien initialement grevé qui a été vendu.

74. La sûreté sur le produit se justifierait par une extrapolation des attentes des parties. Premièrement, le créancier garanti s'attend normalement à bénéficier d'une sûreté non seulement sur le bien lui-même, mais aussi sur tout ce que celui-ci produit ou génère, notamment les fruits naturels et civils ou les revenus. Deuxièmement, il s'attend normalement à ce que le constituant s'abstienne de disposer d'un bien grevé sans son autorisation. Si le créancier garanti n'obtient aucun droit sur le produit, il risque de lui être impossible, ou très difficile, en cas de disposition non autorisée des biens initialement grevés, de se fonder sur ces biens pour garantir le remboursement de la dette. Cela vaudrait même si la sûreté sur les biens initialement grevés devait survivre à leur disposition en faveur d'un tiers. En effet, un transfert non autorisé des biens grevés risque de rendre plus difficile leur localisation. Ces questions méritent d'être examinées plus avant.

75. Tout d'abord, dans le cas classique du produit de la disposition, si le créancier garanti bénéficie d'un droit réel sur le produit, il ne subira pas de préjudice en raison d'un acte de disposition ou d'un autre événement analogue, puisqu'un droit réel produit effet à l'égard des tiers. D'un autre côté, l'octroi à ce créancier d'un tel droit pourrait contrarier les attentes légitimes de parties ayant obtenu une sûreté sur le produit en tant que bien initialement grevé. Toutefois, dans les systèmes juridiques qui font une distinction entre la constitution et l'opposabilité, une telle situation ne se produirait que si le créancier bénéficiant d'un droit réel sur le produit peut maintenir sa priorité par rapport aux créanciers revendiquant un droit sur ce même produit en tant que bien initialement grevé. Ainsi, dans ces systèmes, les parties susceptibles d'octroyer un financement sont averties de l'existence éventuelle d'une sûreté sur les biens de l'emprunteur potentiel (y compris sur le produit desdits biens) et peuvent prendre les mesures nécessaires pour identifier et localiser le produit et, lorsque cela est nécessaire, pour obtenir la conclusion d'accords de cession de rang ou d'autres accords entre créanciers.

76. Une analyse légèrement différente s'impose lorsque le produit en question ne naît pas d'un acte de disposition, mais prend la forme de fruits naturels et civils, de revenus, ou encore de produits manufacturés. Dans ce dernier cas, les parties s'attendront normalement que les matières premières soient transformées. Se pose alors la question de savoir si un État devrait adopter une règle en vertu de laquelle la convention constitutive de sûreté devrait explicitement indiquer que la sûreté porte non seulement sur les matières premières, mais aussi sur tout produit fini obtenu à partir de ces dernières. Une autre solution serait de partir du principe que, les matières premières étant normalement transformées en produits manufacturés, ces derniers devraient entrer automatiquement dans l'assiette de la sûreté, à moins que la convention constitutive de sûreté n'en dispose autrement. La plupart des États n'exigent pas des parties qu'elles stipulent le report de la sûreté sur les produits finis obtenus à partir de matières premières, pour autant qu'il puisse être clairement établi que lesdits produits proviennent de ces matières premières.

77. Nombre de systèmes juridiques exigent des parties qu'elles précisent dans la convention constitutive de sûreté si les fruits naturels sont visés par la convention. D'autres prévoient que les fruits naturels sont automatiquement visés à moins que les parties n'en décident autrement. Le *Guide* ayant généralement pour but de formuler des recommandations qui soient conformes à la pratique normalement suivie par les parties à des opérations de financement, on considère que les fruits naturels constituent un produit et entrent donc automatiquement dans l'assiette de la sûreté grevant le bien initial en tant que produit (voir le terme "produit" qui englobe les fruits naturels, Introduction, section B, terminologie et interprétation).

78. Enfin, s'agissant des fruits civils ou des revenus, on pourrait normalement estimer, pour des raisons d'efficience économique, qu'une sûreté sur un droit au paiement d'un capital (dans le cas, par exemple, d'un instrument négociable ou d'une créance) devrait également englober le droit sur les intérêts dus, étant donné que les sommes payées au titre d'instruments négociables ou de créances se composent souvent à la fois du capital (principal) et des intérêts. C'est seulement lorsqu'il est facile d'établir une distinction entre le remboursement du capital et le versement des intérêts, et lorsque les parties conviennent de ne pas étendre aux intérêts courus la sûreté grevant le capital que la loi devrait permettre la dissociation entre les intérêts et l'obligation principale. Le même résultat est obtenu lorsque les revenus découlent de la location ou de la mise sous licence d'un bien initialement grevé. Les parties s'attendent que certains types de biens soient utilisés pour produire des revenus et qu'ils se déprécient en conséquence. Il est logique que la sûreté puisse s'étendre aux loyers qui, d'un point de vue économique, sont ce que le constituant reçoit en contrepartie de la dépréciation du bien initialement grevé. Là encore, puisque ses recommandations visent à tenir compte de la pratique normale des parties à des opérations de financement, le *Guide* recommande que les fruits civils ou les revenus soient traités comme un produit et qu'ils entrent ainsi automatiquement dans l'assiette de la sûreté grevant le bien initial (voir recommandation 19).

b) *Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur le produit*

79. L'examen aux paragraphes précédents montre que, pour des raisons pratiques, de nombreux systèmes juridiques étendent les sûretés sur des biens grevés à diverses formes de produit (dont le produit du produit) par le biais de règles applicables en l'absence de

convention contraire. Dans d'autres systèmes, qui ne prévoient pas de droit automatique sur le produit, qu'il s'agisse du produit de la disposition, ou d'une ou de plusieurs catégories de fruits naturels ou civils, de revenus ou de produits manufacturés, les parties sont en général autorisées à préciser qu'elles prendront des sûretés sur tous les types de biens en tant que biens initialement grevés. Dans ces systèmes, elles peuvent librement prévoir, par exemple, la création d'une sûreté sur la quasi-totalité des biens du constituant (espèces, stocks, créances, instruments négociables, valeurs mobilières et propriété intellectuelle). Le produit lui-même devient ainsi un bien initialement grevé et entre dans l'assiette de la sûreté du créancier même si aucune règle juridique ne confère automatiquement de droit sur lui. Dans quelques-uns de ces systèmes, les parties peuvent aussi étendre, par convention, certains droits reposant sur la propriété (par exemple un droit de réserve de propriété) au produit.

80. Aucune formalité supplémentaire n'est imposée aux parties qui cherchent à faire valoir un droit sur une quelconque de ces formes de produit, que celui-ci découle automatiquement d'un droit sur les biens initialement grevés ou qu'il faille le mentionner explicitement dans la convention constitutive de sûreté. Les parties sont seulement tenues, dans le second cas, de stipuler dans la convention constitutive un droit sur le produit et d'indiquer les types de produit censés entrer dans l'assiette de la même sûreté alors que dans le premier cas il leur suffit de désigner clairement les biens initialement grevés.

81. Même lorsque la sûreté s'étend automatiquement au produit, les parties peuvent stipuler dans la convention constitutive de sûreté que celle-ci ne s'étend pas à certains types de produits ou qu'elle ne s'étend à aucun produit du tout. Si cette extension automatique de la sûreté au produit est prévue dans le droit, c'est principalement parce qu'elle correspond aux attentes habituelles des parties. Conformément à son objectif général qui est de faciliter le crédit garanti, le *Guide* estime que le régime des opérations garanties devrait adopter des règles qui évitent autant que possible aux parties d'avoir à prévoir explicitement le résultat qui serait normalement attendu. Le principe de l'autonomie des parties (voir recommandation 10) protège suffisamment les parties qui souhaitent limiter l'assiette de la sûreté aux biens initialement grevés. Le *Guide* recommande donc qu'une sûreté sur un bien s'étende automatiquement à son produit identifiable sans que les parties aient à le préciser dans leur convention constitutive de sûreté (voir recommandation 19).

c) *Portée d'une sûreté réelle mobilière sur le produit*

82. Lorsque la sûreté s'étend automatiquement au produit, il est nécessaire de déterminer dans quelle mesure elle peut être invoquée sur ce produit. Lorsque le produit revêt la forme de fruits naturels ou civils, ou de revenus, il constitue alors un bien grevé supplémentaire sur lequel il est logique que le créancier garanti puisse revendiquer sa sûreté, même si ce faisant il pourra faire valoir la sûreté sur des biens dont la valeur globale est supérieure à celle du bien initialement grevé.

83. Dans certains États, des considérations de principe supplémentaires se posent toutefois en ce qui concerne le produit de la disposition des biens, sur lesquels porte initialement la sûreté, par le constituant ou une autre personne en leur possession. Trois approches sont alors possibles. Certains États prévoient que le créancier garanti doit décider s'il souhaite réaliser sa sûreté sur les biens initialement grevés ou sur le produit. Le *Guide*

n'adopte pas cette position car le droit sur le produit vise à protéger le créancier garanti contre la détérioration ou la dépréciation des biens initialement grevés après disposition.

84. D'autres États prévoient que la sûreté peut être réalisée à hauteur de la valeur du bien initialement grevé au moment de sa disposition. Par exemple, si le bien valait 1 000 euros au moment de sa vente, mais que le produit s'élève à 1 500 euros, la sûreté ne se reporte automatiquement sur le produit qu'à concurrence de 1 000 euros. De même, dans cet exemple, si le créancier tire 400 euros de la vente du bien initialement grevé, il ne peut réclamer que 600 euros au maximum sur le produit. Ce résultat se justifie par le fait que le droit sur le produit vise à protéger le créancier garanti contre la détérioration ou la dépréciation des biens initialement grevés après disposition, et non à lui offrir un avantage inattendu au détriment des autres créanciers. Si les parties souhaitent réaliser la sûreté sur le produit à hauteur du montant total de l'obligation due, elles pourraient le faire en intégrant le type de bien reçu à titre de produit dans la description des biens initialement grevés figurant dans la convention constitutive de sûreté (et en faisant inscrire l'avis correspondant si l'opposabilité est assurée par inscription).

85. D'autres États encore prévoient que le créancier garanti peut réaliser sa sûreté sur le bien initialement grevé et sur le produit de sa disposition à concurrence de la valeur de l'obligation due, même si le montant obtenu est supérieur à la valeur des biens initialement grevés au moment de la disposition. Cette approche se justifie par le fait que l'octroi d'un droit sur le produit limité par le seul montant de l'obligation due correspond simplement à l'attente normale des parties. Ainsi, dès lors qu'un droit automatique sur le produit est prévu, on part du principe que le produit de la disposition ne constitue pas un simple bien venant en remplacement de la valeur du bien initialement grevé au moment de sa disposition par le constituant, mais plutôt, en quelque sorte, un bien grevé supplémentaire. Ainsi, sauf stipulation contraire des parties dans leur convention constitutive de sûreté, le créancier garanti devrait pouvoir réaliser sa sûreté à la fois sur les biens initialement grevés et sur le produit, pour un montant se limitant uniquement à celui de l'obligation due au moment de la réalisation. Le *Guide* ne prévoit aucune limite à la sûreté sur le produit autre que celle constituée par le montant de l'obligation garantie.

9. Produit mélangé

86. Lorsque le bien qui constitue le produit de biens grevés n'est pas conservé séparément des autres biens du constituant, la question se pose de savoir si la sûreté sur le produit est préservée. La réponse dépend généralement du caractère identifiable ou non du produit en question. Le produit sous la forme de biens meubles corporels conservés avec d'autres biens du constituant peut être identifié en tant que tel de toute manière suffisante pour établir qu'il s'agit effectivement du produit. À cet égard, de nombreux États prévoient que le principe du maintien du droit du créancier garanti sur les biens initialement grevés qui ont été mélangés pour former une masse ou un produit fini devrait également s'appliquer aux biens meubles corporels qui constituent un produit mélangé.

87. Deux exemples permettront d'illustrer ce point. Prenons d'abord le cas où un constituant reçoit un chargement de bois de construction comme produit de la vente de meubles finis et où ce bois est ensuite mélangé avec d'autres bois et matériaux pour la fabrication de meubles (produits manufacturés). Prenons ensuite le cas où un constituant reçoit une

certaine quantité d'essence en échange de pétrole brut qui a été vendu et où l'essence est mélangée dans une cuve avec de l'essence lui appartenant. Dans les deux cas, la sûreté devrait se maintenir sur le produit mélangé et le créancier devrait pouvoir revendiquer une sûreté sur une partie de la valeur des meubles, ou sur une partie de l'essence contenue dans la cuve. Pour autant que ce créancier garanti puisse prouver que cette quantité de bois ou d'essence a été reçue à titre de produit, aucune mesure supplémentaire ne devrait être requise pour constituer (ou maintenir) la sûreté sur ce produit corporel mélangé (voir l'examen de la question dans les paragraphes 90 à 92 ci-après).

88. Si, en revanche, les biens constituant le produit sont des biens meubles incorporels, tels que des créances ou un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, et ne sont pas conservés séparément d'autres biens similaires du constituant, ils seront considérés comme un produit à condition de pouvoir être rattachés aux biens initialement grevés. Par exemple, si le créancier garanti peut prouver qu'un certain montant en espèces a été déposé en tant que produit de la disposition des biens grevés, il peut faire valoir un droit sur le produit. Le problème ici est que, sur un compte bancaire, les espèces entrent et sortent constamment et qu'il est difficile de savoir quel pourcentage de ces espèces sur le compte à un moment donné représente en fait le produit.

89. De nombreux États disposent de règles assez compliquées issues de la pratique bancaire permettant d'identifier des fonds déposés sur un compte bancaire. Il existe différentes règles d'identification, notamment: *a)* la méthode du "premier entré, premier sorti" ("PEPS"), qui repose sur l'hypothèse que les premiers fonds entrant dans une masse commune sont les premiers à en être retirés; *b)* la méthode du "dernier entré, premier sorti" ("DEPS"), qui part du principe que les derniers fonds à entrer dans une masse commune sont les premiers à en être retirés; et *c)* la "règle du solde intermédiaire le plus faible", qui suppose, dans la mesure du possible, que les retraits effectués sur la masse commune ne sont pas le produit des biens grevés. De nombreux États protègent la sûreté en prévoyant que le produit identifiable se compose de tous les fonds déposés en tant que produit, à condition que le solde du compte soit supérieur au montant déposé en tant que produit. Selon cette règle du solde intermédiaire le plus faible, lorsque le montant total restant en compte est inférieur au montant total du produit déposé sur le même compte, on détermine le produit identifiable en prenant le solde intermédiaire le plus faible (c'est-à-dire le solde le plus faible du compte depuis le dépôt initial du produit) et en y additionnant toutes autres espèces sous forme de produit déposées en compte depuis que ce dernier a affiché ce solde. Comme dans le cas du produit corporel mélangé, tant que la source du produit incorporel peut être identifiée, le *Guide* considère que les parties n'ont pas besoin d'accomplir d'autres actes pour constituer (ou maintenir) la sûreté sur ledit produit mélangé (voir recommandation 20).

10. Biens meubles corporels mélangés pour former une masse

90. Dans le passé, les régimes d'opérations garanties n'étaient pas confrontés au problème du maintien de l'identification des biens grevés. Les sûretés réelles mobilières ne pouvant être prises que sur des biens individualisés, il était rare que le problème du mélange de biens fongibles se pose. De nos jours, toutefois, de nombreux systèmes juridiques autorisent les parties à constituer une sûreté sur une catégorie générale de biens (habituellement fongibles). Par exemple, la sûreté pourrait être constituée sur des biens

décrits comme étant “tous les stocks actuels de jeans”; ou encore, un vendeur pourrait prendre une sûreté sur tous les jeans qu’il vend à un acquéreur. Dans les deux cas, il se peut que les biens visés par la sûreté soient mélangés de telle manière qu’on ne puisse les distinguer d’autres biens du même type qui ne sont pas visés par la sûreté.

91. En cas de mélange de biens meubles corporels pour former une masse, deux approches sont possibles pour déterminer quel sera le sort des sûretés qui ont été constituées sur ces biens avant le mélange. Certains systèmes juridiques prévoient que, dès lors qu’un bien est mélangé, il n’est plus identifiable et le créancier garanti perd sa sûreté. Dans ce cas, le créancier doit lui-même veiller à empêcher le mélange en s’assurant que le constituant maintient les biens grevés séparés d’autres biens de nature similaire. D’autres systèmes juridiques prévoient que la sûreté se maintient et peut être revendiquée sur les biens mélangés dans la même proportion que celle que représente le bien grevé par rapport au montant total des biens mélangés. Dans cette approche, si un créancier garanti détient une sûreté sur 100 000 euros de pétrole qui est ensuite mélangé à du pétrole d’une valeur de 50 000 euros dans la même cuve, la sûreté est réputée grever les deux tiers de la quantité de pétrole restant dans la cuve au moment où il devient nécessaire de la réaliser.

92. Étant donné qu’il adopte le principe général selon lequel les sûretés réelles mobilières devraient être protégées dans toute la mesure possible, le *Guide* recommande d’adopter la seconde approche, à savoir de maintenir la sûreté sur les biens mélangés dans la même proportion que celle que représentent les biens grevés par rapport à la masse. En d’autres termes, dès lors qu’une sûreté est constituée sur les biens grevés, aucune autre mesure n’est nécessaire pour préserver cette sûreté si les biens grevés sont finalement mélangés à des biens de même nature qui n’entrent pas dans l’assiette de la sûreté (voir recommandation 22).

11. Biens meubles corporels mélangés pour former un produit fini

93. Les biens meubles corporels sont souvent transformés en un produit fini. Lorsqu’un bien unique est ainsi transformé, la question se pose de savoir si une sûreté réelle mobilière grevant les matières premières peut se reporter sur le produit fini. La question des “produits manufacturés” a été traitée plus haut dans la discussion sur le produit. Cependant, le processus de transformation implique souvent le mélange de plusieurs biens pour former un nouveau produit fini. Partant, dès lors que des biens meubles corporels sont mélangés ou combinés à d’autres biens meubles corporels au point de perdre leur identité distincte et de se fondre dans un produit fini, il faut déterminer les conditions dans lesquelles une sûreté constituée sur le bien initial peut être revendiquée sur le produit fini qui en est issu. Par exemple, il se peut qu’une sûreté soit prise sur de la farine qui sera transformée en pain.

94. Comme pour les biens meubles corporels mélangés pour former une masse, divers systèmes juridiques adoptent deux approches fondamentales. Dans certains systèmes, dès lors que le bien mélangé (la farine) a perdu son identité (en tant que farine), la sûreté s’éteint. Si les parties veulent que la sûreté se reporte sur le produit fini (le pain), elles doivent prévoir dans leur convention constitutive que la sûreté initiale grève à la fois la farine et tout produit fini qui pourrait résulter de sa transformation. D’autres systèmes juridiques considèrent que la sûreté est automatiquement reportée sur le produit

manufacturé s'il peut être établi que celui-ci provient de la matière première grevée de la sûreté. Cependant, pour éviter que le créancier garanti obtienne un avantage inattendu lorsque la valeur du produit fini dépasse celle des matières premières utilisées, ces systèmes juridiques limitent généralement la valeur maximale pouvant être revendiquée au titre de la sûreté à la valeur du bien initialement grevé immédiatement avant qu'il ne soit intégré au produit fini.

95. Étant donné que les parties s'attendent normalement que les matières premières soient transformées, le *Guide* estime qu'il ne devrait pas être nécessaire de prévoir, dans la convention constitutive, que la sûreté se reporte sur le produit fini. Ce dernier représente dans un certain sens le bien de remplacement ou de substitution pour la sûreté constituée sur les matières premières qui n'existent plus (voir recommandation 22).

12. Constitution ou continuation d'une sûreté réelle mobilière sur un bien attaché

96. Un bien meuble peut être attaché à un autre meuble ou à un immeuble sans perdre son identité: il est alors qualifié de bien attaché. Il est nécessaire dans ce cas de déterminer l'incidence de cette qualification sur: *a)* la capacité du constituant à grever le bien attaché; et *b)* le maintien ou non d'une sûreté qui portait sur le bien meuble initial avant qu'il soit attaché.

97. Dans certains systèmes juridiques, il n'est pas possible de constituer une sûreté sur un bien qui est déjà attaché à un autre meuble ou à un immeuble. Pour produire ses effets, la sûreté doit avoir été constituée avant le rattachement. Dans ces mêmes systèmes, une sûreté sur un bien meuble peut se maintenir si celui-ci est attaché ensuite à un bien meuble ou immeuble, quels que soient le coût ou la difficulté qu'entraînerait sa séparation du bien auquel il a été attaché et qu'il soit devenu ou non partie intégrante de ce dernier. En d'autres termes, même si le bien attaché représente une partie essentielle du bien meuble ou est considéré comme un immeuble tant qu'il demeure attaché au bien immeuble, ces systèmes maintiennent la sûreté après le rattachement.

98. Dans d'autres systèmes juridiques, il est possible non seulement de maintenir la sûreté sur un bien meuble ou immeuble à la suite d'un rattachement, mais aussi de constituer une sûreté sur un bien qui est déjà attaché, que ce soit à un autre bien meuble ou à un bien immeuble. Pour ces systèmes, le coût ou la difficulté de séparation du bien attaché n'a aucune incidence sur le point de savoir si la sûreté peut être constituée. Dans les deux cas, il importe de déterminer si le bien peut être aisément séparé sans dommage du bien meuble ou immeuble auquel il est attaché pour pouvoir établir l'ordre de priorité des réclamants concurrents, mais cette question n'a aucune incidence sur le point de savoir si la sûreté peut être constituée. En outre, dans ces systèmes, le constituant a normalement la possibilité de grever un bien attaché à un immeuble soit d'un droit réel en vertu du droit régissant les droits réels sur les immeubles, soit d'une sûreté réelle mobilière conformément au droit régissant les sûretés réelles sur des biens meubles.

99. Son objet étant de faciliter la constitution des sûretés réelles mobilières, le *Guide* recommande d'adopter la seconde des approches susmentionnées. Les sûretés constituées avant le rattachement peuvent être maintenues après le rattachement et les biens attachés peuvent être grevés d'une sûreté même après leur rattachement. L'essentiel est de déterminer si, en plus des mesures qui sont nécessaires pour constituer une sûreté réelle

mobilière ordinaire, d'autres mesures doivent être prises pour maintenir la sûreté à la suite d'un rattachement ou pour constituer une sûreté sur un bien qui est déjà attaché. Comme il fait une distinction entre la constitution (l'efficacité entre les parties), l'opposabilité (l'efficacité à l'égard des tiers) et la priorité, le *Guide* estime qu'aucune mesure supplémentaire ne devrait être requise pour maintenir ou constituer une sûreté sur un bien attaché à un autre bien, qu'il soit meuble ou immeuble (voir recommandation 21; pour les questions de priorité, voir chap. V, par. 110 à 116).

13. Constitution ou continuation d'une sûreté réelle mobilière sur une masse ou un produit fini

100. Comme cela a été noté, un bien meuble corporel peut être mélangé à un ou plusieurs autres biens meubles corporels au point de perdre son identité. Dans ce cas, la question se pose de savoir si une sûreté qui portait sur le bien meuble corporel initial avant qu'il ne soit mélangé est préservée. La plupart des systèmes juridiques considèrent en général que la sûreté se maintient sur la masse ou le produit fini après le mélange, pour autant que certains au moins des biens mélangés puissent être identifiés comme étant des biens initialement grevés. La sûreté sur les biens initialement distincts est transformée en sûreté sur le produit fini ou la masse.

101. Toutefois, et contrairement à l'approche générale adoptée pour la constitution de sûretés sur des biens attachés, la plupart des systèmes juridiques interdisent la constitution d'une sûreté sur des biens meubles corporels après qu'ils ont été mélangés pour former une masse ou un produit fini. En effet, alors qu'un bien attaché peut être considéré comme ayant, à tout le moins, une identité distincte théorique, il n'en va pas de même pour des biens mélangés. Lorsque du pétrole est mélangé dans une cuve ou que de la farine est transformée en pain, le bien initialement grevé perd son identité distincte. Aussi n'est-il généralement pas possible de constituer une sûreté distincte sur des biens meubles corporels qui ont déjà été mélangés pour former une masse ou un produit fini.

102. Le *Guide* suit l'approche adoptée dans la plupart des systèmes juridiques. Il n'envisage pas que des sûretés réelles mobilières distinctes puissent être constituées sur des biens meubles corporels qui ont déjà été mélangés pour constituer une masse ou un produit fini. Là encore, toutefois, la question centrale est de savoir s'il est nécessaire de prendre des mesures supplémentaires pour maintenir l'efficacité d'une sûreté entre les parties lorsque les biens initialement grevés sont mélangés par la suite pour former une masse ou un produit fini. Pour les mêmes raisons de principe qui justifient la continuation d'une sûreté sur un bien attaché sans formalité supplémentaire, le *Guide* recommande qu'aucune mesure supplémentaire ne soit exigée non plus dans le cas d'un mélange (voir recommandation 22).

B. Remarques sur des biens particuliers

1. Efficacité d'une cession globale de créances et d'une cession de créance future, de fraction de créance ou de droit indivis sur une créance

103. Les créances d'une entreprise sont couramment utilisées pour garantir l'exécution d'une obligation. La constitution d'une sûreté réelle mobilière sur des créances est

communément appelée cession, même si certains États continuent de faire une distinction entre le nantissement de créances, d'une part, et la cession de créances, d'autre part. La faculté du cessionnaire et du bénéficiaire du nantissement de recouvrer une créance étant de nature identique, la cession est de plus en plus soumise aux mêmes règles, qu'elle revête la forme d'un transfert pur et simple de créance, d'un transfert de créance à titre de garantie ou d'une sûreté réelle mobilière sur une créance. Ces règles régissent la constitution, l'opposabilité et la priorité de la sûreté réelle mobilière, mais la réalisation dans le cas d'un transfert pur et simple demeure dans une certaine mesure soumise à des dispositions différentes. Cette tendance se justifie principalement par le fait qu'il est souvent très difficile pour les tiers de déterminer la nature d'une cession, et par la nécessité que les mêmes règles d'opposabilité et de priorité s'appliquent à tous les types d'opérations de financement reposant sur une cession de créances. Elle est prise en compte dans la Convention des Nations Unies sur la cession (voir art. 2) et c'est la position recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 3).

104. Les conditions précises pour rendre une cession efficace varient néanmoins d'un système juridique à l'autre. Certains systèmes exigent un écrit constatant la cession, voire une notification de la cession au débiteur de la créance. D'autres exigent un écrit uniquement pour que la cession ait effet entre le cédant et le cessionnaire. D'autres formalités, telles que l'inscription ou la notification au débiteur de la créance, ne sont exigées que pour rendre la cession opposable ou pour permettre au cessionnaire de recouvrer la créance. Le *Guide* assimile une créance à tout autre bien et estime, par conséquent, que les formalités particulières pour constituer une sûreté réelle mobilière sur une créance ne devraient pas être différentes de celles applicables aux biens meubles corporels.

105. Les règles diffèrent aussi d'un système juridique à l'autre en ce qui concerne l'efficacité des cessions de créances futures et de créances non identifiées précisément, ainsi que de fractions de créances ou d'un droit indivis sur des créances. Néanmoins, la tendance moderne consiste à valider tous ces types de cession pour autant que les créances (ou fractions de créances ou droits indivis sur des créances) puissent être identifiées comme faisant l'objet de la cession et à prévoir que la cession de créances futures produit effet sans qu'une nouvelle cession soit nécessaire pour chaque créance (voir l'article 8 de la Convention des Nations Unies sur la cession). En effet, tant que le cédant et le cessionnaire sont convenus de la nature des créances cédées, il n'est pas nécessaire d'imposer des formalités supplémentaires pour que la cession ait effet entre eux. C'est cette approche, conforme à la Convention des Nations Unies sur la cession, qui est recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 23).

2. Efficacité d'une cession de créance faite en dépit d'une clause d'incessibilité

106. Dans certains systèmes juridiques, il est donné effet aux restrictions contractuelles des cessions de créances pour protéger les intérêts de la partie en faveur de laquelle ces restrictions sont stipulées (à savoir le cédant ou le débiteur de la créance). D'autres systèmes juridiques refusent de donner effet à ces restrictions afin de préserver la liberté de disposition du cédant (ou du constituant) et les droits du cessionnaire (ou du créancier garanti), en particulier si le cessionnaire n'a pas connaissance de la restriction contractuelle. D'autres systèmes encore ne donnent qu'un effet limité à ces restrictions contractuelles (entre les parties à la convention).

107. La Convention des Nations Unies sur la cession adopte cette dernière approche pour favoriser la cessibilité des créances. Cette approche vise à promouvoir les opérations de financement par cession de créances, ce qui par voie de conséquence devrait accroître l'offre de crédit du cédant au débiteur de la créance. S'il est nécessaire de protéger certains débiteurs de créances (comme certains types de consommateurs) dans des cas particuliers ou si des motifs d'ordre public militent contre la cessibilité (par exemple restrictions à la cession des salaires, des pensions ou des prestations sociales), ces restrictions devraient être établies dans un autre droit (et ne sont pas affectées par la loi recommandée dans le *Guide*; voir recommandation 18).

108. Le paragraphe 1 de l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur la cession prévoit qu'une cession a effet nonobstant toute convention entre le cédant (le "constituant" dans la terminologie du *Guide*) et le débiteur (le "débiteur de la créance" dans la terminologie du *Guide*) restreignant contractuellement le droit de céder la créance. L'effet de cette disposition est cependant limité de deux façons. Premièrement, son application est circonscrite aux créances commerciales au sens large (voir art. 9, par. 3, de la Convention). La disposition ne s'applique pas aux "créances financières". En effet, lorsque le débiteur de la créance est un organisme de financement, même une invalidation partielle d'une clause d'incessibilité pourrait affecter les obligations contractées par celui-ci à l'égard de tiers et avoir ainsi une incidence négative sur des pratiques de financement importantes, comme celles reposant sur la cession de créances nées de valeurs mobilières ou de contrats financiers (qui sont exclus du champ d'application du *Guide*; voir recommandation 4, al. *c* à *e*).

109. Deuxièmement, la disposition est limitée par le paragraphe 2 de l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur la cession: si la restriction contractuelle est valable en vertu du droit applicable en dehors de la Convention, elle n'est pas invalidée entre le cédant et le débiteur de la créance. Ce dernier est libre de réclamer des dommages-intérêts au cédant pour contravention au contrat, si le droit applicable en dehors de la Convention lui en donne la possibilité, mais ne peut les réclamer au cessionnaire à titre de compensation (voir art. 18, par. 3). En outre, la seule connaissance de l'existence de la restriction de la part du cessionnaire (le "créancier garanti" dans la terminologie du *Guide*) ne suffit pas pour résoudre le contrat dont découle la créance cédée (voir art. 9, par. 2).

110. Cette approche encourage les opérations de financement par cession de créances, car elle dispense le cessionnaire d'avoir à examiner chacun des contrats qui sont à l'origine des créances cédées, ce qui peut être coûteux et prendre du temps, pour savoir si la cession de ces dernières a été interdite ou soumise à conditions. Le *Guide* recommande d'adopter pour ces questions la même approche que la Convention des Nations Unies sur la cession (voir recommandation 24).

3. Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une sûreté personnelle ou réelle garantissant une créance, un instrument négociable ou un autre bien meuble incorporel

111. Si le constituant crée une sûreté réelle mobilière sur une créance, un instrument négociable ou un autre bien meuble incorporel en faveur du créancier garanti, la question se pose de savoir si ce dernier bénéficie également, automatiquement et sans que ni lui ni le constituant aient à accomplir d'autres actes, de toute sûreté personnelle (une garantie

ou un cautionnement, par exemple) ou réelle (une sûreté sur un autre bien meuble ou une hypothèque sur un bien immeuble, par exemple) garantissant le paiement de cette créance, de cet instrument négociable ou un autre bien meuble incorporel.

112. Dans la plupart des systèmes juridiques, la constitution d'une sûreté sur une créance, un instrument négociable ou un autre bien meuble incorporel donnera aussi automatiquement au créancier garanti le bénéfice intégral de l'ensemble des droits du constituant concernant la créance, l'instrument ou l'autre bien. Ainsi, si l'obligation de payer la créance, l'instrument négociable ou l'autre bien meuble incorporel est elle-même garantie par une sûreté réelle mobilière sur un bien du débiteur de l'obligation, le créancier garanti devrait également bénéficier des droits du constituant concernant la sûreté sur ce bien (voir recommandation 25, al. *a*).

113. La règle décrite au paragraphe précédent s'applique nonobstant toute convention entre le constituant et le débiteur de la créance ou le débiteur dans le cadre de l'instrument négociable ou de tout autre bien meuble incorporel limitant le droit du constituant de créer une sûreté réelle mobilière sur cette créance, cet instrument ou cet autre bien ou sur la sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement ou une autre forme d'exécution de cette créance, cet instrument ou autre bien (voir recommandation 25, al. *d*). Toutefois, cette disposition n'a aucune incidence sur la responsabilité du constituant découlant de la violation de la convention en question, mais l'autre partie à la convention ne peut, au seul motif de cette violation, résoudre le contrat d'où naît la créance, l'instrument négociable ou l'autre bien meuble incorporel, ou la convention constitutive de la sûreté réelle ou personnelle les garantissant (voir recommandation 25, al. *e*).

114. Néanmoins, étant donné que les droits du créancier garanti sur toute sûreté personnelle ou réelle découlent des droits du constituant sur celle-ci, ils ne peuvent être plus importants que ceux-ci.

115. Lorsque la créance, l'instrument négociable ou un autre bien meuble incorporel est garanti par un engagement de garantie indépendant, la sûreté du créancier garanti s'étend uniquement au produit de l'engagement mais non au droit de tirer l'engagement (voir recommandation 25, al. *b*). Cela est conforme à l'idée exprimée dans le *Guide* que le bénéficiaire d'un engagement de garantie indépendant ne peut transférer le droit de tirer l'engagement sans le consentement du garant/émetteur, du confirmateur ou autre personne désignée.

116. Plusieurs raisons pratiques justifient la recommandation selon laquelle le créancier garanti devrait avoir une sûreté sur le droit de recevoir le produit de l'engagement de garantie indépendant. Premièrement, ce résultat évite simplement au créancier garanti d'avoir à insérer des dispositions supplémentaires dans la documentation relative au prêt consenti au constituant. En effet, même si le *Guide* faisait une distinction entre un droit accessoire et un droit indépendant (comme le font plusieurs États dans leur droit), cette distinction n'empêcherait pas le créancier garanti d'obtenir une sûreté sur le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant. Il lui faudrait simplement inclure, dans la convention constitutive conclue avec le constituant, une clause expresse prévoyant la constitution d'une sûreté sur ce droit. La suppression de la nécessité de cette formalité va dans le sens des objectifs du *Guide*, à savoir réduire le coût du crédit et augmenter l'offre de crédit en réduisant le coût des opérations.

117. Deuxièmement, la règle de la constitution automatique d'une sûreté sur le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant serait logique dans la pratique car elle correspond aux attentes normales des parties. Un créancier garanti qui compte sur les créances du constituant en tant que biens grevés s'attendrait normalement que, indépendamment de la manière dont les créances dues ont été payées (par exemple, directement par les débiteurs des créances ou par tirage de l'engagement de garantie indépendant garantissant une ou plusieurs créances), le créancier garanti détiendrait une sûreté sur les sommes payées en tant que produit des créances. En effet, dans certains cas, un créancier garanti pourrait souhaiter accorder un crédit à un emprunteur à un taux inférieur s'il sait que sa sûreté sur les créances dues à l'emprunteur s'étend au droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant. Une règle qui correspond aux attentes normales des parties permettra d'éviter les surprises injustes et d'assurer une plus grande sécurité juridique dans les États qui adoptent les recommandations du *Guide*. Ce surcroît de sécurité contribuera à encourager les fournisseurs de crédit à accorder des financements, ce qui ira dans le sens des objectifs du *Guide*, à savoir accroître l'offre de crédit garanti (voir recommandation 1, al. *a*, Introduction).

118. Troisièmement, la recommandation ne porte nullement atteinte aux droits du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée dans le cadre de l'engagement de garantie indépendant. Ni le garant/émetteur, ni le confirmateur ou la personne désignée n'est tenu d'accepter une demande de paiement émanant de quiconque autre que le bénéficiaire de l'engagement, ni de payer quiconque autre que le bénéficiaire, sans son consentement.

119. Le *Guide* apporte des restrictions à la recommandation qui précède sur plusieurs points importants. Premièrement, cette recommandation est sans incidence sur une sûreté grevant un bien immeuble qui, en vertu du droit autre que la loi sur les opérations garanties, peut être transférée séparément de la créance, de l'instrument négociable ou d'un autre bien meuble incorporel qu'elle garantit. Elle tient compte d'un dispositif existant dans certains États, qui autorise le propriétaire d'un bien immeuble à constituer une sûreté (hypothèque) sur ce bien même si au moment de sa constitution la sûreté ne garantit aucune obligation. Le propriétaire peut ensuite transférer cette sûreté à un créancier, qui peut à son tour la transférer à un autre créancier. Comme dans le cas d'un engagement de garantie indépendant, la sûreté grevant le bien immeuble semble être un droit en soi, indépendant de toute obligation.

120. Deuxièmement, conformément à la Convention des Nations Unies sur la cession, la recommandation s'applique uniquement à certains types de créances, d'instruments négociables ou autres biens meubles incorporels (voir recommandation 25, al. *f*), telles que les créances commerciales (par exemple créances naissant de la vente de biens meubles corporels et la prestation de services).

121. Troisièmement, la recommandation n'a pas d'incidence sur les obligations du constituant envers le débiteur des créances ou le débiteur dans le cadre de l'instrument négociable ou de tout autre bien meuble incorporel (voir recommandation 25, al. *g*).

122. Enfin, la recommandation n'a pas d'incidence sur les exigences d'un droit autre que la loi sur les opérations garanties relatives à la forme ou à l'inscription de la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un bien quelconque garantissant le paiement ou une

autre forme d'exécution d'une créance, d'un instrument négociable ou d'un autre bien meuble incorporel, mais uniquement dans la mesure où le bénéfice automatique de la sûreté n'est pas compromis (voir recommandation 25, al. *h*).

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

123. Les fonds crédités sur un compte bancaire sont une forme particulière de créance due au titulaire du compte. La banque est le débiteur de la créance dont la valeur fluctue selon le montant crédité en compte. Dans le langage courant, la créance est décrite comme un droit de recevoir le paiement de fonds crédités sur le compte. Sous réserve de toute limitation des retraits stipulée dans la convention portant ouverture du compte, les fonds crédités doivent être versés sur demande au titulaire du compte. La plupart des conventions de compte interdisent au titulaire du compte de céder le droit de recevoir paiement ou de constituer une sûreté sur ce droit, restrictions qui, quant à leurs objectifs et à leur forme, sont très proches des restrictions contractuelles applicables à la cession de créances.

124. Comme on l'a vu plus haut (voir par. 106 à 110), certains systèmes juridiques donnent pleinement effet à de telles restrictions contractuelles, tandis que d'autres refusent de leur donner effet ou ne leur donnent qu'un effet limité. Le *Guide* recommande que la cession d'une créance produise ses effets entre le cédant et le cessionnaire, en dépit de toute convention limitant le droit du cédant de céder la créance (voir recommandation 24, al. *a*). Pour les mêmes raisons de principe, il estime qu'une sûreté dûment constituée sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire a effet nonobstant toute convention limitant d'une quelconque manière le droit du titulaire du compte de constituer une sûreté (voir recommandation 26).

125. Même si la sûreté produit effet entre le titulaire du compte et le créancier garanti, cela ne signifie pas pour autant que ce dernier acquière automatiquement des droits qu'il peut faire valoir à l'encontre de la banque. Du fait de la nature spéciale des opérations bancaires, il est nécessaire de prévoir une règle qui protège de façon générale les banques contre l'obligation de verser des fonds à toute personne autre que le titulaire du compte ou contre toute autre obligation (comme celle de fournir des informations relatives au compte) pouvant découler de la convention constitutive de sûreté. Ce n'est que si la banque consent explicitement à la convention constitutive de sûreté qu'elle sera tenue de verser les fonds crédités sur le compte au créancier garanti. Conformément à son principe général qui est de s'effacer devant les pratiques spécialisées dans les secteurs financier et bancaire, le *Guide* recommande aussi cette approche en ce qui concerne les obligations de la banque vis-à-vis du créancier garanti (voir recommandation 26).

5. Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant

126. Le domaine des lettres de crédit et des engagements de garantie indépendants constitue, comme celui de la banque, une branche très spécialisée du droit commercial moderne dotée de règles et de pratiques bien établies. Une grande partie de ce droit et de cette pratique est soit transnationale, soit commune à la plupart des États. Par exemple, selon un principe généralement accepté régissant les engagements de garantie

indépendants, le droit de demander paiement au titre de l'engagement (ou droit de tirage de l'engagement) ne peut être transféré sans le consentement du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée dans le cadre de l'engagement (voir, par exemple, la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by[1], les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires, les Règles et pratiques internationales relatives aux stand-by et les Règles uniformes relatives aux garanties sur demande). Ce principe étant largement accepté, le *Guide* recommande qu'il soit adopté (voir recommandation 27).

127. Cependant, le *Guide* établit également une distinction entre le droit de tirer l'engagement de garantie indépendant et le droit de recevoir le produit du tirage. Comme dans le cas des limites à la cessibilité des créances et du droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, le *Guide* prévoit que le bénéficiaire d'un engagement de garantie indépendant peut constituer une sûreté réelle mobilière sur ses droits. Même si le droit de tirage n'est pas transférable en vertu du droit et de la pratique applicables ou même si un prétendu transfert du droit de tirage ne peut être opposé à l'émetteur, le *Guide* estime qu'aucune disposition du droit ou de la pratique régissant les engagements de garantie indépendants n'empêche le bénéficiaire d'un engagement de constituer une sûreté sur le droit de recevoir le produit de l'engagement une fois le paiement effectué. Une recommandation est donc prévue à cet effet (voir recommandation 27).

6. Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable ou sur un bien meuble corporel représenté par un document négociable

128. Lorsqu'un document négociable, tel qu'un connaissement ou un récépissé d'entrepôt, est émis concernant des biens meubles corporels et est encore en circulation, il représente le titre de propriété des biens identifiés. Par conséquent, on peut transférer la propriété de ces biens, en transférant le document négociable. Il découle de ce principe, selon lequel le document représente le bien, que la constitution d'une sûreté sur le document négociable emporte également constitution d'une sûreté sur les biens meubles corporels eux-mêmes, pour autant que la sûreté sur le document soit constituée tant que les biens sont représentés par le document (voir recommandation 28). À cette fin, les biens sont représentés par le document s'ils sont en possession de l'émetteur du document ou d'un mandataire agissant en son nom au moment où la sûreté est constituée. La constitution d'une sûreté sur un document négociable qui produit ses effets entre les parties n'est soumise à aucune condition autre que la possession par l'émetteur et celles examinées plus haut (voir par. 12 à 33 ci-dessus).

C. Recommandations 13 à 28

Objet

Les dispositions relatives à la constitution d'une sûreté réelle mobilière ont pour objet d'énoncer les exigences à satisfaire pour qu'une sûreté produise effet entre les parties.

[1] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.97.V.12.

*1. Recommandations générales**

Constitution d'une sûreté réelle mobilière

13. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un bien est constituée par une convention conclue entre le constituant et le créancier garanti. La sûreté est constituée au moment de la conclusion de la convention si le constituant a des droits sur ce bien ou le pouvoir de grever ce bien à ce moment. S'il acquiert ces droits ou ce pouvoir ultérieurement, elle est constituée au moment de l'acquisition de ces droits ou de ce pouvoir.

Contenu minimal de la convention constitutive de sûreté

14. La loi devrait prévoir que la convention constitutive de sûreté doit:

a) Exprimer la volonté des parties de constituer une sûreté réelle mobilière;

b) Identifier le créancier garanti et le constituant;

c) Décrire l'obligation garantie;

d) Décrire les biens grevés de façon qu'ils soient suffisamment identifiables; et

e) Indiquer le montant monétaire maximal pour lequel la sûreté peut être réalisée si l'État estime qu'il serait utile de le mentionner pour faciliter les prêts subordonnés.

Forme de la convention constitutive de sûreté

15. La loi devrait prévoir que la convention constitutive de sûreté peut être verbale si elle s'accompagne d'un transfert de la possession du bien grevé au créancier garanti. Dans le cas contraire, elle doit être conclue ou constatée par un écrit qui exprime, par lui-même ou compte tenu du comportement des parties, la volonté du constituant de créer une sûreté réelle mobilière.

Obligations garanties par une sûreté réelle mobilière

16. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière peut garantir tout type d'obligation, qu'elle soit présente ou future, déterminée ou déterminable, conditionnelle ou inconditionnelle, et que son montant soit fixe ou fluctuant.

Biens pouvant être grevés d'une sûreté réelle mobilière

17. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière peut grever tout type de bien, y compris des fractions de biens et des droits indivis sur des biens. Elle peut grever des biens qui, au moment de la conclusion de la convention constitutive de sûreté, n'existent pas encore ou dont le constituant n'est pas encore propriétaire ou qu'il n'a pas encore le pouvoir de grever. Elle peut aussi grever tous les biens d'un constituant. Les exceptions à ces règles devraient être limitées et décrites dans la loi de manière claire et précise.

18. La loi devrait prévoir que, sous réserve des dispositions des recommandations 23 à 25, elle ne prévaut pas sur les dispositions d'un autre droit si celles-ci limitent la constitution ou la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur des types de biens particuliers ou la transférabilité de tels biens.

---

* Les recommandations générales s'appliquent aux sûretés réelles mobilières sur tous les types de biens visés par le *Guide*, telles qu'elles sont modifiées par les recommandations sur des biens particuliers.

Extension d'une sûreté réelle mobilière au produit

19. La loi devrait prévoir que, sauf accord contraire des parties à une convention constitutive de sûreté, une sûreté réelle mobilière sur un bien grevé s'étend à son produit identifiable (y compris au produit du produit).

Produit mélangé

20. La loi devrait prévoir que, lorsque le produit sous forme d'espèces ou de fonds crédités sur un compte bancaire a été mélangé avec d'autres biens du même type de sorte qu'il n'est plus identifiable, son montant immédiatement avant qu'il ait été mélangé doit être traité comme un produit identifiable après qu'il a été mélangé. Toutefois, si à un moment quelconque après le mélange le montant total du bien est inférieur au montant du produit, ce montant total au moment où il est le plus faible, plus le montant de tout produit ultérieurement mélangé au bien, doit être traité comme un produit identifiable.

Constitution et continuation d'une sûreté réelle mobilière sur un bien attaché

21. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière peut être constituée sur un bien meuble corporel déjà attaché au moment de sa constitution ou qu'elle se maintient sur un bien meuble corporel qui est attaché par la suite. Une sûreté sur un bien attaché à un immeuble peut être constituée en vertu de la présente loi ou du droit régissant les biens immeubles.

Report d'une sûreté réelle mobilière sur une masse ou un produit fini

22. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière constituée sur des biens meubles corporels avant qu'ils ne soient mélangés pour former une masse ou un produit fini se reporte sur cette masse ou ce produit fini. Le montant garanti par une sûreté qui se reporte sur la masse ou le produit fini se limite à la valeur des biens grevés immédiatement avant qu'ils ne soient incorporés dans la masse ou le produit fini.

2. Recommandations sur des biens particuliers

Efficacité d'une cession globale de créances et d'une cession de créance future, de fraction de créance ou de droit indivis sur une créance

23. La loi devrait prévoir que:

a) La cession de créances contractuelles non identifiées précisément, d'une créance future, d'une fraction de créance ou d'un droit indivis sur une créance a effet entre le cédant et le cessionnaire et à l'égard du débiteur de la créance à condition que celle-ci soit identifiable, à la date de la cession ou, dans le cas d'une créance future, à la date où elle naît, comme étant celle qui fait l'objet de la cession; et

b) Sauf convention contraire, la cession d'une ou de plusieurs créances futures a effet sans qu'un nouvel acte de transfert soit nécessaire pour chacune des créances[2].

Efficacité d'une cession de créance faite en dépit d'une clause d'incessibilité

24. La loi devrait prévoir que:

a) La cession d'une créance a effet entre le cédant et le cessionnaire et à l'égard du débiteur de la créance nonobstant toute convention entre le cédant initial ou tout cédant subséquent et

[2] Pour les recommandations 23 à 25, voir les articles 8 à 10 de la Convention des Nations Unies sur la cession.

le débiteur de la créance ou tout cessionnaire subséquent, limitant d'une quelconque manière le droit du cédant de céder ses créances;

b) Aucune disposition de la présente recommandation n'a d'incidences sur les obligations ou la responsabilité du cédant découlant de la violation de la convention mentionnée à l'alinéa *a* de la présente recommandation, mais l'autre partie à la convention ne peut, au seul motif de cette violation, résoudre le contrat initial ou le contrat de cession. Une personne qui n'est pas partie à une telle convention n'est pas responsable au seul motif qu'elle en avait connaissance;

c) La présente recommandation s'applique uniquement aux cessions de créances:

i) Nées d'un contrat initial visant la fourniture ou la location de biens meubles corporels, la prestation de services autres que des services financiers ou la réalisation de travaux de construction ou encore la vente ou la location d'immeubles;

ii) Nées d'un contrat initial de vente, de location ou de concession de licence d'un droit de propriété industrielle ou autre propriété intellectuelle ou d'informations protégées ayant une valeur commerciale;

iii) Représentant l'obligation de paiement au titre d'une opération sur carte de crédit; ou

iv) Exigibles par le cédant lors du règlement net des sommes dues en vertu d'une convention de compensation regroupant plus de deux parties.

Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une sûreté personnelle ou réelle garantissant une créance, un instrument négociable ou un autre bien meuble incorporel

25. La loi devrait prévoir que:

a) Un créancier garanti détenant une sûreté réelle mobilière sur une créance, un instrument négociable ou un autre bien meuble incorporel entrant dans le champ de la présente loi bénéficie automatiquement de toute sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement ou une autre forme d'exécution de cette créance, de cet instrument ou de cet autre bien meuble incorporel, sans que ni lui ni le constituant aient à accomplir d'autres actes;

b) Si la sûreté personnelle ou réelle est un engagement de garantie indépendant, la sûreté réelle mobilière s'étend automatiquement au droit de recevoir le produit de l'engagement, mais non au droit de tirer l'engagement;

c) La présente recommandation n'a pas d'incidence sur une sûreté grevant un bien immeuble qui, en vertu d'un autre droit, peut être transférée séparément de la créance, de l'instrument négociable ou d'un autre bien meuble incorporel qu'elle garantit;

d) Un créancier garanti détenant une sûreté réelle mobilière sur une créance, un instrument négociable ou un autre bien meuble incorporel entrant dans le champ de la présente loi bénéficie de toute sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement ou une autre forme d'exécution de cette créance, de cet instrument ou de cet autre bien meuble incorporel nonobstant toute convention entre le constituant et le débiteur de la créance ou le débiteur dans le cadre de l'instrument ou autre bien, limitant d'une quelconque manière le droit du constituant de créer une sûreté sur cette créance, cet instrument ou ce bien, ou sur toute sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement ou une autre forme d'exécution de cette créance, cet instrument ou ce bien;

e) Aucune disposition de la présente recommandation n'a d'incidence sur les obligations ou la responsabilité du constituant découlant de la violation de la convention mentionnée

à l'alinéa *d* ci-dessus, mais l'autre partie à la convention ne peut, au seul motif de cette violation, résoudre le contrat d'où naît la créance, l'instrument négociable ou l'autre bien meuble incorporel, ou la convention constitutive de la sûreté personnelle ou réelle. Une personne qui n'est pas partie à une telle convention n'est pas responsable au seul motif qu'elle en avait connaissance;

f) Les alinéas *d* et *e* de la présente recommandation s'appliquent uniquement aux sûretés réelles mobilières sur des créances, des instruments négociables ou d'autres biens meubles incorporels:

i) Nés d'un contrat initial visant la fourniture ou la location de biens meubles corporels, la prestation de services autres que des services financiers ou la réalisation de travaux de construction ou encore la vente ou la location d'immeubles;

ii) Nés d'un contrat initial de vente, de location ou de concession de licence d'un droit de propriété industrielle ou autre propriété intellectuelle ou d'informations protégées ayant une valeur commerciale;

iii) Représentant l'obligation de paiement au titre d'une opération sur carte de crédit; ou

iv) Exigibles par le cédant lors du règlement net des sommes dues en vertu d'une convention de compensation regroupant plus de deux parties;

g) L'alinéa *a* de la présente recommandation n'a pas d'incidence sur les obligations que le constituant a envers le débiteur de la créance ou le débiteur dans le cadre de l'instrument négociable ou autre bien meuble incorporel; et

h) À condition que les effets automatiques découlant de l'alinéa *a* de la présente recommandation et de la recommandation 48 ne soient pas compromis, la présente recommandation n'a pas d'incidence sur les exigences d'un autre droit relatives à la forme ou à l'enregistrement de la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un bien quelconque, garantissant le paiement ou une autre forme d'exécution d'une créance, d'un instrument négociable ou d'un autre bien meuble incorporel qui n'entre pas dans le champ de la présente loi.

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

26. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire a effet nonobstant toute convention entre le constituant et la banque dépositaire limitant d'une quelconque manière le droit du constituant de créer une telle sûreté. Toutefois, la banque dépositaire n'a aucune obligation de reconnaître le créancier garanti et aucune autre obligation concernant la sûreté ne lui est imposée à moins qu'elle n'y consente[3].

Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant

27. La loi devrait prévoir que le bénéficiaire d'un engagement de garantie indépendant peut constituer une sûreté réelle mobilière sur le droit de recevoir le produit de cet engagement, même si le droit de tirage de l'engagement n'est pas lui-même transférable en vertu du droit et de la pratique qui régissent les engagements de garantie indépendants. La constitution d'une sûreté sur le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant n'est pas un transfert du droit de tirage de l'engagement.

[3] Pour les droits et obligations de la banque dépositaire, voir les recommandations 125 et 126 (chap. VII sur les droits et obligations des tiers débiteurs).

Extension d'une sûreté réelle mobilière grevant un document négociable au bien meuble corporel représenté par ce document

28. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable s'étend au bien meuble corporel représenté par ce document, à condition que l'émetteur soit, directement ou indirectement, en possession du bien au moment où la sûreté sur le document est constituée.

III. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière (efficacité à l'égard des tiers)

A. Remarques générales

1. Introduction

1. Le chapitre II du *Guide* traite des conditions requises pour la constitution d'une sûreté réelle mobilière, en d'autres termes pour qu'elle produise effet entre le créancier garanti et le constituant. Dans certains États, une sûreté réelle mobilière prend effet aussi bien entre les parties qu'à l'égard des tiers dès que la convention constitutive est conclue, sans que le créancier garanti (ou quelqu'un d'autre) n'ait à accomplir d'autre formalité. Dans d'autres États, en revanche, la sûreté ne peut devenir opposable que sous réserve de l'accomplissement d'une formalité supplémentaire qui vise à informer le public, d'une manière ou d'une autre, de son existence effective ou potentielle. Cette formalité peut, par exemple, consister à transférer la possession du bien grevé au créancier garanti (comme dans un gage traditionnel avec dépossession) ou à inscrire un avis dans un registre public. Les formalités obligatoires de publicité contribuent de plusieurs manières à conférer efficacité, sécurité et prévisibilité au régime des opérations garanties. Premièrement, elles fournissent aux créanciers garantis potentiels une preuve objective que les biens du constituant sont peut-être déjà grevés. Deuxièmement, en avertissant les créanciers du constituant, les acheteurs potentiels et d'autres tiers de l'existence potentielle d'une sûreté, elles rendent inutile toute règle spéciale destinée à protéger les tiers contre le risque de sûretés cachées ("occultes") sur les biens du constituant. Troisièmement, elles constituent une référence temporelle précise qui peut aisément être utilisée pour déterminer le rang de priorité d'un créancier garanti et d'un réclamant concurrent.

2. La section A.2 du présent chapitre examine quelques principes essentiels liés à la distinction entre constitution et opposabilité. Elle étudie également la distinction conceptuelle fondamentale entre opposabilité et priorité. Les sections A.3 à A.5 examinent en détail les trois principales méthodes pour assurer l'opposabilité (l'inscription d'un avis sur un registre général des sûretés, la possession et l'inscription sur un registre spécialisé portant sur des biens particuliers). Les sections A.6 à A.8 examinent les cas où une sûreté réelle mobilière qui a été rendue opposable le reste sur des biens qu'elle ne grevait pas initialement (produit, biens attachés et masses ou produits finis). Les sections A.9 et A.10 traitent d'autres problèmes de continuité, notamment lorsque le bien ou le constituant changent de lieu de situation ou en cas de perte de l'opposabilité.

3. La partie B du présent chapitre examine les différentes méthodes d'opposabilité qui s'appliquent à des biens particuliers. La section B.1 examine les cas importants où le créancier garanti acquiert le bénéfice de droits accessoires garantissant le paiement d'une créance, d'un instrument négociable ou d'un autre bien meuble incorporel; la section B.2, l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière grevant un droit au paiement de fonds crédités

sur un compte bancaire; la section B.3, les moyens de rendre une sûreté opposable lorsqu'elle grève un droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant; et, enfin, la section B.4, l'opposabilité d'une sûreté sur un document négociable ou sur un bien représenté par un document négociable.

4. Le chapitre se termine, à la section C, par une série de recommandations sur les méthodes d'opposabilité et les conséquences juridiques de leur application.

2. Principes fondamentaux

5. Les États doivent faire plusieurs choix essentiels lorsqu'ils adoptent un régime destiné à régir l'opposabilité des sûretés réelles mobilières. Premièrement, ils doivent décider si une sûreté produisant effet entre les parties est automatiquement opposable aux tiers ou si un acte supplémentaire sera exigé à cette fin. Deuxièmement, à supposer qu'un acte supplémentaire soit jugé nécessaire, ils doivent déterminer quelles autres personnes (par exemple les créanciers garantis, les créanciers chirographaires, les acheteurs ultérieurs et les représentants de l'insolvabilité) seront considérées comme des tiers aux fins des règles d'opposabilité. Troisièmement, ils doivent définir la relation entre l'opposabilité d'une sûreté et la priorité à lui accorder. Et, quatrièmement, ils doivent déterminer quels types d'actes supplémentaires devraient suffire pour rendre une sûreté opposable. Ces questions de principe sont successivement abordées ci-après.

a) *Distinction entre constitution et opposabilité*

6. Parmi les États qui exigent un acte additionnel pour assurer la publicité d'une sûreté, certains en font une condition préalable non seulement à l'opposabilité mais aussi à la constitution même de la sûreté. Ils suivent la logique suivante: comme l'un des objectifs centraux de la prise de sûreté est d'obtenir un droit réel à faire valoir à l'encontre du constituant et des tiers, il est inutile de distinguer l'efficacité entre les parties de l'efficacité à l'égard des tiers. D'autres États n'exigent d'acte supplémentaire que pour rendre la sûreté opposable aux tiers. Dans la relation entre les parties, la sûreté produit immédiatement effet dès la conclusion de la convention constitutive et, dans le cas de biens futurs, au moment où le constituant acquiert des droits sur les biens ou le pouvoir de les grever. La logique ici est que, la formalité supplémentaire étant exigée uniquement pour établir un équilibre entre les droits du créancier garanti et ceux des tiers, il n'y a pas de raison qu'elle soit une condition préalable à la faculté du créancier garanti de réaliser sa sûreté à l'encontre du constituant (pour un troisième régime, hybride, voir le chapitre II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, paragraphe 4, et le paragraphe 8 ci-dessous).

7. Conformément à la solution adoptée dans la plupart des États qui ont modernisé leur droit des opérations garanties, et pour promouvoir un crédit garanti efficace, le *Guide* recommande la deuxième approche. En conséquence, une fois que les conditions de constitution d'une sûreté réelle mobilière (décrites au chapitre II) sont remplies, la sûreté prend effet entre le constituant et le créancier garanti (c'est-à-dire *inter partes*; voir recommandation 30). Toutefois, pour que la sûreté fasse sentir ses effets à l'égard des tiers (*erga omnes*), les règles d'opposabilité examinées dans le présent chapitre doivent également être respectées (voir recommandation 29).

8. Dans les États dont le droit général des biens ne distingue pas les effets *inter partes* et les effets *erga omnes* des droits réels, l'adoption de cette approche peut poser des problèmes conceptuels. L'absence de distinction peut toutefois nuire à l'efficacité du régime des opérations garanties. D'une part, si l'acte supplémentaire nécessaire pour assurer l'opposabilité est également requis pour constituer la sûreté, une formalité supplémentaire viendrait s'ajouter à celle de la constitution de la sûreté sans que les constituants, les créanciers garantis et les tiers en tirent un avantage en contrepartie. D'un autre côté, si aucune formalité supplémentaire n'est exigée, il s'ensuivrait la constitution d'une sûreté occulte (voir chap. II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, par. 1 à 3). Une solution serait peut-être de considérer que la sûreté a effet à l'égard de toutes les parties, dès sa constitution, à l'exception des autres créanciers garantis. Elle aboutit généralement aux mêmes résultats que la seconde des deux approches qui viennent d'être mentionnées, à quelques différences près en ce qui concerne les droits des créanciers judiciaires et du représentant de l'insolvabilité du constituant (voir chap. II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, par. 4, et par. 9 à 14 ci-dessous).

b) *Sens du mot "tiers"*

9. Les États envisagent très différemment les catégories de tiers à l'égard desquelles une sûreté réelle mobilière reste inefficace si la formalité supplémentaire requise n'a pas été accomplie. Dans certains, une sûreté reste sans effet à l'égard des tiers, quel que soit leur statut, tant que la formalité supplémentaire n'a pas été remplie. D'autres États adoptent une approche plus nuancée: une sûreté est pleinement opposable à certaines catégories de tiers dès sa constitution (voir chap. II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, par. 3 et 4).

10. Dans certains États, la sûreté produit effet dès sa constitution non seulement entre le constituant et le créancier garanti, mais aussi à l'égard des créanciers chirographaires et du représentant de l'insolvabilité du constituant (autrement dit un représentant de l'insolvabilité qui serait nommé ultérieurement si le constituant devenait insolvable). En effet, l'idée ici est qu'un avis de sûreté ne devrait importer que pour les tiers qui prennent une sûreté réelle mobilière, achètent un bien grevé ou fournissent une contrepartie en se fiant directement au droit de propriété apparemment non grevé du constituant. Les créanciers chirographaires du constituant et leurs représentants (un représentant de l'insolvabilité par exemple) ne sont pas présumés compter sur l'existence ou l'absence de sûretés sur les biens du constituant, car l'acte même d'accorder un crédit non garanti suppose que l'on accepte le risque de voir primer des créanciers garantis qui pourraient acquérir ultérieurement des sûretés sur ces biens.

11. La formalité supplémentaire nécessaire à l'opposabilité devrait cependant être exigée même à l'égard des créanciers chirographaires et du représentant de l'insolvabilité du constituant, et ce pour plusieurs raisons. Tout d'abord, comme les créanciers chirographaires fondent leur décision de prêter sur la santé financière générale du constituant, la présence ou l'absence de sûretés peut être l'un des facteurs pris en compte dans cette décision et peut également intéresser les agences de notation du risque aux services desquelles ces créanciers font parfois appel. Deuxièmement, l'obligation d'inscrire rapidement la sûreté sur un registre public ou d'accomplir une formalité supplémentaire équivalente réduit le risque qu'une prétendue sûreté ne soit en fait qu'un arrangement collusoire entre un

constituant insolvable et un créancier bénéficiant d'un traitement préférentiel dans le but d'empêcher d'autres créanciers chirographaires d'exercer leurs droits. Troisièmement, cette obligation permet aux créanciers judiciaires de déterminer, avant de prendre des mesures d'exécution coûteuses, si les biens du constituant sont déjà grevés de sorte que toute exécution serait infructueuse. Quatrièmement, elle réduit le coût de la procédure d'insolvabilité en donnant au représentant de l'insolvabilité un moyen facile de déterminer quels biens du constituant insolvable sont potentiellement grevés. Ensemble, ces raisons incitent fortement les créanciers garantis à donner plein effet à leur sûreté en temps voulu.

12. D'autres États prévoient une exception aux conditions habituelles d'opposabilité. En effet, même lorsqu'un créancier garanti n'a pas pris les mesures nécessaires pour rendre sa sûreté pleinement opposable, celle-ci peut néanmoins produire effet à l'égard d'un créancier garanti ou d'un acheteur qui acquiert ultérieurement des droits sur le bien grevé en ayant effectivement connaissance de la constitution de cette sûreté antérieure. Là encore, cette exception ne convient pas vraiment à un régime d'opérations garanties efficace, et ce pour certaines raisons. Tout d'abord, l'un des principaux objectifs d'un tel régime est de permettre de savoir a priori (c'est-à-dire avant la conclusion de la convention constitutive de sûreté ou avant la conclusion du contrat d'achat) et avec certitude quel sera le rang des droits concurrents sur le bien grevé. Une règle d'opposabilité qui serait fonction d'un examen des faits après coup ou de tel ou tel litige survenant ultérieurement va à l'encontre de ce but. En outre, toute tentative de déterminer si une autre personne avait connaissance de la sûreté et dans quelle mesure précise elle en avait connaissance pose de difficiles problèmes de preuve. De surcroît, le simple fait d'avoir connaissance de l'existence d'une convention constitutive antérieure ne signifie pas nécessairement que le créancier garanti ou l'acheteur postérieur soit de mauvaise foi. Si le créancier garanti antérieur n'a pas accompli les formalités nécessaires pour rendre sa sûreté pleinement opposable, le créancier garanti ou l'acheteur ultérieur peut raisonnablement présumer qu'il a implicitement consenti au risque qu'elle soit inopposable.

13. Certains États refusent également de protéger le donataire subséquent d'un bien grevé, en partant du principe que, entre un créancier garanti qui, par définition, a fourni une contrepartie pour sa sûreté et un donataire qui n'en a fourni aucune, c'est le créancier garanti qu'il faut protéger même s'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour assurer l'opposabilité. Pour des raisons semblables à celles qui sont évoquées dans le paragraphe précédent, cette exception ne convient pas à un régime d'opérations garanties efficace. Déterminer le statut du bénéficiaire du transfert d'un bien grevé peut susciter des litiges *ex post facto* contraires aux objectifs de certitude et de prévisibilité a priori. En outre, même si le statut du donataire n'est pas contesté, celui-ci peut parfaitement avoir modifié sa situation en pensant que le bien n'était pas grevé (par exemple, en constituant une sûreté réelle mobilière en faveur d'un autre créancier).

14. Pour assurer l'efficacité, la transparence et la prévisibilité dans le régime d'opérations garanties, le *Guide* recommande la première approche exposée ci-dessus (voir recommandation 29). Tant que les conditions d'opposabilité ne sont pas remplies, la sûreté est sans effet à l'égard de tous les droits acquis entre-temps par des tiers sur les biens grevés, quel que soit leur type. Si d'autres règles de droit en vigueur dans un État adoptant ne considèrent pas les créanciers chirographaires ou le représentant de l'insolvabilité du constituant comme des tiers, la loi sur les opérations garanties devrait spécifier que tout manquement aux règles d'opposabilité rend également la sûreté inopposable à ces catégories de réclamants.

c) *Relation entre opposabilité et priorité*

15. Les règles d'opposabilité produisent des effets en termes de priorité en ce sens qu'une sûreté qui n'a pas été rendue opposable ne peut être invoquée à l'encontre des droits acquis par des tiers sur le même bien grevé. Toutefois, l'opposabilité n'est pas toujours suffisante pour assurer la priorité absolue sur les réclamants concurrents. Comme l'explique plus en détail le chapitre V, la priorité dépend de la nature et du statut des droits avec lesquels une sûreté est en concurrence. Par exemple, si plusieurs sûretés ont été rendues opposables, il sera nécessaire d'avoir une règle de priorité pour les classer.

16. En règle générale, le *Guide* reconnaît un "droit de suite" au créancier garanti qui a accompli les actes requis pour rendre opposable sa sûreté sur un bien particulier. La sûreté reste donc opposable à un tiers auquel le constituant a transféré des droits sur ledit bien (voir recommandation 31 et par. 89 ci-dessous; voir aussi chap. II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, par. 72 à 89).

17. Toutefois, comme l'explique le chapitre V sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière, le *Guide* admet certaines exceptions au "droit de suite". Par exemple, lorsque le constituant transfère le bien grevé dans le cours normal de ses affaires, l'acheteur, le preneur à bail ou le preneur de licence acquiert généralement sur le bien des droits libres de la sûreté même si cette dernière est opposable par ailleurs (voir recommandations 79 à 81; voir aussi par. 89 ci-dessous, et chap. V sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière, par. 60 à 89).

18. En somme, même si l'opposabilité et la priorité sont des concepts distincts, il est essentiel de prendre en compte les règles de priorité décrites au chapitre V lorsqu'on évalue le degré de protection par rapport aux tiers que confèrent les différentes méthodes d'opposabilité décrites dans le présent chapitre. Le concept de priorité examiné au chapitre V du *Guide* est tout aussi large que celui d'opposabilité recommandé dans le présent chapitre. Ainsi, le chapitre V non seulement traite des règles de classement des droits concurrents des créanciers garantis et des créanciers chirographaires sur les biens du constituant, mais examine également les exceptions au "droit de suite" du créancier garanti dans un conflit avec le bénéficiaire du transfert, le preneur à bail ou le preneur de licence du bien grevé. Dans ce type de conflit, il ne s'agit pas d'un problème de "priorité" au sens de "classement" des droits concurrents, mais plutôt de savoir si le bénéficiaire du transfert acquiert la propriété du bien grevé, si le preneur à bail acquiert un droit de possession du bien loué ou si le preneur de la licence acquiert le droit d'utiliser le bien mis sous licence, dans chaque cas libre de la sûreté par ailleurs opposable.

d) *Aperçu des méthodes d'opposabilité*

19. Pendant très longtemps, la plupart des États ont généralement interdit les sûretés réelles mobilières sans dépossession. Le gage traditionnel avec dépossession était de ce fait le seul instrument de sûreté disponible, le transfert de la possession des biens engagés au créancier garanti servant non seulement à constituer le gage, mais aussi à avertir implicitement les tiers que le constituant ne détient pas de droit de propriété non grevé sur les biens en question. Toutefois, à mesure que les économies se sont développées, les limites du gage traditionnel sont apparues plus clairement. Premièrement, un constituant a normalement besoin de rester en possession de ses actifs commerciaux pour poursuivre

ses activités. Deuxièmement, le gage traditionnel ne peut porter sur des biens futurs, car il est impossible en pratique de transférer la possession de tels biens au moment de sa constitution. Troisièmement, il ne peut couvrir les biens meubles incorporels du fait qu'il exige le transfert de la possession des biens engagés et que les biens incorporels ne peuvent faire l'objet d'aucune possession (voir chap. I sur le champ d'application, par. 57 et 58). Par conséquent, il fallait trouver une forme ou une autre de sûreté réelle mobilière sans dépossession et les États ont répondu à cette demande de diverses manières (voir chap. I sur le champ d'application, par. 62 à 100).

20. Certains États autorisent les parties à recourir à un mécanisme permettant au constituant de vendre ses biens meubles au créancier garanti (sans transfert de la possession), à condition qu'il ait le droit de recouvrer la propriété des biens en remboursant le crédit représenté par le prix de vente. Ici, l'accord de vente (convention constitutive de sûreté) est suffisant pour la constitution et l'opposabilité. Si cette approche a l'avantage apparent de la simplicité, elle reste source de risques juridiques importants. Les tiers, notamment les créanciers garantis potentiels, n'ont aucun moyen objectif de vérifier si les biens en possession d'une personne font l'objet d'une sûreté réelle mobilière. En outre, en raison de la nature occulte du mécanisme, les États qui ont adopté cette approche jugent habituellement nécessaire de protéger les droits des tiers qui réalisent une opération sur les biens en possession du constituant sans avoir en fait connaissance du transfert antérieur de la propriété (sûreté réelle mobilière) au profit d'un créancier garanti. Ces risques juridiques réduisant la sécurité et la prévisibilité des sûretés, ils peuvent corrélativement avoir une incidence négative sur l'accès au crédit garanti et sur son coût.

21. D'autres États ont répondu à la nécessité pratique d'un financement garanti sans dépossession en sanctionnant les gages artificiels dans lesquels la simple possession virtuelle ou symbolique par le créancier est suffisante. Par exemple, selon cette approche, le constituant peut déclarer qu'il possède les biens grevés au profit du créancier garanti. Cette approche entraîne les mêmes risques juridiques que ceux qui ont été identifiés au paragraphe précédent. D'autres États encore ont réformé leur droit en vue de reconnaître de nouvelles formes de sûretés réelles mobilières sans dépossession sans régler dans le même temps de manière globale la question de la publicité. Ils tentent au lieu de cela de circonscrire le préjudice pouvant être porté aux droits des tiers par l'imposition de diverses formalités longues et coûteuses qui visent à limiter le champ de ces nouveaux mécanismes à des biens particuliers. Ils peuvent exiger par exemple que l'acte par lequel la sûreté est consentie soit conservé dans le cabinet d'un notaire et qu'il ne puisse être consulté qu'en ce lieu.

22. Certains États ont suivi d'autres approches, venant parfois s'ajouter à celles susmentionnées, consistant à s'inspirer du concept de l'inscription des sûretés sur un registre public dans le contexte immobilier et à l'adapter de manière à pouvoir assurer l'opposabilité des sûretés sur des biens meubles. Comme il a déjà été indiqué, le grand avantage que présente un registre public est qu'il offre aux créanciers garantis potentiels une source objective d'information pour déterminer si les biens d'une personne sont déjà grevés. En outre, un registre public alertant les autres créanciers du constituant et ceux qui achètent ses biens de l'existence potentielle d'une sûreté et de tout autre droit devant être enregistré, il n'est pas nécessaire d'établir des règles spéciales pour protéger les tiers contre le risque de droits "occultes" sur les biens d'une personne. Cet aspect vient donc renforcer la sécurité et la prévisibilité des sûretés réelles mobilières.

23. Les types de régimes d'enregistrement varient selon les États, mais ceux qui ont opté pour une stratégie de réforme globale ont souvent choisi de créer un registre général des sûretés pour tous les biens meubles. Pour les raisons examinées en détail dans la section suivante, c'est l'approche recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 32).

24. Même dans les États qui ont adopté un registre général des sûretés, différentes autres méthodes d'opposabilité peuvent exister, en fonction de la nature des biens grevés. Par exemple, presque tous ces États admettent toujours qu'une sûreté sur des biens meubles corporels puisse être rendue opposable par transfert de la possession des biens au créancier garanti. Certains d'entre eux continuent de considérer que le transfert de la possession lui-même vaut constitution d'une sûreté distincte appelée "gage" alors que d'autres considèrent la convention des parties comme l'acte constituant la sûreté réelle mobilière et le transfert de possession simplement comme une méthode d'opposabilité alternative à l'inscription. C'est cette seconde approche que recommande le *Guide* (voir recommandation 34).

25. Certains États ont aussi adopté comme alternative à la possession ou à l'inscription sur registre public des règles spécialisées de "contrôle" des biens grevés qui s'appliquent à l'opposabilité d'une sûreté sur un type de bien particulier, notamment un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire et un droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant. En outre, dans nombre de ces États, une sûreté sur un bien meuble attaché à un immeuble peut être rendue opposable par inscription sur le registre immobilier, soit en sus de l'enregistrement au registre général des sûretés, soit en lieu et place de cet enregistrement. Enfin, dans beaucoup d'États, une sûreté sur certains biens mobiles de grande valeur peut être inscrite sur un registre de la propriété (par exemple un registre des navires) ou annotée sur un certificat de propriété (par exemple dans le cas des automobiles).

26. Dans certains États, un régime séparé est aussi prévu pour les créances en ce sens qu'il est possible de rendre une sûreté sur une créance opposable en notifiant son existence au débiteur de la créance. Toutefois, cette approche est en contradiction avec les pratiques de financement modernes. En général, un cédant ne souhaite pas alerter ses clients (les débiteurs des créances) de l'existence d'une sûreté sur ses créances parce qu'une telle action conduirait les clients à s'interroger sur sa situation financière. En fait, même lorsque les créances sont cédées purement et simplement, le cessionnaire souhaite généralement laisser au cédant le soin de les recouvrer. En tout état de cause, la notification aux débiteurs des créances pour assurer l'opposabilité ne saurait assumer la fonction d'un registre, car les tiers devraient s'en remettre aux déclarations du cédant pour savoir qui pourrait être chacun de ces débiteurs. Compte tenu de ces pratiques, cette méthode d'opposabilité est progressivement abolie. Parmi les États qui ont adopté un registre général des sûretés, la notification au débiteur de la créance est invariablement traitée comme une simple technique de recouvrement ou de réalisation et non comme une méthode d'opposabilité. Dans ces États, l'enregistrement est considéré comme un moyen plus efficace, pour les cessionnaires, y compris les créanciers garantis, d'évaluer le risque en termes de priorité dès le début de l'opération, en particulier si la cession couvre toutes les créances présentes et futures du constituant. Sans cela, les cessionnaires risqueraient de perdre la priorité si un cessionnaire concurrent décidait d'adresser une notification au débiteur de la créance.

27. Dans la plupart de ces États, ces différentes méthodes d'opposabilité ne s'excluent pas les unes les autres. Par exemple, comme on l'a noté plus haut, ces États prévoient que,

lorsqu'une sûreté peut être rendue opposable par transfert de la possession au créancier garanti, elle peut également l'être par inscription sur un registre. Il s'ensuit que, lorsque différents types de biens sont couverts par la même convention constitutive de sûreté, la plupart des États prévoient que différentes méthodes peuvent être utilisées pour différents biens (voir recommandation 36). La seule exception reconnue dans le *Guide* au principe de non-exclusivité découle du caractère particulier des opérations sur les lettres de crédit (le *Guide* utilise le terme "engagement de garantie indépendant"; voir par. 149 à 153 ci-dessous et recommandation 35). Cela dit, dans les États qui ont créé un registre général des sûretés, il se peut que, dans la pratique, l'inscription soit la seule méthode d'opposabilité pour les sûretés sur certains types de biens (par exemple les créances) au sens où il n'y a pas d'autre méthode pour les rendre opposables.

28. Même si, en principe, ils exigent une formalité supplémentaire pour rendre une sûreté opposable, certains États prévoient un certain nombre d'exceptions où une sûreté est automatiquement opposable sans que le créancier garanti n'ait à l'inscrire, à prendre possession du bien ou à accomplir aucun autre acte visant à assurer une publicité formelle. Un exemple reconnu par certains États et examiné en détail plus loin dans le présent chapitre est celui d'une sûreté réelle mobilière en faveur de la banque dépositaire sur le droit du constituant au paiement des fonds crédités sur son compte bancaire (voir par. 138 à 148 ci-dessous). En règle générale, toutefois, dans la plupart des États, la sûreté ne devient opposable que si une formalité est accomplie à cette fin par une méthode visant à informer le public.

3. Inscription sur un registre général des sûretés

a) *Généralités*

29. Si l'inscription sur un registre public est une méthode d'opposabilité bien acceptée, les systèmes de registre des sûretés réelles mobilières varient considérablement. Dans beaucoup d'États, les prescriptions relatives à l'enregistrement ont évolué par ajouts successifs au fil du temps, formant ainsi au sein d'un même État une mosaïque de systèmes disparates organisés selon des critères divers. Certains de ces systèmes peuvent être organisés par référence au type d'opération (par exemple registres des réserves de propriété et des locations-ventes); d'autres par référence au statut du constituant (par exemple sociétés ou entreprises commerciales) ou à l'identité du créancier garanti (par exemple banques); d'autres encore par référence au type de bien grevé (par exemple matériel ou créances).

30. Les États ont également différentes approches des formalités requises pour l'inscription et, en particulier, de la question de savoir ce que les parties doivent soumettre pour demander l'inscription. Certains exigent qu'un résumé complet des droits énoncés dans la convention constitutive de sûreté soit enregistré. D'autres encore vont plus loin en exigeant que tous les documents relatifs à la sûreté soient enregistrés avec des certificats ou des déclarations sous serment attestant l'identité des parties, l'authenticité de leur signature et leur capacité juridique.

31. En particulier dans la seconde moitié du XX^{e} siècle, un nombre grandissant d'États en sont venus à créer de nouveaux registres ou à considérablement réorganiser leur

système de registre en vigueur, voire à le remplacer. Lorsque les systèmes existants étaient dispersés et fragmentés, les États les ont remplacés par un registre central général couvrant toutes les sûretés réelles mobilières, quelles que soient l'identité des parties, la nature des biens grevés ou la forme de l'opération donnant naissance à la sûreté. De même, les États qui ont établi pour la première fois un registre des sûretés sur les biens meubles ont tous opté pour un registre central général.

32. Les États qui ont réformé leurs registres de cette manière ont aussi beaucoup changé le mécanisme d'inscription. Le but était de substituer l'enregistrement d'un simple avis ne contenant qu'un minimum de renseignements sur la sûreté au système plus lourd consistant à enregistrer soit les documents relatifs à la sûreté, soit un résumé certifié de ces documents. En somme, dans ces systèmes, la convention constitutive de sûreté n'est pas enregistrée, et le système ne vérifie pas son existence ou son contenu. Un tel registre est généralement décrit comme un registre reposant sur l'inscription d'avis par opposition à un registre reposant sur l'inscription de documents.

33. Pour nombre d'États, l'adoption d'un registre reposant sur l'inscription d'avis s'écarte beaucoup de la notion généralement admise d'inscription d'une sûreté réelle mobilière. Même dans les États où toute la documentation n'est pas enregistrée, l'idée d'un registre reposant sur l'inscription de documents est que l'inscription offre aux utilisateurs effectuant une recherche dans ce registre une preuve effective ou à tout le moins une présomption de l'existence et de l'assiette de la sûreté visée dans l'inscription. Dans un système d'inscription d'avis, en revanche, l'inscription n'est qu'un moyen de faire savoir que le créancier garanti peut être titulaire d'une sûreté sur les biens décrits dans l'avis; comme examiné en détail au chapitre IV sur le registre, l'inscription peut précéder à la fois la conclusion de la convention constitutive de sûreté et l'acquisition par le constituant de droits sur les biens grevés décrits dans l'avis inscrit (voir chap. IV sur le registre, par. 98 à 101).

34. Conjugué à un fichier central, global et informatisé, le système d'inscription d'avis simplifie beaucoup les formalités d'inscription pour le créancier garanti et permet d'effectuer des enregistrements et des recherches de manière très efficace et très économique. C'est pourquoi le *Guide* recommande que les États créent un registre public: *a)* qui soit centralisé et général et qui englobe toutes les sûretés réelles mobilières; et *b)* qui exige uniquement l'inscription d'un avis donnant des renseignements sommaires sur la sûreté à laquelle il se rapporte. Le chapitre IV du *Guide* traite en détail de la conception et du fonctionnement du système (voir chap. IV sur le registre, par. 7 à 46). Le présent chapitre quant à lui souscrit à l'idée selon laquelle l'inscription d'un avis de sûreté dans un tel registre devrait être considérée comme une méthode d'opposabilité généralement utilisable pour la plupart des types de biens meubles (voir recommandation 32).

b) *Inscription en tant qu'acte distinct de la constitution*

35. Comme indiqué dans les précédents paragraphes, dans le système d'inscription d'avis du type recommandé dans le *Guide*, l'inscription est effectuée par enregistrement d'un simple avis ne contenant que des renseignements minimaux sur la sûreté à laquelle il se réfère. La convention constitutive de sûreté à laquelle l'avis se rapporte n'est pas enregistrée et son existence ou contenu ne sont pas non plus montrés au registre ou vérifiés par lui. Il

s'ensuit que l'inscription n'apporte pas la preuve de la constitution de la sûreté, et qu'elle n'est pas non plus nécessaire à sa constitution (voir recommandation 33).

36. Selon cette approche, il est impossible de savoir si une sûreté réelle mobilière existe effectivement en consultant le registre. Pour déterminer cette existence, il faut établir (en examinant des preuves et documents qui ne figurent pas sur le fichier du registre) si les parties ont satisfait aux conditions indépendantes requises pour la constitution de la sûreté (voir recommandations 13 à 15). De même, l'assiette de la sûreté dépend dans une certaine mesure de la description des biens grevés qui est faite dans la convention constitutive, et non dans l'avis inscrit. Par exemple, si la description dans la convention est plus étroite que celle figurant dans l'avis, elle l'emportera. En revanche, si la description dans l'avis enregistré est plus étroite que dans la convention, c'est elle qui déterminera l'étendue de l'opposabilité.

c) *L'inscription sans constitution est insuffisante pour assurer l'opposabilité*

37. L'inscription d'avis telle que recommandée dans le *Guide* a une conséquence importante: elle ne garantit pas l'existence effective d'une sûreté réelle mobilière. En d'autres termes, contrairement aux principes traditionnels de l'enregistrement dans de nombreux États, elle ne constitue même pas une présomption de l'existence de la sûreté. Elle n'entraîne donc pas d'elle-même l'opposabilité de la sûreté mentionnée dans l'avis. Cette opposabilité n'est acquise que si les conditions requises pour la constitution de la sûreté sont elles aussi satisfaites (voir recommandations 29 et 32).

38. Cette approche de l'inscription accroît considérablement la souplesse et l'efficacité du régime d'opérations garanties. Tout d'abord, si la constitution de la sûreté est certes une condition préalable à son opposabilité, elle n'a pas besoin de précéder l'inscription. Comme on l'a déjà expliqué (voir par. 33 plus haut), un avis de sûreté peut être inscrit soit avant, soit après la conclusion de la convention constitutive, même avant qu'une sûreté sur les biens décrits dans l'avis ne voie le jour (notamment lorsque la convention constitutive couvre des biens futurs).

39. L'ordre différent dans lequel peuvent intervenir la constitution de la sûreté et l'inscription d'un avis correspondant n'a généralement pas de conséquences majeures. Mais ce n'est pas toujours vrai. Le moment de la constitution importe si un tiers acquiert des droits sur les biens décrits dans l'avis après que l'inscription a eu lieu (par exemple à la suite d'un don, d'une vente, d'une procédure d'insolvabilité ou de l'exécution d'un jugement). Si les conditions relatives à la constitution étaient également satisfaites au moment où le tiers acquiert des droits, la sûreté lui sera opposable et son rang de priorité sera déterminé par les règles énoncées au chapitre V. En revanche, si les conditions de constitution n'étaient pas remplies, le tiers acquerra les biens libres de la sûreté constituée postérieurement, même s'il a consulté le registre et sait que le créancier garanti a inscrit un avis. Tant que la constitution et l'inscription n'ont pas toutes deux eu lieu, la sûreté n'est pas opposable.

40. Le principe selon lequel l'opposabilité remonte au moment où les deux exigences — constitution et inscription — sont satisfaites, et non pas seulement au moment de l'inscription, admet une nuance importante, qui a trait aux questions de priorité. En règle

générale, pour promouvoir la certitude et la transparence des droits entre les créanciers garantis, la priorité entre des sûretés réelles mobilières concurrentes qui ont été rendues opposables par inscription dépend de l'ordre d'inscription, et non du moment de la constitution (voir recommandation 76). C'est-à-dire que si, de deux créanciers garantis, l'un a inscrit un avis le premier, mais a constitué sa sûreté après que l'autre a non seulement constitué sa sûreté mais aussi enregistré un avis (c'est-à-dire qu'il a assuré l'opposabilité), c'est le premier inscrit qui aura la priorité.

d) *Extension du registre général des sûretés à d'autres opérations*

41. La mise en place d'un registre général des sûretés du type envisagé dans le *Guide* permet à ceux qui effectuent une recherche de découvrir les sûretés susceptibles de grever les biens du constituant et de prendre des mesures pour protéger leurs droits. Certains États qui ont adopté ce type de registre ont conclu que, bien que l'objectif premier du registre soit de constituer une source d'information sur les sûretés réelles mobilières potentielles, sa portée peut être utilement étendue pour conserver des informations relatives à d'autres types de droits sans dépossession sur des biens meubles.

42. L'idée d'utiliser un registre général des sûretés à d'autres fins que l'inscription d'avis concernant des sûretés réelles mobilières n'est pas nouvelle. Les États qui ont mis en place des registres spécialisés pour inscrire des sûretés grevant des droits à paiement (par exemple un droit sur une créance commerciale) prévoient parfois également l'inscription de leur cession pure et simple.

43. La plupart des États qui ont adopté un registre général des sûretés soumettent la cession pure et simple de créances aux mêmes règles d'inscription et de priorité que celles qui s'appliquent à une sûreté réelle mobilière sur des créances. La raison à cela est qu'il y a peu de différence en pratique, du point de vue des besoins de publicité des tiers, entre une cession pure et simple et une cession à titre de garantie et que, par conséquent, les règles devraient être les mêmes pour ces deux types d'opérations. C'est l'approche recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 32).

44. Certains États qui ont mis en place un registre général des sûretés font également de l'inscription une condition nécessaire à l'opposabilité des opérations par lesquelles est transférée la possession, mais non la propriété, de biens meubles corporels. Les deux cas les plus fréquents sont ceux des baux d'exploitation d'une durée significative (un an ou plus, par exemple) et des dépôts-ventes dans un contexte commercial, pour lesquels le dépositaire est en possession de stocks et agit en qualité de mandataire pour les vendre au nom du propriétaire. Cette approche se justifie par le fait qu'en l'absence d'inscription les tiers réalisant des opérations sur les biens meubles corporels en possession d'une entreprise commerciale n'ont aucun moyen objectif de déterminer si ceux-ci appartiennent à l'entreprise ou à un bailleur ou un déposant. Dans les États qui ont adopté cette approche, la priorité des droits du bailleur ou du déposant à l'égard des tiers est généralement soumise aux mêmes règles qui s'appliquent au détenteur d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition (voir chap. V sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière et IX sur le financement d'acquisitions). L'application aux baux véritables des règles d'inscription des sûretés réelles mobilières se retrouve au niveau international dans la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement

mobiles, qui étend la portée du registre international dont elle prévoit l'établissement au-delà des sûretés et des crédits-bails pour comprendre les baux d'exploitation.

45. S'agissant des biens immeubles, bon nombre d'États connaissent depuis longtemps la notion d'hypothèque judiciaire, qui permet à un créancier judiciaire d'inscrire une décision de justice lui accordant une somme d'argent sur les biens immeubles du débiteur judiciaire et d'obtenir ainsi un droit réel sur ces biens. Parmi les États qui ont adopté un registre général des sûretés, certains prévoient également que l'inscription d'un avis relatif à une décision de justice dans ce registre crée, en faveur du créancier judiciaire, l'équivalent d'une sûreté sur les biens meubles du débiteur judiciaire identifiés dans ledit avis. Cette approche peut indirectement favoriser le paiement volontaire des dettes judiciaires, car les tiers seront peu enclins à acheter les biens du débiteur judiciaire ou à prendre une sûreté dessus tant que celui-ci n'aura pas payé sa dette et que l'avis n'aura pas été radié. La possibilité pour un État adoptant de suivre cette approche est traitée dans le *Guide* par la recommandation sur la priorité entre un créancier garanti et un créancier judiciaire (voir recommandation 84).

46. Parmi les États qui ont adopté cette approche, certains prévoient que la sûreté réelle mobilière en faveur du créancier judiciaire cesse de produire effet une fois ouverte une procédure d'insolvabilité contre le constituant soit automatiquement, soit à la demande du représentant de l'insolvabilité, dans un délai déterminé à compter de son inscription. Dans d'autres États, le représentant de l'insolvabilité est en droit de faire valoir la sûreté du créancier judiciaire inscrit au bénéfice de tous les créanciers chirographaires (généralement sous réserve d'un privilège spécial en faveur de ce créancier en compensation de ses dépenses et de ses démarches). Dans les deux cas, l'objectif est de veiller à ce que les droits du créancier judiciaire inscrit n'entrent pas en conflit avec les principes de l'insolvabilité exigeant l'égalité de traitement entre les créanciers chirographaires du débiteur. Dans le second cas, les États cherchent à atteindre cet objectif tout en permettant au représentant de l'insolvabilité de faire valoir une priorité au bénéfice de tous les créanciers chirographaires par rapport aux créanciers garantis sur lesquels le créancier judiciaire inscrit avait la priorité avant l'insolvabilité. Le *Guide* ne fait pas de recommandation sur ce point, car la question relève davantage du droit de l'insolvabilité que de la loi sur les opérations garanties.

4. Possession

a) *Généralités*

47. Dans la plupart des États, le transfert de la possession de biens meubles corporels au créancier garanti (gage avec dépossession classique) est jugé suffisant tant pour prouver la constitution d'une sûreté réelle mobilière que pour la rendre opposable. Pour ce qui est de la constitution, il est suffisant parce qu'il prouve que le constituant consent implicitement à la sûreté et à l'assiette de cette sûreté. S'agissant de l'opposabilité, il n'informe pas à proprement parler le public de l'existence d'une sûreté, puisque le bénéficiaire du transfert peut être en possession des biens également dans le cadre d'un arrangement non constitutif de sûreté (par exemple un bail d'exploitation ou un simple dépôt), mais il élimine le risque que des tiers ne pensent à tort, du fait que le constituant a toujours la possession des biens, qu'il détient un droit de propriété non grevé sur ces biens.

48. Dans certains États, l'inscription d'un avis dans un registre général des sûretés remplace la possession pour devenir le mode d'opposabilité exclusif des sûretés sur des biens meubles (comme c'est le cas généralement pour les biens immeubles). Trois raisons, intimement liées, sont invoquées à cet égard. La première est que la possession compromet la fiabilité du registre comme source complète d'informations relatives à l'existence potentielle de sûretés sur les biens d'un constituant. Des créanciers garantis ou des acheteurs potentiels ne peuvent pas se fier au résultat d'une recherche dans le registre pour conclure que le bien en question n'est pas grevé. Au contraire, ils doivent encore vérifier que le bien se trouve toujours en possession du constituant. La deuxième raison a trait aux difficultés liées à la preuve. Alors que l'inscription établit le moment objectif auquel une sûreté devient opposable afin de déterminer sa priorité, un transfert de la possession exige une preuve, qui peut être contestée, du moment où le transfert physique de la possession a effectivement eu lieu. La troisième raison est que les tiers peuvent croire à tort que le créancier auquel la possession a été transférée détient un bien non grevé sur lequel il peut consentir une sûreté. En d'autres termes, le transfert de la possession du bien au créancier ne garantit pas en soi que celui-ci a le droit de grever le bien.

49. Malgré ces problèmes, la plupart des États qui ont institué un registre général des sûretés conservent aussi le transfert de possession comme mode alternatif d'opposabilité pour certains types de biens. Ce choix s'explique par plusieurs raisons. Le caractère suffisant de la possession comme mode d'opposabilité est bien établi dans la pratique commerciale. De plus, le transfert de possession en tant que mode d'opposabilité devrait de toute façon rester possible pour les documents et instruments négociables, afin de préserver leur négociabilité et la priorité correspondante. S'agissant du risque de nuire au caractère global du fichier du registre, un créancier garanti ou un acheteur potentiel voudra généralement vérifier si les biens concernés existent réellement (dans la mesure où il n'existe pas de registre général pour la propriété des biens meubles) et il devra vérifier, à cet effet, que le constituant en a toujours la possession. Par ailleurs, il y a peu de chances que la question de la preuve du moment du transfert crée des difficultés dans la pratique. Dans son propre intérêt, un créancier garanti prudent s'assurera que le moment où il a acquis la possession est bien documenté. Enfin, compte tenu de la nature de l'activité du créancier garanti (par exemple prêteur sur gages), il est généralement peu probable que les tiers soient induits en erreur s'agissant de savoir si le créancier est en possession du bien en qualité de propriétaire ou de créancier garanti (gagiste).

50. Dans les États qui acceptent à la fois l'inscription et la possession par le créancier comme méthodes alternatives d'opposabilité, ces deux méthodes, du point de vue pratique, ne sont pas égales. Premièrement, le transfert de la possession n'est possible que si le bien en question peut être possédé physiquement (c'est-à-dire s'il s'agit d'un bien meuble corporel). Deuxièmement, il n'est viable que si le constituant est disposé à ne plus continuer à utiliser les biens grevés, ce qui n'est pas faisable s'il doit conserver les biens pour produire ses services, fabriquer ses produits finis ou générer des revenus.

51. C'est pourquoi, dès qu'un système global et efficace d'inscription d'avis existe, la grande majorité des créanciers garantis tendent à préférer l'inscription à la possession pour rendre leur sûreté opposable. Les deux principales exceptions concernent des opérations ou des biens particuliers et impliquent généralement un financement à court terme. Ainsi, lorsque la possession confère un avantage en termes de priorité, comme dans le cas des instruments et documents négociables, les créanciers garantis voudront prendre possession

du bien, même s'ils ont déjà inscrit une sûreté (voir recommandations 101 et 109). De plus, lorsque l'activité professionnelle du créancier garanti consiste à prendre des sûretés réelles mobilières avec dépossession (comme c'est le cas du prêteur sur gages), il est rare qu'il inscrive également ses sûretés. Étant donné: *a)* que le gage avec dépossession est un concept bien connu et compris dans la plupart des États; *b)* qu'il peut y avoir des avantages à autoriser la prise de possession comme mode d'opposabilité; et *c)* que les atteintes au caractère global du registre ne sont pas essentielles, le *Guide* adopte, comme modes alternatifs d'opposabilité d'une sûreté sur des biens meubles corporels, tant l'inscription d'un avis que le transfert de la possession au créancier garanti (voir recommandation 37).

b) *Caractère insuffisant de la possession virtuelle*

52. Le fait qu'un bien reste en possession du constituant ou d'une personne qui lui est associée de près ne permet normalement pas d'attirer l'attention des tiers sur la possibilité que la propriété du constituant soit grevée, d'où le principe déjà ancien selon lequel le gage traditionnel exige le transfert effectif de la possession des biens engagés du constituant (autrement dit la personne qui consent le gage) au créancier garanti (créancier gagiste). Toutefois, comme indiqué précédemment dans le présent chapitre (voir par. 21 ci-dessus), quelques États ont assoupli au fil du temps les règles qui définissent la possession par le créancier. Dans certains, la possession virtuelle (par exemple un accord désignant le constituant comme mandataire du créancier garanti) a été jugée suffisante pour valoir possession et rendre opposable une sûreté sur des biens meubles corporels. Dans d'autres, la possession symbolique, qui consiste par exemple pour le constituant à apposer, sur un objet ou sur la porte d'un établissement, une note déclarant que l'objet ou le contenu de l'établissement en question ont été engagés en faveur du créancier garanti, est devenue acceptable. Ces développements ont généralement été le fruit de la volonté des États de répondre à la demande commerciale de sûretés réelles mobilières sans dépossession en l'absence d'un mécanisme plus général permettant de rendre opposables les sûretés sans dépossession sur des biens meubles. Cela dit, nombre d'États qui n'autorisent pas aujourd'hui les sûretés sans dépossession continuent néanmoins d'exiger strictement que la possession par le créancier soit réelle: elle doit être publique, continue et claire (pour ce qui est de la possession en tant que condition de la constitution d'une sûreté réelle mobilière avec dépossession, voir chap. II, par. 33).

53. Les États qui ont institué un registre général des sûretés tout en continuant d'autoriser la prise de possession par le créancier comme mode alternatif d'opposabilité adoptent généralement une définition stricte de cette possession, en exigeant que le constituant renonce réellement à la garde physique des biens grevés. En effet, puisque l'existence d'un registre des sûretés permet de consentir des sûretés réelles mobilières sans dépossession, il n'est pas nécessaire, pour faciliter ces sûretés, d'assouplir le concept de possession. C'est également le raisonnement qu'adopte le *Guide* et l'approche qu'il recommande (voir Introduction, sect. B, Terminologie et interprétation, terme "possession", et recommandations 15 et 32, chap. II et III).

c) *Entiercement*

54. La plupart des États estiment que le transfert de la possession ne doit pas forcément impliquer la garde directe des biens par le créancier garanti pour que la sûreté soit

opposable. La mise en possession d'un mandataire ou d'un représentant du créancier garanti équivaut à la mise en possession du créancier même, pour autant qu'un observateur objectif ne conclue pas que les biens grevés restent en la possession du constituant. La mise en possession d'un tiers ou entiercement peut être préférable pour diverses raisons pratiques.

55. Dans certains cas, le créancier garanti n'a pas la capacité de conserver des biens grevés de manière adéquate. Un dépositaire qui agit pour son compte prendra alors généralement la possession en son nom, ce qui peut être utile, par exemple, dans le cas de diamants, d'or, d'argent ou d'autres métaux précieux qu'il est préférable de conserver dans une entreprise de sécurité.

56. Dans d'autres cas, il se peut que les biens grevés soient déjà en possession d'un tiers transporteur ou propriétaire d'un entrepôt. Une forme d'opposabilité par possession est alors possible lorsque le tiers émet un récépissé au nom du créancier garanti ou accepte de détenir les biens grevés pour son compte; les actes du tiers confirment qu'il est en possession des biens pour le compte du créancier garanti.

57. Si le tiers transporteur ou propriétaire de l'entrepôt émet son récépissé sous la forme d'un document négociable formant titre, il est alors obligé de remettre les biens représentés par le document à la personne qui est en sa possession. Comme on le verra dans le présent chapitre (voir par. 154 à 158 ci-dessous), la remise du document avec tout endossement nécessaire au créancier garanti constitue ainsi un autre moyen de rendre opposable une sûreté sur les biens qu'il représente.

58. La possibilité pour un mandataire ou un représentant d'assurer la garde des biens grevés pour le compte du créancier garanti améliore l'efficacité des sûretés réelles mobilières avec dépossession en permettant aux créanciers de déléguer cette tâche sans préjudice des droits des tiers. C'est pourquoi le *Guide* confirme que la mise en possession du créancier peut se faire par entiercement (voir Introduction, sect. B, Terminologie et interprétation, terme "possession", et recommandations 15 et 32, chap. II et III).

59. Dans certains États, l'idée d'entiercement a été étendue pour que les biens grevés n'aient pas à être physiquement sortis des locaux du constituant. Dans les arrangements de "magasins de campagne", par exemple, un représentant du créancier garanti (habituellement un salarié du constituant qui devient mandataire pour le magasin de campagne) prend la possession matérielle des biens grevés dans les locaux du constituant (en les plaçant, par exemple, dans un entrepôt fermé dont il est le seul à avoir la clef). Le consentement du créancier garanti par l'intermédiaire de son représentant est nécessaire pour que les biens du "magasin de campagne" puissent être remis au constituant.

60. Les arrangements de "magasin de campagne" sont surtout courants dans les États où le gage avec dépossession est la seule forme possible de sûreté sur des biens meubles. Dans les États qui offrent l'option du registre public, un créancier garanti pourra toujours préférer contracter un tel arrangement à des fins pratiques de surveillance du mouvement des biens grevés. Généralement, cependant, il inscrira aussi un avis concernant sa sûreté pour que l'opposabilité soit certaine même si l'arrangement de "magasin de campagne" est contesté avec succès au motif qu'il ne porte que sur un transfert de possession virtuel et non effectif.

d) *Inapplicabilité du concept de possession aux biens meubles incorporels*

61. La possession comme mode possible d'opposabilité repose sur l'idée que la garde matérielle d'un bien est transparente. C'est pourquoi les États qui autorisent la constitution de sûretés réelles mobilières au moyen de contrats de gage exigent que les biens grevés soient des biens meubles corporels. Les biens meubles incorporels sont exclus parce qu'il n'est pas possible d'en prendre physiquement possession. Très souvent, un créancier souhaitera prendre une sûreté sur les créances du constituant, mais ne pourra la rendre opposable par possession. Ce n'est que si les créances sont rendues corporelles dans un instrument négociable que le créancier peut assurer l'opposabilité en prenant la garde matérielle de l'instrument. Par contre, si le créancier garanti obtient la garde matérielle d'un certificat de dépôt ou d'un autre instrument qui ne fait que constater une dette mais qui n'est pas considéré comme négociable par le droit régissant les instruments négociables, cette garde ne constitue pas en principe un mode d'opposabilité de la sûreté sur les créances constatées par ledit certificat ou instrument. De même, si un constituant cherche à consentir une sûreté sur son droit en tant que preneur à bail d'un élément de matériel, il ne peut la rendre opposable en remettant le matériel (dont il n'est pas le propriétaire) ni en remettant le contrat de bail au créancier garanti, parce que ce dernier n'est pas un titre représentatif (sur les règles spéciales applicables à la possession des documents formant titre, voir par. 154 à 158 ci-après).

e) *Adéquation de la possession aux fins de la réalisation*

62. Tous les créanciers garantis ne chercheront pas immédiatement à rendre leur sûreté opposable au moment où elle est constituée. Il se peut que, pour une raison ou une autre, ils n'inscrivent pas d'avis au registre général des sûretés, ni ne prennent possession des biens grevés. Dans ces cas, il est nécessaire de déterminer les conditions dans lesquelles la mise en possession ultérieure du créancier constituera tout de même un mode d'opposabilité.

63. Deux types de situation sont possibles: le créancier garanti peut prendre possession des biens grevés avant la défaillance du constituant (autrement dit le non-paiement ou l'inexécution de l'obligation garantie) ou après. Dans le premier cas (possession avant défaillance), tous les États autorisent le créancier à rendre sa sûreté opposable par simple prise de possession des biens grevés du constituant. La possession peut être obtenue soit parce que le constituant remet volontairement les biens au créancier, soit parce que ce dernier a obtenu une décision judiciaire à cet effet (en dehors du processus de réalisation de la sûreté) pour le motif que la mise en possession était stipulée dans la convention constitutive de sûreté.

64. Dans le second cas (possession après défaillance), les États suivent des approches différentes. Dans certains, une sûreté n'est pas rendue opposable par prise de possession lorsque cette dernière résulte de la saisie réalisée par le créancier garanti suite à la défaillance du constituant. Cette approche s'explique tant par des considérations conceptuelles que par des considérations de principe. Sur le plan conceptuel, le constituant remet volontairement la possession au créancier garanti au début de l'opération garantie parce que les deux parties reconnaissent que les droits du créancier à l'égard des tiers doivent être protégés de cette manière. La saisie à des fins de réalisation implique généralement

que le constituant renonce contre son gré à la possession des biens grevés suite à sa défaillance. De plus, même lorsqu'il remet volontairement les biens, il le fait devant la menace coercitive d'une procédure d'exécution. La considération de principe tient au fait que la saisie à des fins de réalisation sera généralement employée par un créancier garanti qui n'a pas inscrit d'avis relatif à sa sûreté ou qui ne l'a pas fait en bonne et due forme. Surtout en cas de concurrence avec le représentant de l'insolvabilité du constituant, on craint que le fait de considérer la saisie comme un acte suffisant pour rendre une sûreté opposable ne récompense une conduite imprudente ou n'encourage une réalisation hâtive ou encore ne soulève des questions difficiles de preuve, s'agissant de savoir si la saisie a eu lieu avant ou après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

65. Dans d'autres États, par contre, les motifs et le contexte de la prise de possession par le créancier n'entrent pas en ligne de compte pour déterminer les conséquences juridiques de cette possession. Dans ces États, la possession par le créancier garanti entraîne l'opposabilité même lorsqu'il l'obtient par la saisie des biens grevés à des fins de réalisation. Cette approche repose sur le principe selon lequel la possession a pour fonction d'éviter que les tiers ne soient lésés par l'apparence trompeuse de richesse liée au fait que le constituant reste en possession de biens grevés. La possession par le créancier garanti remplit cet objectif indépendamment du motif de la prise de possession ou des circonstances dans lesquelles la possession est obtenue.

66. Comme on l'a vu, la question se pose principalement en cas de conflit de priorité entre un créancier garanti et le représentant de l'insolvabilité du constituant. Le *Guide* ne contient donc pas de recommandation particulière à ce sujet, mais s'en remet au régime de l'insolvabilité des États (voir Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, deuxième partie, chap. V, par. 57, 62 à 65 et 67 à 71).

5. Inscription sur un registre spécialisé ou annotation sur un certificat de propriété

a) *Généralités*

67. Les deux modes principaux d'opposabilité examinés plus haut (l'inscription sur un registre général des sûretés et la mise en possession du créancier) présupposent que l'objectif premier est de signaler aux tiers l'existence possible d'une sûreté. Même dans les États qui ont déjà institué des registres fragmentés, notamment organisés en fonction du type d'opération (par exemple registres de gages commerciaux), du statut du constituant (par exemple registres de sociétés), du type de créancier garanti (banques, par exemple) ou du type de biens grevés (registres de matériel ou de créances), ces registres portent essentiellement sur les sûretés réelles mobilières. Ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'ils sont ouverts à l'inscription d'opérations qui ne sont pas des sûretés réelles mobilières ou ne sont pas destinées à l'être (par exemple cessions pures et simples de créances, baux de longue durée et dépôts-ventes à des fins commerciales).

68. Dans de nombreux États, cependant, il existe depuis longtemps d'autres moyens d'assurer la publicité des droits. Parfois, un registre spécialisé portant sur des biens particuliers peut être établi pour enregistrer toutes les opérations les concernant, notamment

l'acquisition et le transfert de la propriété et les sûretés. Ce type de registre prend pour modèle le registre standard des droits sur les immeubles, dans lequel la propriété, les droits réels, les servitudes publiques, voire les avis informant le public de l'imminence d'une procédure judiciaire peuvent généralement être inscrits. Les registres spécialisés de biens meubles portent le plus souvent sur des catégories spécifiques de biens comme les navires, les aéronefs et certains types de propriété intellectuelle comme les brevets, les droits d'auteur et les marques. Les États ont également créé des systèmes où certains types de biens meubles sont identifiés par un certificat de propriété, sur lequel peuvent être directement annotées les différentes opérations liées à ces biens (y compris souvent les sûretés). Ces mécanismes ont prouvé leur utilité au fil du temps si bien que, même dans les États qui ont institué un registre général des sûretés, ils sont souvent conservés comme mode d'opposabilité alternatif à l'inscription et à la mise en possession du créancier.

b) *Inscription sur un registre spécialisé*

69. Les règles de fond et de forme qui régissent l'inscription sur un registre spécialisé sont normalement énoncées dans la loi qui institue le registre et dans la réglementation connexe. Les registres spécialisés se caractérisent généralement par le fait qu'ils portent sur des types particuliers de biens (par exemple navires, aéronefs, brevets ou marques) et qu'ils permettent, par conséquent, l'inscription de droits sur ces biens. Une autre caractéristique est qu'ils sont avant tout des registres de la propriété. Parce que l'inscription d'un transfert non autorisé risque de léser le bénéficiaire d'un transfert ou le créancier garanti qui se fie au fichier du registre, le droit régissant l'inscription sur des registres spécialisés exige généralement, en cas de transfert de la propriété, que les personnes procédant à l'enregistrement apportent la preuve des documents sur lesquels repose ce transfert. Selon les règles applicables en l'espèce, ces personnes peuvent être tenues d'inscrire l'intégralité des documents relatifs à l'opération ou un résumé de ces documents ou encore un avis. De plus, l'inscription d'une sûreté réelle mobilière sur un registre spécialisé peut avoir différentes conséquences juridiques allant de la constitution ou de l'opposabilité à des effets probatoires, déclaratifs ou en matière de réglementation. Un registre spécialisé peut donc servir non seulement à assurer la publicité et l'opposabilité de droits, mais remplir également des fonctions importantes plus larges qu'un registre général des sûretés ne saurait assumer. Ainsi, les registres relatifs aux navires et aux aéronefs sont deux exemples largement reconnus de registre spécialisé qui, en plus de faciliter les opérations commerciales, répondent aux impératifs de la réglementation concernant la sécurité au niveau international et aux préoccupations de sûreté des États au niveau national.

70. Lorsqu'existent des registres spécialisés de la propriété portant sur des biens particuliers, les États doivent d'abord déterminer si les sûretés réelles mobilières sur ces biens peuvent y être inscrites. De nombreux États n'autorisent pas une telle inscription et les créanciers doivent, pour assurer la publicité de leur sûreté, procéder à l'inscription de conventions telles que des transferts de propriété conditionnels. Comme on l'a déjà expliqué (voir chap. I sur le champ d'application, par. 110 à 112), le *Guide* n'est pas favorable au maintien de ces mécanismes de transfert de la propriété comme moyen d'accorder une sûreté réelle mobilière. En conséquence, il part du principe que lorsqu'un État tient un registre spécialisé, il autorisera l'inscription d'un avis de sûreté comme mode d'opposabilité (voir recommandations 34, al. *a* iii, et 38, al. *a*).

71. Les États qui tiennent des registres spécialisés dans lesquels peuvent être inscrits des avis relatifs à une sûreté doivent déterminer si l'inscription sur de tels registres sera le seul moyen de rendre opposables des sûretés sur les biens qu'ils couvrent. La pratique varie, même entre différents registres d'un même État. Certains États qui autorisent l'inscription sur un registre spécialisé d'un avis de sûreté sur certains types de biens pour la rendre opposable font de cette inscription un mode d'opposabilité exclusif. Le créancier garanti ne peut opposer aucun droit sur le bien aux tiers s'il n'a pas inscrit d'avis ou d'autre document relatif à ce droit sur le registre spécialisé. D'autres États adoptent une position moins absolue et autorisent plusieurs modes d'opposabilité des sûretés sur des biens couverts par le registre spécialisé. Ils estiment qu'à l'exception des réclamants concurrents qui cherchent à protéger leurs droits en inscrivant un avis sur le registre spécialisé et qui se sont fiés au registre à leur détriment, il n'y a pas de raison que l'opposabilité à tous les autres tiers ne puisse être obtenue par d'autres méthodes généralement disponibles, notamment par l'inscription sur le registre général des sûretés ou, quand cela est possible, par un transfert de la possession des biens grevés. C'est l'approche recommandée dans le *Guide* (voir recommandations 32 et 34).

72. Cependant, dans ces États, lorsque la sûreté a été rendue opposable par l'une de ces autres méthodes, elle est primée par les droits concurrents des créanciers garantis et des bénéficiaires du transfert des biens grevés qui ont été inscrits sur le registre spécialisé. Ainsi, entre une sûreté inscrite sur le registre général des sûretés et une autre inscrite sur le registre spécialisé, la première est subordonnée à la seconde indépendamment de la date à laquelle l'inscription a été faite sur les deux registres. Néanmoins, en étant autorisé à rendre sa sûreté opposable également par une inscription sur le registre général des sûretés, un créancier garanti qui prend une sûreté sur l'ensemble des biens meubles du constituant ou sur des catégories génériques de biens peut se protéger contre le représentant de l'insolvabilité du constituant ou contre les créanciers judiciaires en procédant à une seule inscription sur le registre général des sûretés.

73. Selon cette approche, l'inscription sur le registre spécialisé est nécessaire dans la pratique uniquement si le créancier garanti estime que le risque de constitution non autorisée d'une sûreté en faveur d'un créancier garanti concurrent ou de transfert à un bénéficiaire qui procède à une inscription sur le registre est suffisamment élevé pour justifier la charge que représente une inscription supplémentaire sur ce registre. Compte tenu du nombre limité de registres spécialisés et des types de biens qu'ils visent, le fait de donner la priorité aux droits inscrits sur ces registres ne compromet pas de manière importante l'efficacité ni l'intégrité du registre général des sûretés. Pour ces raisons, le *Guide* recommande que, lorsque des registres spécialisés existent, l'opposabilité puisse néanmoins être obtenue par d'autres méthodes telles que l'inscription sur le registre général ou la mise en possession du créancier, sous réserve que le rang de priorité supérieur des personnes qui procèdent à l'inscription sur le registre spécialisé soit protégé (voir recommandations 38, 77 et 78).

74. Bien que le *Guide* ne formule pas de recommandation sur le droit régissant les registres spécialisés, les motifs d'efficacité justifiant l'adoption d'une approche consistant à inscrire des avis pour rendre les sûretés opposables valent également en principe pour les registres spécialisés. Aussi, les États qui tiennent ces registres envisageront-ils peut-être de réformer leur droit relatif aux registres spécialisés pour autoriser l'inscription d'un avis de sûreté comme méthode d'opposabilité, en incorporant dans ce droit l'ensemble

des autres caractéristiques d'un système reposant sur l'inscription d'avis (voir le chapitre IV sur le système de registre en général, et en particulier la section A.10; voir également la recommandation 38).

c) *Coordination des inscriptions sur un registre spécialisé et sur un registre général des sûretés*

75. Le *Guide* part du principe que lorsqu'en vertu d'un autre droit des avis ou des documents relatifs à des sûretés grevant des types particuliers de biens peuvent être inscrits sur un registre spécialisé, l'opposabilité de ces sûretés peut être assurée par inscription sur ce registre spécialisé ou sur un registre général des sûretés (voir recommandation 38). Toutefois, il ne recommande pas l'inscription de tels avis ou documents dans un registre spécialisé lorsqu'en vertu d'un autre droit cette inscription n'est pas possible. Il ne recommande pas non plus de double inscription dans tous les cas.

76. Il se peut qu'un créancier garanti doive inscrire un avis concernant sa sûreté dans le registre général des sûretés ou un avis ou document dans le registre spécialisé approprié, selon qu'il souhaite ou non obtenir la priorité sur l'ensemble des réclamants concurrents. Dans certains cas, il lui suffira d'inscrire sa sûreté dans le registre général des sûretés (par exemple, lorsqu'il est peu probable que d'autres créanciers garantis feront valoir un droit inscrit dans un registre spécialisé). Dans d'autres cas, il lui faudra inscrire sa sûreté dans un registre spécialisé (par exemple, lorsqu'il est probable que d'autres créanciers garantis feront valoir un droit inscrit dans un registre spécialisé ou que se présenteront d'autres tiers comme des personnes portant atteinte à la propriété intellectuelle). Dans d'autres cas encore, il sera de l'intérêt du créancier garanti d'inscrire un avis concernant sa sûreté dans les deux registres. Il en sera souvent ainsi lorsque la sûreté initiale grève l'ensemble des biens du constituant et que certains d'entre eux sont des biens dont les sûretés sont soumises à inscription dans un registre spécialisé.

77. Plutôt que de demander au créancier garanti dans ces cas d'inscrire sa sûreté dans les deux types de registre, il peut être souhaitable de mettre en place un système dans lequel les sûretés qui sont inscrites au registre général sont automatiquement transmises pour inscription au registre spécialisé et vice versa. Ainsi, la personne procédant à l'inscription ne devra en faire qu'une seule soit au registre général des sûretés, soit au registre spécialisé approprié. La personne effectuant une recherche ne devra la faire que dans le registre spécialisé car celui-ci fera apparaître non seulement les sûretés, mais aussi d'autres droits. Toutefois, cette approche exigera une coordination des systèmes d'inscription et imposera des charges supplémentaires à la fois aux registres et aux personnes qui procèdent à l'inscription. Étant donné que les registres spécialisés reposent sur des biens, pour qu'un avis de sûreté inscrit dans le registre général puisse être inscrit dans un registre spécialisé, la personne procédant à l'inscription devra décrire de manière précise dans l'avis les biens correspondants. Par exemple, elle devra indiquer expressément qu'un avis portant sur "tous les biens meubles corporels" inclut des biens meubles corporels particuliers (par exemple navires ou aéronefs) soumis à inscription dans le registre spécialisé et les décrire suivant les modalités requises pour une inscription dans ce registre. De même, si l'avis initial couvre "tous les biens", le créancier garanti devrait mentionner de manière précise les brevets ou marques devant être grevés dans des termes qui permettraient l'inscription dans le registre des brevets ou des marques (selon le cas) s'il souhaitait inscrire sa sûreté sur cette propriété intellectuelle dans ce registre.

78. En outre, pour que ce système de transmission d'avis du registre général au registre spécialisé fonctionne, le second doit accepter les avis concernant les sûretés réelles mobilières. Pour faciliter la recherche de sûretés sur les biens des personnes, le registre spécialisé devrait avoir, outre l'index habituel des biens, un index des débiteurs. De plus, le personnel du registre devrait vérifier les données qui figurent dans l'avis et les saisir dans le système de l'autre registre. Cette exigence peut être jugée incompatible avec le principe (examiné en détail au chapitre IV du *Guide* sur le registre, par. 13 et 16) selon lequel, pour des raisons d'efficacité et de maîtrise des coûts, la vérification par le personnel du registre ne devrait pas être un préalable à l'inscription dans le registre général des sûretés. C'est pourquoi il faudrait envisager d'autoriser la transmission électronique des avis sans que le personnel du registre ait à intervenir. Une autre solution serait de laisser la possibilité au créancier garanti de procéder à l'inscription dans l'autre système, ce qui ne devrait pas constituer une charge excessive si l'on ajuste les conditions fixées pour l'inscription dans cet autre système de manière à permettre l'inscription de simples avis.

79. Des difficultés similaires pourraient se poser si un avis ou un autre document concernant une sûreté réelle mobilière inscrite dans un registre spécialisé était transmis au registre général des sûretés. Les informations conservées dans le registre spécialisé devraient en outre être saisies dans le registre général sous une forme qui soit acceptable; cette tâche pourrait être confiée au personnel du registre ou aux personnes procédant à l'inscription. Par ailleurs, le registre général des sûretés devrait tenir, outre l'index habituel des débiteurs, un index des biens pour faciliter les recherches par nom du débiteur et par descriptif des biens.

80. En lieu et place d'un système de transmission des avis d'un registre à un autre, on pourrait envisager un système de portail commun offrant un accès à la fois au registre général des sûretés et à divers registres spécialisés. Un tel portail commun permettrait aux personnes procédant à l'inscription d'enregistrer l'avis simultanément dans les deux registres. Plusieurs mesures devraient être prises pour garantir l'efficacité de ce portail.

81. Premièrement, il serait nécessaire que le registre spécialisé accepte l'inscription des sûretés réelles mobilières par un simple avis du type qui conviendrait au registre général des sûretés. Deuxièmement, les personnes procédant à l'inscription seraient tenues d'inclure dans l'avis à la fois le nom du constituant (aux fins du registre général des sûretés) et un descriptif précis des biens sous une forme qui permettrait l'inscription de l'avis dans le registre spécialisé. Dans de nombreux cas, notamment celui des descriptions de catégories de biens, ce descriptif devra être beaucoup plus détaillé qu'il ne le faut pour un avis inscrit dans le registre général des sûretés. Troisièmement, un portail commun ne serait efficace que s'il était également possible de faire des recherches dans les deux registres en soumettant une seule demande. En effet, la personne effectuant une recherche souhaitera peut-être savoir si un bien particulier qui entrerait dans une catégorie de biens grevés d'une sûreté inscrite dans le registre général fait également l'objet d'une inscription spécifique dans le registre spécialisé. S'il est possible qu'elle connaisse le nom du constituant, en termes de catégorie de biens (par exemple un navire ou un brevet), elle pourrait ne pas connaître l'identifiant précis de ce bien dans le registre spécialisé. Afin que le portail commun fonctionne bien pour les personnes effectuant des recherches, il serait donc nécessaire de tenir des index à la fois sur les constituants et sur les biens et d'établir des renvois entre les deux.

82. Si le *Guide* envisage que les États puissent souhaiter moderniser leurs différents registres spécialisés (voir, en général, le chapitre IV sur le registre et, en particulier, la section A.10), il ne formule pas de recommandation particulière sur la manière dont les États devraient assurer la coordination la plus efficace des inscriptions qui seront faites à la fois dans le registre général des sûretés et dans tout registre spécialisé de biens meubles.

d) *Annotation sur un certificat de propriété*

83. Bien que la plupart des États aient des systèmes d'inscription pour la propriété et le transfert de la propriété des véhicules automobiles et de biens similaires, ces systèmes ne sont généralement pas considérés comme établissant la propriété aux fins d'opérations commerciales. Leur fonction est avant tout administrative, en ce sens qu'ils permettent aux autorités de retrouver le propriétaire en cas d'accident ou de violation des règles pénales ou des normes de sécurité, et de répartir les obligations et les responsabilités au titre de l'assurance obligatoire. Ces systèmes de registre ne servent pas à rendre les droits du propriétaire opposables. Ils ne peuvent donc pas être consultés par le public.

84. Ces régimes d'enregistrement de véhicules délivrent généralement au propriétaire un certificat d'enregistrement. Une vente du véhicule entraîne toujours la remise par le propriétaire de l'ancien certificat à l'administration compétente, qui émet ensuite un nouveau certificat au nom du nouveau propriétaire. Dans certains États, le certificat d'enregistrement de la propriété sert à assurer la publicité des sûretés sur le bien représenté par le certificat. Dans ces États, l'annotation de la sûreté au recto du certificat est considérée comme suffisante pour rendre la sûreté indiquée opposable.

85. Dans les États où ce type de système d'annotation sur les certificats existe déjà et semble bien fonctionner dans la pratique, on ne voit guère pourquoi il faudrait l'abolir lorsqu'un régime moderne de sûretés réelles mobilières est mis en place. Il sera néanmoins nécessaire d'étudier la relation entre le système existant et les autres modes d'opposabilité autorisés par le nouveau régime. Habituellement, l'annotation sur un certificat de propriété suffit pour rendre opposable une sûreté sur un bien meuble corporel soumis au système. L'inscription sur le registre général des sûretés et la prise de possession par le créancier sont deux autres méthodes. Si, cependant, l'une de ces deux méthodes est utilisée, la sûreté ainsi rendue opposable sera généralement subordonnée aux droits d'un acheteur ou créancier garanti concurrent qui aura eu recours au système d'annotation sur le certificat.

86. Ces systèmes d'annotation sur le certificat ne visant qu'un nombre limité de biens et étant suffisamment connus dans les États qui les ont adoptés, l'octroi d'un droit prioritaire supérieur à ceux qui les utilisent ne compromet pas de manière importante l'efficacité du registre général des sûretés. Comme l'approche suivie en matière d'inscription sur un registre spécialisé de la propriété, la présente approche vise à préserver la fiabilité et l'intégrité du système de certificat de propriété tout en renforçant la souplesse et l'efficacité du système général des opérations garanties. Aussi le *Guide* recommande-t-il à la fois qu'une sûreté réelle mobilière puisse être rendue opposable par simple annotation sur un certificat de propriété et que la priorité d'une sûreté inscrite uniquement sur le registre général des sûretés soit subordonnée aux droits d'un réclamant concurrent qui aura annoté ses droits sur le certificat de propriété (voir recommandations 38, 77 et 78).

6. Opposabilité automatique d'une sûreté réelle mobilière sur le produit

87. Les biens grevés peuvent être vendus et revendus aussi longtemps que l'obligation garantie n'est pas remboursée et tant qu'il n'y a pas défaillance. Que la vente soit autorisée (comme c'est généralement le cas pour les stocks) ou non (comme c'est habituellement le cas pour du matériel) par le créancier garanti dans la convention constitutive de sûreté ou dans une autre convention, la vente ou un autre acte de disposition des biens grevés engendrera normalement un produit, que ce soit sous la forme d'espèces, d'instruments négociables, de créances, d'autres biens reçus en échange ou d'une combinaison de ces éléments. Dans certains États, une sûreté sur tout produit (y compris tout produit du produit) issu du bien initialement grevé est automatiquement constituée dès que ce produit est généré, sous réserve qu'il reste identifiable. Comme on l'a vu au chapitre II (voir chap. II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, par. 72 à 85), c'est l'approche recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 19). Ce n'est cependant pas la seule question qui doive être examinée. Il faut également déterminer si le créancier garanti devrait procéder à une inscription ou prendre d'autres mesures pour rendre la sûreté sur le produit opposable.

88. Si les avis inscrits sur un registre général des sûretés sont généralement classés et indexés en fonction du nom du constituant ou d'un autre élément permettant de l'identifier, l'avis doit également contenir une description des biens grevés (voir recommandations 57 et 63). Il faut donc en premier lieu distinguer la situation dans laquelle la sûreté sur les biens initialement grevés a été rendue opposable par inscription d'un avis qui couvre les biens futurs et dans laquelle le produit est du même type que dans la description des biens futurs figurant dans l'avis inscrit. Si, par exemple, l'avis décrit les biens grevés comme étant "tous les biens meubles corporels présents et futurs" et si le constituant vend un tracteur et utilise le produit pour acheter une trayeuse, la description dans l'avis inclut la trayeuse en tant que bien initialement grevé sous la forme d'un bien meuble corporel futur. Comme l'inscription peut s'effectuer avant que le constituant n'acquière des droits sur les biens décrits dans l'avis, l'inscription initiale suffit à rendre opposable la sûreté constituée postérieurement sur la trayeuse, lorsque le constituant acquiert des droits sur ce bien. Par conséquent, les États qui prévoient un droit automatique sur le produit prévoient également l'opposabilité automatique dans ce cas, et c'est l'approche recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 39).

89. Des questions plus difficiles se posent lorsque la sûreté sur les biens initialement grevés est rendue opposable soit par inscription d'un avis qui ne décrit pas des biens du type de ceux reçus en tant que produit, soit par une méthode qui serait insuffisante pour assurer l'opposabilité si le produit était le bien initialement grevé. Reprenons l'exemple ci-dessus. Dans le premier cas de figure, si l'avis décrivait les biens initialement grevés comme étant "tout le matériel agricole mobile présent et futur", cette description ne couvrirait pas la trayeuse. Dans le deuxième cas de figure, si le bien initialement grevé était un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire rendu opposable par contrôle et si le constituant retirait des fonds sans autorisation pour acheter une trayeuse, la méthode d'opposabilité utilisée pour le bien initialement grevé ne serait pas suffisante pour le produit.

90. Ces exemples soulèvent des considérations de principe antagoniques. En rendant automatiquement opposable la sûreté sur le produit, on sape le principe qui sous-tend les

règles d'opposabilité, puisque les tiers ne seraient pas avertis de l'existence potentielle d'une telle sûreté. Après tout, une personne susceptible d'acheter une trayeuse au constituant ne comprendra pas nécessairement qu'un avis inscrit mentionnant une sûreté sur le matériel agricole mobile (à savoir les biens initialement grevés) couvre également la trayeuse en tant que produit (à savoir le produit des biens initialement grevés). D'un autre côté, en exigeant que le créancier garanti prenne immédiatement des mesures pour rendre la sûreté sur le produit opposable, on lui imposera peut-être une obligation de surveillance et un risque de priorité difficiles à assumer. Le produit sera souvent le résultat d'une opération effectuée par le constituant sans autorisation sur les biens initialement grevés. Dans ces cas, le créancier garanti ne prendra généralement connaissance de l'acte de disposition non autorisé que bien après les faits. Si l'acte n'était effectivement pas autorisé, il serait généralement en droit de suivre le bien initialement grevé entre les mains du bénéficiaire du transfert et ne subirait donc aucun préjudice. Cependant, il n'est pas toujours possible, après les faits, de localiser le bien ou le bénéficiaire du transfert. De surcroît, le montant du produit reçu pourrait parfois dans la réalité être supérieur à la valeur des biens au moment où il devient nécessaire de réaliser la sûreté. Ainsi, alors que le créancier garanti ne saurait recevoir plus que ce qui lui est dû, il sera pleinement garanti s'il peut compter sur la valeur du produit mais ne le sera pas suffisamment s'il ne peut compter que sur la valeur des biens initialement grevés.

91. Afin d'établir un juste milieu, les États qui prévoient une sûreté automatique sur le produit identifiable considèrent généralement qu'une sûreté sur un produit qui ne serait pas couverte par la méthode d'opposabilité utilisée pour la sûreté sur les biens initialement grevés est automatiquement opposable soit à titre permanent, soit seulement à titre provisoire. La portée et la durée de l'opposabilité automatique dépendent de la nature des biens initialement grevés et de la nature du produit.

92. Une opposabilité permanente est généralement conférée à une sûreté sur un produit identifiable qui prend la forme d'espèces, de créances, d'instruments négociables et de droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire. L'idée ici est que l'absence d'acte indépendant d'opposabilité pour ces types de produit ne pose pas un risque de préjudice majeur pour les tiers.

93. Dans le cas d'un produit sous forme d'espèces ou d'instruments négociables, les bénéficiaires du transfert ou les créanciers garantis qui en prennent possession par la suite ne sont pas lésés par l'absence d'acte indépendant d'opposabilité parce que, en tout état de cause, ils prennent généralement les espèces ou les instruments libres de toute sûreté. Le bénéficiaire du transfert de fonds provenant d'un compte bancaire les prend généralement libres de toute sûreté, si bien que l'absence de publicité ne porte pas atteinte à ses droits non plus. S'agissant des cessionnaires (y compris des créanciers garantis) d'un droit au paiement des fonds crédités sur un compte bancaire, les réclamants concurrents sont censés savoir qu'ils risquent la subordination (voire la perte de la sûreté lorsque les espèces sont retirées du compte dans des circonstances qui font qu'elles ne sont plus identifiables), à moins qu'ils ne se protègent en prenant le contrôle du compte. Le *Guide* formule des recommandations sur les conséquences de ces principes en termes de priorité dans le chapitre V (voir chap. V sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière, par. 154 à 164, et recommandations 101 à 106).

94. Au vu de ces considérations, les États qui reconnaissent une sûreté automatique sur le produit lui reconnaissent généralement une opposabilité permanente lorsque le produit

prend la forme d'espèces, de créances, d'instruments négociables et de droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, à condition que la sûreté sur les biens initialement grevés soit opposable quand naît le produit. C'est également l'approche que recommande le *Guide* (voir recommandation 39).

95. Pour les autres types de produit, des principes différents entrent en jeu. Pour revenir aux exemples antérieurs, à supposer que la sûreté initiale soit rendue opposable par inscription d'un avis qui décrit les biens grevés comme étant "tout le matériel agricole mobile présent et futur" et que le constituant échange par la suite un tracteur contre une trayeuse, ou à supposer que le bien initialement grevé soit un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire rendu opposable par contrôle et que le constituant retire des fonds sans autorisation pour acheter une trayeuse, il y a bien des chances que les opérations donnant naissance au produit ne soient pas autorisées et que le créancier garanti ne prenne pas rapidement connaissance de l'acte de disposition. Contrairement aux types de biens mentionnés dans le paragraphe précédent, les tiers pourraient aisément subir un préjudice si l'opposabilité de la sûreté constituée automatiquement sur la trayeuse devait être considérée comme permanente. En effet, sans protection explicite, les tiers prendraient la trayeuse soumise à la sûreté même si la méthode d'opposabilité utilisée pour les biens initialement grevés ne leur signalait pas l'existence d'une sûreté automatiquement constituée sur la trayeuse en tant que produit.

96. Afin de ne pas porter indûment atteinte aux droits des tiers, la plupart des États qui reconnaissent une sûreté automatique sur le type de produit mentionné dans le paragraphe précédent prévoient que son opposabilité automatique ne dure qu'un court laps de temps après la naissance du produit. Pour obtenir une opposabilité permanente, le créancier garanti doit inscrire un avis ou prendre rapidement d'autres mesures pour rendre la sûreté sur le produit opposable avant la fin de cette période, qui est dans la plupart des cas relativement brève, mais pas trop afin de laisser à un créancier garanti suffisamment prudent la possibilité d'agir pour préserver l'opposabilité de sa sûreté (une période de 20 à 30 jours est généralement considérée comme une solution de compromis acceptable). Le *Guide* adopte le principe d'une période brève d'opposabilité automatique provisoire, au cours de laquelle le créancier garanti doit agir pour rendre opposable sa sûreté sur un produit qui différerait des biens initialement grevés et qui ne prendrait pas la forme non plus d'espèces, de créances, d'instruments négociables ou de droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire (voir recommandation 40).

7. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens attachés

a) *Généralités*

97. Un bien grevé d'une sûreté réelle mobilière qui a été rendue opposable peut déjà être attaché à d'autres biens meubles ou immeubles ou le devenir par la suite. Par exemple, un moteur faisant déjà l'objet d'une sûreté peut être attaché à un véhicule, ou une chaudière déjà grevée peut être par la suite attachée à un bâtiment. Dans de nombreux États, dès qu'un bien grevé est attaché à un autre bien meuble ou immeuble, la sûreté est éteinte automatiquement. Cette approche est motivée par le souci de protéger la position des

acheteurs et d'autres tiers qui acquièrent ultérieurement des droits sur les biens auxquels le bien grevé est attaché. Lorsque le bien initialement grevé est attaché à un immeuble, s'ajoute alors le risque qu'un détachement ultérieur lors de la réalisation de la sûreté n'occasionne un dommage excessif à l'immeuble.

98. Les États qui ont adopté un système de registre général pour les biens meubles permettent généralement à la sûreté d'être maintenue après le rattachement à un autre bien, du moins entre les parties. Cependant, pour tenir compte des droits respectifs du créancier garanti et des tiers, ces régimes prévoient également un ensemble complet de règles d'opposabilité et de priorité. C'est l'approche générale qui est recommandée dans le *Guide*. Ainsi, le chapitre II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière confirme qu'une sûreté peut être constituée sur un bien meuble corporel qui est déjà attaché au moment de la constitution ou qui est rattaché après (voir recommandation 21). Le présent chapitre traite de la question de l'opposabilité, tandis que le chapitre V porte sur la priorité. Le problème supplémentaire que posent les biens attachés à un immeuble dont le détachement ultérieur peut occasionner un dommage excessif à cet immeuble est traité comme une question touchant la réalisation de la sûreté réelle mobilière (voir chap. VIII sur la réalisation d'une sûreté réelle mobilière, par. 85 à 89).

b) *Biens attachés à des meubles*

99. Une sûreté peut être constituée sur un bien meuble corporel soit avant, soit après que celui-ci ne devienne un bien attaché (voir recommandation 21). Dans l'un ou l'autre cas, les conditions générales requises pour l'opposabilité sont applicables et les biens attachés ne bénéficient d'aucun traitement spécial.

100. L'application de ce principe aux sûretés constituées après le rattachement signifie que, si la sûreté est rendue opposable par inscription avant le rattachement, elle reste opposable après le rattachement sans autre formalité (voir recommandation 41). En effet, contrairement au cas où un bien initialement grevé est remplacé par le produit, un bien attaché reste identifiable après son rattachement et il n'y a souvent guère de risque de confusion. On peut donc raisonnablement supposer qu'un tiers consultant le registre pour y rechercher les sûretés sur les biens auxquels le bien grevé est attaché (par exemple un véhicule automobile) comprendra qu'un avis inscrit décrivant le bien attaché (par exemple des pneus) se rapporte probablement aux pneus installés sur le véhicule qui l'intéresse.

101. En théorie, une sûreté sur un bien attaché resterait également opposable si elle a été rendue opposable avant le rattachement par transfert de la possession (au créancier garanti ou à un tiers mandataire agissant pour son compte), plutôt que par inscription au registre général des sûretés. Cependant, dans la pratique, l'opposabilité cesse le plus souvent au moment du rattachement, car le créancier garanti doit normalement renoncer à la possession pour que le rattachement puisse avoir lieu. Par conséquent, les tiers qui réaliseront une opération sur le bien après son rattachement le prendront libre de la sûreté, à moins que le créancier garanti ne préserve sa situation en inscrivant un avis au registre général des sûretés avant d'abandonner la possession ou avant la naissance des droits des tiers. En revanche, dans le cas inhabituel où le créancier garanti est déjà en possession du bien meuble auquel le bien est attaché, l'opposabilité est préservée.

c) *Biens attachés à des immeubles*

102. Si le bien grevé est attaché à un immeuble, les considérations de principe sont plus complexes, car tout droit sur le bien immeuble est normalement inscrit au registre immobilier. S'agissant de la relation entre les parties, le *Guide* recommande dans son chapitre II qu'une sûreté sur un bien attaché à un immeuble puisse être constituée soit conformément aux principes qu'il définit pour la constitution d'une sûreté réelle mobilière, soit conformément au régime applicable à la constitution d'un droit réel sur des biens immeubles (voir recommandation 21). De ce fait, la sûreté ainsi constituée peut être rendue opposable soit par inscription au registre général des sûretés, soit par inscription au registre immobilier (voir recommandation 43).

103. Toutefois, le choix entre ces deux méthodes d'opposabilité a des conséquences en termes de priorité. Pour préserver la fiabilité et l'intégrité du registre immobilier, la plupart des États qui ont ces deux types de registre prévoient qu'un créancier garanti ou un acheteur qui procède à l'inscription au registre immobilier a priorité sur un créancier garanti qui a recours uniquement à l'inscription sur le registre général des sûretés. Aussi l'inscription au registre immobilier est-elle nécessaire pour assurer une protection maximale contre les tiers. C'est l'approche recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 87).

104. Cette approche ne peut fonctionner que si l'inscription au registre immobilier d'une sûreté sur un bien attaché peut se faire facilement et efficacement. Nombre de systèmes de registre immobilier exigent que soient soumis tous les documents relatifs à la sûreté ou imposent d'autres formalités comme la production d'un certificat notarié pour l'inscription des droits réels sur les immeubles. Lorsque c'est le cas, il peut être nécessaire de réviser les règles de droit relatives à la publicité foncière pour autoriser les créanciers garantis à inscrire une sûreté sur un bien attaché au registre immobilier en soumettant le même type d'avis simple utilisé pour l'inscription dans le registre général des sûretés. Sinon, les coûts et les dépenses que les créanciers garantis devraient exposer pour protéger pleinement leur priorité en s'inscrivant au registre immobilier risqueraient de les dissuader de se lancer dans des opérations de financement garanti portant sur des biens attachés à des immeubles.

d) *Biens attachés à d'autres biens soumis à un système d'inscription sur un registre spécialisé ou à un système de certificat de propriété*

105. Dans les États qui ont des registres spécialisés de la propriété ou des systèmes de certificats de propriété, les types de biens qui y sont soumis peuvent être des biens auxquels d'autres biens meubles corporels sont normalement attachés (un moteur sur un aéronef, par exemple). Logiquement, l'approche retenue pour les sûretés sur des meubles corporels attachés à des immeubles devrait s'appliquer aux biens attachés à d'autres biens soumis à un système d'inscription sur un registre spécialisé de la propriété ou à un système de certificat de propriété. Selon cette approche, une sûreté sur un bien attaché peut être rendue opposable soit par inscription au registre général des sûretés (ou prise de possession par le créancier, bien que ce cas soit rare), soit par inscription sur le registre spécialisé ou annotation sur le certificat de propriété (voir recommandation 42).

106. De même que pour les biens attachés à un immeuble, afin de préserver l'intégrité et la fiabilité des systèmes de registres spécialisés, l'inscription au registre spécialisé ou

l'annotation sur le certificat de propriété est nécessaire pour assurer une protection maximale à l'égard des tiers. En d'autres termes, un créancier garanti ou un acheteur qui utilise le système de registre spécialisé a priorité sur un créancier garanti qui assure l'opposabilité par l'inscription d'un avis dans le registre général des sûretés ou par une autre méthode (voir recommandation 89).

107. L'approche qu'adopte le *Guide* en ce qui concerne l'opposabilité des sûretés sur des biens attachés à des meubles corporels soumis à un système de registre spécialisé ou de certificat de propriété est identique à celle suivie pour l'opposabilité des sûretés prises initialement sur ces biens (voir recommandations 38, 77 et 78). Pour cette raison également, les observations sur la coordination efficace et effective des inscriptions réalisées à la fois dans le registre général des sûretés et dans tout système de registre spécialisé ou de certificat de propriété donné s'appliquent également aux biens attachés (voir par. 75 à 86 ci-dessus).

8. Opposabilité automatique d'une sûreté réelle mobilière sur une masse ou un produit fini

108. Pour les raisons indiquées précédemment (voir chap. II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, par. 90 à 95 et 100 à 102), le *Guide* recommande qu'une sûreté sur des biens meubles corporels qui sont ultérieurement transformés ou mélangés se reporte automatiquement sur le produit fini issu de la transformation ou sur la masse issue du mélange (voir recommandation 22). Cette recommandation ne précise pas, cependant, si la sûreté grevant le produit fini ou la masse est opposable. À supposer que la sûreté sur le composant ait été rendue opposable avant la transformation ou le mélange, la question est de savoir si, lorsqu'elle se reporte sur le produit fini ou la masse, elle doit être considérée comme automatiquement opposable.

109. Dans le cas le plus fréquent, la sûreté sur les biens initialement grevés aura été rendue opposable par inscription au registre général des sûretés (puisque c'est la seule méthode possible en pratique pour les sûretés sur les stocks sous forme de matières premières lorsque le constituant doit rester en possession des stocks afin de les utiliser dans ses activités). Les États doivent donc déterminer si cette inscription initiale est suffisante pour assurer l'opposabilité de la sûreté sur le produit fini ou la masse obtenus après transformation ou mélange des biens grevés à l'origine.

110. Comme indiqué précédemment, les avis inscrits au registre général des sûretés sont organisés d'après l'identité du constituant et comprennent une description des biens grevés (voir recommandations 57 et 63). Tout comme pour les sûretés sur le produit de la disposition des biens grevés, il faut établir une distinction d'après l'étendue de la description des biens initialement grevés dans l'avis inscrit.

111. Le premier cas à envisager est celui où l'avis inscrit décrit les biens grevés de telle manière qu'il couvre le produit fini ou la masse qui en résulte. Par exemple, un avis inscrit peut décrire le bien grevé comme étant "tout le blé présent et futur d'un certain type ou d'une certaine qualité" et le blé du constituant peut ensuite être mélangé avec un autre blé, du même type ou de la même qualité. De même, un créancier garanti qui prend une sûreté sur de la résine utilisée ensuite dans la fabrication de panneaux agglomérés peut procéder

à l'inscription d'un avis décrivant les biens grevés par l'expression "toutes les matières premières et tous les produits finis présents et futurs". Dans ces deux cas, la description des biens grevés permettra à un tiers faisant une recherche dans le registre d'être suffisamment informé de l'existence éventuelle d'une sûreté sur la masse formée par les biens mélangés ou sur le produit manufacturé. Rien ne s'oppose donc en principe à ce que l'inscription initiale soit considérée comme suffisante pour rendre opposable la sûreté sur le produit fini ou la masse futurs. C'est pourquoi la plupart des États qui ont adopté un régime moderne de sûretés réelles mobilières estiment que, si la méthode d'opposabilité utilisée pour la sûreté sur le bien initial est suffisante pour rendre opposable la sûreté sur le produit fini ou la masse issus de ce bien, la sûreté sur ce produit ou cette masse est automatiquement opposable (voir recommandation 44).

112. La situation est plus difficile lorsque l'avis inscrit décrit les biens grevés en des termes qui ne couvrent pas la masse des biens mélangés ou le produit fini. Par exemple, il peut arriver que le créancier garanti inscrive un avis décrivant les biens grevés par l'expression "blé d'un certain type ou d'une certaine qualité" et que celui-ci soit ensuite mélangé au point de ne pas être identifiable à une quantité bien plus grande de blé de type ou de qualité différente. Un tiers effectuant une recherche dans le registre ne comprendra peut-être pas que le blé d'un certain type ou d'une certaine qualité mélangé à du blé d'un type différent ou d'une qualité différente comprend le bien grevé à l'origine. La situation est encore plus compliquée lorsque le créancier garanti inscrit un avis décrivant le bien grevé comme étant de la "résine" et que celle-ci entre ensuite dans la fabrication de panneaux agglomérés. Dans ce cas, un tiers qui fait une recherche dans le registre pour savoir si une sûreté grève les panneaux agglomérés du constituant ne comprendra peut-être pas qu'un avis relatif à une sûreté sur de la résine s'étend également aux panneaux agglomérés fabriqués à partir de cette résine.

113. Cette deuxième situation, en particulier, soulève des considérations antagoniques. En accordant l'opposabilité automatique à la sûreté sur les panneaux agglomérés, on risque d'aller à l'encontre du principe qui sous-tend les conditions de l'opposabilité, puisque l'avis inscrit n'informera pas nécessairement les tiers qui le consulteront de l'existence de la sûreté. D'un autre côté, en imposant au créancier garanti de décrire également le produit fini ou la masse issus des biens grevés dans l'avis qu'il inscrit, on risque de décourager le financement garanti par les matières premières du constituant ou d'entraîner l'inscription d'avis où apparaîtraient des descriptions trop générales (comme dans l'exemple ci-dessus, où l'avis mentionne les "matières premières" alors que la sûreté ne porte que sur la résine), au détriment de l'accès du constituant au crédit garanti offert par d'autres sources.

114. Pour résoudre ces conflits, les États adoptent différentes approches. Dans certains d'entre eux, la sûreté est considérée comme automatiquement opposable sans autre formalité. L'idée ici est qu'il y a peu de chances dans la pratique que les tiers se fiant au registre soient lésés: les créanciers garantis ultérieurs connaîtront suffisamment bien les activités de fabrication du constituant pour comprendre qu'un avis inscrit qui mentionne une sûreté en ne décrivant que les composants porte également sur tout produit fini obtenu à partir de ces composants, et les acheteurs ultérieurs seront généralement protégés puisque le produit fini ou la masse issue du mélange formeront habituellement des stocks vendus dans le cours normal des affaires du constituant et qu'un acheteur dans le cours normal des affaires les prend libres de sûreté de toute façon.

115. Dans d'autres États, la sûreté n'est automatiquement opposable qu'aux autres créanciers garantis. S'il y a concurrence avec une personne autre qu'un créancier garanti (par exemple un acheteur qui n'acquiert pas les biens dans le cours normal des affaires, un créancier judiciaire ou un représentant de l'insolvabilité), la sûreté est inopposable à moins qu'un avis décrivant le bien grevé en des termes visant également le produit fini ou la masse ne soit inscrit avant la naissance de ces autres droits. L'idée est ici que, à la différence des créanciers garantis du constituant, ces autres catégories de réclamants concurrents risquent davantage d'être induites en erreur par une description dans un avis inscrit qui ne viserait que les matières premières et non le produit fini auquel elles sont incorporées.

116. Le *Guide* recommande la première des deux approches qui viennent d'être évoquées, autrement dit, il recommande d'adopter une règle selon laquelle, lorsque la sûreté sur le composant est opposable, la sûreté sur le produit fini qui en résulte devrait automatiquement l'être aussi, sans autre formalité de la part du créancier garanti (voir recommandation 44). Ce choix repose sur deux considérations. Premièrement, dans la pratique, le produit fini ou la masse formeront presque invariablement des stocks qui seront ensuite vendus dans le cours normal des affaires à un acheteur, qui de toute façon les acquerra libres de la sûreté (voir recommandation 79). Deuxièmement, les créanciers chirographaires ne se tournent pas vers les stocks du constituant pour obtenir satisfaction en exécution du jugement qu'ils ont obtenu, car le constituant aura de meilleures chances de pouvoir les désintéresser s'il peut continuer à vendre ses stocks dans le cours normal des affaires.

9. Continuité de l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière après un changement de lieu de situation du bien ou du constituant

117. La possibilité d'un changement de lieu de situation est une caractéristique inhérente aux biens meubles. Les personnes et les entreprises sont également mobiles et peuvent aussi changer de lieu. Comme l'explique le chapitre X sur le conflit de lois (voir par. 73 à 78), la loi applicable à l'opposabilité des sûretés réelles mobilières est déterminée par référence au lieu où se trouvent les biens grevés ou le constituant, selon la nature des biens, au moment où se pose la question de l'opposabilité (voir recommandations 203 et 208). Il est fait référence à ce lieu (par opposition au lieu de situation au moment où la sûreté a été constituée) car on ne saurait attendre des tiers réalisant des opérations avec les biens grevés ou le constituant qu'ils entreprennent une enquête pour savoir si les biens grevés ou le constituant se trouvaient précédemment dans un autre État. Cette approche crée toutefois des risques importants pour les créanciers garantis. L'opposabilité cesse dès que les biens ou le constituant (selon le facteur de rattachement pris en considération aux fins de la loi applicable) changent de lieu, à moins que la sûreté ne soit rendue opposable en vertu de la loi du nouveau lieu. Le créancier garanti peut se protéger s'il a connaissance à l'avance du changement de lieu de situation, mais ce ne sera pas le cas en général.

118. Dans le souci de trouver un équilibre entre les droits des créanciers garantis et ceux des tiers en pareilles circonstances, certains États prévoient une période d'opposabilité automatique temporaire à la suite d'un changement du lieu de situation des biens grevés ou du constituant, selon le facteur de rattachement pertinent pour la sûreté visée. Dans cette approche, une sûreté qui a été rendue opposable en vertu de la loi du lieu précédent

est considérée comme automatiquement opposable pendant un court délai de grâce suivant le changement de lieu de situation en vertu de la loi de l'État vers lequel les biens ont été transportés ou vers lequel le constituant s'est déplacé. Si la sûreté est rendue opposable conformément à la loi du nouveau lieu avant l'expiration de ce délai, elle reste opposable aux tiers qui acquièrent des droits sur les biens grevés après le changement de lieu de situation, même si ces droits concurrents sont acquis avant que la sûreté ne soit rendue opposable en vertu de la loi du nouveau lieu, sous réserve que l'opposabilité ait été assurée avant l'expiration du délai de grâce. Quelques États protègent toutefois les acheteurs dans ces cas, en partant du principe que ces derniers n'ont pas nécessairement l'idée ni les moyens d'entreprendre des recherches sur le lieu de situation précédent des biens acquis ni de déterminer s'ils font l'objet d'une sûreté inscrite dans un autre État. Inversement, si l'opposabilité n'est pas assurée en vertu de la loi du nouveau lieu avant l'expiration du délai de grâce spécifié, la sûreté est inopposable aux tiers qui ont acquis des droits pendant le délai en question et par la suite, jusqu'au moment où elle est rendue opposable en vertu de la loi du nouveau lieu.

119. Le *Guide* adopte cette approche (voir recommandation 45), en partant de l'idée qu'elle offre un équilibre raisonnable entre les droits des créanciers garantis et ceux des tiers qui réalisent des opérations avec le constituant ou sur les biens après le changement de lieu de situation. D'une part, elle donne au créancier garanti un délai raisonnable pour prendre les mesures nécessaires à la protection de ses droits. D'autre part, en spécifiant un délai, elle permet à un tiers qui acquiert des droits sur le bien grevé après le changement de lieu de situation de prendre des mesures de protection efficaces, par exemple ne pas accorder un prêt ou un crédit ou ajuster le prix d'achat en attendant l'expiration de cette courte période d'opposabilité automatique, car il a l'assurance de pouvoir acquérir un bien libre d'une sûreté étrangère, si celle-ci n'a pas été rendue opposable avant l'expiration de cette période.

10. Continuité et perte de l'opposabilité

120. Comme il a déjà été dit, la plupart des États qui ont adopté un système de registre général des sûretés autorisent également d'autres méthodes d'opposabilité (par exemple prise de possession par le créancier, contrôle en ce qui concerne des droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, inscription sur un registre spécialisé ou annotation sur un certificat de propriété). Parfois, un créancier garanti assure l'opposabilité par plusieurs méthodes simultanément pour un type particulier de bien grevé. Parfois aussi, il change de méthode (par exemple, s'il a pris possession du bien, il peut ensuite inscrire un avis de la sûreté au registre général). Dans la plupart des États qui admettent différents modes d'opposabilité, cette opposabilité est continue malgré un changement de méthode, pour autant que la sûreté ne soit à aucun moment inopposable en vertu de l'une au moins des méthodes.

121. Comme on l'a vu, l'objectif des règles d'opposabilité est de permettre aux créanciers garantis potentiels et aux autres tiers de déterminer assez facilement si une sûreté pourrait déjà grever le bien sur lequel ils se proposent d'acquérir des droits. Lorsque différents modes d'opposabilité sont autorisés, cet objectif vaut quelle que soit la méthode choisie par un créancier. En conséquence, sous réserve que la sûreté ne soit à aucun moment inopposable, le créancier garanti devrait pouvoir changer de méthode sans

interrompre l'opposabilité de sa sûreté. C'est l'approche recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 46). Un changement de méthode peut toutefois avoir des conséquences en termes de priorité. Par exemple si, dans un premier temps, un créancier inscrit une sûreté grevant un bien attaché au registre immobilier, puis inscrit un avis la concernant dans le registre général des sûretés et, par la suite, fait radier l'inscription du registre immobilier, la sûreté restera opposable mais perdra le rang de priorité supérieur que confère l'inscription au registre immobilier. Ces conséquences en termes de priorité qu'entraîne un changement de méthode d'opposabilité sont examinées au chapitre V sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière (voir par. 132 à 134).

122. Inversement, la sûreté peut perdre son opposabilité dans certaines situations. C'est le cas, par exemple, lorsque les conditions nécessaires à l'opposabilité en vertu de l'une des méthodes ne sont plus réunies et que le créancier garanti n'assure pas l'opposabilité par une autre méthode autorisée avant que la première ne devienne caduque. Par exemple, il se peut que l'inscription expire ou soit radiée, que le créancier garanti renonce à la possession du bien grevé, ou encore que les circonstances dont découlait l'opposabilité automatique ne soient plus réunies et que le créancier garanti n'ait pas entrepris de démarches pour assurer l'opposabilité par une autre méthode avant que la sûreté perde son opposabilité initiale.

123. Les États adoptent différentes approches à l'égard du rétablissement de l'opposabilité. Certains considèrent que, dès lors que la sûreté n'est plus opposable, la continuité de l'opposabilité est irrémédiablement compromise et un éventuel rétablissement ne produit d'effets que pour l'avenir. L'idée est ici d'éviter d'imposer aux tiers des recherches en dehors du registre pour déterminer s'il n'y a jamais eu de sûreté. D'autres États prévoient un délai de grâce pendant lequel une inscription devenue caduque peut être rétablie. Dans ces États, si l'opposabilité est rétablie avant l'expiration du délai de grâce, elle est réputée continue, et la priorité initiale du créancier garanti sera maintenue, sauf à l'égard des réclamants concurrents qui ont acquis des droits sur les biens grevés pendant la période entre la caducité et le rétablissement. L'idée est ici de permettre au créancier garanti qui aurait laissé par inadvertance la sûreté perdre son opposabilité de rectifier son erreur, à condition qu'aucun tiers ne subisse de préjudice en conséquence. Dans d'autres États encore, le rétablissement de l'opposabilité à tout moment préserve la continuité de cette opposabilité, sous réserve une fois encore des droits acquis entre-temps par des réclamants concurrents.

124. Au moment de décider laquelle de ces trois approches adopter, il est utile d'analyser les conséquences générales que pourrait entraîner le fait de ne pas préserver la continuité de l'opposabilité. Deux situations sont particulièrement parlantes. La première est celle du tiers (par exemple un acheteur, un représentant de l'insolvabilité ou un créancier judiciaire) qui acquiert des droits sur les biens grevés après que la sûreté a perdu son opposabilité et avant que celle-ci ne soit rétablie. Puisque la sûreté était alors inopposable, l'acheteur acquerra les biens libres de la sûreté, et le droit du représentant de l'insolvabilité comme celui du créancier judiciaire aura priorité sur la sûreté, dans toutes les approches susmentionnées.

125. La deuxième situation à envisager est celle où la sûreté avait, avant qu'elle ne perde son opposabilité, priorité sur une sûreté concurrente. Le rang de priorité de sûretés concurrentes dépend, en règle générale, de l'ordre d'inscription ou d'opposabilité (voir

recommandation 76). Dans la première approche, si l'opposabilité est perdue, la priorité ne remonte qu'au moment du rétablissement. La sûreté qui a perdu son opposabilité sera subordonnée à une sûreté concurrente inscrite ou rendue opposable avant ou pendant la période de son inopposabilité. Dans les deuxième et troisième approches, l'opposabilité étant réputée rétablie à sa date initiale, la sûreté retrouve la priorité qu'elle avait avant de devenir inopposable sur les sûretés concurrentes, mais non (comme indiqué au paragraphe précédent) à l'égard des sûretés rendues opposables entre le moment où l'opposabilité est perdue et celui où elle est rétablie.

126. Il est fait une distinction, au paragraphe précédent, entre l'inscription et l'opposabilité. En effet, l'inscription, à la différence des autres modes d'opposabilité, peut précéder la constitution de la sûreté. Même si les conditions de constitution ne sont pas encore réunies, c'est la date d'inscription de la sûreté, et non celle, ultérieure, de sa constitution, qui détermine son rang de priorité par rapport aux sûretés concurrentes. L'important est donc le moment où l'inscription devient caduque et non la date de constitution de la sûreté.

127. Ces trois approches reposent sur des objectifs valables. Néanmoins, la deuxième et la troisième peuvent compliquer la détermination de la priorité lorsque le titulaire d'une sûreté devenue inopposable récupère ensuite la priorité qu'il avait sur un créancier garanti concurrent avant cette perte d'opposabilité en rétablissant cette dernière, et qu'un troisième créancier garanti concurrent entre en scène pendant la période d'inopposabilité. Cette situation risque de créer un conflit circulaire de priorité. Par exemple, alors que la sûreté devenue inopposable a la priorité sur la sûreté existant avant cette perte de l'opposabilité, elle est subordonnée à la troisième, qui a donc la priorité sur elle. La seule différence entre les deuxième et troisième approches est que la deuxième cherche à réduire le risque de complication en limitant la période de rétablissement. En outre, l'adoption de l'une ou l'autre de ces deux approches impose que le fichier du registre soit configuré de telle sorte que l'inscription initiale puisse être réactivée ou qu'elle puisse être mentionnée aux fins de transparence. Pour éviter ces complications et assurer un régime d'inscription et de priorité clair et efficace, le *Guide* recommande d'adopter la première approche. En cas de caducité d'une inscription ou de perte de l'opposabilité du fait que les conditions attachées à l'une des méthodes ne sont plus réunies avant qu'une autre méthode ne soit utilisée, l'inscription peut être renouvelée ou l'opposabilité rétablie, mais uniquement pour l'avenir dans les deux cas (voir recommandation 47).

B. Remarques sur des biens particuliers

1. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement d'une créance, d'un instrument négociable ou de tout autre bien meuble incorporel

128. Très souvent, les créances, les instruments négociables et d'autres biens meubles incorporels sont garantis par une sûreté personnelle ou par une sûreté réelle. Par exemple, un constituant dont l'activité consiste à vendre des biens à crédit peut détenir une sûreté sur les biens vendus en garantie des obligations de paiement des acheteurs. Lorsque le constituant est lui-même un prêteur, les obligations de paiement de ses clients peuvent être garanties par une sûreté supplémentaire, telle qu'une sûreté personnelle apportée par un tiers.

129. Dans la plupart des États, les sûretés accessoires personnelles ou réelles suivent automatiquement l'obligation qu'elles garantissent. Ainsi, lorsqu'une créance ou un instrument négociable garanti par une sûreté réelle ou personnelle est transféré à un tiers, ce dernier bénéficiera de ces droits accessoires en plus du droit à paiement de l'obligation qu'ils garantissent. Ce résultat découle des principes généraux du droit des obligations dans la plupart des États, et c'est l'approche recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 25).

130. L'idée que les sûretés accessoires réelles ou personnelles suivent automatiquement la créance, l'instrument négociable ou une autre obligation principale s'applique aussi de manière générale aux sûretés réelles mobilières consenties sur une créance ou un instrument négociable. Ainsi, un créancier garanti qui prend une sûreté réelle mobilière sur une obligation de paiement bénéficie automatiquement, à l'égard du constituant, de tout droit accessoire que détient ce dernier sur des tiers dès la constitution de la sûreté sur cette obligation. La question ici est toutefois de savoir si, lorsque la sûreté sur la créance ou l'instrument négociable a été rendue opposable, l'opposabilité devrait s'étendre automatiquement aux droits accessoires sans que le constituant ou le créancier garanti n'aient besoin d'entreprendre quelque autre démarche que ce soit. La plupart des États adoptent cette approche en partant de l'idée que les tiers ne seront pas lésés parce qu'ils auront compris que les droits accessoires font partie intégrante du bien grevé principal. Par conséquent, le *Guide* recommande cette approche (voir recommandation 48).

131. Le créancier garanti pourra réaliser une sûreté réelle accessoire à l'encontre de tiers si, à ce moment-là, cette sûreté est opposable et réalisable par le constituant. Par exemple, si le constituant n'a pas pris les mesures nécessaires pour rendre opposable une sûreté sur des biens meubles corporels qui garantit une obligation de paiement, le créancier garanti qui acquiert une sûreté sur l'obligation en question n'obtiendra sur la sûreté accessoire qu'un droit limité en conséquence.

a) *Engagements de garantie indépendants*

132. D'autres considérations de principe entrent en jeu, toutefois, lorsque le droit personnel ou réel garantissant l'obligation principale est un engagement de garantie indépendant. Les États adoptent différentes approches dans ce cas.

133. Dans certains États, ces droits suivent l'obligation de paiement qu'ils garantissent uniquement s'ils sont transférables et si le transfert est réalisé par un acte juridique distinct. En effet, on part du principe que, si les parties s'attendent que des droits accessoires soient transférés automatiquement avec les obligations qu'ils garantissent, dans le cas d'un engagement de garantie indépendant, elles s'attendront justement, du fait même qu'il est indépendant, que le transfert ne soit pas automatique. Dans d'autres États, même les garanties et autres droits indépendants suivent automatiquement l'obligation qu'ils garantissent, sans qu'un nouvel acte soit nécessaire. Cette approche repose sur le principe que le créancier garanti demandera normalement au constituant de transférer tous les droits garantissant sa créance et que le fait de simplifier les démarches nécessaires pour parvenir à ce résultat permet de gagner du temps et de l'argent, et a donc un impact positif en termes d'accès au crédit et de coût du crédit.

134. Cette deuxième approche repose également sur le principe que les tiers débiteurs dans le cadre de droits indépendants (tels qu'un engagement de garantie indépendant)

peuvent être protégés par d'autres règles. Par exemple, dans le cas d'une sûreté réelle mobilière sur le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant, l'opposabilité s'étend automatiquement au droit de recevoir le produit, mais non au droit de tirer l'engagement (c'est-à-dire le droit de demander au débiteur ou d'exiger de lui qu'il effectue le paiement), qui est un droit indépendant (voir recommandation 25, al. *b*). Le débiteur, dans le cadre de l'engagement, n'étant pas tenu de payer un tiers (le créancier garanti), rien n'empêche d'étendre automatiquement l'opposabilité des droits du créancier garanti à tous les droits qu'il pourrait revendiquer s'agissant de l'engagement de garantie indépendant. Cette deuxième approche est celle recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 48).

b) *Créance garantie par un droit réel sur un immeuble*

135. D'autres considérations de principe interviennent lorsque le paiement d'une créance est garanti par une hypothèque ou un droit réel équivalent sur un bien immeuble. Ainsi qu'il a été indiqué (voir par. 130 plus haut), la règle générale dans la plupart des États, qui est également la règle recommandée dans le *Guide*, veut que, lorsqu'une sûreté réelle mobilière a été rendue opposable, l'opposabilité s'étende automatiquement à toute sûreté réelle accessoire garantissant le paiement de l'obligation principale sans qu'aucun acte supplémentaire soit nécessaire. Toutefois, dans certains États, le droit immobilier impose de notifier la sûreté au constituant du droit réel sur un immeuble afin que le créancier détenant la sûreté sur la créance bénéficie de ce droit réel. Le créancier garanti ne pouvant jouir de droits plus étendus que ceux du cédant de la créance, la nécessité de cette limitation est contestable et le *Guide* ne la recommande pas.

136. Dans d'autres États, une sûreté réelle mobilière sur une créance garantie par une hypothèque ou un autre droit réel sur un immeuble ne peut être rendue opposable que par inscription au registre foncier. L'idée est que les tiers souhaitant acquérir le bénéfice d'un droit réel sur un immeuble s'attendent habituellement à trouver tous les droits réels concurrents inscrits au registre foncier plutôt que sur un registre général des sûretés réservé aux biens meubles (en particulier parce qu'il est rare, voire juridiquement impossible dans de nombreux États, de céder la créance garantie par un droit réel sur l'immeuble indépendamment de ce droit réel). Dans d'autres États encore, la sûreté sur la créance peut être rendue opposable conformément au régime des sûretés applicable aux biens meubles, mais elle est subordonnée au droit d'un créancier garanti qui procède à l'inscription au registre immobilier. Si le *Guide* recommande l'extension automatique de l'opposabilité de la sûreté réelle mobilière constituée sur la créance au droit réel sur un immeuble qui en garantit le paiement (voir recommandation 48), il reconnaît aussi que des principes supérieurs relatifs au droit régissant les biens immeubles peuvent conduire les États à adopter ces autres approches.

137. Ainsi qu'il a été noté précédemment, dans certains États, le créancier garanti peut transférer un droit réel sur un immeuble séparément de l'obligation principale qu'il garantit. Les États qui permettent la constitution de ce type de droits réels indépendants sur des immeubles le font principalement pour faciliter le transfert de ces droits. Souvent, les pratiques de financement spécialisées associées à ces droits sont décrites avec soin dans le droit foncier des États; parfois elles ne le sont pas et résultent de pratiques contractuelles judiciairement reconnues. Dans l'un ou l'autre cas, les considérations de principe liées à la

possibilité de constituer de tels droits réels indépendants et les effets de ces mécanismes de garantie sont soumis de près au droit foncier des États. Pour cette raison, le *Guide* recommande que l'extension automatique de l'opposabilité aux droits garantissant le paiement d'une créance ou d'un instrument négociable ne s'applique pas lorsque le droit concerné est un droit réel indépendant sur un immeuble (voir recommandation 48).

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

138. Les fonds crédités sur un compte bancaire occupent une place de plus en plus importante parmi les biens que les constituants peuvent offrir en garantie d'un crédit. Le bien faisant l'objet de la sûreté n'est pas, en fait, le compte bancaire lui-même, mais plutôt le droit du constituant d'exiger de la banque qu'elle s'acquitte de l'obligation de verser la valeur des fonds qui y sont crédités (voir chap. II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, par. 123).

139. Les États adoptent différentes approches à l'égard des conditions devant être réunies pour rendre opposable une sûreté réelle mobilière sur ce type de bien. Parmi les États qui n'ont pas mis en place de registre général des sûretés, la plupart appliquent simplement les règles générales d'opposabilité des sûretés sur les créances. Ainsi, il faut parfois inscrire un avis dans un registre spécial consacré à la cession de créances ou à la constitution de sûretés sur les créances. Quelquefois, il faut aussi que le créancier garanti avise par écrit de la sûreté le titulaire du compte.

140. Parmi les États qui ont mis en place un registre général des sûretés, certains considèrent le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire comme toute autre créance. Comme noté précédemment, dans ces États, l'inscription est généralement la seule méthode d'opposabilité possible en pratique pour les créances. En conséquence, dans ces États, l'opposabilité d'une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur le compte bancaire d'un constituant ne peut être obtenue que par inscription au registre général des sûretés.

141. D'autres États disposant d'un registre général des sûretés ont élaboré un corpus spécialisé de règles d'opposabilité reposant sur la notion de "contrôle" obtenu par le créancier garanti en ce qui concerne le droit au paiement des fonds crédités sur un compte bancaire. Si le créancier garanti n'est autre que la banque dépositaire, le contrôle et l'opposabilité sont automatiques. Les autres créanciers garantis peuvent, quant à eux, obtenir le contrôle par deux méthodes différentes. Dans la première, le créancier garanti remplace le constituant en tant que client de la banque sur le compte. Cette méthode permet d'obtenir l'équivalent fonctionnel d'un gage classique avec dépossession mais pose des difficultés au constituant qui a besoin d'accéder librement à ses comptes dans le cours normal de ses affaires. En conséquence, la seconde méthode, appelée "accord de contrôle", est la plus utilisée en pratique. Le contrôle est ici obtenu au moyen d'un accord entre le constituant, le créancier garanti et la banque. Comme dans le cas du contrôle automatique par la banque dépositaire, l'accord de contrôle ne donne pas lieu au blocage des fonds sauf s'il le stipule. L'accord prévoira généralement que le constituant ne se verra interdire l'accès aux fonds qu'en cas de manquement de sa part envers le créancier garanti et si ce dernier donne pour instruction à la banque dépositaire de bloquer cet accès.

L'opposabilité par contrôle peut néanmoins être assurée dans ce cas même lorsque le constituant reste libre de tirer sur le compte jusqu'à ce que le créancier garanti adresse une notification contraire à la banque.

142. Dans les deux approches générales (inscription ou contrôle) adoptées par les États disposant d'un registre général des sûretés, une personne à laquelle le constituant transfère des fonds depuis le compte bancaire les prend libres de la sûreté. Cependant, les deux approches ont des conséquences très différentes s'agissant de la priorité. Dans la première, la priorité dépend généralement de l'ordre d'inscription des sûretés. Lorsque la banque dépositaire est aussi créancier garanti, cette qualité ne lui confère aucune priorité particulière (bien qu'elle soit généralement autorisée, en vertu d'un autre droit, à compenser toute créance qu'elle détient à l'encontre du constituant en priorité sur la demande de paiement d'un créancier garanti de rang supérieur, ce qui revient normalement à une priorité de fait). Dans la seconde approche, une banque dépositaire qui a le contrôle automatique a priorité sur les autres créanciers garantis, à l'exception de celui qui obtient le contrôle en remplaçant le constituant en tant que client de la banque sur le compte.

143. La première approche a l'avantage de la clarté et de la simplicité, alors que la seconde nécessite l'élaboration d'un ensemble assez complexe de règles spécialisées de constitution, d'opposabilité et de priorité. La première approche garantit la transparence grâce à une inscription sur un registre public, alors que, dans la seconde approche, la banque dépositaire n'est pas tenue d'indiquer si elle a acquis une sûreté en sa propre faveur ou si elle a conclu un accord de contrôle avec un autre créancier garanti. La première approche ne privilégie pas la banque dépositaire lorsqu'elle exerce ses droits en qualité de créancier garanti, alors que, dans la seconde, la banque a généralement la priorité sur d'autres créanciers garantis. En outre, dans la première approche, le constituant est libre de constituer une sûreté en faveur d'un autre créancier, alors que, dans la seconde, la banque dépositaire n'est pas tenue de conclure un accord de contrôle, même sur instruction du constituant. Enfin, l'inscription sur un registre public, dans la première approche, peut être plus avantageuse du point de vue du coût et du temps que les négociations tripartites requises pour négocier et conclure un accord de contrôle dans la seconde approche.

144. Toutefois, la seconde approche est, à certains égards, plus conforme à la pratique bancaire. Le contrôle automatique en faveur de la banque dépositaire s'apparente à la situation où les règles de compensation permettent à la banque d'affecter les fonds crédités au compte de son client, et donc dus au constituant, au remboursement de tous montants que ce dernier lui doit au titre d'un crédit qu'elle lui a avancé. Or, il est généralement fait échec au droit à compensation de la banque pour des prêts futurs lorsque celle-ci reçoit un avis de constitution de sûreté (ou de cession pure et simple) en faveur d'un tiers. Cela peut créer des difficultés pour les banques dépositaires et leurs clients commerciaux, qui doivent souvent être capables d'agir très rapidement s'agissant des opérations de financement affectant leurs comptes bancaires. La nécessité de s'assurer qu'aucun avis de cession pure et simple à un tiers ou de constitution de sûreté en faveur d'un tiers n'a été reçu avant de suivre les instructions du client peut porter atteinte à l'efficacité de ces opérations. Des incertitudes quant au moment précis de la réception de l'avis et de l'octroi d'un crédit par la banque peuvent également donner lieu à des litiges entre un tiers créancier garanti ou cessionnaire et la banque. La notion de contrôle automatique, alliée à la priorité octroyée à la banque dépositaire, élimine cette source de risque et d'incertitude.

145. La seconde approche relative au contrôle ne semble pas non plus nuire outre mesure au constituant. Tout d'abord, il doit accepter la constitution d'une sûreté en faveur de la banque dépositaire. On peut penser qu'il ne donnera pas son accord s'il ne retire pas de financement de la banque. En outre, les règles de priorité associées au contrôle peuvent être modifiées par un accord de cession de rang dans les cas où il est préférable d'accorder la priorité à un autre créancier garanti. Dans un environnement bancaire concurrentiel, les banques ne refusent pas sans raison valable de conclure un accord de cession de rang (ou de contrôle), le constituant étant toujours libre de changer de banque.

146. Si la notion de contrôle n'est pas, comme l'inscription dans un registre général des sûretés, une méthode transparente d'opposabilité, ce manque de transparence ne place généralement pas les tiers dans une situation beaucoup plus défavorable que celle qu'ils occupent déjà. Comme indiqué ci-avant, les banques dépositaires sont généralement autorisées, en vertu d'un autre droit, à compenser toute obligation qui leur est due par le constituant de manière prioritaire par rapport aux droits des autres créanciers du constituant, qu'il s'agisse de créanciers garantis ou non. Le droit à compensation n'étant pas une sûreté réelle mobilière, il n'est soumis à aucune obligation d'inscription sur un registre public. La banque n'est pas non plus obligée de divulguer aux tiers ses droits à compensation. Ainsi, dans les États qui adoptent la première approche, les créanciers ne peuvent se fier à une consultation du registre qui ne ferait apparaître aucun avis inscrit, puisque la banque peut toujours exercer la priorité que lui confère son droit à compensation. Les bénéficiaires d'un transfert de fonds issus du compte du constituant sur ses instructions ne sont pas non plus lésés puisque, comme on l'a vu, ils prennent généralement les fonds libres de la sûreté dans les deux approches.

147. Les États qui ont adopté la méthode du contrôle en font habituellement un mode exclusif d'opposabilité. Ce faisant, toutefois, ils limitent inutilement la flexibilité. En effet, on peut prendre en compte les considérations, examinées plus haut, relatives à la pratique bancaire qui sous-tendent l'adoption de la notion de contrôle en donnant au créancier garanti qui a obtenu le contrôle la priorité sur tout créancier garanti qui a procédé à une inscription, que la prise de contrôle soit ou non antérieure à l'inscription. Si cette solution fait de l'inscription une méthode d'opposabilité moins efficace, la possibilité de procéder à une inscription permettrait toujours de rendre la sûreté opposable aux créanciers judiciaires du constituant et à son représentant de l'insolvabilité, puisque la priorité spéciale accordée au créancier garanti ayant le contrôle ne peut être exercée qu'à l'encontre des autres créanciers garantis, et non face à tous les réclamants concurrents.

148. L'approche qui permet aux créanciers garantis, en particulier aux banques dépositaires, d'assurer l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière par prise de contrôle étant généralement conforme aux besoins pratiques des banques et de leurs clients commerciaux, le *Guide* recommande, outre l'inscription au registre général des sûretés, le contrôle en tant que méthode privilégiée pour rendre opposable une sûreté sur le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire (voir recommandation 49).

3. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant

149. Comme expliqué précédemment (voir chap. II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, par. 126 et 127), il est possible dans de nombreux États de constituer une

sûreté réelle mobilière sur le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant, mais non sur le droit de tirer l'engagement. C'est l'approche recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 27). D'autres États en revanche ne permettent pas la constitution d'une telle sûreté. Cependant, même parmi les États qui adoptent la position recommandée dans le *Guide*, le caractère particulier du bien grevé (le droit de recevoir le produit) conduit ceux-ci à adopter différents principes quant aux méthodes permettant d'assurer l'opposabilité.

150. Dans certains États, ce type de sûretés peut être rendu opposable de plusieurs façons. Par exemple, le créancier garanti peut procéder à l'inscription d'un avis au registre général des sûretés. Une autre solution consiste, dans les États qui reconnaissent la notion de contrôle, à ce que le créancier garanti obtienne le contrôle au moyen d'un accord ou automatiquement. En revanche, il est impossible dans certains cas pour le créancier garanti d'assurer l'opposabilité par prise de possession car le bien (le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant) n'est pas un meuble corporel (bien que le produit une fois payé soit un meuble corporel).

151. Dans d'autres États, le contrôle est la seule et unique méthode permettant d'assurer l'opposabilité d'une sûreté sur le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant. Le contrôle, et donc l'opposabilité, est automatique si le créancier garanti est l'émetteur ou une autre personne désignée. Si le créancier garanti est un tiers, il faut, pour qu'il y ait contrôle, que l'émetteur ou une autre personne désignée accepte le droit du créancier garanti de recevoir le produit suite au tirage régulier par le bénéficiaire. Dans cette approche, un créancier garanti ne peut obtenir le contrôle, et donc l'opposabilité, que si l'émetteur consent à lui payer tout produit issu d'un tirage régulier. Deux considérations sous-tendent cette condition. Premièrement, le consentement de l'émetteur est nécessaire pour éviter de forcer ce dernier à traiter avec un tiers. Deuxièmement, cette condition lui permet de s'assurer que la demande de paiement a été faite dans les règles et que le bénéficiaire a donné son accord pour que le créancier garanti ait le droit de recevoir le produit.

152. Comme on l'a vu précédemment (par. 150 plus haut), la nature même du droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant rend impossible l'obtention de l'opposabilité par prise de possession de l'instrument constatant ce droit, ce qui n'empêche toutefois pas le créancier garanti de prendre physiquement possession de l'instrument (l'engagement de garantie indépendant lui-même). Même si elle ne permet pas d'assurer l'opposabilité de la sûreté, la possession offrirait au créancier garanti une protection utile lorsque les clauses de l'engagement exigent la présentation matérielle à l'émetteur de l'instrument constatant l'engagement pour que le tirage soit possible: le bénéficiaire ne pouvant pas procéder au tirage effectif sans la coopération du créancier garanti, ce dernier pourrait se protéger en demandant au bénéficiaire d'obtenir de l'émetteur une acceptation de ses droits. Cette acceptation permettrait au créancier d'assurer le contrôle avant de restituer l'instrument.

153. Les pratiques particulières en vigueur dans le domaine des lettres de crédit et des engagements de garantie indépendants ont une incidence importante sur la manière dont une sûreté peut être rendue opposable aux tiers d'une manière générale et en particulier à l'émetteur et à la personne désignée. L'émetteur doit être protégé d'une éventuelle responsabilité en cas de paiement à un créancier garanti lorsque la présentation était non

conforme ou lorsque les clauses de la convention constitutive de sûreté interdisent au créancier garanti de demander le paiement une fois qu'un tirage a été fait dans les règles. Pour ces raisons, le *Guide* recommande que le contrôle soit la seule et unique méthode par laquelle un créancier garanti peut assurer l'opposabilité d'une sûreté sur le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant (voir recommandation 50).

4. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable ou sur un bien meuble corporel représenté par un document négociable

154. La caractéristique essentielle d'un document négociable (par exemple d'un connaissement) est qu'il représente les biens meubles corporels qu'il vise. Le document, lorsqu'il est dûment endossé, donne au porteur le droit de revendiquer la possession de ces biens dès sa remise. Pour cette raison, dans la plupart des États, la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable est normalement considérée comme emportant constitution d'une sûreté sur les biens meubles corporels représentés par le document. Il s'ensuit que, si la sûreté sur le document négociable est opposable, la sûreté sur les biens représentés par le document l'est également pendant la période où le document négociable représente les biens (voir recommandation 52).

155. Le caractère corporel du document négociable fait que, dans les États dotés d'un registre général des sûretés, une sûreté sur le document peut être rendue opposable soit par inscription à ce registre, soit par transfert de la possession du document au créancier garanti pendant la période où le document représente les biens (voir recommandation 51).

156. Pour faciliter la constitution de sûretés réelles mobilières sur des biens représentés par des documents négociables, le *Guide* recommande qu'une sûreté sur ce type de biens puisse être rendue opposable soit par inscription au registre général des sûretés, soit par transfert de la possession du document tant que celui-ci représente les biens (voir recommandations 51 et 52).

157. En pratique, il se peut qu'un créancier garanti doive renoncer à la possession du document pour permettre au constituant de réaliser des opérations sur les biens dans le cours de ses affaires. Normalement, la sûreté perdrait de ce fait son opposabilité, à moins que le créancier garanti n'ait également assuré ladite opposabilité au moyen d'une inscription. Dans certains États, le créancier peut néanmoins bénéficier d'une période temporaire d'opposabilité automatique (de 15 ou 20 jours par exemple) après avoir renoncé à la possession du document pour permettre au constituant de vendre, d'échanger, de charger ou de décharger les biens représentés par le document, ou de réaliser une autre opération sur ces biens. La sûreté est ainsi automatiquement opposable sans que le créancier garanti doive de nouveau assurer l'opposabilité avant l'expiration de cette période. La sûreté est donc opposable aux droits des tiers naissant pendant la période temporaire d'opposabilité (mais non après), même si elle n'est pas rendue opposable par d'autres moyens avant l'expiration de cette période. Cette approche est en accord avec le fait que les opérations de financement adossées à des biens représentés par un document négociable, qui se déroulent généralement dans le cadre d'une vente internationale de biens meubles corporels entre un fabricant ou un producteur se trouvant dans un État et un grossiste se trouvant dans un autre État, sont habituellement des opérations à court terme. Normalement, dans ce type d'opérations, le créancier garanti aura été payé avant l'expiration de la période et ne reprendra jamais

possession du document négociable. C'est l'approche recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 53).

158. Il importe toutefois de noter que, dans ces États, pour que cette opposabilité automatique existe, la convention constitutive de sûreté doit avoir été conclue (c'est-à-dire que la sûreté doit produire ses effets entre les parties). Imaginons le cas d'une sûreté sur un document négociable constituée par un accord verbal et un transfert de possession au créancier garanti. Le transfert de possession n'est pas seulement une méthode d'obtention de l'opposabilité. C'est également un élément essentiel de la constitution de la sûreté par accord verbal. Toutefois, lorsqu'une sûreté n'est pas constituée par transfert de possession, une forme d'écrit est nécessaire. Ainsi, si le créancier garanti abandonnait ensuite temporairement la possession, sa sûreté ne serait pas automatiquement opposable, à moins qu'il n'existe un écrit suffisant pour assurer la continuité de l'existence de la sûreté entre les parties (voir chap. II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, par. 30 à 33, et recommandation 15).

C. Recommandations 29 à 53

Objet

Les dispositions relatives à l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière ont pour objet d'établir une base pour le classement prévisible, équitable et efficace des rangs de priorité:

a) En exigeant l'inscription comme condition préalable à l'opposabilité, sauf lorsque des exceptions et des alternatives à cette inscription se justifient par des considérations de politique commerciale; et

b) En établissant un cadre juridique pour créer et tenir un système de registre public simple, économique et efficace en vue de l'inscription d'avis relatifs aux sûretés réelles mobilières.

1. Recommandations générales

Opposabilité

29. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière n'est opposable que si elle a été constituée et si l'une des méthodes d'opposabilité mentionnées dans la recommandation 32, 34 ou 35 a été suivie.

Efficacité à l'égard du constituant d'une sûreté réelle mobilière qui n'est pas opposable

30. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière qui a été constituée a effet entre le constituant et le créancier garanti, même si elle n'est pas opposable.

Opposabilité continue après transfert du bien grevé

31. La loi devrait prévoir que, après transfert d'un droit, autre qu'une sûreté, sur un bien grevé, une sûreté réelle mobilière sur ce bien qui est opposable au moment du transfert continue de grever le bien, sous réserve des dispositions des recommandations 79 à 82 (chap. V sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière), et reste opposable sauf dans la mesure où la recommandation 62 en dispose autrement.

Méthode générale d'opposabilité: l'inscription

32. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière est opposable si un avis la concernant est inscrit au registre général des sûretés mentionné dans les recommandations 54 à 75 (chap. IV sur le système de registre).

33. La loi devrait prévoir que l'inscription d'un avis n'emporte pas constitution d'une sûreté réelle mobilière et n'est pas nécessaire pour constituer une telle sûreté.

Alternatives et exceptions à l'inscription

34. La loi devrait prévoir:

a) Qu'il est également possible de rendre une sûreté réelle mobilière opposable par l'une des autres méthodes ci-dessous:

i) S'agissant de biens meubles corporels, par transfert de leur possession au créancier garanti, comme le prévoit la recommandation 37;

ii) S'agissant de biens meubles, lorsque les droits s'y rapportant sont soumis à un système d'inscription sur un registre spécialisé ou à un système de certificat de propriété, par inscription sur le registre spécialisé ou annotation sur le certificat de propriété, comme le prévoit la recommandation 38;

iii) S'agissant d'un bien attaché à un meuble, lorsque les droits s'y rapportant sont soumis à un système d'inscription sur un registre spécialisé ou à un système de certificat de propriété, par inscription sur le registre spécialisé ou annotation sur le certificat de propriété, comme le prévoit la recommandation 42;

iv) S'agissant d'un bien attaché à un immeuble, par inscription dans le registre immobilier, comme le prévoit la recommandation 43;

v) S'agissant d'un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, par contrôle, comme le prévoit la recommandation 49; et

vi) S'agissant de biens meubles corporels représentés par un document négociable, par transfert de la possession du document au créancier garanti, comme le prévoient les recommandations 51 à 53;

b) Qu'une sûreté réelle mobilière est automatiquement opposable:

i) S'agissant du produit, si la sûreté sur le bien initialement grevé est opposable, comme le prévoient les recommandations 39 et 40;

ii) S'agissant d'un bien attaché à un meuble, si la sûreté sur le bien initial était opposable avant que celui-ci ne soit rattaché, comme le prévoit la recommandation 41;

iii) S'agissant d'une masse ou d'un produit fini, si la sûreté sur les biens transformés ou mélangés était opposable avant qu'ils ne soient incorporés dans la masse ou le produit fini, comme le prévoit la recommandation 44; et

iv) S'agissant de biens meubles, en cas de déplacement des biens ou du constituant vers le présent État, comme le prévoit la recommandation 45; et

c) Qu'une sûreté réelle mobilière sur une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement ou une autre forme d'exécution d'une créance, d'un instrument négociable ou d'un autre bien meuble incorporel est opposable, comme le prévoit la recommandation 48.

Méthode d'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant

35. La loi devrait prévoir que, sous réserve des dispositions de la recommandation 48, une sûreté réelle mobilière sur le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant ne peut être rendue opposable que par contrôle, comme le prévoit la recommandation 50.

Différentes méthodes d'opposabilité pour différents types de biens

36. La loi devrait prévoir que différentes méthodes d'opposabilité peuvent être utilisées pour différents types de biens grevés, qu'ils le soient ou non en vertu de la même convention constitutive de sûreté.

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel par transfert de la possession

37. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel peut être rendue opposable par inscription, comme le prévoit la recommandation 32, ou par transfert de sa possession au créancier garanti.

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble soumis à un système d'inscription sur un registre spécialisé ou à un système de certificat de propriété

38. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble soumis à inscription sur un registre spécialisé ou à annotation sur un certificat de propriété conformément à un autre droit peut être rendue opposable par inscription, comme le prévoit la recommandation 32, ou par:

a) Inscription sur le registre spécialisé; ou

b) Annotation sur le certificat de propriété.

Opposabilité automatique d'une sûreté réelle mobilière sur le produit

39. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière sur un bien grevé est opposable, une sûreté sur tout produit découlant de ce bien (y compris le produit du produit) est automatiquement opposable quand naît le produit, à condition que ce dernier soit décrit en termes génériques dans un avis inscrit ou qu'il prenne la forme d'espèces, de créances, d'instruments négociables ou de droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire.

40. La loi devrait prévoir que, si le produit n'est pas décrit dans l'avis inscrit, comme le prévoit la recommandation 39, et ne prend pas la forme d'espèces, de créances, d'instruments négociables ou de droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, la sûreté réelle mobilière sur le produit reste opposable pendant [une brève période à spécifier] jours après que naît le produit. Si la sûreté sur le produit est rendue opposable par une des méthodes mentionnées dans la recommandation 32 ou 34 avant l'expiration de cette période, elle reste opposable par la suite.

Opposabilité automatique d'une sûreté réelle mobilière sur un bien attaché

41. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel est opposable au moment où celui-ci devient un bien attaché, elle le reste par la suite sans qu'aucune autre formalité ne soit nécessaire.

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur un bien attaché soumis à un système d'inscription sur un registre spécialisé ou à un système de certificat de propriété

42. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un bien attaché à un meuble soumis à inscription sur un registre spécialisé ou à annotation sur un certificat de propriété conformément à un autre droit peut devenir opposable automatiquement, comme le prévoit la recommandation 41, ou par:

a) Inscription sur le registre spécialisé; ou

b) Annotation sur le certificat de propriété.

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur un bien attaché à un immeuble

43. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un bien attaché à un immeuble peut devenir opposable automatiquement, comme le prévoit la recommandation 41, ou par inscription dans le registre immobilier.

Opposabilité automatique d'une sûreté réelle mobilière sur une masse ou un produit fini

44. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel est opposable au moment où ce bien est incorporé dans une masse ou un produit fini, la sûreté qui se reporte sur la masse ou le produit fini, comme le prévoit la recommandation 22 (chap. II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière), est opposable sans qu'aucune autre formalité ne soit nécessaire.

Continuité de l'opposabilité après un déplacement vers le présent État

45. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière est opposable conformément à la loi de l'État où est situé le bien grevé ou le constituant (selon ce qui détermine la loi applicable en vertu des dispositions sur le conflit de lois) et si ce bien ou ce constituant se situe ensuite dans le présent État, la sûreté reste opposable conformément à la loi du présent État pendant [une brève période à spécifier] jours après ce changement de lieu de situation. Si les conditions requises par la loi du présent État pour rendre la sûreté opposable sont remplies avant l'expiration de cette période, la sûreté reste opposable par la suite conformément à la loi du présent État. Aux fins de toute règle du présent État selon laquelle la date de l'inscription ou de toute autre formalité d'opposabilité sert de référence pour déterminer le rang de priorité, cette date est celle à laquelle ladite inscription ou formalité a été accomplie conformément à la loi de l'État où le bien grevé ou le constituant se trouvait avant leur déplacement vers le présent État.

Continuité de l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière après un changement de méthode d'opposabilité

46. La loi devrait prévoir que l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière est continue nonobstant un changement de méthode pour la rendre opposable, à condition que la sûreté ne soit inopposable à aucun moment.

Perte de l'opposabilité ou caducité de l'inscription anticipée

47. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière perd son opposabilité à un certain moment, cette opposabilité peut être rétablie, auquel cas elle prend effet à compter de la date à laquelle elle est rétablie. De même, une inscription réalisée antérieurement à la constitution d'une

sûreté réelle mobilière, en vertu de la recommandation 67, qui expire conformément à la recommandation 69 (chap. IV sur le système de registre) peut être rétablie, auquel cas l'inscription prend effet à compter de la date à laquelle le nouvel avis concernant la sûreté est enregistré.

2. Recommandations sur des biens particuliers

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement d'une créance, d'un instrument négociable ou de tout autre bien meuble incorporel

48. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière sur une créance, sur un instrument négociable ou sur tout autre bien meuble incorporel entrant dans son champ d'application est opposable, cette opposabilité s'étend à toute sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement ou une autre forme d'exécution de la créance, de l'instrument ou du bien meuble incorporel, sans que le constituant ni le créancier garanti aient à accomplir d'autres actes. Si la sûreté personnelle ou réelle est un engagement de garantie indépendant, son opposabilité s'étend automatiquement au droit de recevoir le produit d'un tel engagement (mais, comme le prévoit l'alinéa *b* de la recommandation 25, du chapitre II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, la sûreté ne s'étend pas au droit de tirer l'engagement). La présente recommandation n'a pas d'incidence sur une sûreté grevant un bien immeuble qui, en vertu d'un autre droit, peut être transférée séparément d'une créance, d'un instrument négociable ou d'un autre bien meuble incorporel qu'elle garantit.

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

49. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire peut être rendue opposable par inscription, comme le prévoit la recommandation 32, ou si le créancier garanti obtient le contrôle de ce droit.

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur un droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant

50. La loi devrait prévoir que, sous réserve des dispositions de la recommandation 48, une sûreté réelle mobilière sur un droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant ne peut être rendue opposable que si le créancier garanti obtient le contrôle de ce droit.

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable ou sur un bien meuble corporel représenté par un document négociable

51. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable peut être rendue opposable par inscription, comme le prévoit la recommandation 32, ou par transfert de la possession du document au créancier garanti.

52. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière sur un document négociable est opposable, la sûreté réelle mobilière correspondante sur le bien représenté par ce document l'est également. Pendant la période où un document négociable représente un bien, il est possible de rendre une sûreté sur ce bien opposable par transfert de la possession du document au créancier garanti.

53. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable qui a été rendue opposable du fait du transfert de la possession du document au créancier garanti reste opposable pendant [une brève période à spécifier] jours après sa restitution au constituant ou à une autre personne, afin que les biens représentés par le document soient finalement vendus ou échangés, chargés ou déchargés, ou encore que d'autres mesures soient prises à leur égard.

IV. Le système de registre

A. Remarques générales

1. Introduction

1. La promotion de la sécurité et de la transparence dans le domaine des sûretés réelles mobilières est un objectif essentiel d'un régime moderne sur les opérations garanties. Rien n'est plus indispensable à la réalisation de cet objectif que la mise en place d'un système de registre général reposant sur l'inscription d'avis (voir recommandation 1, al. *f*, Introduction). C'est pourquoi le *Guide* consacre tout un chapitre à la conception, à l'organisation et au fonctionnement optimaux d'un tel système. Par le passé, la possession effective était le mécanisme principal pour établir une sûreté réelle mobilière. Au fil du temps, cependant, les États ont conçu d'autres mécanismes pour établir et enregistrer ce type de droits. Certains ont eu recours à la tenue de registres privés, notamment par l'intermédiaire des études notariales, alors que d'autres ont mis au point des systèmes de registres publics pour des biens particuliers. À mesure que les opérations entraînant une dissociation entre propriété et possession de biens meubles (par exemple les baux, les prêts et les ventes avec réserve de propriété) se sont multipliées, que les entreprises se sont développées et ont commencé à générer et à utiliser des biens meubles incorporels, les États se sont vus obligés d'élaborer d'autres mécanismes de registre pour assurer la publicité des sûretés sur les biens meubles.

2. La conception et le fonctionnement d'un système de registre dépendent dans une large mesure des objectifs que celui-ci est censé poursuivre. Ces objectifs diffèrent d'un État à l'autre. Certains, par exemple, inscrivent la propriété de catégories de biens meubles ayant une durabilité et une valeur suffisantes pour justifier l'investissement qu'entraînent l'établissement et l'exploitation du registre. D'autres établissent des registres d'une portée plus limitée et à des fins plus restreintes, par exemple des registres pour les sûretés réelles mobilières uniquement, le droit de propriété devant quant à lui être établi par des preuves qui ne sont pas consignées dans les registres publics.

3. Le registre général des sûretés recommandé dans le *Guide* vise avant tout à consigner des informations sur les sûretés réelles mobilières existantes ou potentielles. Il poursuit ainsi trois objectifs principaux: premièrement, offrir aux créanciers garantis une méthode générale pour rendre opposables les sûretés grevant tous les types de biens meubles, excepté le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant; deuxièmement, fournir aux tiers une source objective d'informations permettant de savoir si les biens en possession du constituant sont ou non grevés d'une sûreté; et troisièmement, contribuer au classement équitable et efficace des rangs de priorité en établissant une référence temporelle objectivement vérifiable pour appliquer les règles de priorité fondées sur la date de l'inscription.

4. L'inscription d'un avis au registre général des sûretés est la méthode principale recommandée dans le *Guide* pour rendre opposable une sûreté réelle mobilière. Toutefois, elle n'entraîne pas à elle seule l'opposabilité et n'est pas une condition préalable à la constitution d'une sûreté (voir recommandations 13, 14 et 33, chap. II et III). Comme l'explique le chapitre III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière (voir par. 35 et 36), l'opposabilité n'est acquise que lorsque la sûreté a été à la fois inscrite et constituée. On notera cependant que, conformément aux recommandations du présent chapitre, un avis peut être inscrit au registre général avant la conclusion de la convention constitutive de sûreté ou avant la constitution de la sûreté (voir recommandation 67).

5. L'inscription n'emporte pas "présomption de connaissance" de la sûreté mentionnée dans l'avis. Le principe de la connaissance présumée vaut uniquement dans un régime de priorité autorisant un tiers qui n'a pas effectivement connaissance de l'existence d'une sûreté à prendre le bien libre de cette dernière. Toutefois, selon les règles de priorité fondées sur l'inscription examinées dans le chapitre V du *Guide*, la connaissance effective de l'existence d'une sûreté antérieure de la part d'un réclamant concurrent est sans importance pour déterminer la priorité (voir recommandation 93).

6. Les caractéristiques précises d'un registre des sûretés général et moderne sont examinées dans les différentes sections du présent chapitre. La section A.2 traite des éléments dont il faut tenir compte dans la structure et le fonctionnement d'un tel registre. Les sections A.3 et A.4 étudient les questions de sécurité, d'intégrité et de fiabilité des fichiers du registre. La section A.5 traite des informations devant être consignées dans les avis susceptibles d'être inscrits. Un certain nombre de détails concernant l'inscription anticipée, le moment où l'inscription prend effet, l'autorisation pour procéder à l'inscription ainsi que la modification et la radiation des avis sont traités aux sections A.6 à A.9. Les registres spécialisés sont examinés brièvement à la section A.10. Le chapitre IV se termine, à la section B, par une série de recommandations précises sur la conception et le fonctionnement d'un registre général des sûretés visant à assurer la simplicité, l'efficacité et l'accessibilité des processus d'inscription et de consultation. La question de savoir dans quel État procéder à l'inscription dans le cas d'opérations revêtant un caractère international est traitée au chapitre X sur le conflit de lois.

2. Cadre de fonctionnement du registre

a) *Généralités*

7. La plupart des États ne disposent pas d'un registre général centralisé pour les sûretés grevant tous les types de biens meubles. L'établissement d'un système de registre général pour les sûretés réelles mobilières peut donc constituer un changement important. Certains États possèdent des registres qui consignent le droit de propriété et les droits réels sur des biens particuliers, comme les registres de navires, d'aéronefs ou de véhicules automobiles. D'autres ont mis en place plusieurs registres, en fonction du type de biens, de constituant ou de créancier. Beaucoup d'États exigent que les documents constitutifs de la sûreté soient enregistrés ou qu'ils soient joints à la demande d'inscription.

8. Le registre général des sûretés recommandé dans le *Guide* est très différent des exemples de registres existants qui viennent d'être mentionnés. Premièrement, il se présente

comme un registre central unique destiné à l'inscription de toutes les sûretés grevant tous les types de biens meubles. Deuxièmement, l'inscription se fait sur présentation d'un simple avis ne contenant qu'un minimum de renseignements sur la convention constitutive de sûreté; la personne procédant à l'inscription n'est pas tenue de soumettre les documents relatifs à la sûreté ni d'apporter d'autres preuves de leur existence. Ce type de registre vise donc à remédier à l'inefficacité, aux coûts et aux retards causés par la diversité des approches et la multiplicité des registres.

b) *Information et formation du public*

9. Compte tenu de la nouveauté que représente pour nombre d'entre eux la mise en place d'un registre général des sûretés, les États doivent prendre des mesures pour que les milieux commerciaux et juridiques soient informés de l'existence du registre et des effets substantiels de l'inscription, bien avant l'entrée en vigueur de la loi. Il est également essentiel que les utilisateurs potentiels reçoivent des indications claires sur les modalités pratiques d'inscription et de recherche dans le registre, par exemple par la diffusion de guides et de tutoriels (de préférence à la fois sur papier et sous forme électronique) et l'organisation de séances d'information et de formation auxquelles ils assisteraient directement. S'il est vrai que l'organisme public compétent prendra généralement lui-même l'initiative d'organiser l'information et la formation du public, il pourra également faire appel à des spécialistes des milieux juridiques et commerciaux. Ces initiatives ne devraient pas présenter trop de difficultés, car des modèles ont été établis et des documents publiés sur la question dans les États qui ont déjà adopté des réformes similaires.

c) *La notion d'inscription d'un avis*

10. Comme indiqué plus haut (voir par. 7 et 8), au fil des ans, les États ont mis au point différents types de systèmes de registre pour les biens meubles, le registre de la propriété étant l'un des plus courants. Ce type de registre prévoit l'inscription de la propriété et parfois de droits réels et d'autres opérations ayant une incidence sur la propriété de biens meubles particuliers, comme les navires. Un registre de la propriété est une source d'informations objectives sur l'état actuel de la propriété de biens précis. Afin de protéger l'intégrité des données inscrites au registre de la propriété, la personne qui procède à l'inscription est généralement tenue de remettre au conservateur du registre, qui les examinera attentivement, les documents mêmes relatifs au transfert de propriété ou à la sûreté ou un résumé authentifié ou certifié conforme de ces documents.

11. Un certain nombre d'États ont instauré, pour les sûretés réelles mobilières, ce que l'on pourrait appeler un système d'enregistrement de documents qui, s'il ne permet pas d'inscrire la propriété des biens meubles, sert à prouver l'existence de certaines sûretés. Les États possèdent souvent plusieurs registres de ce genre, selon le bien, le constituant, le créancier ou le type de sûreté concerné. Cependant, ils ont parfois unifié ces registres de documents relatifs aux sûretés. Qu'il s'agisse de registres multiples ou d'un registre unique, les documents mêmes sont soumis au conservateur, qui les vérifie et délivre ensuite un certificat d'enregistrement valant au moins présomption réfragable (voire irréfragable) de l'existence de la sûreté.

12. À la différence de ces systèmes, le registre général des sûretés recommandé dans le *Guide* repose sur la notion d'inscription d'avis. Un tel système n'exige pas d'enregistrer

les documents relatifs à la sûreté ni même de les remettre au conservateur du registre pour examen détaillé. En fait, l'inscription est effectuée sur présentation d'un simple avis ne donnant que des informations sommaires sur la sûreté réelle mobilière à laquelle il se rapporte: *a)* l'identité des parties; *b)* une description des biens grevés; et *c)* en fonction du choix fait par chaque État, le montant maximal pour lequel la sûreté est octroyée et la durée de l'inscription souhaitée (voir recommandation 57).

13. L'inscription d'avis présente de nombreux avantages. Elle simplifie considérablement le processus d'enregistrement et réduit la charge de travail liée à l'administration et à l'archivage qui pèse sur le système de registre. En outre, les personnes qui procèdent à l'inscription n'ont pas à supporter les frais et les retards qu'entraîne l'obligation d'apporter la preuve des documents relatifs à la sûreté. Le registre de son côté n'a pas à fournir de moyens de stockage pour ces documents ni à engager du personnel pour les vérifier. Le risque d'erreur et la responsabilité à laquelle il s'expose en conséquence se trouvent aussi considérablement réduits. Qui plus est, l'avis ne devant contenir qu'un minimum de renseignements, il est nettement plus facile de saisir ceux-ci électroniquement que de devoir déposer l'avis dans un système papier qui entraînerait des coûts plus élevés et demanderait plus de temps. Enfin, l'inscription d'un avis, plutôt que d'un document, est suffisante au regard des conséquences juridiques de l'inscription, qui emporte l'opposabilité et non la constitution d'une sûreté (voir chap. II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, par. 2 à 7, et chap. III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière, par. 6 à 8).

14. Les registres fondés sur le concept d'inscription d'avis existent dans un nombre croissant d'États et ont en outre recueilli un large soutien au niveau international (voir la Loi modèle sur les sûretés de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement, la Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières de l'Organisation des États américains, le guide sur les registres de biens meubles intitulé "*A Guide to Movables Registries*" de la Banque asiatique de développement, la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et les protocoles s'y rapportant et l'annexe de la Convention des Nations Unies sur la cession)[1]. Compte tenu de cette évolution, le *Guide* recommande aux États d'adopter ce modèle de registre général des sûretés (voir recommandation 54).

d) *Conditions d'inscription*

15. Les formalités et les conditions d'inscription varient d'un État à l'autre. Dans beaucoup d'entre eux, l'inscription vise à établir une présomption réfragable ou irréfragable de l'existence d'une sûreté. Le conservateur du registre ou tout autre fonctionnaire doit alors examiner soigneusement le contenu de la convention constitutive de sûreté et confirmer l'exactitude et l'effet des données figurant dans l'avis inscrit.

16. Comme indiqué plus haut (voir par. 13), dans un registre général des sûretés reposant sur l'inscription d'avis, il n'est pas nécessaire de procéder à une vérification ou à un contrôle officiel des documents relatifs à la sûreté. Ce système n'exige pas non plus de contrôler ni d'approuver à l'avance la teneur de l'avis inscrit. Si l'inscription était

[1] Voir Introduction, notes 3 à 9.

soumise à approbation officielle, une telle condition irait à l'encontre du type d'inscription rapide et bon marché nécessaire pour promouvoir le crédit garanti. L'idée fondamentale est de permettre un enregistrement sans autres formalités (telles qu'une déclaration sous serment et l'authentification de documents) pour autant que les frais d'inscription requis soient payés et que les champs obligatoires figurant sur l'avis soient remplis (voir recommandation 54, al. *c*).

17. Étant donné l'importance que revêt l'inscription d'un avis pour le créancier garanti aux fins de l'opposabilité et de la priorité de sa sûreté, c'est normalement lui ou son mandataire qui procédera à ladite inscription. Toutefois, comme dans un système de registre reposant sur des avis il n'est plus nécessaire de subordonner l'inscription à la vérification officielle des documents relatifs à la sûreté, rien n'interdit généralement à quiconque d'effectuer une inscription (sauf restrictions nécessaires pour la sécurité du système et aux fins d'identification; voir par. 48 ci-dessous). Pour la même raison, il n'est pas nécessaire dans ce système d'établir le consentement du constituant au moment de l'inscription ni de le mentionner dans les informations enregistrées. Bien que de nombreux États exigent le consentement du constituant à l'inscription, la simple existence de la convention constitutive de sûreté est généralement considérée comme une preuve de ce consentement, qu'elle soit conclue avant ou après le moment de l'inscription (voir recommandation 54, al. *d*).

e) *Accès aux documents relatifs à la sûreté ne figurant pas dans le registre public*

18. L'inscription dans un système reposant sur des avis a pour objet de signaler aux tiers l'existence éventuelle d'une sûreté afin qu'ils puissent prendre des mesures pour se protéger contre cette éventualité. L'avis inscrit ne contient cependant pas toutes les informations nécessaires à un tiers pour déterminer si la sûreté existe effectivement et, lorsqu'elle existe, quelle est la situation ou quelles sont les clauses de la convention constitutive. Le tiers doit donc demander au constituant ou au créancier garanti figurant au registre d'avoir accès aux documents relatifs à la sûreté, qui eux n'y figurent pas. Par exemple, un acheteur ou un créancier garanti potentiel peut refuser de se lancer dans une opération de financement d'acquisition à moins qu'une inscription préexistante ne soit radiée ou que le créancier garanti identifié dans l'avis ne s'engage à céder son rang.

19. Certains États font obligation aux créanciers garantis de répondre aux demandes d'information émanant des tiers sur l'état actuel de la sûreté visée dans un avis inscrit, notamment sur le montant de l'obligation garantie restant à payer. Cette obligation est habituellement imposée pour aider les créanciers chirographaires (notamment les créanciers judiciaires) à déterminer si une sûreté existe effectivement et, dans l'affirmative, si les biens du constituant dégagent un excédent de valeur suffisant pour justifier les dépenses qu'entraînerait soit une action en exécution, soit une tentative de saisie-vente de ces biens. Le droit d'exiger ces informations s'étend généralement à tous les créanciers existants, ainsi qu'aux personnes qui revendiquent un droit réel (propriété ou copropriété, par exemple) sur les biens décrits dans l'avis inscrit. L'hypothèse est que le constituant ne sera pas nécessairement disposé à fournir ces informations de son plein gré à ses créanciers existants ou aux personnes qui contestent ses droits sur les biens grevés. D'autres États ne prévoient pas cette obligation, mais exigent des débiteurs judiciaires qu'ils fassent une déclaration sous serment concernant leurs biens et l'étendue des droits

réels sur ces biens. Comme cette question relève essentiellement du droit régissant les relations entre débiteur et créancier dans les États, le *Guide* ne se prononce pas sur le point de savoir si les créanciers garantis devraient être tenus de répondre aux demandes d'information émanant des tiers.

f) *Protection du constituant contre les inscriptions non autorisées*

20. Les conditions d'inscription étant réduites au minimum dans ces systèmes, ceux-ci risquent de contenir des avis se rapportant à des sûretés qui n'existent pas ou plus. Dans ce cas, le constituant peut généralement recourir à une procédure administrative simplifiée pour exiger la radiation d'un avis qui a été inscrit sans autorisation ou qui a expiré. Certains États sont préoccupés par le risque de fraude et d'abus dans ce genre de systèmes, où les inscriptions peuvent être réalisées moyennant un minimum de formalités. Afin de remédier au problème, quelques-uns imposent également des sanctions administratives pour toute inscription ou radiation non autorisée. La nature et la portée des mesures de protection adoptées par un État dépendent de son estimation du risque d'inscription non autorisée ou frauduleuse par rapport aux coûts que peut entraîner l'application de mesures de cette nature. Le *Guide* recommande la même approche (voir recommandations 55, al. *c*, et 72, al. *b*).

g) *Fichier centralisé et unifié*

21. Certains États disposent de systèmes de registre décentralisés et multiples. Par exemple, les registres fonciers sont souvent organisés par région, département ou comté. De plus, bon nombre d'États ont plusieurs registres pour les sûretés réelles mobilières, selon le type de bien (par exemple aéronefs, navires, matériel, créances ou stocks), le type de constituant (par exemple personne physique ou morale) ou la nature de la sûreté (par exemple combinaison de charge flottante et de charge fixe, nantissement d'entreprise, opération avec réserve de propriété ou gage sans dépossession). À l'exception des registres de la propriété de biens mobiles particuliers, comme les navires et les aéronefs, des registres multiples ont eu tendance à se développer en conséquence de la reconnaissance, au coup par coup, de diverses sûretés sans dépossession sur des biens meubles.

22. Dans les États qui ont adopté une conception fonctionnelle des sûretés réelles mobilières, il y a tout intérêt à centraliser et à unifier le système de registre. En effet, lorsque les règles matérielles applicables aux sûretés sont réunies au sein d'un régime unitaire, il est possible, et plus efficace, de regrouper toutes les inscriptions dans un fichier de registre unique, indépendamment du type de bien, de la nature du constituant (personne morale ou personne physique) ou de la nature de la sûreté. En outre, même dans les États qui maintiennent diverses formes de droits découlant du financement d'acquisitions (ce que le *Guide* dénomme l'approche non unitaire du financement d'acquisitions; voir chap. IX sur le financement d'acquisitions), il est toujours possible et avantageux de prévoir l'inscription de tous ces droits dans le registre général des sûretés.

23. Le mieux serait que chaque État tienne le fichier du registre sous forme électronique dans une base de données unique et centralisée. Dans les États qui disposent de fichiers séparés par région ou district, des règles complexes sont nécessaires pour déterminer où procéder à l'inscription et pour traiter des conséquences du changement de lieu de situation des biens ou du constituant. S'il est possible d'imaginer l'intégration physique de plusieurs registres documentaires décentralisés, les objectifs d'efficacité, d'accessibilité

et de transparence du système d'inscription sont plus pleinement atteints par l'unification et la centralisation des fichiers en un registre électronique du type recommandé dans le *Guide* (voir recommandation 54, al. *e*).

24. La création d'une base de données centralisée peut susciter des craintes concernant l'égalité d'accès des utilisateurs se trouvant dans des lieux éloignés. Les techniques de communication modernes permettent toutefois la transmission rapide, au registre central, des avis soumis à un bureau local. En effet, il est possible, lorsqu'on établit des fichiers électroniques, d'utiliser des bureaux locaux comme points d'accès à un registre centralisé. C'est là un avantage important qu'offrent les registres électroniques, lesquels permettent de surcroît d'élaborer des mécanismes pour accéder en ligne au fichier. Pour autant que des protocoles appropriés d'inscription et de recherche soient en place, l'accès au registre pourra se faire à partir de n'importe quel endroit disposant d'une connexion Internet ou d'autres connexions électroniques. Enfin, même si le registre est tenu sous forme électronique, il est toujours possible d'autoriser les inscriptions sur formulaire papier, les informations sur le formulaire étant ensuite saisies par le personnel du registre dans le fichier informatisé. La transcription manuelle dans le fichier électronique de données à partir d'un document papier peut cependant accroître le risque d'erreur et la responsabilité du registre. Elle entraînera nécessairement aussi une majoration des frais d'inscription, car elle exigera l'intervention du personnel du registre. Dans la mesure du possible, le registre devrait dès lors être conçu de sorte que les personnes qui souhaitent inscrire un avis se chargent de le saisir directement sous forme électronique dans un formulaire d'inscription prescrit. C'est l'approche que recommande le *Guide* (voir recommandation 54, al. *e* et *j*).

h) *Accès du public*

25. L'un des principaux objectifs de tout système de registre est de renforcer la sécurité juridique quant aux droits existant sur des biens. Un registre qui fonctionne bien permet aux tiers intéressés, notamment aux créanciers existants et futurs, ainsi qu'aux acheteurs de biens grevés, de déterminer si les biens d'une personne sont grevés d'une sûreté. Ces informations leur permettent de prendre des mesures pour se prémunir du risque, en termes de priorité, que cette sûreté pourrait faire courir à leurs droits potentiels ou de l'incidence qu'elle pourrait avoir sur leurs droits existants.

26. Pour atteindre cet objectif, le fichier du registre doit normalement être accessible au public. Les États adoptent différentes positions quant au juste équilibre à trouver entre l'accès des tiers intéressés et la protection de la confidentialité des relations entre un constituant et un créancier garanti. Les choix à faire ont trait à deux questions: *a)* faudrait-il restreindre l'accès des personnes souhaitant effectuer des recherches dans le registre; et *b)* quels critères peuvent être utilisés pour effectuer ces recherches. Ces questions sont examinées en détail ci-dessous.

i) *Droit d'effectuer des recherches dans le registre*

27. Dans quelques États, l'accès au fichier du registre afin d'y effectuer des recherches est limité aux personnes qui peuvent prouver qu'elles ont une raison légitime de le consulter. Ce qu'on entend par "raison légitime" varie considérablement d'un État à l'autre. Les

critères sont parfois définis de manière si étroite que la libre concurrence en matière de crédit peut être compromise. En outre, l'imposition de critères d'accès signifie qu'une personne doit apprécier la légitimité de la recherche, exigence procédurale qui entrave l'efficacité et augmente les frais administratifs d'une recherche.

28. Dans les États qui ont adopté un registre général des sûretés fondé sur des avis, l'accès du public n'est généralement soumis à aucune restriction. Cet accès illimité ne compromet pas la confidentialité des relations entre le constituant et le créancier garanti. La confidentialité est préservée car seules des informations limitées concernant les affaires des parties figurent dans l'avis inscrit. En effet, l'avis se borne généralement à indiquer les noms des parties (ou le nom d'un mandataire du créancier garanti), à décrire les biens grevés et à préciser la durée de l'inscription (et, dans certains États, le montant maximal à hauteur duquel la sûreté grève le bien, même s'il ne s'agit pas du montant réel). Comme le *Guide* recommande l'adoption d'un registre général des sûretés reposant sur l'inscription d'avis, il recommande également, pour éviter les frais et retards inutiles, de ne pas exiger des utilisateurs d'invoquer une raison légitime, ni aucune raison d'ailleurs, pour pouvoir consulter le registre. En résumé, le registre devrait être pleinement accessible au public (voir recommandation 54, al. *f* et *g*).

ii) *Recherche par référence au constituant ou au créancier garanti*

29. Comme il est expliqué dans la sous-section suivante, la fonction juridique du registre général des sûretés exige que le fichier soit organisé de manière à permettre la recherche par référence à l'identité du constituant, et non par référence à celle du créancier garanti. Dans la pratique, cependant, le nombre et le contenu des avis inscrits par un créancier garanti ont une valeur marchande potentielle en tant que source d'information sur les listes de ses clients pour les sociétés qui cherchent à commercialiser des produits financiers ou autres du même ordre. C'est ainsi que, pour augmenter leurs recettes, quelques États autorisent les recherches par référence, non seulement à l'identité du constituant mais aussi à celle du créancier garanti. Mais la majorité des États ne le font pas: ils estiment que la faculté d'extraire et de vendre ce type d'information ne relève pas de la mission du registre et donc que la possibilité de faire des recherches par référence à l'identité du créancier garanti pourrait contrarier les attentes commerciales de confidentialité et entraîner une perte de confiance du public dans le système. C'est pour ces mêmes raisons que le *Guide* recommande que le seul critère de recherche possible pour le public soit le nom du constituant ou tout autre élément l'identifiant (voir recommandation 54, al. *h*). Cependant, il est possible que les États souhaitent, à des fins administratives internes (et non pour un usage public), établir une fonction de recherche par référence au nom du créancier garanti parce qu'elle facilite le traitement des modifications apportées à de multiples avis enregistrés lorsque le créancier change de nom commercial.

30. Par souci d'efficacité, certains États permettent explicitement à la personne procédant à l'inscription d'identifier le créancier garanti dans l'avis par le nom d'un fiduciaire, d'un mandataire ou de tout autre représentant. Cette approche facilite, par exemple, les prêts consortiaux, car seule la banque chef de file ou son mandataire doit être identifié en tant que créancier garanti inscrit. Les droits des tiers ne sont pas lésés dans la mesure où la personne ainsi identifiée dans l'avis est effectivement autorisée à agir au nom du véritable créancier garanti dans toutes les communications ou tous les litiges liés

à la sûreté inscrite. En définitive, si le créancier garanti doit être identifié dans l'avis inscrit, c'est essentiellement pour que les personnes consultant le registre puissent savoir qui contacter afin d'obtenir des informations supplémentaires sur les sûretés grevant éventuellement les biens identifiés du constituant. Cette approche présente en outre l'avantage de répondre aux préoccupations concernant la protection des informations commerciales confidentielles des créanciers garantis. Le *Guide* recommande cette approche (voir recommandation 57, al. *a*), car elle facilite le financement garanti sans porter préjudice au constituant ou aux tiers.

i) *Indexation par constituants ou indexation par biens*

31. Le principal souci d'un réclamant concurrent est de déterminer si un bien particulier du constituant est grevé. C'est pourquoi, en théorie, un registre pourrait être organisé de sorte que les utilisateurs puissent accéder à cette information en saisissant soit le nom du constituant ou tout autre élément l'identifiant, soit une référence au bien grevé. Les registres fonciers sont le plus souvent organisés et indexés par référence au bien (terrain) plutôt que par référence au propriétaire. Les droits réels sur les biens fonciers sont, par conséquent, également indexés par référence au bien plutôt que par référence au constituant. De même, comme indiqué plus haut, certains États disposent aussi de registres spécialisés pour les biens meubles (par exemple les navires, les aéronefs et, parfois, les véhicules automobiles) qui permettent d'enregistrer la propriété, mais également les sûretés réelles mobilières et d'autres droits réels. Ces registres sont eux aussi généralement organisés sur la base d'un système d'indexation par biens. En revanche, s'agissant des registres conçus pour l'inscription des sûretés réelles mobilières uniquement, les avis sont généralement saisis, indexés et consultés exclusivement par référence à l'identité du constituant et non par référence au bien.

32. L'indexation par constituants est très répandue dans les registres généraux de sûretés réelles mobilières parce qu'elle simplifie et facilite considérablement l'inscription. Les créanciers garantis peuvent rendre opposable une sûreté, y compris sur la totalité des biens meubles présents et futurs du constituant, en procédant à une seule inscription. Ils ne doivent pas se préoccuper de mettre à jour les données chaque fois que le constituant acquiert un nouveau bien tant que celui-ci correspond à la description faite dans l'avis. C'est pourquoi le *Guide* recommande que le principal mécanisme d'indexation des avis inscrits au registre général des sûretés repose sur l'identité du constituant (voir recommandation 54, al. *h*).

33. L'indexation basée sur l'identité du constituant présente toutefois un grand inconvénient. Si les biens grevés font l'objet de transferts successifs non autorisés, les créanciers garantis et acheteurs potentiels ne peuvent pas se protéger en effectuant une recherche dans le registre à partir du nom du propriétaire apparent immédiat. Le registre étant indexé par constituants, la recherche ne révélera pas une sûreté consentie par un des titulaires antérieurs au propriétaire apparent. Ce problème peut être illustré par un exemple. Le constituant A vend, sans que le créancier garanti B l'y autorise ou en ait connaissance, des biens grevés d'une sûreté à l'acheteur C qui, à son tour, peut proposer de les vendre à D ou de les grever en sa faveur. À supposer que D ne sache pas que les biens ont été acquis par C auprès du constituant initial, il effectuera une recherche dans le registre uniquement à partir du nom de C. Étant donné que l'avis a été indexé sous le nom du constituant initial

A, la recherche effectuée par D ne révélera pas l'inscription. Par conséquent, dans un système de registre indexé par référence au constituant, un créancier garanti ou un acheteur potentiel qui cherche à obtenir des informations concernant toutes les sûretés dont peuvent être grevés les biens d'une personne devra recourir à des sources autres que le registre public pour déterminer les propriétaires successifs de ces biens.

34. Pour résoudre ce problème, certains États organisent leur registre général des sûretés de manière à permettre l'indexation et la recherche également par référence aux biens dans le cas de biens durables de grande valeur, pour lesquels un marché de revente existe et un identifiant numérique ou autre identifiant universel fiable peut être utilisé comme critère de recherche. Dans la majorité des cas, il s'agit de véhicules automobiles, pour lesquels les avis sont indexés également suivant le numéro de série du fabricant.

35. L'identification par numéro de série comporte néanmoins aussi des désavantages, car elle impose aux créanciers garantis une charge et un risque supplémentaires en matière d'inscription et limite la possibilité de rendre opposables des sûretés sur des biens futurs et des ensembles de biens, comme les stocks. Lorsque le bien grevé est un bien d'équipement ou un bien de consommation dans les mains du constituant, il est généralement traité comme un bien individualisé tant par le constituant que par le créancier garanti. Le fait de devoir mentionner aussi dans l'avis inscrit un identifiant numérique précis ne représente donc pas une charge administrative excessivement lourde. En revanche, si les biens grevés sont détenus par le constituant sous forme de stocks destinés à être revendus ou loués, l'exigence d'un numéro de série compliquerait considérablement l'inscription aux créanciers garantis, car ils devraient enregistrer des modifications pour consigner le numéro de série de chaque nouvel élément de stock acquis par le constituant. Quoi qu'il en soit, l'identification des stocks par un numéro de série est normalement inutile pour protéger les acheteurs et les preneurs à bail. La plupart du temps, ils acquerront les biens grevés dans le cours normal des affaires du vendeur, auquel cas ils prennent les biens libres de toute sûreté constituée par le vendeur immédiat ou par des titulaires antérieurs (voir recommandations 80 à 82). C'est pourquoi les États qui prévoient, dans le fichier du registre général des sûretés, un champ pour le numéro de série limitent l'obligation de remplir ce champ aux cas dans lesquels les biens revêtus d'un tel numéro ne sont pas détenus sous forme de stocks (voir également par. 85 et 115 ci-dessous).

36. En outre, comme indiqué plus haut, du point de vue des coûts et des avantages, l'inscription du numéro de série devrait être limitée aux biens durables de valeur relativement élevée pour lesquels il existe un marché de revente, étant donné qu'il s'agit de la seule catégorie de biens grevés pour laquelle la crainte d'un préjudice aux sous-acquéreurs et autres parties en aval peut poser un problème dans la pratique. Afin que l'inscription et la recherche par biens puissent fonctionner, ces types de biens doivent également pouvoir être identifiés par un élément unique, numérique ou autre similaire, qui soit fiable et universellement reconnu.

j) *Frais d'inscription et de recherche*

37. Le but fondamental d'un système de registre général des sûretés est de renforcer la transparence et la sécurité en matière de sûretés réelles mobilières. Les systèmes de registres modernes sont dès lors conçus de manière à encourager leur utilisation par les personnes

souhaitant procéder à une inscription ou effectuer une recherche. Il est donc crucial que les frais d'inscription et de recherche soient fixés à un montant qui facilite l'accès tout en permettant au système de recouvrer ses dépenses d'investissement et d'exploitation dans un délai raisonnable. Des frais excessifs destinés à augmenter les recettes plutôt qu'à financer le coût du système équivaudraient à une taxe (supportée en définitive par les emprunteurs) qui décourage l'accès au système et son utilisation. Par conséquent, le *Guide* recommande que les frais demandés pour l'utilisation du registre ne dépassent pas les montants requis pour l'autofinancement du registre (voir recommandation 54, al. *i*).

k) *Modes d'accès au registre*

38. Par le passé, les données inscrites devaient être conservées sous forme papier. L'apparition du stockage numérique a cependant facilité l'adoption de bases de données informatisées et considérablement réduit le travail d'administration et d'archivage pesant sur le registre.

39. Un fichier informatisé présente de nombreux avantages par rapport à un système papier. De toute évidence, les archives électroniques prennent moins de place et sont plus faciles à consulter. En outre, la plupart des systèmes modernes autorisent la soumission des avis ainsi que l'interrogation du fichier et l'extraction des résultats par voie électronique, ce qui facilite l'accès direct des utilisateurs. La majorité des registres modernes de sûretés permettent également un accès électronique direct pour modifier ou radier une inscription. L'accès direct réduit considérablement les frais de fonctionnement et de maintenance du système. Il améliore également l'efficacité du processus d'inscription pour les utilisateurs car la personne procédant à l'inscription a le contrôle direct du moment de l'inscription. L'accès électronique direct élimine notamment tout délai entre la soumission d'un avis au conservateur du registre et la saisie effective dans la base de données des informations contenues dans l'avis.

40. Dans certains États dotés d'un registre général des sûretés, l'accès électronique (soit à partir des locaux de l'utilisateur, soit à partir d'un bureau local du registre) est le seul mode d'accès possible tant pour les inscriptions que pour les consultations. Comme les données à enregistrer sont fournies sous forme électronique, aucun document papier n'est jamais créé. Dans un système de ce type, entièrement électronique, les personnes procédant à l'inscription répondent directement de l'exactitude des données saisies. Ainsi, les frais de personnel et de fonctionnement du registre sont réduits au minimum et le risque que le personnel du registre commette une erreur lors de la transcription des données est éliminé. D'autres États prévoient l'inscription et la consultation électroniques, mais donnent également aux utilisateurs la possibilité de déposer une inscription sur papier ou des demandes de consultation en personne, par télécopie ou par téléphone. Cependant, même dans ces États, la soumission électronique est de loin le mode le plus courant de présentation des données. Elle est utilisée, dans la pratique, pour la grande majorité des inscriptions.

41. Le *Guide* recommande aux États, dans la mesure du possible, de mettre en place un registre général des sûretés qui soit informatisé et qui offre aux utilisateurs un accès direct électronique (voir recommandation 54, al. *j*). Toutefois, compte tenu des considérations pratiques liées à la mise en place d'un registre électronique, il recommande en outre que

le registre propose plusieurs modes d'accès, du moins au début, afin de rassurer les utilisateurs qui ne sont pas familiarisés avec le système. Enfin, pour faciliter l'utilisation, le *Guide* recommande d'organiser le registre de manière à prévoir plusieurs points d'accès pour soumettre les avis et les demandes de consultation par voie électronique, sur papier ou oralement (voir recommandation 54, al. *k*).

l) *Horaires de service*

42. Reconnaissant l'importance de l'accès du public, la plupart des États pratiquent pour leur registre des horaires fiables et réguliers compatibles avec les besoins des utilisateurs, ce qui, en fonction de ces besoins, peut fort bien obliger le registre à être accessible avant et après les heures normales de bureau. Si le système permet l'accès électronique direct, les jours et les heures de fonctionnement importent peu dans la pratique. Le registre peut être accessible en continu, vingt-quatre heures sur vingt-quatre, sept jours sur sept. C'est pourquoi le *Guide* recommande que le registre soit conçu de manière à être accessible en continu, sauf pendant de brèves périodes où il doit faire l'objet d'opérations programmées de maintenance courante (voir recommandation 54, al. *l*).

m) *Utilisation optimale des techniques électroniques*

43. Les avantages d'un registre général des sûretés qui repose sur l'informatisation des fichiers et l'accès direct électronique ont déjà été examinés. Cependant, l'étendue possible de l'informatisation peut varier d'un État à l'autre en fonction du capital de départ disponible, de l'accès aux compétences adéquates, du niveau de connaissance en informatique des utilisateurs potentiels, de la fiabilité de l'infrastructure locale de communication et de la probabilité que les recettes prévues soient suffisantes pour amortir les dépenses d'investissement dans un délai raisonnable. Les États ne sont probablement pas tous en mesure de passer immédiatement à un registre entièrement informatisé. Néanmoins, même là où les États continuent d'utiliser des registres papier, l'objectif global reste identique: rendre le processus d'inscription et de recherche le plus simple, transparent, efficace, abordable et accessible possible. Conformément à son approche générale en matière d'utilisation des techniques électroniques (voir recommandations 11 et 12), le *Guide* recommande aux États d'établir, dès que possible, un registre général des sûretés informatisé qui permette un accès direct par des moyens électroniques (voir recommandation 54, al. *j*).

n) *Langue du registre*

44. Comme indiqué plus haut, dans un registre moderne des sûretés, seuls sont inscrits les avis concernant des conventions constitutives de sûretés. Ne sont inscrits ni la convention elle-même ni un résumé de son contenu. Par conséquent, la langue de la convention constitutive n'aura aucune incidence directe sur la langue utilisée dans les fichiers du registre (pour la langue de la convention constitutive de sûreté, voir le chapitre II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, par. 16; pour la langue des avis dans le contexte de la réalisation, voir le chapitre VIII sur la réalisation d'une sûreté réelle mobilière, par. 47 et 70). Compte tenu de la manière dont un registre général moderne est organisé et

indexé pour faciliter les recherches à partir du nom du constituant ou de tout autre élément l'identifiant, les fichiers seront établis dans la langue du registre. En d'autres termes, même si la convention constitutive est établie dans une langue convenue par les parties, les renseignements concernant le nom du constituant ou les autres éléments d'identification contenus dans le fichier seront rédigés dans la langue du registre. Cette règle admettrait une seule exception, lorsque le nom officiel du constituant, par exemple une entreprise commerciale étrangère, est lui-même dans une langue étrangère. Sauf dans les cas où un autre droit prévoit que les entreprises doivent avoir un nom officiel dans la langue nationale, le fichier du registre contiendra ici des informations dans une langue étrangère. En l'absence d'une telle exigence, d'autres difficultés peuvent se poser lorsque le nom officiel du constituant utilise un alphabet différent de celui de la langue du registre. Dans ce cas, les États devront prévoir des règles pour que l'élément identifiant le constituant puisse se traduire par un nom ou une orthographe qui permette d'effectuer des recherches efficaces.

45. Des considérations similaires valent pour la langue dans laquelle sont décrits les biens grevés. Les registres généraux modernes sont souvent informatisés. Les parties peuvent cocher une case qui donne une description générique des biens grevés, mais doivent généralement aussi décrire elles-mêmes les biens grevés de façon qu'ils soient suffisamment identifiés. Dans ce cas également, la fonction du registre (qui est de donner aux personnes effectuant une recherche l'accès à des informations leur permettant de déterminer quels biens d'un constituant sont effectivement grevés) plaide en faveur de l'obligation de décrire ces biens dans la langue du registre.

46. Certains États ont plusieurs langues officielles, auquel cas les registres sont généralement conçus pour permettre les inscriptions dans toutes ces langues. Pour que les informations soient accessibles à toutes les personnes qui consultent le registre, certains États exigent que les parties procèdent à l'inscription dans toutes les langues officielles. D'autres autorisent l'inscription dans une langue uniquement, mais exigent que l'administrateur du registre établisse et enregistre des duplicata dans toutes les langues officielles. Ces deux méthodes sont onéreuses et peuvent générer des erreurs, par exemple au niveau des éléments identifiant le constituant, ou des écarts entre les différentes versions linguistiques de la description des biens grevés. Par conséquent, dans bon nombre d'États dotés de plusieurs langues officielles dont n'importe laquelle peut être utilisée pour inscrire une sûreté, l'inscription doit se faire dans une langue uniquement. Cependant, dans ces États, l'interface d'inscription et de consultation est disponible dans toutes les langues officielles du registre. Le *Guide* ne formule aucune recommandation sur la langue dans laquelle devrait être formulé l'avis. Cette question relève d'un autre droit. Les États devront examiner comment la traiter de sorte que l'on puisse raisonnablement s'attendre que l'avis soit compris par le constituant et les tiers.

3. Sécurité et intégrité du fichier du registre

a) *Rôle de l'État dans la gestion du système*

47. Au fils des années, les États ont adopté différentes approches pour la gestion et l'exploitation des systèmes de registre. Dans certains, ce service est fourni par une

administration ou par une entreprise publique. Dans d'autres, il est délégué à une profession particulière (par exemple les notaires). Dans d'autres encore, l'exploitation courante est assurée par un organisme privé, surtout si ce dernier peut proposer un service plus économique. Toutefois, à la seule exception des États dans lesquels il n'existe aucun mécanisme public d'enregistrement et où des bureaux d'inscription informels et privés comblent le vide, l'État reste bien entendu tenu de veiller à ce que le registre soit exploité conformément au cadre juridique applicable. C'est l'approche recommandée par le *Guide* (voir recommandation 55, al. *a*).

b) *Enregistrement de l'identité de la personne procédant à l'inscription*

48. Certains États exigent que la personne procédant à l'inscription prouve son identité. L'inconvénient d'une telle exigence, qui vise principalement à garantir un usage légitime du registre, est qu'elle risque de retarder l'inscription et d'en accroître le coût. Dans d'autres États, même si le registre oblige la personne à décliner son identité, il n'impose pas que celle-ci soit vérifiée pour qu'un avis puisse être inscrit (sauf dans la mesure où cela est nécessaire pour le paiement des frais d'inscription). Dans les États où l'on craint des inscriptions non autorisées ou abusives, le registre devra peut-être exiger au moins une preuve d'identité minimale (pour ce qui est du droit du constituant de faire radier ou modifier une inscription, voir recommandation 72). Cette exigence ne devrait pas constituer une charge administrative excessive si la procédure d'identification est intégrée au processus de paiement. En outre, comme la plupart des personnes procédant à l'inscription seront des utilisateurs réguliers, un code d'accès sécurisé permanent pourra leur être attribué lors de l'ouverture d'un compte auprès du registre, si bien que les procédures d'identification n'auront pas à être répétées lors d'inscriptions ultérieures. C'est l'approche recommandée par le *Guide* (voir recommandations 54, al. *d* et 55, al. *b*).

c) *Droit du constituant d'obtenir une copie de l'avis inscrit*

49. L'inscription d'un avis signifie que le constituant a peut-être grevé ses biens d'une sûreté ou qu'il envisage peut-être de le faire. Elle risque donc de limiter ses possibilités d'obtenir de nouveaux crédits garantis. C'est pourquoi la plupart des États prévoient que le constituant désigné dans un avis inscrit est en droit de recevoir copie de cet avis, ainsi que de toute modification qui y est apportée par le créancier garanti. Le constituant peut ainsi vérifier l'exactitude des données figurant dans l'avis et, dans le cas d'une inscription inexacte, non autorisée ou abusive, faire valoir son droit de la faire radier ou modifier (voir recommandations 72 et 74).

50. Les États divergent sur la question de savoir à qui incombe l'obligation d'envoyer une copie de l'avis inscrit au constituant. Afin de protéger ce dernier de manière optimale contre le risque d'inscription non autorisée, certains confient cette tâche au système de registre même. Ainsi, le constituant supposé repérera une éventuelle inscription frauduleuse, découverte qui est peu probable si l'obligation d'envoyer la copie incombe au prétendu créancier garanti. Toutefois, il faut mettre en balance cet avantage avec les coûts et risques supplémentaires qu'une telle charge imposerait au système de registre. En l'absence d'éléments démontrant que des inscriptions non autorisées menacent sérieusement l'intégrité du système d'un État donné, une analyse coût-avantages plaide en faveur de la délégation de cette obligation au créancier garanti.

51. De plus, comme dans la plupart des cas les inscriptions sont effectuées de bonne foi et sont exactes, il n'est pas nécessaire que l'envoi par le créancier garanti d'une copie de l'avis au constituant conditionne la prise d'effet de l'inscription, cette dernière risquant d'ailleurs de s'en trouver compliquée ou retardée. En effet, les tiers qui consultent le registre ne sont nullement lésés par le fait que le créancier n'ait pas transmis l'avis. C'est pourquoi la plupart des États prévoient qu'un tel manquement n'entraîne que des sanctions administratives mineures et la réparation de tout dommage réel causé au constituant. Étant donné que le *Guide* vise d'une manière générale à réduire autant que possible les frais administratifs du registre, il recommande que l'obligation de transmettre une copie de l'avis au constituant incombe au créancier garanti (voir recommandation 55, al. *c*).

d) *Droit du créancier garanti de recevoir une copie de toute modification de l'inscription*

52. Dans la plupart des États disposant d'un registre général des sûretés moderne, un avis inscrit peut être radié ou modifié par le créancier garanti à tout moment, de la même manière que tout autre type d'inscription (voir recommandation 73). La plupart des États autorisent également le constituant à faire radier ou modifier une inscription par une procédure judiciaire ou administrative simplifiée (voir recommandation 72, al. *b*). Afin que le créancier garanti puisse vérifier la légitimité d'une radiation ou d'une modification, le registre est normalement tenu d'envoyer rapidement une copie de toute modification d'un avis inscrit à la personne qui y est identifiée comme le créancier garanti. Cette obligation ne devrait pas entraîner de frais ou de risques trop élevés pour le système de registre, étant donné que l'utilisation d'un mode de communication électronique efficace (tel que le courrier électronique) peut être convenue lorsque le créancier garanti ouvre un compte auprès du registre. En outre, s'il est électronique, le système peut être programmé de manière à transmettre automatiquement une copie de toute modification à une adresse de courrier électronique déterminée, sans aucune intervention humaine. C'est l'approche que recommande le *Guide* (voir recommandation 55, al. *d*).

e) *Confirmation rapide de l'inscription*

53. Toutes les parties ont intérêt à recevoir rapidement la confirmation d'une inscription. Par exemple, avant d'avancer des fonds dans le cadre d'une convention constitutive de sûreté, un créancier garanti voudra généralement s'assurer que son avis a bien été inscrit au registre et que les informations ont été correctement enregistrées. De plus, afin d'assurer sa priorité sur d'autres créanciers garantis potentiels, il inscrira souvent un avis concernant une convention constitutive de sûreté qui n'a pas encore été conclue avec le constituant. C'est pourquoi les registres électroniques modernes sont conçus de manière que la personne procédant à l'inscription puisse obtenir une copie de l'inscription sous forme imprimée ou électronique aussitôt après la saisie des informations. Dans le cas d'un registre sur support papier, il s'écoulera inévitablement un laps de temps entre la soumission de l'avis et la confirmation de sa saisie, mais tout devrait être mis en œuvre pour qu'il soit réduit au minimum. C'est l'approche recommandée par le *Guide* (voir recommandation 55, al. *e*).

f) *Intégrité et préservation des données*

54. Tout système de registre, qu'il soit sur support papier ou électronique, risque d'être détruit en raison d'événements imprévus. Il est habituellement très difficile de

reconstituer un registre sur support papier si les fichiers ont été endommagés ou détruits (par exemple suite à une inondation ou un incendie). Peu d'États ont les ressources nécessaires pour archiver des doubles des documents papier dans un endroit séparé. De plus, comme les doubles doivent être archivés et indexés manuellement, il y a toujours un risque d'erreur humaine. Par contre, lorsqu'un registre papier est archivé électroniquement, ou lorsqu'un registre est intégralement tenu sous forme électronique, il est beaucoup plus facile d'assurer la préservation des données. Généralement, les États qui ont des registres électroniques conservent une copie de sauvegarde des fichiers sur un serveur séparé, dans un endroit distinct. La copie de sauvegarde est normalement mise à jour par une procédure séparée pendant la nuit, ce qui permet de reconstituer les données en cas de dysfonctionnement ou de destruction physique du registre. Afin que l'intégrité des fichiers soit préservée de manière efficace et économique, le *Guide* recommande qu'une copie de sauvegarde des fichiers électroniques soit systématiquement effectuée (voir recommandation 55, al. *f*).

4. Responsabilité en cas de préjudice

55. Comme il est noté plus haut (voir par. 47), un registre général des sûretés est administré par l'État au sens où, même si sa maintenance est sous-traitée au secteur privé, sa supervision incombe en définitive à un conservateur nommé par l'État et aux fonctionnaires placés sous son autorité. C'est pourquoi la plupart des États ont adopté des règles détaillées qui précisent sous quelles conditions et dans quelle mesure ils assument une responsabilité juridique en cas de préjudice résultant d'une erreur du personnel ou du système. En théorie, indépendamment du type de registre adopté, les erreurs du personnel ou du système susceptibles de causer un préjudice et donc de faire naître une responsabilité relèvent de trois catégories.

56. La première concerne les cas dans lesquels un employé ou un représentant du registre est accusé d'avoir donné verbalement des informations ou des conseils incorrects ou trompeurs. Certains États excluent ici toute responsabilité. Dans ceux qui autorisent les recours contre le registre, des instructions sont généralement données quant au degré de diligence requis. Dans certains États, la conduite de l'employé doit satisfaire à la règle de responsabilité imposée par le droit général régissant la responsabilité fondée sur la faute. D'autres États fixent une règle plus stricte et exigent que la personne qui prétend avoir été induite en erreur établisse la mauvaise foi.

57. La deuxième catégorie est celle des erreurs ou omissions dans les informations saisies sur le registre. Toute erreur dans les informations communiquées par les personnes procédant à l'inscription est de leur responsabilité. Il ne peut y avoir erreur de la part du registre que si les informations soumises par ces personnes ont été incorrectement saisies dans la base de données. La question clef ici est de savoir qui est responsable de la saisie des données soumises.

58. Si les personnes procédant à l'inscription communiquent initialement les données au personnel du registre (par télécopie, sur papier ou par téléphone), celui-ci devra les saisir dans la base et sera donc responsable de toute inexactitude dans le processus de transcription. Dans ce cas, les régimes prévoient généralement la réparation du préjudice résultant de la non-saisie ou de la saisie erronée des informations par le personnel.

59. En revanche, si l'avis est soumis par voie électronique, les systèmes modernes comportent généralement un formulaire électronique standard, grâce auquel les données fournies par la personne procédant à l'inscription sont automatiquement saisies (sous réserve uniquement des modifications faites électroniquement dans les champs obligatoires) sans aucun examen approfondi ni aucune autre intervention du personnel du registre. Dans ces systèmes, c'est cette personne qui supporte le risque d'erreur, car l'erreur doit nécessairement être imputable aux données qu'elle a fournies. Même s'il est concevable que le problème provienne d'un dysfonctionnement du système, les États excluent généralement toute responsabilité en cas d'allégation selon laquelle le système n'aurait pas, ou pas correctement, effectué l'inscription. En l'absence d'une version papier (ou d'une télécopie ou d'une trace écrite d'une soumission orale) de l'avis inscrit, il est impossible de prouver les allégations de dysfonctionnement.

60. Si le personnel du registre transcrit de manière inexacte l'information soumise par la personne procédant à l'inscription, le droit à réparation revient normalement au tiers qui, ayant effectué une recherche dans le registre, subit un préjudice parce qu'il s'est fié aux données trompeuses figurant dans l'avis. La situation est différente si l'erreur tient au fait que le personnel du registre omet purement et simplement de saisir dans le système les informations figurant sur l'avis papier. Le *Guide* recommande que l'inscription d'un avis prenne effet uniquement une fois que les données ont été saisies dans la base de manière à être accessibles aux tiers effectuant une recherche (voir recommandation 70). Il s'ensuit que, lorsqu'un avis soumis au personnel du registre par une personne procédant à l'inscription n'est jamais saisi dans le système, l'inscription ne prend jamais effet juridiquement. La personne susceptible d'être lésée est alors le créancier garanti dont la sûreté n'a jamais été rendue opposable juridiquement.

61. La troisième catégorie concerne les situations où une recherche dans le registre fait apparaître un résultat qui ne correspond pas exactement aux informations contenues dans la base de données. Certains États admettent en pareils cas une responsabilité pour le préjudice causé par une erreur ou une omission dans le résultat de la recherche tenant à une faute du personnel du registre. Toutefois, pour des motifs de preuve, toute responsabilité est exclue lorsque l'utilisateur invoque une erreur dans un résultat qu'il a visualisé électroniquement ou imprimé chez lui.

62. Tous les États n'acceptent pas une responsabilité illimitée pour les erreurs commises par le personnel du registre. Certains invoquent le principe de l'immunité souveraine pour exonérer le registre de toute responsabilité. D'autres reconnaissent une responsabilité, mais plafonnent le montant d'une éventuelle réparation. Les États qui admettent une responsabilité prévoient aussi généralement des règles de procédure exigeant que les demandeurs suivent des directives explicites pour présenter et prouver leurs allégations et leur imposant un délai de prescription.

63. Certains États ont créé des fonds spéciaux destinés à financer la réparation des préjudices pour lesquels la responsabilité est établie. Lorsqu'un tel fonds vise à protéger le registre, les frais d'inscription sont habituellement majorés d'un faible montant qui est versé audit fonds pour couvrir le paiement des demandes de réparation admises. Lorsque le registre souscrit une assurance privée pour couvrir la réparation des préjudices, le faible montant ajouté aux frais d'inscription est utilisé pour financer la prime d'assurance.

64. Le *Guide* ne cherche pas à établir de distinction entre les différentes approches décrites ci-dessus. Il considère qu'il s'agit d'une question de principe qui varie et qui doit être réglée par chaque État. Quelle que soit l'approche retenue, il importe que les États adoptants prévoient des règles claires qui précisent à qui incombe la responsabilité en cas de préjudice causé par une erreur dans l'administration ou l'exploitation du registre (voir recommandation 56).

5. Teneur exigée de l'avis inscrit

65. Le système de registre général des sûretés recommandé dans le *Guide* repose sur l'inscription d'avis. Les États qui ont adopté ce système exigent invariablement que l'avis inscrit contienne les informations minimales suivantes: *a)* le nom du constituant ou un autre élément permettant de l'identifier et son adresse; *b)* le nom du créancier garanti ou un autre élément permettant de l'identifier et son adresse; et *c)* une description des biens grevés (voir recommandation 57). Dans les États dont la loi ne fixe pas à l'avance la durée d'effet de l'inscription, la personne procédant à l'inscription doit également spécifier dans l'avis la durée souhaitée. En outre, certains États exigent que la personne indique le montant monétaire maximal pour lequel la sûreté visée dans l'avis peut être réalisée (sur ces deux points, voir la recommandation 57). Tous ces éléments sont examinés en détail ci-après.

a) *Informations sur le constituant*

i) *Incidence d'une erreur dans l'élément identifiant le constituant sur l'efficacité de l'inscription*

66. Dans un registre général des sûretés moderne, les avis sont indexés et recherchés à partir du nom du constituant ou d'un autre élément permettant de l'identifier (voir recommandation 54, al. *h*). Il en découle que la mention de l'identifiant du constituant dans l'avis est un élément essentiel à la validité d'une inscription. L'incidence qu'un identifiant erroné peut avoir sur l'efficacité juridique d'un avis inscrit dépend de la logique suivant laquelle est organisé le système de registre concerné. Certains fichiers électroniques sont programmés de manière à retrouver uniquement les correspondances exactes entre l'identifiant saisi par la personne effectuant la recherche et les identifiants figurant dans la base de données. Dans ce genre de systèmes, en cas d'erreur, l'avis ne pourra pas être retrouvé par une personne qui effectue une recherche en utilisant l'identifiant correct. C'est pourquoi la supposée inscription est nulle et partant la sûreté est inopposable.

67. Certains États ont mis en place un algorithme de recherche plus perfectionné. Dans ces États, les fichiers du registre sont organisés et indexés de manière à permettre à une personne qui effectue une recherche en saisissant l'élément d'identification correct de retrouver les avis où figure un identifiant similaire, mais pas identique. Inversement, si la personne effectuant la recherche saisit un élément d'identification incorrect, elle pourrait tout de même retrouver l'avis si l'identifiant correct est similaire mais pas identique. Dans les États qui ont adopté un tel algorithme, la validité de certaines inscriptions, qui seraient normalement entachées d'irrégularité, est préservée malgré une erreur aussi longtemps qu'une recherche à partir de l'élément d'identification correct permet de retrouver l'avis

inscrit, même si la concordance n'est pas parfaite. C'est l'approche que recommande le *Guide* (voir recommandation 58). Toutefois, ce type de système ne fonctionne que si la logique de recherche est soigneusement conçue pour limiter le nombre de résultats approchants. Si une personne qui effectue une recherche en saisissant l'élément d'identification correct retrouve un nombre excessif d'avis contenant des résultats approchants, elle devrait injustement assumer les conséquences de l'erreur commise par la personne qui a initialement procédé à l'inscription et elle se verrait alors peut-être obligée de procéder à un grand nombre de recherches supplémentaires pour déterminer lequel éventuellement de ces résultats correspond au constituant en question.

ii) *Élément d'identification correct pour les personnes physiques*

68. Étant donné qu'une erreur dans l'élément identifiant le constituant risque d'invalider une inscription, les États prennent généralement grand soin de poser des règles juridiques claires sur ce qui constitue un identifiant correct. Le nom du constituant est le critère le plus courant. Il se peut toutefois qu'un État ne dispose d'aucune règle universelle définissant ce qui constitue le nom correct d'une personne physique et que le nom utilisé au quotidien dans les affaires ou en société diffère de celui qui figure sur les documents officiels du constituant. En outre, le nom du constituant peut avoir changé depuis sa naissance suite à un changement d'état civil ou à un autre choix délibéré. C'est pourquoi il est généralement nécessaire de donner dans les réglementations ou les règles administratives régissant l'exploitation du registre des indications expresses sur les documents officiels contenant le nom du constituant auxquels les personnes procédant à l'inscription et les personnes effectuant une recherche peuvent se fier.

69. Les documents qui sont considérés comme faisant autorité en la matière dépendent de la disponibilité et de la fiabilité des documents officiels délivrés par chaque État. Pour les constituants qui ne possèdent pas le document officiel de premier ordre nécessaire, et pour ceux qui ne sont ni résidents ni ressortissants d'un État donné, les États prévoient généralement une hiérarchie des autres références possibles.

70. Il n'y a pas de formule universelle pour établir cette hiérarchie, car la situation dépend dans une très large mesure des ressources dont dispose chaque État pour attribuer un élément d'identification fiable aux personnes physiques, ainsi que des conventions de nomination locales. Cela dit, les paragraphes suivants montrent comment les États pourraient appliquer l'approche recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 59):

a) Si le constituant est né dans l'État adoptant et sa naissance a été enregistrée auprès d'une administration, son nom est celui qui figure sur l'acte de naissance;

b) Si le constituant est né dans l'État adoptant mais sa naissance n'a pas été enregistrée, le nom du constituant est le suivant:

i) Le nom figurant sur un passeport qui lui a été délivré par les autorités de l'État adoptant;

ii) Si le constituant n'a pas de passeport, le nom indiqué sur une carte d'identité nationale en cours de validité ou, à défaut, une carte d'assurance sociale en cours de validité qui lui a été délivrée par les autorités de l'État adoptant;

iii) Si le constituant n'a ni passeport, ni carte d'identité nationale, ni carte d'assurance sociale en cours de validité, le nom figurant sur un passeport qui lui a été délivré par les autorités de l'État où il réside habituellement;

c) Si le constituant n'est pas né dans l'État adoptant, mais en est un ressortissant, son nom est celui qui figure sur le certificat de nationalité;

d) Si le constituant n'est pas né dans l'État adoptant, et n'en a pas la nationalité, son nom est le suivant:

i) Le nom indiqué sur un visa en cours de validité qui lui a été délivré par les autorités de l'État adoptant;

ii) Si le constituant n'a pas de visa en cours de validité, le nom indiqué sur un passeport en cours de validité qui lui a été délivré par les autorités de l'État où il réside habituellement;

iii) Si le constituant n'a ni visa ni passeport en cours de validité, le nom qui figure sur l'acte de naissance ou un document équivalent qui lui a été délivré par l'administration chargée d'enregistrer les naissances dans l'État où il est né;

e) Dans les autres cas, le nom du constituant est celui qui figure sur un permis de conduire ou un certificat d'immatriculation d'un véhicule en cours de validité, ou tout autre document officiel qui lui a été délivré par l'État adoptant; et

f) Si le nom du constituant, tel qu'il est déterminé par les présentes règles, a changé conformément au droit de l'État de sa résidence habituelle, notamment à la suite d'un mariage, il est fait référence à son nouveau nom, lorsque le changement est intervenu au moment où la sûreté est constituée.

71. Si une recherche révèle que plusieurs constituants portent le même nom, l'adresse du constituant permettra généralement à la personne effectuant la recherche de résoudre ce problème. Dans les États où de nombreuses personnes portent le même nom, il peut être utile d'exiger des informations supplémentaires, comme la date de naissance du constituant. Si un État adoptant attribue un identifiant numérique à ses ressortissants, celui-ci pourra également être utilisé, sous réserve des règles de l'État sur le respect de la vie privée et la sécurité et à condition de prévoir un identifiant alternatif pour les constituants qui ne sont pas des ressortissants. Lorsqu'un État exige des identifiants additionnels ou supplémentaires, le *Guide* recommande que la loi explique ce qu'il advient de la validité de l'inscription si seul un de ces identifiants est entré correctement (voir recommandation 59).

iii) *Élément d'identification correct pour les personnes morales*

72. Pour les sociétés et autres personnes morales, l'élément identifiant le constituant, en vue d'une inscription et d'une recherche efficaces, est normalement le nom qui figure dans les documents constitutifs de la personne. On peut généralement vérifier ce nom en consultant le registre public des sociétés et entités commerciales tenu par chaque État. Il est peu vraisemblable que des problèmes faisant intervenir des identifiants semblables apparaissent, étant donné que les noms commerciaux doivent généralement être uniques pour être acceptés dans un registre de sociétés ou de commerce. Si les informations figurant sur ce registre et sur le registre des sûretés sont sous forme électronique, il est sans doute possible de prévoir un accès commun aux deux bases de données pour simplifier le processus de vérification. C'est l'approche que recommande le *Guide* (voir recommandation 60).

iv) *Distinction entre personnes physiques et personnes morales*

73. Il est généralement demandé à la personne qui procède à l'inscription d'indiquer si le constituant est une personne physique ou une personne morale. Bien que la terminologie varie, la ligne de séparation est fondamentalement la même. Il est essentiel de fournir une désignation exacte car les deux catégories de constituants sont habituellement stockées dans des champs ou répertoires consultables séparés au sein du registre. Ainsi, une recherche dans le fichier des personnes morales ne permettra pas de retrouver une sûreté inscrite à l'encontre d'une personne physique et inversement. L'exactitude est importante surtout lorsqu'une personne physique, M. Dupont par exemple, gère une entreprise baptisée Dupont SA. Si l'on veut identifier le constituant d'une sûreté sur les biens de l'entreprise, seul l'identifiant Dupont SA est correct.

74. Généralement, les États veillent aussi à ce que les règles spécifiant les éléments d'identification du constituant fournissent des indications claires lorsque des personnes physiques exercent une activité commerciale sous un autre nom ou avec d'autres personnes dans le cadre d'une entité qui n'est pas dotée de la personnalité juridique. Ainsi, si une personne physique (par exemple M. Dupont) exerce une activité sous le nom de Entreprise de plomberie Dupont, sans la constituer en société, le seul élément d'identification correct est M. Dupont. Toutefois, les États donnent souvent aux personnes effectuant une inscription la possibilité de saisir également le nom commercial en tant que constituant désigné sur l'avis, en les avertissant toutefois que le nom correct est le nom du propriétaire et que l'avis ne sera pas valable si seul le nom commercial est saisi.

v) *Incidence d'un changement de l'élément identifiant le constituant sur l'efficacité de l'inscription*

75. Le nom du constituant ou un autre élément l'identifiant peut changer après l'inscription: par exemple, un constituant personne physique peut changer juridiquement de nom ou un constituant personne morale peut poursuivre ses activités commerciales sous un autre nom suite à un regroupement ou à un autre acte similaire. Un tel changement soulève des problèmes lorsqu'il s'agit de retrouver des avis déjà inscrits. L'élément identifiant le constituant est le principal critère de recherche et une recherche à partir du nouvel identifiant ne révèlera pas une sûreté inscrite sous l'ancien nom. C'est pourquoi, afin de protéger les tiers susceptibles de traiter avec le constituant sous son nouveau nom, certains États exigent que le créancier garanti modifie l'avis inscrit, dans un certain délai, pour y faire figurer le nouvel élément d'identification. Le défaut de modification de l'avis ne prive pas l'inscription d'effet. Le créancier garanti est toutefois primé par les créanciers garantis, les acheteurs, les preneurs à bail et les preneurs de licence qui acquièrent des droits sur les biens grevés après le changement de l'élément d'identification, mais avant l'inscription de l'avis de modification. Il conserve en revanche la priorité qu'il avait sur ces catégories de réclamants concurrents si leurs droits sont nés avant le changement de nom. L'obligation d'information a donc pour but ici de protéger les tiers qui pourraient sinon se fier, à leur détriment, à une recherche "sans résultat" à partir du nouveau nom du constituant.

76. Un constituant est normalement tenu, que ce soit par la convention constitutive de sûreté ou par le droit, d'informer le créancier garanti de tout changement de nom ou d'un

autre élément l'identifiant. Dans certains États, le délai de grâce dont dispose le créancier garanti pour modifier l'avis court uniquement à partir du moment où il apprend le changement. Dans d'autres, ce délai court à partir du changement même. S'il ne modifie pas l'avis dans le délai, le créancier garanti perd sa priorité en faveur des réclamants concurrents ayant acquis des droits entre-temps, indépendamment du fait qu'il ait ou non pris connaissance du changement avant l'expiration du délai. Telle est l'approche recommandée par le *Guide* pour trouver un juste équilibre entre les droits du créancier garanti et ceux des tiers effectuant une recherche, étant donné qu'un créancier garanti aura de toute façon probablement connaissance du changement de nom en raison de ses activités de surveillance habituelles (voir recommandation 61).

77. Dans l'approche recommandée, la non-inscription d'une modification suite à un changement de nom ne compromet la priorité du créancier garanti que si le réclamant concurrent est un acheteur, un autre créancier garanti, un preneur à bail ou un preneur de licence. La non-modification de l'avis est sans incidence sur l'opposabilité de la sûreté obtenue par l'inscription initiale à l'encontre des créanciers judiciaires ou du représentant de l'insolvabilité du constituant. En effet, les créanciers chirographaires ne sont pas des créanciers "qui se fient au registre" au sens où leur décision de prêter dépendrait du résultat négatif d'une recherche dans ce registre. C'est pourquoi le *Guide* estime que la mise en balance des droits du créancier garanti et des intérêts des tiers devrait amener à privilégier le créancier garanti.

vi) *Incidence du transfert d'un bien grevé sur l'efficacité de l'inscription*

78. Comme dans les cas où son nom ou un autre élément permettant de l'identifier change, dès lors que le constituant initial a transféré un bien grevé, la sûreté qu'il a créée sera introuvable pour les tiers qui ont affaire audit bien entre les mains du bénéficiaire du transfert et qui effectuent une recherche à partir du nom de ce dernier. Dans cette situation, certains États adoptent l'approche que recommande le *Guide* pour le changement de nom du constituant, telle qu'elle est décrite dans la précédente section. Dans cette approche, le créancier garanti doit inscrire une modification désignant le bénéficiaire du transfert en tant que nouveau constituant, dans un délai déterminé après le transfert, afin de rester prioritaire par rapport aux créanciers garantis et aux acheteurs qui acquièrent des droits sur le bien grevé après le transfert. Si la modification n'est pas faite dans le délai prévu, l'opposabilité obtenue par l'inscription initiale reste intacte. Toutefois, le créancier garanti se voit primé par les créanciers garantis et les acheteurs qui ont acquis leurs droits après le transfert et avant l'inscription de la modification.

79. Comme pour le changement de nom, d'autres États partent du principe que le délai de grâce pour la modification ne devrait courir qu'à partir du moment où le créancier garanti apprend effectivement que le bien grevé a été transféré par le constituant. Cette approche repose sur l'idée que le créancier ne prendra vraisemblablement connaissance du transfert non autorisé que bien après les faits car, contrairement à ce qui se passe avec un changement de nom, le constituant fera probablement tout pour lui cacher son acte non autorisé. D'autres États encore estiment que la priorité du créancier garanti ne devrait jamais être compromise par un transfert non autorisé que le constituant a effectué en violation de la convention constitutive de sûreté, et que par conséquent la décision du créancier d'inscrire une modification pour mentionner le nom du bénéficiaire du transfert en tant que nouveau constituant devrait être strictement volontaire. Ces deux dernières

approches reflètent, à des degrés divers, l'opinion selon laquelle, en cas de transferts non autorisés, les droits des créanciers garantis devraient l'emporter sur les intérêts des réclamants concurrents qui souhaitent pouvoir se fier à l'absence de résultat d'une recherche effectuée dans le registre à partir du nom de la personne en possession des biens grevés.

80. Le *Guide* ne contient pas de recommandation précise à ce sujet. Il se contente d'indiquer que la question doit être traitée explicitement par les États adoptants (voir recommandation 62). Il a été estimé que chaque État devrait décider de l'approche qui convient dans le contexte de son propre marché du crédit, en fonction du risque qu'il y a selon lui de voir des constituants commettre des irrégularités en transférant des biens grevés sans autorisation.

b) *Élément identifiant le créancier garanti*

81. Les États qui ont établi un registre général des sûretés (ou tout type de registre d'ailleurs) exigent toujours que l'avis inscrit mentionne le nom ou autre identifiant et l'adresse du créancier garanti, de son représentant ou d'un mandataire (voir recommandation 57, al. *a*). Toutefois, comme ces données ne constituent jamais un critère de recherche, une erreur dans leur inscription ne risque pas d'être aussi trompeuse pour un tiers effectuant une recherche qu'une erreur dans la saisie des données identifiant le constituant. La saisie correcte n'en reste pas moins importante car elle permet à un tiers intéressé qui effectue une recherche d'obtenir des renseignements complémentaires, par exemple de savoir s'il existe effectivement une sûreté sur les biens du constituant et de connaître les détails actuels de la relation de financement. Elle permet aussi de présumer qu'un créancier garanti qui revendique ultérieurement une priorité en invoquant l'avis est bien en droit de le faire. Le *Guide* recommande donc qu'une inexactitude, de la part de la personne procédant à l'inscription, dans l'identifiant ou l'adresse du créancier garanti ne prive pas d'effet un avis inscrit sauf si elle induit gravement en erreur une personne raisonnable effectuant une recherche (voir recommandation 64).

c) *Description des biens visés par l'avis*

82. En théorie, dans un système d'inscription d'avis, il n'est pas absolument nécessaire d'identifier les biens grevés dans l'inscription étant donné que la simple existence d'un avis indexé sous le nom du constituant ou un autre élément d'identification est suffisante pour avertir les tiers de l'existence éventuelle d'une sûreté sur un ou plusieurs biens du constituant. Cependant, l'absence de description dans l'avis pourrait empêcher le constituant de vendre ou de constituer une sûreté sur des biens encore non grevés. Les acheteurs et les créanciers garantis potentiels auraient besoin d'être protégés d'une façon ou d'une autre (par exemple une libération de la part du créancier garanti) avant de conclure des opérations sur l'un des biens du constituant. L'absence de description réduirait également la valeur informative du registre pour les représentants de l'insolvabilité et les créanciers judiciaires. C'est pour ces raisons que le *Guide* recommande d'inclure une description des biens grevés dans l'avis inscrit (voir recommandation 57, al. *b*).

83. S'ils exigent une description des biens grevés, les systèmes de registre modernes n'obligent pas pour autant à fournir une description détaillée de chaque bien. Les

personnes effectuant des recherches sont suffisamment informées par une description générique (du type "tous les biens meubles corporels" ou "toutes les créances"), voire une description globale (par exemple "tous les biens meubles présents et futurs"). Il est en effet nécessaire de prévoir la possibilité d'une simple description générique pour qu'une sûreté sur des biens futurs et sur des catégories de biens renouvelables, comme des stocks ou des créances, puisse être inscrite efficacement. Ces mêmes considérations sous-tendent les recommandations du *Guide* relatives à la description exigée dans la convention constitutive de sûreté. Aussi le *Guide* recommande-t-il qu'une description du bien grevé figurant dans un avis soit jugée suffisante (voir recommandation 63) si elle satisfait aux exigences posées pour la description dans la convention constitutive, à savoir si elle identifie suffisamment le bien en question (voir recommandation 14, al. *d*). L'approche recommandée renforce également l'efficacité du processus d'inscription, car elle permet aux créanciers garantis de transposer simplement la description de la convention constitutive de sûreté à l'avis inscrit (et inversement).

84. Contrairement au nom ou à un autre élément identifiant le constituant, la description des biens grevés dans un avis inscrit ne constitue pas un critère de recherche. En conséquence, elle n'est pas soumise à une exigence d'exactitude aussi stricte que l'élément identifiant le constituant. Étant donné que l'avis a pour but de signaler aux tiers effectuant une recherche qu'une sûreté pourrait être revendiquée sur des biens précis, la question fondamentale est de savoir si, malgré une erreur, ces tiers comprendraient tout de même que la description renvoie aux biens concernés. Conformément à ce principe et à l'approche habituellement suivie dans les États qui ont établi un registre général des sûretés, le *Guide* recommande qu'une indication incorrecte de la part de la personne procédant à l'inscription dans la description du bien grevé ne prive pas d'effet l'avis inscrit sauf si elle induit gravement en erreur une personne raisonnable effectuant une recherche (voir recommandation 65). L'expression "personne raisonnable effectuant une recherche" indique que le critère devrait être objectif. L'essentiel est donc de savoir si une personne effectuant une recherche serait en théorie induite en erreur et il est inutile qu'un réclamant concurrent contestant la description établisse qu'il a effectivement été induit en erreur. Le recours à un critère subjectif serait source de litiges et risquerait d'encourager une certaine négligence dans la saisie des descriptions.

85. Il existe néanmoins un cas où même une erreur apparemment mineure dans la description risquerait d'invalider une inscription, à savoir lorsqu'un État décide d'introduire pour certains types de biens grevés un critère de recherche supplémentaire sous la forme d'un identifiant numérique unique (voir par. 34 et 35 ci-dessus et 115 ci-après). Puisque l'identifiant du bien fait ici office de critère de recherche, il est essentiel, pour que l'avis inscrit soit suffisant, de saisir l'identifiant de sorte que l'avis puisse être retrouvé par des tiers effectuant une recherche d'après l'identifiant correct.

86. Lorsqu'une indication incorrecte est suffisante pour être considérée comme "induisant gravement en erreur" et, partant, comme invalidant l'inscription, le *Guide* recommande que cette invalidation ne concerne que les biens décrits de manière insuffisante et non l'avis dans son ensemble. En d'autres termes, dans la mesure où l'avis porte également sur des biens qui sont décrits de façon suffisante, l'inscription devrait rester valable à leur égard, car l'indication incorrecte n'induit pas en erreur une personne raisonnable effectuant une recherche à leur sujet (voir recommandation 65).

d) *Durée et prorogation de l'inscription de l'avis*

87. La durée des opérations de financement garanti peut considérablement varier, ce qui exige une certaine souplesse dans la durée d'inscription des avis y relatifs. Il existe généralement deux moyens de ménager la souplesse nécessaire. Le premier est de permettre aux personnes procédant à l'inscription de choisir la durée souhaitée de l'inscription en les autorisant à inscrire plusieurs prorogations, au besoin. Le second consiste pour le système à fixer une durée universelle (par exemple cinq ans), en permettant également l'inscription de prorogations qui prendront effet pour une durée équivalente supplémentaire. Dans l'un ou l'autre cas, l'inscription est prorogée par la présentation d'un avis de modification au registre avant l'expiration des effets de l'avis.

88. Dans les arrangements de financement à moyen et à long terme, la première approche permet de réduire le risque, pour les créanciers garantis, de perdre la priorité s'ils omettent, par inadvertance, d'inscrire une prorogation à temps. Pour les arrangements à court terme, la deuxième approche réduit le risque, pour les constituants, de voir les créanciers garantis inscrire leur sûreté pour une durée exagérée par excès de prudence. Afin d'encourager la radiation rapide dans les systèmes qui ont opté pour la seconde approche, un État peut choisir de ne percevoir aucun frais pour l'inscription d'un avis de radiation. En outre, afin de décourager le choix de durées d'inscription excessives, les frais d'inscription peuvent être soumis à un tarif progressif en fonction de la durée sélectionnée. Certains États adoptent également une solution de compromis. Les personnes procédant à l'inscription peuvent choisir la durée initiale d'inscription et la proroger, mais dans une certaine limite (par exemple dix ans) pour chaque inscription ou prorogation. Le *Guide* recommande que les parties puissent opter entre les deux modes de détermination de la durée de l'inscription (voir recommandation 69).

89. Les États qui adoptent l'approche du libre choix de la durée d'inscription par les parties doivent examiner l'incidence, sur les effets de l'avis inscrit, d'une indication incorrecte de cette durée par la personne procédant à l'inscription. Le *Guide* recommande qu'une telle erreur ne prive pas l'avis d'effet, à la condition — importante — toutefois que les tiers qui se sont fiés à cette indication soient protégés (voir recommandation 66). Deux situations doivent être distinguées ici en ce qui concerne ces tiers.

90. Dans la première, la personne procédant à l'inscription saisit une durée plus courte que celle souhaitée. L'inscription devient caduque à la fin de la durée spécifiée, et la sûreté ne sera plus opposable. Le créancier garanti peut certes rétablir l'opposabilité, mais celle-ci ne se rétablit qu'à partir de ce moment (voir recommandation 47).

91. Dans la seconde situation, le créancier garanti saisit une durée plus longue qu'il n'en avait l'intention. La protection des tiers ne semble pas poser problème. Si la sûreté sur laquelle porte l'avis est en fait éteinte (par exemple du fait du paiement de l'obligation garantie), l'opposabilité prend fin de toute façon. Si, dans le cas contraire, l'obligation garantie reste due, il est difficile de voir comment les tiers pourraient être lésés en se fiant à une indication incorrecte, puisque l'avis inscrit attire leur attention sur l'existence de la sûreté et qu'ils peuvent prendre des mesures pour se protéger contre ce risque. Dans ce cas, c'est le créancier garanti qui profite de son erreur. Toutefois, comme les tiers ne sont pas lésés, il n'est pas nécessaire de le sanctionner ici.

e) *Montant maximal des obligations garanties*

92. Les États ont des positions divergentes concernant la question de savoir si l'avis doit mentionner le montant monétaire pour lequel la sûreté peut être réalisée. Aucun État possédant un régime de registre moderne n'exige qu'il soit fait mention du montant réel de l'obligation garantie, puisque cela empêcherait la constitution de sûretés pour garantir des obligations futures ou indéterminées (voir recommandation 16).

93. Certains États exigent cependant que l'avis enregistré comprenne une mention du montant maximal pour lequel la sûreté peut être réalisée (voir chap. II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, par. 43 à 47, et recommandation 14, al. *e*), et ce dans le but de faciliter au constituant l'obtention de financements garantis auprès d'autres créanciers dans les cas où la valeur des biens grevés par la sûreté enregistrée dépasse ce montant. Cette approche repose sur l'hypothèse que la valeur résiduelle des biens grevés permettra au constituant d'obtenir des crédits auprès d'autres sources, même si ces crédits seront garantis par des sûretés de rang inférieur à celles garantissant le crédit initialement accordé. Elle se base également sur l'hypothèse que le constituant aura suffisamment de pouvoir de négociation pour s'assurer que le premier créancier garanti inscrit ne gonfle pas le montant maximal lors de l'inscription. Dans les États qui ont adopté cette approche, la sûreté à laquelle se rapporte l'avis aura priorité sur les sûretés ultérieures uniquement à hauteur du montant maximal indiqué dans ledit avis.

94. Dans d'autres États, il n'y a pas d'obligation de préciser un montant maximal dans l'avis inscrit. Le premier créancier garanti inscrit est prioritaire en ce qui concerne toutes les avances futures qu'il verse au constituant pour un montant illimité à condition, comme dans la première approche, que la convention constitutive existante, ou une convention future, couvre expressément les obligations futures. Dans cette approche, un créancier garanti ultérieur ne sera pas disposé à consentir un prêt garanti par la valeur résiduelle qu'auront les biens grevés au moment considéré puisque le premier créancier garanti inscrit restera prioritaire pour tout crédit qu'il est susceptible d'octroyer par la suite sur cette valeur résiduelle. Dans les États qui adoptent cette approche, le fait d'exiger l'inscription d'un montant maximal risquerait: *a)* de limiter le montant du crédit pouvant être obtenu auprès du créancier garanti initial; ou *b)* d'être dépourvu d'effet pratique puisque le créancier garanti initial demandera tout simplement au constituant d'accepter un montant maximal gonflé pour couvrir tous les crédits susceptibles d'être octroyés dans le futur. Cette approche repose sur l'hypothèse que: *a)* le premier créancier garanti est soit la source optimale de financement à long terme, soit plus susceptible d'octroyer un financement, notamment aux jeunes entreprises de petite taille, s'il sait qu'il aura une priorité de premier rang pour les besoins de financements futurs du constituant; *b)* le constituant n'aura pas un pouvoir de négociation suffisant pour obtenir du premier créancier garanti inscrit qu'il indique un montant maximal réaliste dans l'avis inscrit; et *c)* un créancier ultérieur auquel le constituant demande un financement sera en mesure de négocier un accord de cession de rang avec le premier créancier garanti inscrit pour le crédit octroyé sur la base de la valeur excédentaire que le bien grevé aura au moment considéré.

95. Le *Guide* reconnaît que les deux approches ont des avantages et recommande que les États adoptent celle qui correspond le mieux aux pratiques de financement efficaces en vigueur chez eux et, en particulier, aux hypothèses du marché du crédit sur lesquelles repose chaque approche (voir recommandation 57, al. *d*).

96. Les États qui décident d'exiger la spécification d'un montant maximal dans l'avis inscrit devront traiter des effets d'une erreur, commise dans l'indication de ce montant, par la personne procédant à l'inscription. Sur cette question, conformément à l'approche adoptée dans les États qui prévoient déjà cette exigence, le *Guide* recommande qu'une indication incorrecte ne prive pas d'effet un avis inscrit, à moins qu'elle n'induise les tiers en erreur (voir recommandation 66). Le fait de savoir si l'indication incorrecte induit gravement en erreur répond ici à un critère subjectif: un tiers qui conteste l'avis en invoquant une erreur devra en effet montrer que celle-ci l'a véritablement trompé. Un critère subjectif convient en l'espèce puisque le fait d'exiger l'inscription du montant maximal vise à garantir au constituant la possibilité de demander un financement additionnel en se servant de la valeur résiduelle des biens déjà grevés sans que le tiers apportant le financement ait à s'inquiéter de voir la valeur de sa sûreté réduite en raison d'une avance ultérieure accordée par le premier créancier garanti inscrit.

97. Il faudrait distinguer deux cas lorsqu'on cherche à déterminer quel type d'erreur dans le montant maximal est susceptible de causer un préjudice aux tiers qui se fient à l'avis inscrit. Dans le premier cas, le montant indiqué dépasse le montant maximal effectivement convenu dans la convention constitutive. Il est peu probable ici qu'un tiers soit lésé car sa décision d'octroyer les fonds sera normalement fonction du montant indiqué dans l'avis. De plus, le constituant peut alors obliger le premier créancier garanti inscrit à corriger le montant dans l'avis afin de pouvoir obtenir un financement garanti par la valeur réelle de son droit non grevé sur le bien. Dans le deuxième cas, le montant spécifié dans l'avis est inférieur au montant convenu dans la convention constitutive, ce qui, de toute évidence, peut induire en erreur un tiers octroyant un financement. Par conséquent, si un créancier garanti ultérieur inscrit une sûreté et octroie un crédit, le premier créancier garanti ne sera normalement en droit de réaliser sa sûreté qu'à concurrence du montant spécifié dans l'avis inscrit.

6. Inscription anticipée et inscription unique pour plusieurs sûretés réelles mobilières

98. Dans un système d'inscription d'avis, ainsi qu'il a été noté précédemment, l'avis inscrit est indépendant de la convention constitutive et il n'est pas nécessaire pour procéder à l'inscription de soumettre les documents relatifs à la sûreté ni de prouver celle-ci d'une autre manière. Sont ainsi levés tous les obstacles pratiques empêchant l'inscription avant la conclusion de la convention constitutive ou, lorsqu'un acte supplémentaire est exigé pour constituer la sûreté (par exemple le transfert de la possession des biens au créancier garanti), avant la constitution même de la sûreté (on parlera ici d'"inscription anticipée"). Par conséquent, parmi les États qui ont adopté le système d'enregistrement d'avis, nombreux sont ceux qui permettent l'inscription avant ou après la conclusion de la convention. Étant donné qu'un tel système élimine toute nécessité pratique d'une relation directe entre l'inscription et la convention constitutive, les États qui adoptent cette méthode prévoient généralement aussi que l'inscription d'un avis unique suffit pour assurer l'opposabilité des sûretés grevant les biens décrits dans l'avis, qu'elles aient été constituées en vertu d'une convention unique ou de plusieurs conventions séparées liant les mêmes parties, même si elles ont été conclues à des dates différentes.

99. L'inscription anticipée présente plusieurs avantages importants. Premièrement, elle facilite l'accès au crédit pour le constituant car elle permet au créancier garanti avec

lequel il négocie une convention constitutive d'établir sa priorité par rapport aux autres créanciers garantis en vertu de la règle générale du premier inscrit sans devoir s'inquiéter de l'ordre chronologique dans lequel interviennent l'inscription et la signature formelle de la convention. Elle évite, par exemple, que le créancier garanti B qui s'inscrit avant la signature de la convention entre le constituant et le créancier garanti A, mais après l'inscription de ce dernier, n'obtienne la priorité. Elle évite aussi qu'une inscription ne soit privée d'effet dans le cas où la convention constitutive sous-jacente est techniquement défectueuse au moment de l'inscription mais est corrigée par la suite. Elle assouplit, en outre, la relation de financement entre les parties étant donné qu'elle leur permet de modifier les conditions de la convention constitutive et de conclure de nouvelles conventions couvrant les mêmes biens grevés pour répondre à l'évolution des besoins de financement du constituant sans inscrire de nouvel avis.

100. Les États qui ont instauré un registre général des sûretés autorisent généralement aussi l'inscription de l'avis avant que la sûreté s'y trouvant mentionnée ne soit constituée. Étant donné qu'une sûreté ne peut être constituée sur un bien particulier que si le constituant en est propriétaire ou a des droits sur lui, l'inscription qui précède la constitution de la sûreté permet une inscription efficace des sûretés sur des biens futurs. Toute autre règle nécessiterait l'inscription d'un nouvel avis à chaque fois que le constituant acquiert un nouveau bien, ce qui rend le financement garanti par une sûreté sur des biens futurs, notamment des stocks et des créances, impossible d'un point de vue administratif.

101. Pour toutes ces raisons, le *Guide* recommande que l'inscription d'un avis permette d'assurer l'opposabilité, qu'elle intervienne avant ou après la conclusion de la convention constitutive initiale ou avant ou après la constitution de sûretés conformément à cette convention ou toute autre convention que ces mêmes parties auront pu conclure concernant les biens grevés décrits dans l'avis (voir recommandations 67 et 68).

7. Moment où prend effet l'inscription d'un avis ou d'une modification

102. En règle générale, la priorité entre sûretés concurrentes rendues opposables uniquement par voie de l'inscription dépendra de l'ordre d'inscription (voir recommandation 76, al. *a*). Le moment auquel une inscription prend juridiquement effet est donc vital pour déterminer l'ordre de priorité entre des sûretés concurrentes. Si la sûreté existe déjà, le moment auquel l'inscription prend juridiquement effet peut également s'avérer critique pour la résolution de conflits de priorité entre un créancier garanti et un acheteur ou un preneur à bail des biens grevés ou les créanciers chirographaires et le représentant de l'insolvabilité du constituant.

103. Dans un système de registre qui autorise l'inscription d'avis sur papier (même envoyés par télécopie) ou par téléphone (par opposition, ou par substitution, à la saisie électronique directe), un laps de temps s'écoulera inévitablement entre le moment de réception de l'avis par le bureau du registre et le moment où les informations contenues dans cet avis seront saisies dans le fichier par le personnel du registre pour devenir accessibles à des tiers. Ce décalage soulève la question de savoir quand l'inscription devrait être considérée comme prenant juridiquement effet: au moment de la réception de l'avis au bureau du registre ou au moment où les informations contenues dans l'avis deviennent accessibles aux personnes effectuant des recherches.

104. Dans la résolution de ce problème, bon nombre d'États font supporter le risque de priorité créé par ce décalage au créancier garanti et non aux tiers effectuant des recherches. Le raisonnement suivi par ces États est que le moment de prise d'effet de l'inscription devrait correspondre au moment où l'avis peut être retrouvé par les personnes effectuant des recherches dans le registre. La fiabilité du registre serait en effet remise en cause si des tiers se trouvaient liés par un avis qui n'était pas accessible au public. On estime également que le créancier garanti est mieux à même de se protéger que les tiers (par exemple en retenant le crédit jusqu'à ce que l'avis soit accessible). En tout état de cause, la conception ainsi que le fonctionnement d'un registre moderne des sûretés devraient garantir des procédures d'inscription rapides et efficaces qui réduisent le décalage au minimum. Dans un système entièrement électronique qui ne demande pas d'intervention de la part du personnel du registre, la saisie de l'avis et sa mise à disposition des utilisateurs sont presque simultanées et le problème du décalage entre la présentation de l'avis et la possibilité pour les tiers d'y avoir accès est fondamentalement éliminé.

105. Pour toutes ces raisons, la position du *Guide* est que le moment de prise d'effet de l'inscription est celui auquel un tiers effectuant une recherche est en mesure de retrouver l'avis (voir recommandation 70).

8. Autorisation pour procéder à l'inscription

106. Dans de nombreux États, l'inscription d'un avis ne produit d'effets que si elle est effectuée par le constituant (ce qui est rare) ou avec son consentement. Toutefois, ces États prévoient généralement que le créancier garanti n'a pas besoin d'obtenir l'autorisation écrite du constituant au moment de l'inscription, ou avant, ni de démontrer au registre que le consentement a été obtenu. En effet, le fait que l'autorisation puisse être donnée avant, ou après, l'inscription supprime une source notable de retards et de frais dans le processus d'inscription et évite que des erreurs techniques ne compromettent l'opposabilité de la sûreté qui est normalement assurée par l'inscription (voir recommandation 54, al. *d*). Il n'est généralement pas nécessaire non plus d'obtenir le consentement écrit séparé du constituant puisque l'autorisation sera considérée comme donnée implicitement du fait que les parties ont conclu la convention constitutive. Comme on le verra dans la section suivante du présent chapitre, si les parties ne concluent jamais de convention constitutive, les régimes modernes permettent au constituant de demander la radiation de l'inscription par une procédure judiciaire ou administrative simplifiée et il arrive que d'autres règles de droit prévoient des sanctions en cas d'inscriptions frauduleuses. Par conséquent, dans les faits, le résultat est à bien des égards le même que dans les États qui n'exigent pas expressément d'autorisation écrite formelle du constituant (au motif que la convention constitutive vaut consentement). Le *Guide* recommande cette approche (voir recommandation 71).

9. Radiation ou modification d'un avis inscrit

a) *Radiation ou modification obligatoire*

107. Pour des raisons de sécurité, bon nombre d'États prévoient que seul le créancier garanti (ou son représentant autorisé) jouit de l'autorité nécessaire pour radier ou modifier

une inscription. Or, une inscription qui, dans les faits, ne représente pas une sûreté existante ou potentielle peut empêcher le constituant désigné de vendre ou de grever les biens décrits dans l'avis. Il est dès lors essentiel de veiller à ce que les avis inscrits soient radiés ou modifiés rapidement si: *a)* aucune convention constitutive de sûreté n'existe ou n'est envisagée; *b)* la sûreté s'est éteinte du fait de la satisfaction entière et définitive de l'obligation garantie; ou *c)* un avis contient des informations non autorisées par le constituant (par exemple la description des biens contenue dans l'avis est trop générale et inclut des éléments ou des types de biens qui ne sont censés faire l'objet d'aucune convention constitutive, réelle ou envisagée, entre les parties).

108. Pour protéger les constituants dans ces circonstances, un certain nombre d'États autorisent ceux-ci à envoyer une demande écrite au créancier garanti pour radier ou modifier l'inscription afin qu'elle reflète l'état réel de leurs relations. Le créancier garanti est alors obligé d'inscrire un avis de radiation ou de modification, selon le cas, dans un délai spécifié (par exemple 20 ou 30 jours) après réception de la demande. Si le créancier garanti manque à ses devoirs, le constituant est alors autorisé à exiger la radiation ou la modification de l'avis par voie d'une procédure administrative, ou plus rarement judiciaire, simplifiée (voir recommandations 72 et 74). Le *Guide* recommande cette approche. Dans ces États, à moins que le créancier garanti n'obtienne une décision judiciaire contraire, son manquement autorise le constituant à demander au conservateur du registre de radier ou de modifier l'avis sous réserve de lui prouver que la demande a été introduite mais n'a pas été satisfaite et après en avoir avisé le créancier garanti. Un petit nombre de ces États autorise même le constituant à radier ou modifier unilatéralement l'inscription, tout en lui imposant une responsabilité en cas de dommages s'il ne suit pas les procédures de demande prévues.

b) *Suppression et archivage des avis radiés*

109. Après qu'un avis inscrit a expiré ou a été radié, le système de registre est normalement programmé pour qu'il soit rapidement supprimé des fichiers du registre accessibles au public. Toutefois, les informations fournies sur l'avis en question et celles faisant état de son expiration ou de sa radiation sont conservées pour pouvoir être retrouvées dans l'avenir si nécessaire, par exemple pour établir la priorité de la sûreté à un moment donné. Le *Guide* recommande cette approche en matière de suppression et d'archivage des avis radiés (voir recommandation 74).

c) *Modifications*

110. Comme indiqué (voir par. 75 à 77 plus haut), les créanciers garantis doivent inscrire une modification pour signaler un changement dans le nom du constituant ou un autre élément l'identifiant de manière à conserver la priorité par rapport à des créanciers garantis et à des acheteurs qui réalisent des opérations avec les biens grevés après le changement. Par contre, alors que la plupart des États autorisent le créancier garanti à modifier l'avis inscrit pour signaler un changement dans l'élément qui l'identifie, l'avis inscrit continue à produire ses effets juridiques même en l'absence de modification. Il en est ainsi car, contrairement à l'élément identifiant le constituant, celui du créancier garanti n'est pas un critère de recherche de sorte que sa modification n'empêche pas les tiers effectuant une recherche dans le registre de retrouver l'avis.

111. Toutefois, bien qu'elle soit facultative, il est normalement prudent pour un créancier garanti d'inscrire une modification pour signaler un changement dans l'élément d'identification figurant dans l'avis initialement inscrit. Lorsqu'un changement porte sur l'identifiant ou l'adresse, l'absence d'inscription expose le créancier garanti au risque de ne pas recevoir les avis envoyés par les tiers relatifs à la sûreté visée dans l'avis inscrit. Lorsque le changement résulte d'une cession de l'obligation garantie initiale, le fait que le nouveau créancier garanti omette d'inscrire la modification signifie que le créancier garanti initial conserve la capacité juridique de modifier l'état du fichier. C'est l'approche que recommande le *Guide* (voir recommandation 75).

112. La situation est différente lorsque la sûreté réelle mobilière n'est ni inscrite ni opposable d'aucune autre manière au moment où l'obligation garantie et la sûreté accessoire sont cédées à un nouveau créancier garanti. Dans ce cas, le cessionnaire devra inscrire un avis afin de rendre cette sûreté opposable. Il n'y a aucune raison pour qu'il ne puisse être mentionné dans l'avis en tant que créancier garanti. En d'autres termes, il n'a pas besoin de s'inscrire d'abord au nom du créancier garanti initial.

113. Si les besoins de financement du constituant changent après la conclusion de la convention constitutive initiale, celui-ci peut convenir de créer une sûreté sur des biens supplémentaires. Dans un souci de souplesse, le système de registre peut autoriser la modification de la description figurant dans l'avis inscrit pour qu'y soient ajoutés les nouveaux biens grevés plutôt que d'exiger l'inscription d'un nouvel avis. Néanmoins, la modification ne prend effet par rapport aux nouveaux biens grevés qu'à partir de la date où elle est inscrite, si bien qu'elle ne peut pas porter préjudice aux droits que des tiers auraient acquis sur les biens supplémentaires avant son inscription.

114. La situation est différente lorsque la modification concerne de nouveaux biens qui sont le produit des biens initialement grevés. Si la modification intervient avant l'expiration de la période applicable d'opposabilité automatique temporaire, la sûreté sur le produit devient opposable à compter de la date d'inscription de l'avis d'origine (voir chap. III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière, par. 92 et 93).

115. Si la description dans l'avis d'origine couvre les biens futurs, il n'est normalement pas nécessaire de modifier l'inscription. Cependant, si le système impose une inscription supplémentaire pour les biens meubles corporels futurs porteurs de numéro de série (voir par. 34 et 35 et 85 ci-dessus), il sera nécessaire de modifier l'inscription afin qu'elle contienne les nouveaux numéros de série, de façon à rendre la sûreté opposable.

116. Lorsqu'un créancier garanti convient de subordonner une sûreté inscrite au droit d'un autre créancier, l'inscription d'une modification pour signaler cette cession de rang ne devrait, en principe, pas être exigée afin de préserver l'efficacité de l'inscription. Étant donné que cette cession affecte uniquement le rang de priorité des parties concernées, l'une vis-à-vis de l'autre, une telle approche ne porte pas atteinte aux droits des tiers.

10. Registres spécialisés

117. De nombreuses considérations examinées dans le présent chapitre valent également pour l'inscription d'une sûreté dans un registre spécialisé. Toutefois, les objectifs,

l'organisation et l'administration des registres spécialisés variant d'un État à l'autre, et parfois d'un registre à l'autre, le *Guide* ne formule pas de recommandations formelles quant à leur conception et fonctionnement. Il se peut cependant que les États souhaitent profiter de la création ou de la modification d'un registre général des sûretés pour réformer également leurs registres spécialisés afin qu'ils fonctionnent de manière toute aussi moderne et efficace, par exemple, en introduisant un système d'avis pour l'inscription des sûretés réelles mobilières (voir chap. III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière, par. 75 à 82).

B. Recommandations 54 à 75

Objet

Les dispositions relatives au système de registre ont pour objet d'établir un registre général des sûretés et d'en réglementer le fonctionnement. Le système de registre vise à offrir:

a) Une méthode par laquelle une sûreté réelle mobilière existante ou future sur des biens existants ou futurs du constituant peut être rendue opposable;

b) Un cadre de référence efficace pour les règles de priorité fondées sur la date d'inscription d'un avis concernant une sûreté réelle mobilière; et

c) Une source objective d'information permettant aux tiers ayant affaire à des biens du constituant (comme des créanciers garantis et des acheteurs éventuels, des créanciers judiciaires et le représentant de l'insolvabilité du constituant) de savoir si les biens sont grevés d'une sûreté réelle mobilière.

Pour ce faire, le système de registre devrait être conçu de sorte que l'inscription et la recherche soient simples, rapides, économiques, commodes et accessibles au public.

Cadre de fonctionnement pour l'inscription et la recherche

54. La loi devrait faire en sorte que:

a) Des guides clairs et concis sur les procédures d'inscription et de recherche soient accessibles à un large public et que des informations relatives à l'existence et au rôle du registre soient largement diffusées;

b) L'inscription soit effectuée par enregistrement d'un avis contenant les informations spécifiées dans la recommandation 57, et non par la présentation de l'original ou d'une copie de la convention constitutive de sûreté ou d'un autre document;

c) Le registre accepte un avis présenté par un moyen de communication autorisé (par exemple sur papier ou par voie électronique) sauf si celui-ci:

i) N'est pas accompagné des frais requis;

ii) N'identifie pas suffisamment le constituant pour permettre l'indexation; ou

iii) Ne contient pas d'autres éléments d'information requis par la recommandation 57;

d) Le conservateur du registre n'exige pas la vérification de l'identité de la personne procédant à l'inscription ni de l'existence d'une autorisation pour procéder à l'inscription de l'avis, et ne réalise aucun examen approfondi de la teneur de l'avis;

e) Le fichier du registre soit centralisé et contienne tous les avis concernant les sûretés réelles mobilières inscrites en vertu de la présente loi;

f) Les informations contenues dans le fichier du registre soient accessibles au public;

g) L'utilisateur puisse effectuer une recherche sans avoir à justifier celle-ci;

h) Les avis soient indexés et puissent être retrouvés par les utilisateurs à partir de l'élément identifiant le constituant;

i) Les frais d'inscription et de recherche éventuels ne soient pas plus élevés que nécessaire pour permettre le recouvrement des coûts;

j) Le système d'inscription soit, si possible, électronique. En particulier que:

i) Les avis soient conservés sous forme électronique dans une base de données informatique;

ii) Les personnes qui procèdent à une inscription et celles qui font une recherche aient un accès immédiat au fichier du registre par des moyens électroniques ou similaires, notamment l'Internet et l'échange de données informatisées;

iii) Le système soit programmé pour réduire au maximum le risque de saisie d'informations incomplètes ou inutiles; et

iv) Le système soit programmé pour faciliter une extraction rapide et complète des informations et pour réduire au maximum les conséquences pratiques des erreurs humaines;

k) Les personnes procédant à l'inscription aient le choix entre plusieurs modes et points d'accès au registre; et

l) Le registre, s'il est électronique, fonctionne en continu sauf pendant les opérations prévues de maintenance et, s'il ne l'est pas, pratique des horaires de service fiables et réguliers qui soient compatibles avec les besoins des utilisateurs potentiels.

Sécurité et intégrité du registre

55. Afin d'assurer la sécurité et l'intégrité du registre, la loi devrait prévoir que le cadre de fonctionnement et le cadre juridique du registre présenteront les caractéristiques suivantes:

a) Bien que l'exploitation courante du registre puisse être déléguée à un organisme privé, l'État reste tenu de veiller à ce que le registre soit exploité conformément au cadre juridique qui s'applique à lui;

b) L'identité de la personne procédant à l'inscription est demandée et conservée par le registre[2];

c) La personne procédant à l'inscription est tenue de transmettre une copie de l'avis au constituant désigné sur celui-ci. Un manquement de la part du créancier garanti à cette obligation ne peut entraîner que des sanctions mineures et la réparation de tout dommage, causé par ce manquement, susceptible d'être prouvé;

d) Le registre est tenu d'envoyer rapidement une copie de toute modification apportée à un avis inscrit à la personne qui y est identifiée comme le créancier garanti;

e) Une personne procédant à l'inscription peut obtenir une copie de cette inscription aussitôt après la saisie des informations y relatives dans le fichier du registre; et

[2] S'agissant de la vérification de l'identité de la personne procédant à l'inscription, voir l'alinéa *d* de la recommandation 54.

f) Toutes les informations contenues dans les fichiers du registre sont conservées en plusieurs exemplaires et l'intégralité de ces fichiers peut être reconstituée en cas de perte ou de dommage.

Responsabilité en cas de perte ou de dommage

56. La loi devrait prévoir à qui incombe la responsabilité en cas de perte ou de dommage causé par une erreur dans l'administration ou l'exploitation du système d'inscription et de recherche. Si le système est conçu pour permettre aux utilisateurs d'inscrire et de rechercher directement des avis sans intervention du personnel du registre, la responsabilité du registre en cas de perte ou de dommage devrait se limiter aux défaillances du système.

Teneur exigée de l'avis

57. La loi devrait prévoir que seuls les éléments suivants doivent figurer sur l'avis:

a) L'élément identifiant le constituant, conformément aux règles énoncées dans les recommandations 58 à 60, et le créancier garanti ou son représentant, ainsi que leur adresse;

b) Une description du bien visé par l'avis, conformément aux règles énoncées dans la recommandation 63;

c) La durée de l'inscription, conformément à la recommandation 69; et

d) Si l'État estime qu'il serait utile pour faciliter des prêts subordonnés d'indiquer le montant monétaire maximal pour lequel la sûreté peut être réalisée, une déclaration de ce montant maximal.

Caractère suffisant de l'élément identifiant le constituant

58. La loi devrait prévoir que l'inscription d'un avis n'a effet que si celui-ci identifie correctement le constituant ou, en cas d'indication incorrecte, si une recherche dans le fichier du registre à partir de l'élément d'identification correct permet de retrouver l'avis.

59. La loi devrait prévoir que, lorsque le constituant est une personne physique, l'élément permettant de l'identifier pour que l'inscription produise effet est son nom, tel qu'il figure sur un document officiel déterminé. Lorsqu'elles sont nécessaires pour bien individualiser le constituant, des informations supplémentaires, comme la date de naissance ou le numéro de carte d'identité, devraient être exigées.

60. La loi devrait prévoir que, lorsque le constituant est une personne morale, l'élément permettant de l'identifier pour que l'inscription produise effet est le nom qui figure dans ses documents constitutifs.

Incidence d'un changement de l'élément identifiant le constituant sur l'efficacité de l'inscription

61. La loi devrait prévoir que si, après enregistrement d'un avis, l'élément qui est utilisé pour identifier le constituant change et, de ce fait, l'élément figurant sur l'avis n'est plus conforme aux règles énoncées dans les recommandations 58 à 60, le créancier garanti peut modifier l'avis inscrit de manière à indiquer le nouvel élément identifiant le constituant conformément à ces règles. Si le créancier garanti n'enregistre pas la modification dans un délai de [bref délai à spécifier] jours après le changement, la sûreté réelle mobilière est inopposable:

a) Au titulaire d'une sûreté réelle mobilière concurrente pour laquelle un avis a été inscrit ou qui a été rendue opposable par une autre méthode après le changement de l'élément

identifiant le constituant, mais avant l'enregistrement de la modification; et

b) À une personne qui achète, loue ou prend sous licence le bien grevé après le changement de l'élément identifiant le constituant, mais avant l'enregistrement de la modification.

Incidence du transfert d'un bien grevé sur l'efficacité de l'inscription

62. La loi devrait prévoir l'incidence du transfert d'un bien grevé sur l'efficacité de l'inscription.

Caractère suffisant de la description d'un bien visé par un avis

63. La loi devrait prévoir que la description d'un bien grevé figurant dans un avis est suffisante si elle satisfait aux exigences de l'alinéa *d* de la recommandation 14 (chap. II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière).

Conséquences d'une indication incorrecte ou d'une description insuffisante

64. La loi devrait prévoir qu'une indication incorrecte, de la part de la personne procédant à l'inscription, dans l'élément identifiant le créancier garanti ou son représentant ou dans son adresse, ou une description du bien grevé non conforme aux exigences de la recommandation 63, ne prive pas d'effet un avis inscrit sauf si elle induit gravement en erreur une personne raisonnable effectuant une recherche.

65. La loi devrait prévoir qu'une description de certains biens grevés qui ne satisfait pas aux exigences de la recommandation 63 ne prive pas d'effet un avis inscrit concernant les autres biens décrits de façon suffisante.

66. La loi devrait prévoir qu'une indication incorrecte concernant la durée de l'inscription et le montant maximal garanti, si celui-ci doit être mentionné, ne prive pas d'effet un avis inscrit. Les tiers qui se sont fiés à cette indication devraient être protégés.

Moment où un avis peut être inscrit

67. La loi devrait prévoir qu'un avis relatif à une sûreté réelle mobilière peut être inscrit avant ou après:

a) La constitution de la sûreté; ou

b) La conclusion de la convention constitutive de sûreté.

Un avis suffit pour plusieurs sûretés réelles mobilières découlant de plusieurs conventions conclues entre les mêmes parties

68. La loi devrait prévoir que l'inscription d'un avis unique suffit pour assurer l'opposabilité d'une ou de plusieurs sûretés réelles mobilières, qu'elles existent au moment de l'inscription ou soient constituées par la suite, et qu'elles découlent d'une ou de plusieurs conventions constitutives de sûreté conclues entre les mêmes parties.

Durée et prorogation de l'inscription d'un avis

69. La loi devrait soit spécifier la durée d'effet de l'inscription d'un avis, soit autoriser la personne procédant à l'inscription à spécifier cette durée dans l'avis lors de l'inscription et à la prolonger à tout moment avant son expiration. Dans l'un ou l'autre cas, le créancier garanti

devrait être en droit de prolonger la durée d'effet en présentant un avis de modification au registre à tout moment avant l'expiration des effets de l'avis. Si la loi spécifie la durée d'effet de l'inscription, la durée de la prorogation résultant de l'inscription de l'avis de modification devrait être égale à la durée initiale. Si la loi autorise la personne procédant à l'inscription à spécifier la durée d'effet de l'inscription, la durée de la prorogation devrait être celle spécifiée dans l'avis de modification.

Moment où prend effet l'inscription d'un avis ou d'une modification

70. La loi devrait prévoir que l'inscription d'un avis ou d'une modification prend effet lorsque les informations qui y sont contenues sont saisies dans les fichiers du registre de manière à être accessibles aux personnes effectuant une recherche dans lesdits fichiers.

Autorisation pour procéder à l'inscription

71. La loi devrait prévoir que l'inscription d'un avis est sans effet à moins que le constituant l'ait autorisée par écrit. L'autorisation peut être donnée avant ou après l'inscription. Une convention constitutive de sûreté écrite suffit pour autoriser l'inscription. L'efficacité de l'inscription ne dépend pas de l'identité de la personne qui y procède.

Radiation ou modification d'un avis

72. La loi devrait prévoir que, si aucune convention constitutive de sûreté n'a été conclue, si la sûreté réelle mobilière est éteinte du fait du paiement intégral ou pour une autre raison ou si un avis inscrit n'est pas autorisé par le constituant:

a) Le créancier garanti est tenu de présenter au registre un avis visant à faire radier ou à modifier, dans la mesure appropriée, l'avis inscrit dans un délai de [bref délai à spécifier] jours après avoir reçu une demande écrite du constituant;

b) Le constituant est en droit de demander la radiation ou une modification appropriée de l'avis par une procédure judiciaire ou administrative simplifiée;

c) Le constituant est en droit de demander la radiation ou une modification appropriée de l'avis conformément à l'alinéa *b*, même avant l'expiration du délai prévu à l'alinéa *a*, à condition que des mécanismes adaptés soient prévus pour protéger le créancier garanti.

73. La loi devrait prévoir que le créancier garanti est en droit de présenter au registre un avis visant à faire radier ou à modifier, dans la mesure appropriée, un avis déjà inscrit à tout moment.

74. La loi devrait prévoir que, rapidement après qu'un avis inscrit a expiré, comme le prévoit la recommandation 69, ou a été radié, comme le prévoit la recommandation 72 ou 73, les informations qui y figurent devraient être supprimées des fichiers du registre accessibles au public. Toutefois, les informations fournies sur l'avis expiré, radié ou modifié et celles faisant état de son expiration, sa radiation ou sa modification devraient être conservées pour pouvoir être retrouvées si nécessaire.

75. La loi devrait prévoir que, dans le cas d'une cession de l'obligation garantie, l'avis peut être modifié pour que soit indiqué le nom du nouveau créancier garanti, mais l'avis non modifié continue de produire effet.

V. Priorité d'une sûreté réelle mobilière

A. Remarques générales

1. Introduction

1. Le concept de priorité est au cœur de tout régime efficace en matière d'opérations garanties. Il s'agit du principal moyen par lequel les États résolvent les conflits entre les droits de différents réclamants concurrents sur les biens du constituant. Le concept se traduit par un ensemble de principes et de règles qui définissent la mesure dans laquelle un créancier garanti peut jouir des effets économiques de sa sûreté sur un bien grevé du constituant par préférence à tout autre réclamant concurrent qui tient ses droits de ce même bien.

2. Pour bien comprendre la logique et les limites du concept de priorité, il faut se placer dans le contexte du droit général régissant, dans un État, les relations entre débiteurs et créanciers. Dans certains États, ce droit ne traite pas directement du rapport entre les divers créanciers d'un débiteur, mais uniquement du rapport entre le débiteur et un créancier particulier. En cas de défaillance, un créancier peut obtenir une décision judiciaire contre son débiteur puis tout simplement saisir et vendre les biens de ce dernier (ou les biens du constituant s'il s'agit d'une autre personne) pour recouvrer le montant dû, qui aura été fixé par le tribunal. Dans ces États, le droit général régissant les relations entre débiteurs et créanciers ne fait entrer en jeu le concept de priorité (qui désigne en l'occurrence le fait de déterminer lequel des réclamants peut jouir le premier des effets économiques de son droit sur un bien) que lorsqu'un réclamant concurrent conteste le droit du créancier garanti de réaliser sa sûreté sur un ou plusieurs biens du débiteur. Cela pourrait être le cas, par exemple, lorsqu'un créancier saisit des biens trouvés chez le débiteur, alors que ceux-ci appartiennent peut-être en réalité à un tiers.

3. Dans la plupart des États, toutefois, le droit des relations entre débiteurs et créanciers a une portée plus large et prévoit aussi plus explicitement la manière dont doivent être régies les relations entre l'ensemble des créanciers d'un débiteur. Dans ces États, ces relations obéissent habituellement à deux principes généraux. Premièrement, le droit prévoit d'ordinaire que tous les biens du débiteur peuvent être saisis et vendus pour exécuter une obligation confirmée par un jugement prononcé en faveur de l'un quelconque des créanciers (les biens du débiteur constituent le "gage commun" de ses créanciers). Toutefois, si d'autres créanciers ont aussi obtenu un jugement à l'encontre du débiteur et participent à la saisie, le produit de la vente est utilisé pour rembourser l'ensemble des créanciers participants. Deuxièmement, au cas où la vente des biens ne rapporte pas suffisamment d'argent pour rembourser intégralement l'ensemble de ces créanciers, leurs créances sont réduites proportionnellement et ils se partagent le produit de la vente au prorata de leurs créances respectives.

4. Les deux principes mentionnés précédemment existent dans de nombreux États. Le droit des relations entre débiteurs et créanciers y a toutefois évolué pour intégrer également d'autres principes, dont le plus important est celui qui permet à certains créanciers d'obtenir une préférence sur d'autres. Autrement dit, les deux principes de base ne régissent l'ensemble des relations que si le ou les créanciers n'ont pas obtenu une préférence par contrat avec leur débiteur.

5. Il existe plusieurs manières pour les créanciers d'obtenir un droit de préférence par contrat. Par exemple, dans nombre d'États, les vendeurs utilisent des mécanismes comme la réserve de propriété pour empêcher que certains biens ne soient intégrés au gage commun des créanciers. De même, dans de nombreux États, les prêteurs peuvent utiliser un mécanisme comme la vente à réméré pour retirer certains biens du gage commun. En procédant ainsi, ces créanciers peuvent accroître leurs chances de recevoir le paiement complet des obligations qui leur sont dues puisqu'ils n'ont plus à partager la valeur économique des biens soumis à ces mécanismes avec les réclamants concurrents. En outre, dans la plupart des États, certains créanciers se voient octroyer un droit de préférence dans la répartition du produit d'une vente afin d'être désintéressés. Ce droit peut trouver son origine dans la loi (comme celui qui est souvent accordé aux personnes ayant effectué des réparations sur les biens, aux vendeurs de biens qui n'ont pas été payés et aux autorités fiscales) ou dans un contrat conclu pour obtenir une sûreté sur des biens particuliers du débiteur. En pareils cas, le droit de certains créanciers d'être payés par préférence à d'autres accroît directement leurs chances d'être intégralement désintéressés puisque les réclamants concurrents ne seront payés que lorsque ces créanciers auront été entièrement remboursés. L'un des objectifs essentiels des règles régissant la priorité est de définir les principes de base et les conséquences de l'octroi à certains créanciers d'une préférence sur des réclamants concurrents.

6. Les États adoptent des approches générales différentes pour élaborer un ensemble de règles de priorité. Certains définissent ce concept de manière assez restrictive en ce qu'ils ne l'utilisent qu'en cas de concurrence entre les réclamants qui ont obtenu une préférence en rompant avec le principe d'égalité des créanciers. Dans ces États, la priorité ne porte pas sur la question de la propriété. La concurrence opposant d'autres réclamants qui ne revendiquent pas de droits sur un ou plusieurs biens appartenant au débiteur (notamment les vendeurs réservataires et les acquéreurs ultérieurs d'un bien du débiteur) n'est normalement pas qualifiée de conflit de priorité. On y met avant tout fin en déterminant si le réclamant ou le débiteur est propriétaire du bien concerné (par référence aux principes généraux du droit des biens, comme le principe selon lequel nul ne peut transférer plus de droits qu'il n'en a: *nemo dat quod non habet*). En outre, dans ces États, les questions de priorité ne se posent habituellement que lorsqu'un créancier cherche à se rembourser sur les biens de son débiteur; avant ce moment, le concept de priorité n'entre pas concrètement en jeu.

7. Dans d'autres États, le terme de priorité a une portée plus large en ce qu'il est utilisé dans toute concurrence entre l'ensemble des réclamants ayant des droits réels sur les biens de leur débiteur, y compris les biens en sa possession pour lesquels il n'est pas encore propriétaire mais dispose uniquement d'un droit d'usage (notion de propriété apparente). Par exemple, dans ces États, le conflit entre un vendeur réservataire, un tiers auquel le débiteur est censé avoir vendu le bien et un créancier judiciaire de ce tiers ayant un droit sur le bien est qualifié de conflit de priorité. Dans ces États, le concept de priorité régit en

outre la relation entre des réclamants concurrents avant même que le débiteur soit défaillant. Ainsi, la concurrence qui oppose le bénéficiaire du transfert d'un droit (une créance, par exemple) et un créancier qui recouvre la créance est considérée comme un conflit de priorité, même si le débiteur n'est peut-être pas encore défaillant vis-à-vis du créancier. De même, si deux créanciers garantis ont conclu un contrat avec le constituant pour, à leur demande, entrer en possession d'un bien grevé avant défaillance, la concurrence qui les oppose est un conflit de priorité, même si le débiteur n'est encore défaillant vis-à-vis d'aucun des deux.

8. Certains États ont une vision de la priorité plus large encore et considèrent que les situations de concurrence entre créanciers et réclamants dont les droits ne proviennent pas du même débiteur constituent des conflits de priorité qui sont soumis au droit des opérations garanties. Par exemple, le constituant A crée une sûreté au profit du créancier M et loue le bien grevé au preneur à bail X avant de le vendre à l'acheteur B. Ce dernier accorde ensuite une sûreté sur ce bien au créancier N et le loue au preneur à bail Y. Bien que leurs droits soient octroyés par deux débiteurs différents (A et B), la concurrence qui oppose M, N, X et Y est considérée comme un conflit de priorité. Dans d'autres États, par contre, on ne parle de priorité que lorsque les réclamants concurrents obtiennent leurs droits du même constituant. Lorsque deux constituants différents ont constitué des sûretés sur le même bien, ces États font appel à un autre droit, comme le droit général des biens ou le droit de la vente, pour dégager les principes (par exemple *nemo dat quod non habet*) qui régissent les droits concurrents des deux catégories de créanciers (les créanciers de A et les créanciers de B).

9. Dans son chapitre premier sur le champ d'application, les approches fondamentales en matière de sûretés et les thèmes généraux communs à tous ses chapitres, le *Guide* recommande que les États adoptent, pour les opérations garanties, une approche entièrement intégrée et globale qui serve de cadre général d'organisation. En dehors de l'approche non unitaire du financement d'acquisitions (voir recommandation 9), si un créancier cherche à obtenir une préférence par contrat pour passer outre au principe du gage commun ou à celui de l'égalité des créanciers, l'accord sera considéré comme donnant naissance à une sûreté et les droits des réclamants concurrents seront traités dans le cadre d'un conflit de priorité (voir recommandation 8). Néanmoins, du fait que les États sont susceptibles d'avoir des approches différentes concernant les questions fondamentales du droit des biens, le *Guide* ne traite pas de la concurrence opposant des réclamants dont les droits ne proviennent pas du même constituant. Ces questions relèvent d'autres branches du droit d'un État. Ainsi, dans le présent chapitre et tout au long du *Guide*, le terme de priorité n'englobe que les situations de concurrence, que ce soit avant défaillance ou au moment de la réalisation, entre un créancier garanti et tout autre réclamant qui ont obtenu leurs droits du même constituant (voir, par exemple, recommandation 76).

10. Le présent chapitre traite, dans sa section A.2, des grandes approches de la rédaction des règles de priorité et, dans sa section A.3, des différentes méthodes permettant de déterminer la priorité. Il examine ensuite les principales règles de priorité qui devraient faire partie d'un régime moderne des opérations garanties. Il étudie, dans sa section A.4, la relation entre les différents réclamants concurrents et, dans sa section A.5, la portée et l'interprétation des règles de priorité. La section B s'intéresse aux règles de priorité spéciales qui ne s'appliquent qu'à certaines catégories de biens. Le chapitre se conclut, dans la section C, par une série de recommandations.

2. *Le domaine de la priorité*

a) *Types de conflits de priorité*

11. Avant d'examiner pourquoi le concept de priorité est si important (voir par. 16 à 19 ci-dessous), on examinera les différentes situations dans lesquelles se posent des questions de priorité afin d'expliquer les contextes dans lesquelles elles s'inscrivent. Il y a principalement trois contextes, qui supposent tous qu'au moins un des réclamants concurrents soit un créancier garanti (à savoir, le titulaire d'une sûreté contractuelle).

12. Premièrement, les questions de priorité se posent le plus souvent au moment de la réalisation de la sûreté, par exemple lorsque le constituant n'exécute pas son obligation garantie et lorsque la valeur du bien grevé n'est pas suffisante pour satisfaire les obligations dues au créancier procédant à la réalisation et à tous les autres réclamants concurrents faisant valoir un droit sur ce bien. Dans ces situations, le droit des opérations garanties doit déterminer comment la valeur économique du bien doit être répartie entre eux. Le réclamant concurrent sera souvent un autre créancier garanti du constituant. L'exemple type est celui du constituant qui a accordé une sûreté sur le même bien à deux prêteurs différents. Toutefois, il arrive dans d'autres situations que le réclamant concurrent soit titulaire d'un autre type de droit réel, tel qu'un droit d'origine légale (par exemple un créancier privilégié), ou un créancier chirographaire ayant obtenu un jugement à l'encontre du constituant et pris des mesures pour faire exécuter le jugement sur les biens grevés par la sûreté.

13. Des problèmes de priorité surviennent aussi dans un deuxième contexte, à savoir lorsqu'un tiers revendique, sur un bien grevé, un droit qui lui permettra, s'il est reconnu, d'obtenir la propriété du bien libre de toute sûreté et de tout autre droit concurrent, ou d'utiliser le bien dans le cadre d'un bail ou d'un accord de licence. Un exemple typique est celui où le constituant crée une sûreté en faveur d'un prêteur mais conserve la possession du bien grevé, qu'il vend ensuite à un tiers. Le droit des opérations garanties doit alors déterminer si l'acheteur acquiert la propriété du bien libre de la sûreté du prêteur. Un autre exemple est celui où un constituant crée, en faveur d'un prêteur, une sûreté sur un bien qu'il loue par la suite à un tiers ou dont il autorise l'utilisation sous licence par un tiers. Le droit des opérations garanties doit alors déterminer si le preneur à bail ou le preneur de licence peut jouir de ses droits en vertu du bail ou de la licence sans que la sûreté du prêteur ait une quelconque incidence. Encore un autre exemple concerne la situation où le représentant de l'insolvabilité dans une procédure d'insolvabilité visant le constituant revendique les biens grevés de la sûreté d'un créancier au profit de la masse de l'insolvabilité.

14. Des conflits de priorité surviennent dans un troisième contexte, qui n'est ni celui où un processus de réalisation a commencé ni même celui où un autre réclamant fait valoir un droit pour obtenir la propriété du bien grevé libre de tous autres droits. En effet, un constituant peut, par exemple, créer deux sûretés sur une créance et autoriser chaque créancier garanti à recouvrer la créance en déduisant le montant dû au titre de l'obligation garantie des paiements mensuels reçus et en remettant l'excédent (éventuel) au constituant. Même si ce dernier n'est pas défaillant, il sera nécessaire de déterminer lequel des créanciers garantis a le droit de recouvrer la créance. Une situation de concurrence

similaire pourrait survenir lorsque le constituant accorde à deux créanciers garantis le droit, à leur demande, de prendre possession du bien grevé pendant que la convention constitutive de sûreté produit effet. Dans ces deux exemples, les droits respectifs des deux créanciers seront déterminés par les règles de priorité du droit des opérations garanties.

15. Il est important de noter que, dans tous les cas qui viennent d'être mentionnés, la plupart des États estiment que la question de la priorité se pose uniquement si les sûretés impliquées dans le conflit sont opposables (pour la distinction entre la notion d'efficacité entre les parties et celle d'opposabilité, voir chap. II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, par. 1 à 7). Quelques États toutefois attachent des effets en termes de priorité à certains droits même s'ils ne sont pas pleinement opposables. Ces États peuvent, par exemple, prévoir des règles de priorité spéciales destinées à régir uniquement les conflits entre deux créanciers garantis ou plus qui n'ont pas encore rendu leurs droits opposables. Cela dit, dans les États qui font une distinction nette entre les droits qui sont opposables et ceux qui ne le sont pas, les sûretés inopposables ont le même rang aussi bien les unes par rapport aux autres que par rapport aux droits des créanciers chirographaires ordinaires. Elles n'ont donc aucune sorte de priorité sur d'autres droits. En outre, dans ces États, les réclamants concurrents auxquels d'autres règles de droit accordent une préférence (par exemple les personnes qui fournissent un service, comme une réparation, et les autres créanciers qui bénéficient d'un privilège légal) ou qui acquièrent la propriété des biens auprès du constituant seront toujours prioritaires sur une sûreté qui n'a pas été rendue opposable. Il convient enfin de noter que, même si les sûretés ne sont pas opposables et n'ont aucune conséquence en termes de priorité, elles sont néanmoins efficaces à l'égard du constituant et réalisables auprès de lui. L'approche selon laquelle les sûretés qui n'ont pas été rendues opposables sont sans conséquence pour les tiers est celle recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 30).

b) *Importance des règles de priorité*

16. Plusieurs raisons expliquent pourquoi des règles de priorité efficaces sont considérées par beaucoup comme essentielles pour encourager l'offre de crédit garanti.

17. Tout d'abord, le plus important pour un créancier qui envisage d'octroyer un crédit garanti par des biens particuliers est de savoir quelle sera la priorité de sa sûreté s'il cherche à la réaliser dans le cadre ou en dehors de la procédure d'insolvabilité du constituant. Le créancier voudra plus précisément savoir combien il peut raisonnablement espérer retirer de la vente des biens grevés, question particulièrement importante lorsqu'il considère ces biens comme la principale ou l'unique source de remboursement. S'il n'est pas certain du rang de priorité de sa sûreté potentielle au moment de décider de l'octroi ou non du crédit, il comptera moins sur ces biens pour se rembourser. L'incertitude sur ce que pourrait lui rapporter la vente des biens risque de l'inciter à majorer le coût du crédit (par exemple en appliquant un taux d'intérêt plus élevé) ou à en réduire le montant (par exemple en avançant un pourcentage moins important de la valeur des biens grevés). Parfois, cette incertitude l'amènera même à refuser purement et simplement d'accorder le crédit.

18. Afin de réduire cette incertitude au minimum, il est important que le droit des opérations garanties prévoie des règles de priorité claires qui conduisent à des résultats

prévisibles en cas de conflit entre des réclamants sur les biens grevés. En outre, puisque les sûretés n'auront presque pas de valeur pour les créanciers garantis à moins d'être réalisables dans une procédure d'insolvabilité visant le constituant, il importe que ces résultats soient, dans toute la mesure possible, respectés par le droit de l'insolvabilité d'un État (voir chap. XII sur l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière, par. 13 et 59 à 63). Ce point est primordial car, très souvent, le non-respect d'une obligation envers un créancier garanti peut être concomitant à des défaillances envers d'autres créanciers, situation qui peut déclencher l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

19. Des règles de priorité bien conçues peuvent aussi avoir un autre impact positif sur l'offre globale de crédit garanti. De nombreuses banques et autres institutions financières sont disposées à accorder un crédit garanti par une sûreté subordonnée à une ou à plusieurs sûretés de rang supérieur détenues par d'autres créanciers garantis, si elles estiment que les biens du constituant ont une valeur résiduelle (en sus des autres obligations garanties) permettant de couvrir cette sûreté et si elles peuvent confirmer clairement son rang de priorité précis. Cela présuppose que le créancier potentiel soit capable de déterminer le montant maximal garanti par les sûretés de rang supérieur, soit en communiquant avec les titulaires de ces autres sûretés, soit, dans les États qui exigent une déclaration publique du montant maximal pour lequel une sûreté grève un bien, en consultant l'avis inscrit dans le registre général des sûretés (voir par. 139 ci-dessous et recommandation 98). Par contre, dans les situations où le créancier garanti potentiel ne parvient pas à s'assurer que la valeur résiduelle suffit pour garantir le nouvel octroi de crédit proposé, il pourrait créer assez de valeur en négociant un accord de cession de rang avec un ou plusieurs créanciers garantis de rang supérieur. Dans ces accords, ces derniers renonceraient à la priorité de leurs sûretés sur certains biens au profit de la nouvelle sûreté proposée ou accepteraient de limiter à un montant déterminé le droit de rang supérieur qu'ils feront valoir (voir par. 128 à 131 ci-dessous et recommandation 94), s'ils estiment que le nouvel octroi de crédit proposé aidera le constituant dans ses affaires et augmentera ainsi leurs chances d'être remboursés. Ces exemples illustrent en quoi des règles de priorité claires et bien conçues facilitent l'octroi de sûretés multiples sur les mêmes biens, le constituant pouvant ainsi maximiser la valeur de ses biens pouvant être utilisée pour obtenir un crédit.

3. Les approches de la rédaction des règles de priorité

20. Les États sont confrontés à un certain nombre de choix fondamentaux lorsqu'ils rédigent des règles de priorité. Ils doivent commencer par déterminer la portée du régime de priorité. La première question est donc de savoir si celui-ci doit s'appliquer uniquement aux conflits entre différents créanciers d'obligations personnelles ou s'étendre aux conflits entre toutes les personnes qui font valoir des droits sur les biens dont le constituant est effectivement ou apparemment propriétaire. Pour les raisons qui ont déjà été exposées (voir par. 1 à 9), le *Guide* adopte la position selon laquelle le régime de priorité devrait englober les conflits de priorité entre tous les réclamants concurrents potentiels qui tiennent leurs droits du même constituant.

21. Les États doivent ensuite décider comment ces règles de priorité devraient être organisées et rédigées. Plusieurs approches sont possibles, qui reflètent dans l'ensemble des tendances alternatives en matière de rédaction législative.

22. L'une d'entre elles consiste à élaborer des règles de priorité sous la forme d'un ensemble de principes généraux devant être interprétés et appliqués par les tribunaux pour résoudre des conflits particuliers. Lorsque les États optent pour cette approche, en particulier au moment où ils adoptent un nouveau régime des opérations garanties pleinement intégré comme celui recommandé dans le *Guide*, les tribunaux ont la très lourde charge de préciser dans les détails comment s'appliqueront ces principes généraux. Les juges doivent non seulement maîtriser rapidement la logique sous-jacente au nouveau régime mais aussi prendre connaissance de pratiques du marché très diverses et les assimiler afin d'élaborer des règles spécifiques qui soient prévisibles et efficaces. Il se peut en outre que beaucoup de temps s'écoule avant qu'un nombre suffisant de décisions judiciaires ait été rendu sur un éventail suffisant de questions pour pouvoir connaître avec certitude le fonctionnement pratique des principes de priorité.

23. Une autre approche consiste à élaborer un grand nombre de règles de priorité détaillées pour régir toutes les situations possibles et imaginables faisant intervenir des réclamants concurrents. Cette approche détaillée peut parfois être source de confusion pour les avocats et les juges qui ne connaissent pas bien la logique d'ensemble de ces règles. En outre, dans les États qui ont déjà des régimes de priorité basés sur les grands principes découlant de la détermination préalable de la propriété des biens faisant l'objet de réclamations concurrentes, un système complet de règles spécifiques pourra sembler inhabituel et inutilement complexe, et s'avérer difficile à manier de façon efficace pour les avocats et les juges.

24. Une troisième approche consiste à élaborer et à organiser les règles de priorité en un ensemble cohérent sous la forme d'une série de principes de portée plus générale, puis à appliquer ces principes de manière spécifique à des situations qui se rencontrent fréquemment. Cette approche peut permettre d'y voir plus clair et d'obtenir un degré élevé de certitude au sujet de n'importe quel conflit de priorité particulier.

25. En choisissant l'une ou l'autre de ces trois approches, un État doit penser aux objectifs généraux qu'il cherche à atteindre en réformant son droit comme il est recommandé dans le *Guide*. Il convient de rappeler que ce dernier cherche à présenter un régime des opérations garanties qui prévoit des sûretés réelles mobilières sans dépossession sur différents biens meubles corporels et incorporels qui, dans de nombreux États, ne pouvaient jusqu'à présent pas être grevés ou ne pouvaient pas l'être par plusieurs sûretés à la fois (voir recommandation 2, al. *a*). Le *Guide* recommande en outre que ces biens puissent être grevés par plusieurs sûretés, ce qui est également une nouveauté dans de nombreux États (voir l'alinéa *b* du paragraphe exposant l'objet des recommandations sur la priorité à la fin du présent chapitre). Il adopte également une approche entièrement intégrée en ce qui concerne les opérations qui, quel que soit leur nom, sont destinées à garantir l'exécution d'une obligation (voir recommandation 8). Enfin, il reconnaît de nombreuses méthodes permettant de rendre les sûretés opposables (voir recommandations 32 et 34 à 36). Pour toutes ces raisons, le *Guide* recommande aux États d'adopter la troisième approche pour rédiger leurs règles de priorité afin d'atteindre au mieux les objectifs de la réforme du droit des opérations garanties.

26. Dans cette logique, un régime moderne des opérations garanties devrait comprendre un ensemble de règles de priorité détaillées et précises qui: *a)* reposent sur des principes généraux clairement formulés et bien compris; *b)* ont une portée étendue; *c)* couvrent un

large éventail d'obligations garanties existantes et futures; *d)* s'appliquent à tous les types de biens grevés, y compris les biens futurs et le produit; et *e)* fournissent les moyens de résoudre des conflits de priorité entre une grande diversité de réclamants concurrents. Cette approche des règles de priorité encourage les créanciers potentiels à accorder un crédit garanti en leur donnant dans une large mesure la certitude qu'ils peuvent prévoir comment les conflits de priorité potentiels seront résolus. Les sections suivantes du présent chapitre précisent les questions que ces règles détaillées devraient résoudre et comment ces dernières devraient être formulées.

4. Les différents fondements permettant de déterminer la priorité

27. Dans les régimes modernes d'opérations garanties, les règles de priorité sont destinées à régir les conflits entre les droits du titulaire d'une sûreté réelle mobilière et les droits d'un ou de plusieurs tiers. Le principe général selon lequel une sûreté ne peut avoir priorité sur les droits d'un tiers que si elle lui est "opposable" constitue une règle de base. Cette position est celle recommandée dans le *Guide*, et cette situation est la seule dans laquelle une question de priorité se pose. Les règles de priorité recommandées dans le *Guide* sont par conséquent étroitement liées aux différentes méthodes permettant de rendre la sûreté opposable.

28. Comme il a déjà été noté (voir chap. III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière, par. 6 à 8 et par. 22 à 28), l'opposabilité est obtenue lorsqu'une sûreté a été constituée, selon le type de bien grevé, et que l'une des mesures supplémentaires suivantes a été prise: *a)* inscription d'un avis sur le registre général des sûretés; *b)* prise de possession du bien grevé par le créancier garanti; *c)* conclusion d'un accord de contrôle; *d)* inscription sur un registre spécialisé ou annotation sur un certificat de propriété; et *e)* notification à un tiers débiteur. Le *Guide* envisage aussi, dans certains cas, la possibilité d'une opposabilité automatique dès la constitution de la sûreté.

a) *Principes sous-jacents*

29. Avant de procéder à l'examen détaillé de la manière dont les divers principes de priorité s'appliquent aux droits des différents réclamants concurrents, il est utile d'exposer en termes généraux les grandes options qui s'offrent aux États cherchant à élaborer des règles de priorité. La plupart des États organisent les règles de priorité en combinant deux principes: premièrement, la priorité devrait être déterminée sur une base strictement chronologique et, deuxièmement, elle devrait être déterminée par référence aux caractéristiques particulières du droit que l'on fait valoir. Si ces principes paraissent relativement simples, leur application pratique doit être bien expliquée.

30. Normalement, lorsqu'un État décide que la priorité sera déterminée sur une base chronologique, la règle sous-jacente invoquée est que les droits prennent rang en fonction de la date à laquelle ils deviennent opposables: premier en date, préférable en droit (*prior tempore, potior jure*). Il peut néanmoins admettre aussi des exceptions à cette règle. Dans certaines situations, il arrive que le dernier droit à naître soit celui qui prime. Cette exception existe par exemple dans certains États pour le financement octroyé au débiteur après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Ainsi, même lorsque les États décident que la priorité sera déterminée sur une base chronologique, il est nécessaire de spécifier si le classement suivra la règle du premier en date ou du dernier en date.

31. Lorsque les États décident que la priorité sera fonction des diverses caractéristiques d'un droit, les possibilités sont encore plus nombreuses. La question est de savoir si la priorité devrait être fondée sur: *a)* un classement législatif établi en fonction de la nature du droit (par exemple prêt à terme, ligne de crédit ou droit né d'une faute extracontractuelle); *b)* la nature du réclamant (par exemple vendeur, réparateur ou autorités locales); *c)* le montant de l'obligation due (montant faible, moyen ou important); *d)* le pourcentage de l'obligation restant dû (par exemple moins de 25 %, entre 25 % et 50 %, ou plus de 50 %); ou *e)* la manière par laquelle l'opposabilité a été assurée (par exemple inscription dans un registre général des sûretés, prise de possession, inscription dans un registre spécialisé ou contrôle). En d'autres termes, lorsque les États déterminent la priorité d'après des critères subjectifs de ce type, le système de classement devient complexe et nombre des avantages liés à un régime des opérations garanties fondé sur les règles du premier en date sont perdus.

32. L'examen des différents critères de détermination de la priorité présente un double intérêt: *a)* fournir le contexte nécessaire pour un bref examen de la manière dont ces différents grands principes de priorité peuvent s'appliquer en fonction de la méthode par laquelle l'opposabilité a été assurée; et *b)* laisser entrevoir que les règles de priorité établies par les États combinent invariablement des règles fondées sur la chronologie et des règles fondées sur la nature des droits, même lorsque la méthode d'opposabilité (notamment l'inscription) semble se prêter à l'adoption de la règle absolue du premier en date.

b) *Application de ces principes aux différentes méthodes d'opposabilité*

33. Comme on l'a vu plus haut (voir chap. III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière, par. 23, et chap. IV sur le système de registre, par. 3), le meilleur moyen de permettre aux créanciers de déterminer leur rang de priorité avec un degré de certitude élevé au moment où ils octroient un crédit est de recourir à un registre public pour leur classement. Dans la plupart des États où existe un système fiable d'inscription d'avis relatifs aux sûretés réelles mobilières, le principe général veut que la préférence soit donnée au droit mentionné dans le premier avis inscrit.

34. La règle du premier inscrit ne peut toutefois être absolue. Dans les régimes modernes d'opérations garanties, elle admet des exceptions. Les États prévoient parfois qu'une sûreté peut devenir opposable dès sa constitution sans qu'il soit nécessaire d'inscrire un avis. Cette exception concerne le plus souvent les sûretés réelles mobilières sur des biens de consommation. Dans ces cas, la priorité de la sûreté est déterminée en fonction du moment de sa constitution (voir par. 38 ci-dessous). Certains États prévoient en outre un délai de grâce dans lequel certains types de sûretés peuvent être inscrits avec effet rétroactif (voir d'une manière générale par. 50 ci-dessous et chap. IX sur le financement d'acquisitions, par. 108 à 111). Enfin, de nombreux États ont adopté une exception à la règle du premier inscrit pour les sûretés qui ont été rendues opposables par une méthode autre que l'inscription d'un avis sur le registre général des sûretés (voir par. 35 à 37 ci-dessous).

35. Lorsque l'opposabilité peut être assurée par transfert de la possession au créancier garanti, les États adoptent généralement aussi une règle chronologique pour déterminer la priorité: le premier à prendre possession est prioritaire (voir par. 51 à 53 ci-dessous). Toutefois, pour certains biens comme les instruments négociables, de nombreux États

prévoient qu'une sûreté devenue opposable par prise de possession a normalement priorité sur une sûreté rendue opposable par toute autre méthode, y compris par l'inscription d'un avis, même si cette dernière intervient en premier (voir par. 154 à 156 ci-dessous).

36. Lorsque l'opposabilité peut être obtenue par contrôle et qu'il y a conflit entre le créancier qui a obtenu le contrôle du bien grevé et les créanciers garantis qui ont assuré l'opposabilité par une autre méthode, la priorité est généralement accordée au créancier qui a le contrôle, qu'il l'obtienne avant ou après que les droits des réclamants concurrents sont rendus opposables par une méthode différente (voir par. 158 ci-dessous). Toutefois, dans les États où le contrôle est la méthode exclusive pour assurer l'opposabilité, il n'est pas nécessaire d'élaborer des règles de priorité supplémentaires étant donné qu'il ne peut y avoir de conflit entre les sûretés dont l'opposabilité est fondée sur le contrôle et celles dont l'opposabilité est assurée par tout autre moyen (voir par. 165 et 166 ci-dessous).

37. Lorsque l'opposabilité peut être obtenue par inscription dans un registre spécialisé de la propriété pour certains types de biens ou par annotation sur un certificat de propriété, la plupart des États prévoient que les droits prennent rang en fonction de leur ordre d'inscription ou d'annotation. Ils prévoient aussi généralement qu'un droit inscrit dans le registre spécialisé ou annoté sur un certificat de propriété aura priorité sur une sûreté rendue opposable par toute autre méthode (voir par. 56 et 57 ci-dessous).

38. Dans les États qui ont adopté des systèmes d'inscription, il arrive que l'opposabilité des sûretés sur certains types de biens, comme les biens de consommation, soit automatique. Dans ces États, on détermine généralement la priorité d'une sûreté en comparant le moment où la sûreté est constituée et le moment où un avis relatif à la sûreté concurrente est inscrit dans le registre général des sûretés ou encore le moment où la sûreté concurrente est rendue opposable par une autre méthode.

39. Lorsque des sûretés sont constituées sur des créances ou d'autres droits à paiement, les États prévoient le plus souvent que la priorité sera déterminée en fonction de la date à laquelle un avis est inscrit sur le registre général des sûretés ou, si une autre méthode d'opposabilité est utilisée, la date à laquelle l'opposabilité est obtenue. En revanche, dans d'autres États, l'opposabilité d'une sûreté sur une créance et la priorité entre réclamants concurrents titulaires d'une sûreté sur une créance sont fonction de la date à laquelle le débiteur de la créance reçoit notification de l'existence de la sûreté, voire la date de constitution de la sûreté. La méthode générale d'opposabilité recommandée dans le *Guide* vaut aussi pour les sûretés grevant des créances (voir recommandation 32 et chap. III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière, par. 29 à 46). La priorité des sûretés sur des créances est ainsi déterminée par l'ordre d'inscription des avis relatifs à ces sûretés (voir sect. A.5 ci-dessous).

40. Dans de nombreux États, certains droits, comme les créances fiscales, les cotisations de sécurité sociale et les salaires, se voient accorder la priorité uniquement en raison de leur nature, quelle que soit la date à laquelle ils sont nés ou devenus opposables. Dans ce cas, les États adoptent un classement des priorités qui est applicable à tous les conflits entre réclamants. Ces droits peuvent aussi être soumis à inscription, mais pas toujours. Dans les deux cas, toutefois, la priorité est déterminée en fonction d'un classement fixé par la loi et non d'après l'ordre dans lequel la sûreté pourrait avoir été constituée ou rendue opposable (voir par. 90 à 93 ci-dessous).

41. L'examen qui vient d'être fait de la manière dont les principes de priorité s'appliquent aux différentes méthodes d'opposabilité montre que, dans chaque cas, le régime adopté dans la plupart des États combine des principes de priorité fondés sur la date et des principes de priorité fondés sur la nature particulière du droit d'un créancier ou sur la méthode particulière d'opposabilité. La section suivante examinera en détail l'application de ces principes à différents conflits de priorité entre réclamants concurrents.

5. Les règles pour déterminer l'ordre de priorité entre réclamants concurrents

42. Les principes généraux examinés ci-dessus forment la structure de base d'un régime de priorité s'agissant: *a)* des différents moyens d'organiser un système de priorité; et *b)* de la portée de la priorité de la sûreté, en particulier en ce qui concerne les obligations futures, les biens futurs et le produit. L'examen qui suit porte sur les règles de priorité spécifiques s'appliquant aux droits des réclamants concurrents. Ces règles régiront les conflits de priorité en rapport avec tous les biens, y compris les biens meubles corporels comme le matériel, les stocks et les créances.

a) *L'ordre de priorité entre créanciers garantis et créanciers chirographaires*

43. En règle générale, les États prévoient que toutes les sûretés qui ont été rendues opposables sont prioritaires sur les droits des créanciers chirographaires. On admet généralement qu'il est nécessaire d'accorder cette priorité aux créanciers garantis pour promouvoir l'offre de crédit garanti. Les créanciers chirographaires peuvent prendre d'autres mesures pour protéger leurs droits, comme percevoir un supplément pour compenser le surcroît de risque, suivre l'état de solvabilité ou demander au débiteur de payer des intérêts de retard. Un crédit garanti peut par ailleurs accroître le fonds de roulement du constituant. Souvent, les paiements effectués dans le cadre d'un crédit permanent garanti destiné à financer le fonds de roulement sont la principale source à partir de laquelle une société paie ses créanciers chirographaires dans le cours normal de ses affaires.

44. Dans de nombreux États, la priorité accordée aux créanciers garantis sur les créanciers chirographaires est absolue. Dans d'autres, en revanche, elle fait l'objet d'une exception en faveur des créanciers judiciaires. Le créancier chirographaire peut acquérir un droit sur les biens d'un débiteur par le biais d'un jugement ou d'une décision judiciaire provisoire contre ce dernier. En inscrivant le jugement dans le registre général des sûretés, le créancier judiciaire peut convertir un droit non garanti en un droit garanti qui prend rang conformément aux règles de priorité ordinaires. D'autres États vont plus loin et prévoient que, lorsqu'un créancier chirographaire a accompli les actes nécessaires en vertu de la loi applicable pour obtenir un jugement ou une décision judiciaire provisoire, le droit réel qu'il fait valoir peut en fait avoir priorité sur certains droits d'un créancier garanti antérieur (voir par. 94 à 102 ci-dessous).

b) *L'ordre de priorité entre des sûretés réelles mobilières concurrentes grevant les mêmes biens*

45. L'une des caractéristiques principales d'un régime moderne d'opérations garanties est l'efficacité avec laquelle il résout les conflits de priorité entre des sûretés concurrentes grevant les mêmes biens. Il peut s'agir de sûretés qui sont toutes rendues opposables par

inscription d'un avis sur le registre général des sûretés, de sûretés qui sont toutes rendues opposables par une autre méthode, ou d'une combinaison des unes et des autres. À de rares exceptions près (voir par. 54 à 59 ci-dessous), les États prévoient, pour l'ensemble des différentes situations qui vont être examinées, que la priorité sera déterminée en fonction de la règle chronologique du "premier en date, préférable en droit". En outre, les États prévoient presque toujours que le moment à partir duquel la sûreté devient opposable constitue le critère fondamental pour déterminer le moment où une sûreté est susceptible d'entrer dans un conflit de priorité. Les paragraphes suivants expliquent en détail comment ce principe central est généralement appliqué à des situations concrètes.

i) *L'ordre de priorité entre des sûretés réelles mobilières rendues opposables par inscription d'un avis sur le registre général des sûretés*

46. Dans de nombreux États ayant un registre général des sûretés, la priorité entre les sûretés qui ont toutes été rendues opposables par inscription d'un avis est déterminée en fonction de l'ordre dans lequel l'opposabilité a été assurée. Ainsi, même s'il est possible dans ces États d'inscrire un avis avant que la sûreté ne voie effectivement le jour (par exemple une sûreté prise exclusivement sur des biens meubles futurs), la priorité sera établie par référence à la date à laquelle le constituant acquiert des droits sur le bien et rend ainsi la sûreté opposable. Cette approche présente un inconvénient majeur pour les pratiques modernes de financement commercial car elle imposerait à ceux qui consultent le registre de déterminer le moment auquel chaque bien couvert par l'avis inscrit a été acquis dans les faits (comme dans le cas des stocks ou du matériel). En conséquence, la plupart des États qui ont adopté l'inscription d'un avis dans le registre général des sûretés comme méthode d'opposabilité adoptent une approche différente, qui représente une exception majeure au principe fondamental consistant à fixer la priorité par référence à la date d'opposabilité. Ces États prévoient que la priorité entre les sûretés qui ont toutes été rendues opposables par inscription d'un avis est déterminée en fonction de l'ordre d'inscription, quel que soit l'ordre dans lequel elles sont devenues opposables et même si une ou plusieurs conditions requises pour l'opposabilité n'étaient pas remplies à ce moment-là. Ce principe n'admet que des exceptions extrêmement limitées (voir par. 59 ci-dessous).

47. Cette approche est illustrée par l'exemple suivant. Un constituant demande à la banque A un prêt qui sera garanti par une sûreté sur l'ensemble du matériel existant et futur du constituant (une sûreté qui peut être rendue opposable par inscription d'un avis dans le registre général des sûretés). Le jour 1, la banque A fait une recherche dans le registre, qui confirme qu'aucun autre avis n'a été inscrit concernant des sûretés d'autres créanciers sur le matériel du constituant. Le jour 2, elle conclut une convention constitutive de sûreté avec le constituant dans laquelle elle s'engage à accorder le prêt garanti demandé. Ce même jour, elle inscrit l'avis concernant cette sûreté dans le registre général des sûretés mais n'accorde le prêt au constituant que le jour 5. Ainsi, la sûreté de la banque A a été constituée et est devenue opposable le jour 2 (c'est-à-dire dès que toutes les conditions de constitution et d'opposabilité ont été remplies). Or, le jour 3, le constituant conclut une convention constitutive avec la banque B, prévoyant l'octroi d'un prêt devant être garanti par une sûreté sur le matériel existant et futur du constituant et, le même jour (jour 3), la banque B inscrit un avis concernant cette sûreté dans le registre général des sûretés et accorde le prêt au constituant. La sûreté de la banque B a donc été constituée et rendue opposable le jour 3. Selon l'approche du premier inscrit décrite ci-dessus, la sûreté de la banque A aurait priorité sur celle de la banque B.

48. Les principales raisons avancées pour justifier qu'il soit dérogé au principe général de la priorité fondée sur la date d'opposabilité au profit de la règle du premier inscrit sont les suivantes: *a)* encourager l'inscription de l'avis le plus tôt possible (avis qui informe les autres créanciers potentiels qu'il se peut qu'une sûreté grève déjà les biens du constituant); *b)* faciliter l'octroi d'un crédit garanti par des biens futurs en prévoyant une date unique pour déterminer la priorité; et *c)* rassurer les créanciers garantis en leur permettant, avant d'accorder un crédit, de déterminer la priorité de leur sûreté par rapport aux sûretés des autres créanciers garantis. Dans l'exemple cité ci-dessus, si la banque A fait une recherche dans le registre le jour 2, après avoir inscrit son avis et constaté qu'il n'y en a pas d'autres concernant le bien grevé en question, elle peut accorder son prêt le jour 5 en sachant avec certitude que sa sûreté aura priorité sur toute autre sûreté grevant le même bien qui pourra être rendue opposable dans l'avenir, car la priorité de sa sûreté remonte au moment de l'inscription. En lui offrant ce degré élevé de sécurité, la règle du premier inscrit peut être un facteur important de promotion du crédit garanti. De même, lorsque la banque B effectuera des recherches dans le registre elle saura immédiatement que sa sûreté sera de rang inférieur si la banque A accorde le crédit et pourra donc ajuster en conséquence les conditions du crédit qu'elle octroie.

49. Comme on l'a vu dans le paragraphe précédent, cette sécurité n'existerait pas dans l'autre approche, adoptée dans certains États, selon laquelle la priorité est accordée à la première sûreté rendue opposable. Il y aurait toujours un risque qu'une autre sûreté puisse devenir opposable, et donc prioritaire, après que la banque A ou B a conduit sa recherche dans le fichier mais avant qu'elle ait conclu une convention constitutive de sûreté et accordé le prêt. Ce risque existerait aussi court que soit ce laps de temps. Aussi, le *Guide* recommande-t-il que l'ordre de priorité entre des réclamants concurrents soit dans ces cas déterminé en fonction de la date d'inscription de l'avis et non de la date à laquelle la sûreté a été constituée ou rendue effectivement opposable (voir recommandation 76, al. *a*).

50. Enfin, lorsqu'elle détermine la priorité, la règle du premier inscrit est néanmoins atténuée dans de nombreux États afin de tenir compte des "délais de grâce" pour l'inscription. Ces délais permettent à l'opposabilité d'une sûreté d'être rétroactive si l'inscription a lieu peu de temps après la constitution de la sûreté. Dans ce cas, la priorité sera déterminée selon la date de constitution plutôt que selon la date d'inscription. Par conséquent, une sûreté constituée en premier, mais inscrite en second, peut quand même primer une sûreté constituée en second mais inscrite en premier, à condition que l'avis relatif à la sûreté constituée en premier soit inscrit avant l'expiration du délai de grâce applicable. Ainsi, tant que le délai de grâce continue à courir, la date d'inscription n'est pas une indication fiable du rang de priorité d'un créancier. Afin de ne pas compromettre la sécurité apportée par la règle du premier inscrit, les États limitent généralement l'utilisation des délais de grâce à des circonstances spéciales, comme le financement d'acquisitions (voir, d'une manière générale, le chap. IX sur le financement d'acquisitions, par. 108 à 111).

ii) *L'ordre de priorité entre des sûretés réelles mobilières rendues opposables par des méthodes autres que l'inscription d'un avis dans le registre général des sûretés*

51. En cas de conflit de priorité entre sûretés rendues opposables par des méthodes autres que l'inscription d'un avis dans le registre général des sûretés, les États accordent normalement la priorité à celle qui a été rendue opposable la première. Ces autres méthodes

comprennent la prise de possession, l'inscription sur un registre spécialisé, l'annotation sur un certificat de propriété, le contrôle et l'opposabilité automatique. Étant donné que de nombreux États adoptent des règles de priorité spécifiques pour régir les situations où l'opposabilité est obtenue par inscription sur un registre spécialisé, annotation sur un certificat de propriété et contrôle, les principales circonstances où cette approche trouve véritablement à s'appliquer en vertu de règles générales concernent l'opposabilité par prise de possession.

52. Dans le cas des sûretés rendues opposables par prise de possession, il n'y a normalement pas besoin d'une règle du "premier à prendre possession" analogue à la règle du "premier inscrit" exposée plus haut, puisqu'un créancier garanti obtient généralement la possession du bien grevé au moment où il accorde le crédit et non avant. Dans certains États, il est toutefois possible pour un créancier d'établir sa possession par l'intermédiaire d'un tiers agissant en son nom. Lorsque c'est le cas, plusieurs créanciers garantis peuvent établir ainsi leur possession par l'intermédiaire du même tiers. Bien qu'il soit possible de déterminer leur priorité relative en fonction de l'ordre dans lequel ils établissent leur possession par l'intermédiaire de ce tiers, il pourrait y avoir là une source d'insécurité si la sûreté n'a pas encore été constituée. C'est pourquoi, lorsque l'opposabilité est obtenue par prise de possession, les États prévoient habituellement que la date à prendre en compte pour déterminer la priorité est celle de l'opposabilité (c'est-à-dire constitution plus possession). On parviendrait à un résultat similaire en cas d'opposabilité automatique. La priorité dépendrait de la date à laquelle l'opposabilité a été obtenue, même si dans le cas de l'opposabilité automatique il s'agirait de la même date que celle à laquelle la sûreté a pris effet entre les parties (c'est-à-dire la date de sa constitution).

53. On peut illustrer cette approche en prenant l'exemple d'un conflit entre une sûreté sur un bien particulier rendue opposable par prise de possession et une autre sûreté sur le même bien devenue opposable automatiquement dès sa constitution. Dans ce cas, contrairement au principe applicable aux sûretés rendues opposables par inscription d'un avis sur le registre général des sûretés, il serait nécessaire de déterminer les dates respectives auxquelles la possession a été obtenue ou l'opposabilité automatique assurée. Comme on l'a indiqué, il s'agit là de l'approche générale adoptée dans la plupart des États dans ce cas, à savoir déterminer la priorité des réclamants concurrents en fonction de la date à laquelle la sûreté est devenue opposable. Il s'agit également de l'approche recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 76, al. *b*).

iii) *L'ordre de priorité entre des sûretés rendues opposables par inscription d'un avis sur le registre général des sûretés et des sûretés rendues opposables par d'autres méthodes*

54. Certaines sûretés peuvent être rendues opposables de plusieurs manières. En conséquence, les États doivent également envisager l'éventualité d'un conflit de priorité entre une sûreté rendue opposable par inscription d'un avis dans le registre général des sûretés et une sûreté rendue opposable par d'autres méthodes. Comme il a été noté, les États accordent normalement la priorité à la première sûreté qui aura été rendue opposable. Toutefois, lorsque les États ont adopté l'exception, en cas d'inscription dans un registre général des sûretés, prévoyant que la priorité sera fonction de la date d'inscription et non de la date de l'opposabilité (position recommandée dans le *Guide*), ils

prévoient généralement aussi que la priorité devrait être accordée à la première sûreté qui est inscrite ou rendue opposable par une autre méthode, selon ce qui intervient en premier. Cette approche représente un prolongement logique de la règle du premier inscrit, le registre étant utilisé pour permettre aux créanciers garantis de déterminer avec un haut degré de certitude la priorité de leur sûreté. Comme l'avis peut être inscrit avant que la sûreté ne soit constituée (ce qui n'est pas envisagé en cas d'opposabilité par prise de possession et n'est pas possible logiquement en cas d'opposabilité automatique dès la constitution), cette approche encourage également l'utilisation du registre pour rendre les sûretés opposables. Il s'agit de l'approche recommandée dans le *Guide* étant donné que l'utilisation généralisée du registre fournit une date objectivement déterminable pour fixer la priorité et conduit ainsi au résultat le plus efficace lorsque l'opposabilité est obtenue par différentes méthodes (voir recommandation 76, al. *c*).

iv) *Les exceptions au principe du premier en date pour établir la priorité entre créanciers garantis concurrents*

55. Les exemples ci-dessus illustrant comment le principe du premier en date s'applique aux différentes situations où les sûretés sont rendues opposables par différents moyens connaissent néanmoins des exceptions limitées. Ces exceptions sont de deux types. Certaines correspondent à des règles de priorité spéciales pour des méthodes d'opposabilité particulières et d'autres à des règles spéciales relatives à certains types d'opérations ou de biens grevés. Parmi les différentes méthodes d'opposabilité déjà mentionnées, il en existe en particulier trois (l'inscription sur un registre spécialisé, l'annotation sur un certificat de propriété et le contrôle) qui donnent souvent lieu à des règles de priorité spéciales.

a. *L'inscription sur un registre spécialisé ou l'annotation sur un certificat de propriété*

56. Dans de nombreux États, une sûreté réelle mobilière ou un autre droit (tel que le droit d'un acheteur ou preneur à bail d'un bien grevé) peut être inscrit dans un registre spécialisé ou annoté sur un certificat de propriété. La plupart de ces États prévoient que les sûretés prennent rang suivant l'ordre dans lequel elles sont inscrites ou annotées, c'est-à-dire qu'une sûreté inscrite ou annotée en premier prime une autre qui sera inscrite ou annotée postérieurement. Afin de protéger l'intégrité de ces registres spécialisés ou systèmes d'annotation, le *Guide* recommande une position similaire (voir recommandation 77, al. *b*).

57. Dans les États où il existe un registre spécialisé, il est nécessaire aussi de déterminer l'ordre de priorité entre, d'une part, un droit inscrit dans ce registre ou annoté sur un certificat de propriété et, d'autre part, un droit inscrit dans le registre général des sûretés ou un droit rendu opposable par prise de possession ou par d'autres moyens. Dans la plupart de ces États, une sûreté réelle mobilière ou un autre droit inscrit dans un registre spécialisé ou annoté sur un certificat de propriété se voit accorder la priorité sur une sûreté qui est inscrite dans un registre général ou qui devient opposable par une autre méthode que l'inscription dans un registre spécialisé ou l'annotation sur un certificat de propriété, sans tenir compte de ce qui intervient en premier. Dans ces systèmes, par exemple, si le créancier garanti A inscrit un avis dans le registre général des sûretés ou prend possession d'un bien grevé et que par la suite le créancier garanti B inscrit une sûreté dans le registre spécialisé

ou procède à une annotation sur le certificat de propriété, le créancier garanti B sera prioritaire sur le créancier garanti A. Là encore, afin de protéger l'intégrité de ces registres et systèmes d'annotation, le *Guide* recommande une position similaire (voir recommandation 77, al. *a*).

b. *Les accords de contrôle*

58. On trouve généralement une deuxième exception dans les États qui autorisent l'opposabilité par "contrôle" pour les sûretés sur certains types de biens meubles incorporels. Ces États prévoient que, lorsqu'un créancier obtient l'opposabilité de cette manière, c'est sa sûreté qui prime, même si d'autres créanciers avaient précédemment inscrit un avis concernant une sûreté sur le même bien dans le registre général des sûretés ou rendu leur sûreté opposable par tout autre moyen (voir par. 158 et 166 ci-dessous). Compte tenu de la nature spéciale des sûretés réelles mobilières sur les droits à paiement, le *Guide* recommande une approche similaire (voir recommandations 103 et 107).

c. *Les autres exceptions à la règle du premier en date*

59. Outre les situations où l'opposabilité est assurée par des moyens particuliers, de nombreux États prévoient des exceptions à la règle du premier en date pour certains types d'opérations ou de biens grevés lorsque l'opposabilité a été obtenue par inscription ou prise de possession. Il s'agit le plus souvent des types d'opérations ou de biens suivants: *a)* opérations de financement d'acquisitions (le *Guide* traite de ces opérations dans le chapitre IX sur le financement d'acquisitions; voir recommandations 178 à 185 et 191 à 199); *b*) opérations garanties par des sûretés grevant des instruments négociables, des documents négociables ou des espèces, dont l'opposabilité peut être obtenue par prise de possession (voir par. 154 à 156, 164 et 167 à 169 ci-dessous et recommandations 101, 102, 106, 108 et 109); *c)* opérations garanties par des sûretés grevant des biens attachés (voir par. 110 à 116 ci-dessous et recommandations 87 à 89); et *d)* opérations garanties par des sûretés grevant une masse ou un produit fini (voir par. 117 à 124 ci-dessous et recommandations 90 à 92).

c) *L'ordre de priorité entre les droits des bénéficiaires de transferts, des preneurs à bail et des preneurs de licence de biens grevés*

i) *Généralités*

60. Lorsqu'un constituant transfère, loue ou met sous licence des biens meubles corporels (autres que des instruments ou documents négociables) déjà grevés de sûretés, le bénéficiaire du transfert, le preneur à bail ou le preneur de licence souhaite recevoir les biens libres de toute sûreté, tandis que le créancier garanti existant est soucieux de conserver sa sûreté sur les biens à l'encontre du bénéficiaire du transfert, du preneur à bail ou du preneur de licence (sous réserve de certaines exceptions; voir par. 65 à 88 ci-dessous). Il importe que les règles de priorité concilient les intérêts des deux parties et que soit trouvé un équilibre approprié. Si les droits d'un créancier garanti sur des biens

particuliers sont menacés chaque fois que le constituant transfère, loue ou met sous licence ces biens, leur valeur en tant que sûreté serait considérablement réduite et l'offre de crédits garantis sur cette valeur serait compromise.

61. La plupart des États partent du principe général que le bénéficiaire du transfert (notamment un acheteur, un échangiste, un donataire, un légataire et autres bénéficiaires similaires), le preneur à bail ou le preneur de licence d'un bien grevé prennent leur droit sur le bien sous réserve d'une sûreté existante qui est opposable. On dit que la sûreté inclut un droit de suite (voir chap. III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière, par. 15 à 18, et recommandation 31; voir aussi recommandation 79). En d'autres termes, le créancier garanti peut poursuivre le bien entre les mains de l'acheteur ou autre bénéficiaire du transfert, preneur à bail ou preneur de licence. Il s'ensuit que d'autres tiers qui tirent leurs droits de l'acheteur ou d'un autre bénéficiaire du transfert, preneur à bail ou preneur de licence obtiendront généralement dans ce cas leurs droits sous réserve de la sûreté existante (voir par. 84 à 88 ci-dessous). Les exceptions à ce principe général pour chacun de ces types d'opérations sont examinées ci-dessous.

ii) *Droits des acheteurs*

62. Comme il a déjà été mentionné (voir chap. II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, par. 72 à 89, et chap. III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière, par. 15 à 18 et 87 à 96), lorsqu'un bien grevé est vendu, le créancier garanti conserve sa sûreté sur le bien initialement grevé et obtient en outre une sûreté réelle mobilière sur le produit de la vente (il peut s'agir d'espèces, de créances, voire d'autres biens en cas de troc ou d'échange). Dans ce cas, la question se pose de savoir si la sûreté sur le produit devrait remplacer la sûreté sur le bien grevé afin que l'acheteur acquière ses droits libres de la sûreté.

63. On fait parfois valoir que la sûreté devrait s'éteindre lors d'une vente, en partant du principe que le créancier garanti n'est pas lésé par la vente des biens libérés de sa sûreté à condition qu'il conserve une sûreté sur le produit de la vente. Toutefois, ce résultat ne le protégera pas nécessairement car le produit n'a souvent pas la même valeur pour lui que le bien initialement grevé. Dans de nombreux cas, le produit a peu de valeur, voire n'en a pas du tout, pour le créancier en tant que sûreté (par exemple une créance qui ne peut être recouvrée parce que la situation financière du débiteur ne le permet pas). Dans d'autres cas, il peut être difficile ou impossible pour le créancier d'identifier le produit et son droit sur ce dernier risque alors d'être illusoire. En outre, le produit, même s'il a de la valeur pour le créancier garanti, risque d'être dilapidé par le vendeur qui le reçoit, laissant le créancier démuni. Enfin, il se peut qu'un autre créancier ait pris une sûreté sur le produit en tant que bien initialement grevé et soit prioritaire sur ce produit. Cette possibilité est tout particulièrement réelle dans le cas des créances, où il n'est pas rare qu'un constituant obtienne un financement sur stocks auprès d'un prêteur et un financement par cession de créances auprès d'un autre prêteur.

64. Alors que des États ont adopté différentes approches pour concilier les intérêts des créanciers garantis et ceux des personnes achetant des biens grevés aux constituants non dépossédés, la plupart prévoient que la sûreté devrait survivre au transfert même si le créancier garanti peut aussi faire valoir un droit sur le produit, ce qui ne signifie pas qu'il

sera payé deux fois. Comme une sûreté garantit une obligation, le créancier garanti qui fait valoir des droits sur les biens et sur le produit ne peut pas réclamer ou recevoir plus que ce qui lui est dû. Le *Guide* recommande le principe général selon lequel le créancier garanti devrait conserver sa sûreté sur le bien initialement grevé ainsi qu'une sûreté sur le produit de sa vente ou autre transfert (voir recommandations 19, 31, 39, 40 et 79).

65. Cela dit, la plupart des États — et le *Guide* aussi — admettent deux exceptions au principe général de la pérennité de la sûreté après la vente du bien grevé. La première a trait aux situations où le créancier garanti autorise expressément la vente du bien libre de la sûreté (voir recommandation 80, al. *a*). Il peut autoriser cette vente, par exemple, parce qu'il estime que le produit est suffisant pour garantir le paiement de l'obligation garantie ou parce que le constituant lui offre d'autres biens en garantie pour compenser la perte du bien vendu. Il faut cependant noter que cette exception ne s'applique pas aux situations dans lesquelles le créancier garanti consent à la vente, mais sans autoriser le constituant à vendre le bien libre de la sûreté. Dans ce cas, l'acheteur devient généralement propriétaire du bien grevé de la sûreté.

66. La seconde exception a trait aux situations où l'on déduit que le créancier garanti autorise la vente des biens libres de la sûreté parce que les biens sont de telle nature que la partie garantie s'attend qu'ils soient vendus libres de la sûreté, ou lorsqu'il est dans l'intérêt de toutes les parties concernées qu'ils le soient. Les États ont formulé cette deuxième exception de diverses manières, comme il est indiqué dans les paragraphes ci-après.

a. *L'approche fondée sur le cours normal des affaires*

67. Une approche souvent adoptée dans de nombreux États prévoit que la vente de stocks grevés réalisée par le constituant dans le cours normal de ses affaires entraîne l'extinction automatique de toutes les sûretés que le créancier garanti détient sur lesdits stocks, sans qu'aucune autre action de la part de l'acheteur, du vendeur ou du créancier garanti ne soit nécessaire. En revanche, lorsqu'une vente de stocks a lieu en dehors du cours normal des affaires du constituant ou lorsqu'elle porte sur un bien autre que des stocks, l'exception ne s'appliquera pas; cette vente n'éteint pas les sûretés et le créancier garanti peut en cas de défaillance du constituant réaliser sa sûreté sur les biens grevés qui se trouvent entre les mains de l'acheteur (à moins que le créancier garanti n'ait autorisé la vente des biens libres de la sûreté). Lorsque la convention constitutive de sûreté en dispose ainsi, la vente elle-même peut constituer une défaillance donnant au créancier garanti le droit de réaliser sa sûreté; dans le cas contraire, la réalisation est impossible tant qu'il n'y a pas eu de défaillance.

68. Dans cette approche, deux conditions doivent être remplies pour que le bien grevé soit vendu libre de la sûreté. La première est que le vendeur soit un professionnel vendant des biens du même genre; le bien grevé ne peut être un bien que le vendeur ne vend pas habituellement. De plus, la vente ne peut être conclue d'une autre manière que la manière habituellement suivie par le vendeur, comme une vente en dehors de son circuit de distribution traditionnel (par exemple s'il ne vend normalement qu'à des détaillants et que la vente en question s'adressait à un grossiste). La deuxième condition est que l'acheteur doit ignorer que la vente viole les droits d'un créancier garanti découlant d'une

convention constitutive de sûreté. Ce serait le cas, par exemple, si un acheteur savait que la vente était interdite par les conditions de la convention constitutive. D'un autre côté, la simple connaissance par l'acheteur du fait que le bien était grevé serait insuffisante.

69. L'approche fondée sur le cours normal des affaires présente l'avantage de correspondre aux attentes commerciales voulant que le constituant vende ses stocks de biens meubles corporels (et qu'il doive effectivement les vendre pour rester financièrement viable), et que les acheteurs acquièrent ces biens libres des sûretés existantes. Sans une telle exception au principe selon lequel la sûreté est maintenue sur le bien entre les mains d'un acheteur, il serait très difficile pour un constituant de vendre des stocks dans le cours normal de ses affaires car les acheteurs devraient vérifier si des droits sont revendiqués sur les biens avant de les acheter. Cette situation aboutirait à d'importants coûts d'opérations et entraverait fortement les opérations effectuées dans le cours normal des affaires.

70. Cette approche constitue aussi un moyen simple et transparent de déterminer si les stocks sont vendus libres de toute sûreté. Par exemple, la vente de matériel par un distributeur à un fabricant qui l'utilisera dans son usine est de toute évidence une vente de stocks dans le cours normal des affaires du distributeur et l'acheteur devrait automatiquement prendre le matériel libre de toutes sûretés constituées en faveur des créanciers du distributeur. Ce résultat correspond aux attentes de toutes les parties, et l'acheteur est certainement en droit de supposer que le vendeur et tout créancier garanti de ce dernier s'attendent que la vente ait lieu afin de procurer des recettes au vendeur. Par contre, la vente par ce dernier de plusieurs machines à la fois à un autre distributeur n'entrerait probablement pas dans le cours normal de ses affaires, pas plus que la vente par un imprimeur de vieilles presses. Dans la plupart des cas, l'acheteur verra immédiatement si la vente entre dans le cours normal des affaires du vendeur, ou pourra facilement le vérifier. C'est pourquoi cette approche est celle recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 81, al. *a*).

71. En ce qui concerne les ventes manifestement réalisées en dehors du cours normal des affaires du constituant, ou lorsqu'il existe tout au moins un doute dans l'esprit de l'acheteur, et à condition que les sûretés des créanciers soient soumises à inscription dans un registre général de sûretés, l'acheteur peut se protéger en faisant une recherche dans ledit registre pour déterminer si le bien qu'il achète est grevé et, dans l'affirmative, essayer d'obtenir du créancier garanti la mainlevée de la sûreté.

72. Dans certains États, les acheteurs de biens grevés sont autorisés à prendre les biens libres de la sûreté, même lorsque l'opération est réalisée en dehors du cours normal des affaires du vendeur, si les biens sont de faible valeur. La raison avancée en faveur de cette approche est que, dans ces pays, le droit des opérations garanties ne permet pas l'inscription d'une sûreté sur un bien de faible valeur ou que le coût de l'inscription est élevé par rapport à celui du bien et qu'il serait injuste de le faire supporter à l'acheteur. En revanche, on peut faire valoir que, si un bien est vraiment de faible valeur, il est peu probable qu'un créancier garanti réalise sa sûreté sur le bien qui est entre les mains de l'acquéreur. En outre, le fait de déterminer quels biens présentent une valeur suffisamment faible pour être ainsi exemptés conduirait à fixer des limites arbitraires, qui devraient être révisées en permanence pour tenir compte des fluctuations de coût dues à l'inflation et à d'autres facteurs. Pour ces raisons, le *Guide* ne recommande pas d'exception supplémentaire pour les biens de faible valeur.

73. L'approche fondée sur le cours normal des affaires pourrait présenter un inconvénient, en particulier dans le commerce international, dans les cas limités où un acheteur ne sait pas avec certitude quelles activités s'inscrivent dans le cours normal des affaires du vendeur. Toutefois, dans une relation acheteur-vendeur normale, les acheteurs sauront très probablement à quel type d'activité se livre le vendeur, et l'approche fondée sur le cours normal des affaires serait alors celle qui correspond aux attentes des parties. Par conséquent, le nombre de cas où une telle confusion existe est limité dans la pratique. Tout compte fait, les avantages de l'approche fondée sur le cours normal des affaires l'emportent sur ses inconvénients. Cette approche facilite le commerce et permet aux créanciers garantis et aux acheteurs de protéger de manière efficace et économique leurs intérêts sans compromettre la promotion du crédit garanti.

b. *L'approche fondée sur la bonne foi*

74. De nombreux États ont adopté une approche différente pour déterminer si un acheteur de biens grevés devient propriétaire des biens libres de la sûreté constituée par le vendeur. Dans ces États, un acheteur de biens meubles corporels obtient ceux-ci libres de toute sûreté s'il les achète de bonne foi (autrement dit sans se préoccuper de savoir si la vente a été réalisée dans le cours normal des affaires du vendeur). Les États ont adopté diverses définitions de la notion de "bonne foi" aux fins de ce critère. Par exemple, dans certains États, l'acheteur est tenu de faire des recherches pour savoir si les biens sont grevés d'une sûreté, tandis que dans d'autres il ne l'est pas.

75. Un argument en faveur de cette approche est que la notion de "bonne foi" est connue de tous les systèmes juridiques et qu'elle a déjà été très souvent appliquée au niveau tant national qu'international. On a également fait valoir qu'un acheteur devrait être présumé agir de bonne foi sauf preuve contraire. Un troisième argument est que cette approche évite à l'acheteur de perdre du temps et de l'argent en recherches dans le registre. Toutefois, le problème, avec cette approche, est qu'elle se concentre sur un critère subjectif relatif à la connaissance et aux intentions d'un acheteur (ce qui pose des problèmes délicats en matière de preuve), et non sur les attentes commerciales des parties concernées.

c. *L'approche fondée sur la prescription*

76. Certains États adoptent une troisième approche pour déterminer quand une sûreté peut être opposable à un acheteur ou autre bénéficiaire d'un transfert effectué par le constituant. Dans ces États, la sûreté qui grève le bien vendu cessera de le grever si elle garantit un crédit accordé après l'expiration d'un certain délai (par exemple six mois) à compter du moment où elle est devenue opposable ou a été inscrite. Dans ce système, le bénéficiaire du transfert n'a pas besoin d'être de bonne foi ni même d'acquérir le bien dans le cours normal des affaires du vendeur. Le critère d'extinction de la sûreté serait uniquement temporel. Si ce critère semble fournir une date objective, il exige de tous les acheteurs, y compris des acheteurs dans le cours normal des affaires du vendeur ou de bonne foi, de déterminer non seulement si une sûreté existe, mais aussi la date à laquelle le crédit garanti par la sûreté a été octroyé. Une telle approche soulève de très sérieux problèmes de preuve et de grandes difficultés pratiques, et ne s'accorde pas avec les attentes normales des acheteurs et vendeurs de biens meubles corporels.

iii) *Droits des preneurs à bail*

77. Des conflits de priorité naissent parfois entre, d'une part, le titulaire d'une sûreté sur un bien meuble corporel consentie par le propriétaire/bailleur du bien et, d'autre part, un preneur à bail de ce bien. Dans ce contexte, la question n'est pas tant de savoir si le preneur à bail prend effectivement le bien libre de la sûreté dans le sens où celle-ci s'éteint, mais plutôt de déterminer si la sûreté est sans incidence sur le droit du preneur d'utiliser le bien loué selon les conditions énoncées dans le bail. Il s'agit donc surtout de déterminer si, lorsque le détenteur d'une sûreté consentie par le propriétaire ou le bailleur commence la réalisation, le preneur à bail peut néanmoins continuer d'utiliser le bien tant qu'il paie le loyer et respecte les autres conditions du bail. Le principe général examiné à propos de l'acheteur s'applique ici aussi (voir par. 62 à 66 ci-dessus). Le bien est, en principe, grevé de la sûreté et le créancier garanti peut donc réaliser sa sûreté en cas de défaillance du constituant/propriétaire ou du constituant/bailleur, même si cela a pour effet d'interrompre l'utilisation du bien par le preneur prévue par le bail.

78. Comme dans le cas des acheteurs de biens meubles corporels soumis à une sûreté antérieure, de nombreux États admettent deux exceptions à ce principe général. Aucune de ces deux exceptions n'a pour effet d'éteindre la sûreté. En revanche, pendant la durée du bail, le droit du créancier garanti est limité aux droits du bailleur-constituant sur les biens et le preneur peut continuer à utiliser le bien de manière ininterrompue conformément aux conditions du bail.

79. La première exception correspond au cas où le créancier garanti a autorisé le constituant à conclure le bail sans que la sûreté n'ait d'incidence. Comme dans le cas de la vente de biens meubles corporels, lorsqu'un créancier garanti a autorisé le bail, peu importe que le preneur ait connaissance de l'existence de la sûreté. Le *Guide* recommande cette exception (voir recommandation 80, al. *b*). La seconde exception concerne les situations dans lesquelles le bailleur du bien meuble corporel est un professionnel louant des biens meubles corporels du même genre, le bail est conclu dans le cours normal des affaires du bailleur et le preneur n'a pas connaissance du fait que le bail viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté. Il y aurait connaissance de la part du preneur si, par exemple, il savait que la convention constitutive de cette sûreté interdisait expressément au constituant de donner le bien à bail. En revanche, la simple connaissance de l'existence de la sûreté, résultant de la découverte par le preneur d'un avis inscrit dans le système d'inscription des sûretés ou d'une autre manière, ne serait pas suffisante pour empêcher le preneur d'exercer ses droits. Cette exception est fondée sur des considérations de principe similaires à celles liées à l'exception analogue pour les ventes de biens meubles corporels dans le cours normal des affaires du vendeur et c'est l'approche recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 81, al. *b*, et par. 67 à 73 ci-dessus).

iv) *Droits des preneurs de licence*

80. Les questions examinées ci-dessus se posent également dans le contexte de la mise sous licence de biens meubles incorporels grevés d'une sûreté constituée par le donneur de licence, et le principe général applicable aux ventes et aux locations de biens meubles corporels s'applique aussi aux licences de biens meubles incorporels (voir

recommandation 79). Ainsi, si une sûreté sur un bien meuble incorporel est opposable, elle se maintiendra sur le bien aux mains du preneur de la licence à moins que l'une des exceptions mentionnées ci-dessous ne s'applique (voir recommandations 80 et 81).

81. La première exception admise par la plupart des États a deux aspects, qui suivent la règle relative aux ventes et locations de biens meubles corporels. Comme pour les locations, lorsque le créancier garanti a autorisé la licence, le bien mis sous licence est libre de la sûreté et peu importe si le preneur de la licence avait ou non connaissance de la sûreté. Le *Guide* recommande cette exception (voir recommandation 80, al. *b*).

82. La deuxième exception (également analogue aux exceptions concernant les ventes et les locations de biens meubles corporels) concerne l'octroi d'une licence non exclusive sur des biens meubles incorporels, lorsque le donneur de licence est un professionnel qui accorde de telles licences, que la licence est conclue dans le cours normal de ses affaires et que le preneur ignorait que la licence violait les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive (voir recommandation 81, al. *c*). Comme pour les ventes et les locations de biens meubles corporels, on admet généralement qu'il y aurait connaissance de la part du preneur de la licence si, par exemple, il savait que la convention constitutive de cette sûreté interdisait expressément au constituant d'accorder une licence sur ces biens. En revanche, la simple connaissance de l'existence de la sûreté, attestée par un avis inscrit dans le système d'inscription des sûretés, ne serait pas suffisante pour empêcher le preneur d'exercer ses droits. L'exemple type serait une licence non exclusive octroyée à l'utilisateur d'un logiciel grand public. Lorsque la convention constitutive de sûreté en dispose ainsi, l'octroi même de la licence peut constituer une défaillance donnant au créancier garanti le droit de réaliser sa sûreté et de demander paiement des redevances auprès du preneur de la licence; dans le cas contraire, la réalisation est impossible tant qu'il n'y a pas eu de défaillance. Toutefois, le fait que la licence non exclusive constitue une défaillance n'affectera pas sa validité tant que les conditions de l'alinéa *c* de la recommandation 81 sont remplies (en particulier, le fait pour le preneur de la licence non exclusive de ne pas savoir que l'octroi de la licence enfreint la convention constitutive de sûreté conclue entre le donneur de licence et son créancier garanti).

83. Il est important de noter que cette seconde exception ne concerne que les licences non exclusives sur des biens meubles incorporels (autrement dit les licences dans lesquelles l'utilisation de la propriété intellectuelle n'est pas concédée à un preneur unique et exclusif), comme c'est le cas des logiciels diffusés à grande échelle. Lorsqu'un constituant est un professionnel mettant sous licence des biens meubles incorporels, un créancier garanti titulaire d'une sûreté sur les biens s'attendra normalement que son constituant octroie des licences non exclusives sur les biens afin de générer des recettes. En outre, il n'est pas raisonnable d'escompter que le preneur d'une licence non exclusive fasse une recherche dans le registre général des sûretés pour savoir si des sûretés grèvent les biens mis sous licence. Par contre, une licence exclusive sur des biens meubles incorporels qui confère au preneur le droit exclusif d'utiliser les biens dans le monde entier, ou même sur un territoire déterminé, est généralement une opération négociée. Ce type d'opération sort souvent du cours normal des affaires du donneur de licence, bien qu'elle puisse également entrer dans le cours normal des affaires, si le donneur de licence est un professionnel de la négociation de licences exclusives comme c'est souvent le cas, par exemple, dans l'industrie cinématographique. Dans le cas d'une licence exclusive, il est raisonnable d'attendre du preneur qu'il effectue une recherche dans le registre général

des sûretés pour déterminer si les biens mis sous licence sont grevés d'une sûreté constituée par le donneur et qu'il obtienne une renonciation à la priorité ou un accord de cession de rang approprié lorsqu'il est avéré qu'une telle sûreté existe.

v) *Droits des sous-acquéreurs, sous-locataires et preneurs de sous-licence*

84. Un régime efficace en matière d'opérations garanties doit aussi traiter des différentes situations où un bien grevé est vendu, transféré, loué ou mis sous licence plusieurs fois par le bénéficiaire du transfert, le preneur à bail ou le preneur de licence. Un premier type de situation a trait aux transferts qui sont des ventes, dont aucune n'est réalisée dans le cours normal des affaires du vendeur, conclue de bonne foi ou conclue dans un certain délai (voir par. 67 à 76 ci-dessus). Dans certains États, si le constituant vend un bien grevé à un acheteur (le premier acheteur) qui le revend ensuite à un deuxième acheteur (le sous-acquéreur), ce dernier obtient le bien libre de la sûreté constituée par le constituant. Cette règle se justifie par le fait qu'il serait difficile pour un sous-acquéreur de découvrir l'existence d'une sûreté consentie par une personne qui était propriétaire des biens grevés avant le premier achat. Dans de nombreux cas, les sous-acquéreurs ignorent l'identité du propriétaire antérieur et, de ce fait, ne peuvent pas faire une recherche à partir de son nom.

85. Toutefois, le problème avec cette règle est qu'elle compromet la fiabilité d'une sûreté réelle mobilière donnée par un constituant, car il existe la possibilité que le bien grevé soit vendu, à l'insu du créancier garanti, à un premier acheteur puis à un sous-acquéreur, soit de bonne foi, soit avec l'intention délibérée de priver le créancier de sa sûreté. Pour cette raison, d'autres États prévoient que les droits du sous-acquéreur dépendront des droits du vendeur auprès duquel il a acheté le bien grevé (donc du fait de savoir si l'une des ventes a été réalisée dans le cours normal des affaires du vendeur, de bonne foi ou dans un certain délai). Ainsi, si le sous-acquéreur achète un bien auprès d'un vendeur qui l'a acheté grevé de la sûreté, il prendra aussi le bien sous réserve de la sûreté. En revanche, dans ces États, si le sous-acquéreur achète un bien auprès d'un vendeur qui a acheté ce bien libre de la sûreté, il prendra le bien libre de la sûreté.

86. Un deuxième type de situation survient lorsque la sûreté suit le bien grevé après la vente au premier acheteur, qui le revend ensuite au sous-acquéreur dans le cours normal de ses affaires (ou de bonne foi ou dans un certain délai). Dans ce cas, il est nécessaire de déterminer les sûretés qui sont soumises au principe du cours normal des affaires. Deux approches sont possibles. Certains États prévoient que la vente dans le cours normal des affaires (ou de bonne foi ou dans un certain délai) a pour seul effet de permettre au sous-acquéreur de prendre le bien libre des sûretés consenties par le premier acheteur. D'autres États prévoient que le sous-acquéreur prend le bien libre de toute sûreté, y compris celles consenties par le vendeur initial.

87. Pour promouvoir la règle du cours normal des affaires, le *Guide* recommande que, lorsqu'un acheteur de biens grevés prend ceux-ci libres d'une sûreté consentie par le vendeur, le sous-acquéreur prenne également ces biens libres de cette sûreté (voir recommandation 82). Si le vendeur prend les biens sous réserve de la sûreté, le sous-acquéreur les prendra normalement aussi grevés de cette sûreté (*a contrario*). Néanmoins, pour dispenser le sous-acquéreur de la nécessité de faire des recherches sur l'historique du bien lorsque ce dernier a été acheté dans le cours normal des affaires du vendeur initial, le *Guide*

accepte dans ce cas que le sous-acquéreur prenne le bien libre de toutes sûretés, y compris celles qui pourraient avoir été accordées par le vendeur initial. Ce résultat découle de la lecture conjointe de la recommandation 79, qui permet des exceptions, et de l'alinéa *a* de la recommandation 81, qui n'est pas limitée aux sûretés consenties par le vendeur immédiat du bien grevé. Si l'on exigeait d'une personne (notamment d'un consommateur) achetant un bien grevé dans le cours normal des affaires de rechercher les propriétaires successifs, le commerce se trouverait entravé. Un sous-bailleur de fonds possède un droit illimité au produit, quoi qu'il arrive, alors qu'un acheteur final n'a normalement ni les ressources ni le temps de faire des recherches sur les propriétaires successifs antérieurs et achète à un commerçant (de préférence à une personne privée) précisément pour éviter de devoir faire une telle recherche.

88. Un ensemble de considérations similaires s'applique aux situations faisant intervenir une série de locations et de sous-locations. Ainsi, lorsqu'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels accordée par le bailleur est réputée n'avoir aucune incidence sur les droits d'un preneur à bail, on juge généralement approprié qu'elle n'ait aucune incidence non plus sur les droits d'un sous-locataire. Enfin, de même que pour les ventes et les locations de biens grevés, il existe de solides arguments pour qu'une sûreté constituée par le donneur de licence initial n'ait aucune incidence sur le preneur de la sous-licence si la loi considère qu'elle n'a aucune incidence sur la licence elle-même. Afin de maintenir une approche cohérente en ce qui concerne les opérations effectuées dans le cours normal des affaires, le *Guide* recommande que les sous-locataires ou les preneurs de sous-licence prennent le bien libre d'une sûreté chaque fois que le preneur à bail ou le preneur de licence initial prend le bien libre de cette sûreté (voir recommandation 82).

vi) *Droits des donataires et autres bénéficiaires d'un transfert à titre gratuit*

89. La position de celui qui reçoit un bien grevé à titre gratuit (généralement un "donataire" mais aussi un "légataire") est quelque peu différente de celle d'un acheteur ou du bénéficiaire d'un autre type de transfert à titre onéreux. Comme le bénéficiaire d'un transfert à titre gratuit n'a pas fourni de contrepartie, il n'y a pas de preuve objective qu'il s'est fié, à son détriment, à la propriété apparemment non grevée du constituant. En conséquence, dans un conflit de priorité entre le donataire d'un bien et le détenteur d'une sûreté consentie par l'auteur du transfert sur ce bien, il existe un argument solide en faveur de l'octroi de la priorité au créancier garanti, même dans les cas où la sûreté n'était pas par ailleurs opposable. Un autre argument en faveur de cette approche est que, lorsqu'un bien grevé est transféré à titre gratuit, il n'y a pas de produit vers lequel le créancier garanti pourrait se tourner en remplacement des biens grevés. Bien que certains États aient adopté cette approche, la plupart des États appliquent la règle générale qui veut que seules les sûretés réelles mobilières qui ont été rendues opposables auront la priorité sur d'autres réclamants. Cela signifie qu'une sûreté opposable suit le bien entre les mains du bénéficiaire du transfert (voir recommandation 79) et que des exceptions sont faites seulement pour les bénéficiaires d'un transfert à titre onéreux, tels que les acheteurs et les autres personnes qui ont acquis des droits à titre onéreux auprès du constituant, comme les preneurs à bail ou les preneurs de licence (voir recommandations 80 à 82). Conformément à cette règle, un donataire ne pourrait jamais être le bénéficiaire d'un transfert dans le cours normal des affaires et ne prendrait un bien grevé de la sûreté que si cette dernière a été rendue opposable.

d) *Priorité des privilèges*

90. De nombreux États, dans le souci d'atteindre des objectifs sociaux généraux, requalifient certaines créances non garanties en créances privilégiées et leur donnent la priorité sur d'autres créances non garanties, dans le cadre, voire en dehors, d'une procédure d'insolvabilité. Dans certains cas, la priorité s'impose également aux créances garanties, y compris des créances garanties qui étaient devenues opposables par inscription ou par une autre méthode avant que naissent les créances non garanties. Par exemple, dans certains États, les créances salariales (salaires non versés) et fiscales (impôts non acquittés) ont la priorité sur des sûretés qui existaient antérieurement. Les objectifs sociaux différant selon les pays, la nature précise de ces créances et la mesure dans laquelle la priorité leur est attribuée ont tendance à varier. Par ailleurs, dans de nombreux États, au moins certaines de ces créances doivent être inscrites pour être opposables, tandis que d'autres États n'exigent pas l'inscription des créances aux fins de l'opposabilité. Dans ce dernier cas, la créance privilégiée ne confère normalement pas de droit de suite et ne peut donc pas être invoquée à l'encontre des bénéficiaires du transfert (même à titre gratuit) du bien grevé par le privilège.

91. L'avantage de privilégier certaines créances est la possibilité de poursuivre un objectif social. L'inconvénient éventuel dépend essentiellement de la question de savoir si les créances doivent être inscrites. L'inconvénient de la non-inscription des privilèges est qu'il sera généralement difficile sinon impossible pour les créanciers potentiels de savoir si de tels privilèges existent, ce qui risque d'accroître l'insécurité et de décourager de ce fait le crédit garanti. Cet inconvénient ne concerne pas les créances qui doivent être inscrites. Néanmoins, même des créances privilégiées qui ont été inscrites peuvent avoir des effets négatifs sur l'offre de crédit garanti et le coût de ce crédit si elles se voient donner la priorité sur des sûretés inscrites antérieurement. La raison en est que ces créances réduisant la valeur économique d'un bien pour les créanciers garantis, ceux-ci répercuteront généralement le fardeau économique qu'elles représentent sur le constituant en relevant les taux d'intérêt ou en déduisant leur montant estimé du crédit octroyé.

92. Pour éviter de décourager le crédit garanti, de nombreux États ont réduit récemment le nombre des privilèges qui ont la priorité sur des sûretés réelles mobilières existantes. La tendance de la législation moderne est de n'autoriser ces privilèges que lorsqu'il n'y a pas d'autre moyen efficace d'atteindre l'objectif social poursuivi. Par exemple, certains systèmes juridiques protègent les recettes fiscales en incitant les dirigeants d'entreprise à régler rapidement leurs problèmes financiers sous peine d'être tenus personnellement responsables, et les créances salariales grâce à un fonds public. En outre, de nombreux États ont également tenté de réduire l'impact des privilèges sur l'offre de crédit garanti en plafonnant le montant pouvant être versé au réclamant privilégié ou le pourcentage du montant retiré de la réalisation pouvant être utilisé pour les régler.

93. Si les privilèges sont autorisés, les lois qui en portent création devraient être suffisamment claires et transparentes pour qu'un créancier puisse en calculer par avance le montant potentiel et se protéger. Dans certains États, cette clarté et cette transparence sont assurées par l'énumération de tous les privilèges dans une loi ou en annexe à la loi. D'autres États exigent, à cette fin, que les privilèges soient inscrits sur un registre public et ne leur accordent la priorité que sur les sûretés inscrites ultérieurement. Dans les États qui adoptent cette deuxième approche, toutefois, la raison d'être des privilèges disparaît

en grande partie, car nombre de ces privilèges naissent immédiatement avant une procédure d'insolvabilité et il est donc improbable qu'un crédit garanti soit octroyé après leur inscription (à moins qu'un financement garanti postérieur à l'ouverture de la procédure soit nécessaire). Le *Guide* cherche à établir un équilibre pour les privilèges. Il ne recommande pas leur inscription, bien qu'il s'agisse d'une possibilité, mais recommande que la loi limite leur nombre et leur montant et que, dans la mesure où de tels privilèges existent, ils soient décrits dans la loi de manière suffisamment claire et précise pour que les créanciers garantis potentiels puissent décider d'accorder ou non un crédit à un constituant (voir recommandation 83).

e) *Priorité des droits des créanciers judiciaires*

94. Dans les régimes actuels en matière d'opérations garanties, la règle générale veut qu'une sûreté réelle mobilière qui est opposable prime les droits d'un créancier chirographaire. Toutefois, dans certains États, le créancier chirographaire peut acquérir un droit sur les biens d'un débiteur s'il obtient un jugement ou une décision judiciaire provisoire contre ce dernier et s'il inscrit ce jugement ou cette décision au registre général des sûretés. En procédant ainsi, il devient un créancier garanti dont le rang est déterminé par les règles de priorité usuelles. Quelques-uns de ces États vont plus loin et prévoient que, lorsqu'un créancier chirographaire a pris les mesures requises par la loi applicable pour obtenir un jugement ou une décision judiciaire provisoire, les droits réels qu'il acquiert peuvent avoir la priorité sur certains droits d'un créancier garanti préexistant. La loi établit une distinction entre ces créanciers et les autres créanciers chirographaires en raison de leur diligence à faire tout leur possible, souvent à grands frais, pour faire valoir leurs droits contre leur débiteur. Pour plus de commodité, le terme "jugement" est employé ci-après pour désigner à la fois un jugement et une décision judiciaire provisoire et le terme "créancier judiciaire" est employé pour désigner un créancier ayant obtenu un jugement ou une décision judiciaire provisoire contre un débiteur.

95. Cette règle n'est pas injuste pour les autres créanciers chirographaires ordinaires, car ils peuvent eux aussi obtenir un jugement concernant leurs droits mais n'ont pas pris le temps ni investi l'argent nécessaires à cette fin. Toutefois, pour ne pas donner un pouvoir excessif aux créanciers judiciaires dans les systèmes juridiques où un créancier unique peut demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, certaines lois sur l'insolvabilité prévoient que les sûretés nées de jugements obtenus pendant une période déterminée précédant l'ouverture de la procédure peuvent être annulées par le représentant de l'insolvabilité, auquel cas le droit réel du créancier judiciaire s'éteint ou n'est pas reconnu dans la procédure d'insolvabilité du débiteur.

96. Les régimes modernes en matière d'opérations garanties règlent généralement ce type de conflit de priorité en cherchant à établir un équilibre entre les intérêts du créancier judiciaire et ceux du créancier garanti. D'un côté, le créancier judiciaire a intérêt à savoir à un moment donné si la valeur non grevée des biens du constituant suffit pour justifier la poursuite de l'exécution du jugement. D'un autre côté, il existe un argument solide en faveur de la protection des droits du créancier garanti, car ce dernier s'est expressément fondé sur sa sûreté pour octroyer le crédit.

97. De nombreux États essaient d'atteindre cet équilibre en donnant d'une manière générale la priorité à une sûreté réelle mobilière sur le droit réel d'un créancier judiciaire

du moment qu'elle était opposable avant la naissance de ce droit réel. Ce principe général a été adopté dans le *Guide* (voir recommandation 84).

98. Dans les États qui essaient de protéger les droits des créanciers judiciaires, le principe général qui vient d'être exposé comporte habituellement une exception et deux limitations. En règle générale, une exception aux droits des créanciers judiciaires est prévue dans le cas des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions constituées sur des biens grevés autres que des stocks ou des biens de consommation. La priorité est accordée à ce type de sûretés même si elles ne sont pas opposables au moment où le créancier judiciaire devient titulaire de droits sur les biens grevés, du moment que les sûretés sont rendues opposables pendant le délai de grâce applicable prévu pour ces sûretés. Un résultat contraire créerait un risque inacceptable pour les fournisseurs de financement d'acquisitions ayant déjà octroyé un crédit avant que le créancier judiciaire n'obtienne son droit réel et découragerait ainsi le financement d'acquisitions (voir recommandation 183).

99. Les deux limitations concernent l'étendue de la priorité d'une sûreté réelle mobilière (à savoir le montant du crédit qui se voit accorder la priorité) par rapport aux droits d'un créancier judiciaire. La première tient à la nécessité de protéger les créanciers garantis existants en les empêchant d'accorder des montants de crédits supplémentaires sur la base de la valeur des biens soumis aux droits du créancier judiciaire. Il devrait y avoir un mécanisme pour notifier à ces créanciers l'existence de ces droits. Dans de nombreux pays qui ont un système d'inscription, cela se fait en soumettant ces droits à ce système. En l'absence d'un tel système, ou si les droits du créancier judiciaire n'y sont pas soumis, on peut exiger de ce dernier qu'il notifie aux créanciers garantis l'existence du jugement. De plus, le droit peut prévoir que le créancier garanti existant conserve sa priorité pendant un certain délai (peut-être 45 à 60 jours) après l'inscription du droit du créancier judiciaire (ou après réception de la notification de l'existence du droit du créancier judiciaire sur les biens grevés), de manière qu'il puisse prendre des mesures pour se protéger en conséquence. Plus le temps dont dispose le créancier garanti pour réagir à l'existence des droits d'un créancier judiciaire est court et plus ces droits restent occultes, plus leur existence potentielle aura des répercussions néfastes sur l'offre et le coût du crédit, en particulier dans le contexte des opérations de crédit permanent, qui permettent l'octroi de crédits à différents moments après la conclusion de l'accord de crédit (voir, par exemple, Introduction, par. 30).

100. S'agissant d'une sûreté réelle mobilière pour laquelle un avis a été inscrit, le *Guide* recommande que le créancier garanti soit avisé de l'existence du droit du créancier judiciaire et que la priorité de toute sûreté se limite aux crédits accordés par le créancier garanti avant qu'il ait été avisé et pendant un certain nombre de jours (par exemple 30 à 60) après (voir recommandation 84, al. *a*). Bien que cette limitation oblige le créancier judiciaire à adresser une notification au créancier garanti, cette obligation n'est généralement pas trop lourde et dispense le créancier garanti de rechercher fréquemment des jugements prononcés à l'encontre du constituant, ce qui serait une obligation bien plus lourde et coûteuse. L'existence du délai de grâce se justifie par le fait qu'il évite au créancier garanti dans le cadre d'un crédit permanent ou d'un autre mécanisme prévoyant l'octroi de crédits futurs d'avoir à interrompre immédiatement les prêts ou les autres crédits, ce qui pourrait mettre le constituant en difficulté ou même le contraindre à demander une procédure d'insolvabilité.

101. La deuxième limitation a trait aux engagements de crédit futur. La priorité d'une sûreté réelle mobilière peut s'appliquer au crédit qui est consenti même après que le créancier garanti a été avisé des droits du créancier judiciaire à condition que le crédit ait fait l'objet, avant cette notification, d'un engagement irrévocable d'un montant déterminé ou pouvant être déterminé selon une formule spécifiée.

102. Cette règle se justifie par le fait qu'il serait injuste de priver un créancier garanti qui s'est irrévocablement engagé à accorder un crédit de la priorité qu'il escomptait en prenant son engagement. L'argument opposé est que, dans de nombreux mécanismes de crédit, l'existence d'un jugement constituerait un cas de défaillance autorisant le créancier garanti à cesser d'accorder des crédits supplémentaires. Toutefois, le fait de ne plus accorder de crédits risque de ne pas protéger suffisamment le créancier garanti et de porter préjudice aux autres parties également. Par exemple, la perte soudaine de crédit suite à un jugement pourrait fort bien obliger le constituant à demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, ce qui non seulement serait dommageable pour le créancier garanti et les autres créanciers, mais risquerait aussi de ruiner l'activité du constituant. Le *Guide* résout ce conflit de priorité dans le sens de la poursuite de l'octroi du crédit en vertu d'un engagement irrévocable pour permettre au constituant de rester en activité (voir recommandation 84, al. *b*).

f) *Priorité des droits des personnes fournissant des services concernant un bien grevé*

103. Dans de nombreux États, les créanciers qui ont fourni des services relatifs à des biens meubles corporels grevés ou qui les ont valorisés d'une manière ou d'une autre, par exemple en les entreposant, en les réparant ou en les transportant, obtiennent un droit réel sur ces biens. Dans certains États, ce droit peut même être exercé comme s'il s'agissait d'une sûreté réelle mobilière. Dans d'autres, il permet simplement au prestataire de refuser de remettre les biens au propriétaire, à un créancier garanti du propriétaire ou à quiconque les réclame. Dans ces États, le prestataire peut seulement revendiquer son droit, indépendamment de sa nature, pendant que les biens grevés sont en sa possession.

104. Le traitement dont bénéficient les prestataires de services a ceci d'avantageux qu'il les incite à continuer de fournir des services et qu'il facilite l'entretien et la conservation des biens grevés. Dans la plupart des États, le droit accordé aux prestataires de services prime tous les autres droits pouvant être revendiqués sur les biens en leur possession. Il prime, en particulier, toute autre sûreté réelle mobilière sur ces biens, indépendamment de la date à laquelle l'un et l'autre sont devenus opposables. Cette règle de priorité s'explique par le fait que les prestataires ne sont pas des bailleurs de fonds professionnels et devraient être dispensés d'avoir à faire des recherches dans le registre pour déterminer l'existence de sûretés concurrentes avant de fournir leurs services. En outre, la règle facilite des services comme l'entreposage, les réparations et autres améliorations qui bénéficient généralement aux créanciers garantis ainsi qu'aux constituants.

105. La question se pose de savoir si la priorité accordée aux prestataires de services devrait être limitée à un certain montant ou reconnue seulement dans certaines circonstances. Une approche consiste à la limiter à un montant (par exemple un mois de loyer dans le cas des bailleurs) et à ne la reconnaître que si la valorisation des biens profite directement

aux détenteurs de sûretés réelles mobilières antérieures. Cette approche aurait l'avantage de ne pas limiter indûment les droits des créanciers garantis, mais l'inconvénient de ne pas protéger les prestataires de services qui n'auraient pas valorisé les biens ou qui ne pourraient pas montrer que leurs services ont eu cet effet (par exemple les services d'entreposage). En outre, le montant de la valeur qui a été ajoutée par les prestataires de services devrait être déterminé, ce qui risque d'ajouter des frais et de créer des litiges.

106. Une autre approche est de limiter la priorité des prestataires à la valeur raisonnable des services fournis. Ce serait un moyen de concilier de manière juste et efficace les intérêts divergents. Une protection raisonnable serait accordée aux prestataires de services et la question difficile de la preuve concernant la valeur relative des biens grevés avant et après la prestation de services se trouverait évitée. Étant donné que la valeur raisonnable des services se fonde sur un calcul qui peut être vérifié comparativement et publiquement, cette approche réduit également les coûts associés à la revendication du droit. C'est pourquoi elle est recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 85).

g) *Priorité du droit de revendication du fournisseur*

107. Dans certains États, le fournisseur vendant des biens meubles corporels à crédit sans prendre de sûreté peut se voir conférer par la loi le droit de revendiquer les biens auprès de l'acheteur dans un certain délai, si ce dernier est défaillant ou dans l'incapacité générale de payer ses dettes. Ce droit est généralement appelé "droit de revendication" et le délai spécifié "délai de revendication". Le droit de revendication peut naître aussi bien dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité qu'en dehors. Si une telle procédure est ouverte à l'encontre de l'acheteur, la loi applicable en matière d'insolvabilité déterminera dans quelle mesure les titulaires de droits de revendication seront soumis à l'arrêt des poursuites ou à toute autre limitation (voir recommandations 39 à 51 du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité).

108. Une question importante est de savoir si le droit de revendication portant sur des biens meubles corporels particuliers devrait primer une sûreté antérieure grevant les mêmes biens, que ce soit dans le cadre ou en dehors d'une procédure d'insolvabilité: en d'autres termes, lorsque les biens de l'acheteur (y compris les biens revendiqués) sont grevés d'une sûreté, les biens revendiqués devraient-ils être restitués au vendeur libres de cette sûreté? Dans certains États, la revendication a un effet rétroactif, en rétablissant le vendeur dans la situation qui était la sienne avant la vente (c'est-à-dire quand il détenait des biens qui n'étaient grevés d'aucune sûreté en faveur des créanciers de l'acheteur). Le droit de revendication est donc vu comme une prérogative découlant des principes généraux du droit de la vente qui est spécialement destinée à protéger les petits vendeurs lorsque l'acheteur n'exécute pas ses obligations corrélatives. Dans d'autres États, en revanche, les biens demeurent grevés des sûretés antérieures à condition que celles-ci soient devenues opposables avant que le fournisseur exerce son droit de revendication. La justification de cette approche est que les titulaires des sûretés se sont probablement fiés à l'existence des biens revendiqués lors de l'octroi du crédit. De plus, si l'on donnait dans ce cas la priorité aux droits de revendication, la réaction des parties finançant l'acquisition de stocks consisterait généralement à réduire le montant du crédit octroyé au constituant dans l'éventualité que de tels droits soient exercés.

109. Dans les États qui ont mis en place un régime moderne d'opérations garanties comme celui qui est envisagé dans le *Guide*, le vendeur peut se protéger en obtenant une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition des biens, de sorte que l'on peut parvenir dans une large mesure aux objectifs visés par l'octroi de droits de revendication en recourant à d'autres moyens. Le *Guide* recommande en conséquence que les droits de revendication n'aient pas la priorité sur une sûreté réelle mobilière concurrente sauf s'ils sont exercés avant qu'elle n'ait été rendue opposable (voir recommandation 86).

h) *Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un bien attaché*

110. Il arrive souvent que des biens meubles corporels soient attachés à d'autres biens corporels (qu'il s'agisse de meubles, comme des pneus attachés à un véhicule, ou d'immeubles, comme un lustre ou une chaudière attachés à un bâtiment). En pareils cas, des conflits peuvent souvent surgir entre les sûretés réelles mobilières constituées sur le bien attaché et celles constituées sur l'objet auquel il est rattaché. Différentes considérations de principe entrent en jeu pour déterminer le rang de priorité de chaque sûreté s'agissant de biens attachés à des immeubles ou de biens attachés à des meubles.

i) *Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un bien attaché à un immeuble*

111. Lorsqu'il permet de constituer des sûretés sur des biens attachés à des immeubles (comme le recommande le *Guide*; voir recommandation 21), un régime d'opérations garanties doit également prévoir des règles pour établir la priorité du détenteur d'une sûreté sur un bien attaché à un immeuble par rapport aux personnes titulaires de droits sur l'immeuble correspondant. Une préoccupation fondamentale de ces règles de priorité est d'éviter de porter inutilement atteinte aux principes bien établis du droit immobilier.

112. Ces règles de priorité devront traiter d'un certain nombre de conflits différents. Le premier est un conflit entre, d'une part, une sûreté sur un bien attaché (ou tout autre droit sur ce bien, tel que le droit d'un acheteur ou d'un preneur à bail) qui est constituée et rendue opposable en vertu du droit immobilier et, d'autre part, une sûreté sur le bien attaché qui est rendue opposable en vertu du régime des opérations garanties régissant les biens meubles. Dans ce cas, reconnaissant la primauté du droit immobilier, la plupart des États accordent la priorité à la sûreté constituée et rendue opposable en vertu du droit immobilier. Afin de préserver la fiabilité du registre immobilier, le *Guide* a également adopté cette approche (voir recommandation 87).

113. Un deuxième conflit de priorité peut survenir lorsqu'une sûreté sur un bien grevé, qui soit est un bien attaché à un immeuble au moment où la sûreté devient opposable, soit y est rattaché ultérieurement, est rendue opposable par inscription sur le registre immobilier. Le problème est de déterminer la priorité entre la sûreté grevant le bien attaché et une sûreté (ou un autre droit, tel que le droit d'un acheteur ou d'un bailleur) grevant le bien immeuble correspondant. En pareil cas, la plupart des États considèrent que la priorité sera déterminée en fonction de l'ordre d'inscription des sûretés sur le registre immobilier. Là aussi, cette approche se justifie par la nécessité de préserver la

fiabilité du registre immobilier, et c'est sur ce principe qu'est fondée la position adoptée dans le *Guide* (voir recommandation 88).

114. Un troisième conflit de priorité peut survenir entre une sûreté en garantie du paiement de l'acquisition d'un bien grevé qui est attaché à un immeuble et un droit réel sur le bien immeuble. Pour promouvoir le financement de l'acquisition de biens attachés, de nombreux États prévoient que la sûreté garantissant le paiement de l'acquisition est prioritaire, pourvu qu'elle soit rapidement inscrite dans le registre immobilier (par exemple dans un délai de 20 à 30 jours) après que le bien grevé a été attaché. Pour cette même raison, le *Guide* recommande de donner la priorité à la sûreté garantissant le paiement de l'acquisition d'un bien grevé qui est par la suite attaché (voir recommandation 184; conformément à la recommandation 195, le même principe s'appliquera aussi lorsque la partie finançant l'acquisition dans un régime non unitaire détient un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail).

ii) *Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un bien attaché à un meuble*

115. Divers types de conflits de priorité peuvent survenir en ce qui concerne les sûretés sur des biens qui sont ultérieurement attachés à des meubles. Un premier type de conflit peut opposer deux sûretés ou plus grevant un bien qui est attaché ultérieurement à un autre meuble. Un autre conflit de priorité peut survenir entre une sûreté grevant un bien qui est attaché ultérieurement à un meuble et une sûreté sur le meuble concerné lorsque les deux sûretés ont été inscrites sur le registre général des sûretés. Dans chacun de ces cas, la priorité peut être déterminée en fonction du principe général de priorité puisque le rattachement n'est pas en soi décisif pour établir la priorité. Le *Guide* recommande cette approche. Dans ces situations, la priorité devrait être déterminée en fonction de l'ordre d'inscription des sûretés sur le registre ou de l'ordre dans lequel elles sont rendues opposables (voir recommandation 76), sauf si la sûreté sur le bien attaché garantit le paiement de son acquisition (voir chap. IX sur le financement d'acquisitions).

116. Des règles de priorité spéciales sont cependant nécessaires dans trois situations survenant lorsque la sûreté a été rendue opposable par inscription dans un registre spécialisé ou annotation sur un certificat de propriété. Un premier conflit de priorité peut survenir dans ce cas entre une sûreté sur un bien attaché ultérieurement qui a été rendue opposable par inscription sur un registre spécialisé ou annotation sur un certificat de propriété et une sûreté sur le bien meuble concerné qui a été inscrite sur le registre général des sûretés. Dans cette situation, les États accordent généralement la priorité à la première conformément au principe consistant à préserver l'intégrité des registres spécialisés et des systèmes d'annotation sur les certificats de propriété. Le *Guide* recommande cette approche (voir recommandation 77, al. *a*). Un deuxième conflit peut opposer deux sûretés sur des biens attachés ultérieurement à un ou plusieurs biens meubles lorsque toutes deux ont été rendues opposables par inscription sur un registre spécialisé ou annotation sur un certificat de propriété. Un troisième conflit peut survenir entre une sûreté sur un bien attaché ultérieurement et une sûreté sur le bien meuble concerné lorsque toutes deux ont été rendues opposables par inscription sur un registre spécialisé ou annotation sur un certificat de propriété. Dans ces deux derniers cas, la plupart des États prévoient que la priorité est déterminée en fonction de la date d'inscription ou d'annotation. Là encore, afin de préserver l'intégrité de ces registres, c'est l'approche qui est recommandée dans le *Guide* (voir recommandations 77, al. *b*, et 89).

i) *Priorité d'une sûreté sur une masse ou un produit fini découlant d'une sûreté grevant les biens transformés ou mélangés*

117. De nombreux types de biens meubles corporels sont destinés à être transformés ou mélangés à d'autres biens meubles corporels du même type. Il peut en découler trois types de conflits de priorité qui nécessitent des règles spéciales. Il s'agit: *a)* des conflits entre sûretés prises sur les mêmes biens meubles corporels qui sont finalement mélangés pour former une masse ou un produit fini (par exemple du sucre et du sucre, du pétrole et du pétrole et du blé et du blé); *b)* des conflits entre sûretés sur différents biens meubles corporels qui sont finalement intégrés à une masse ou à un produit fini (par exemple du sucre et de la farine, des fibres de verre et de la résine de polyester, du tissu et des colorants); et *c)* des conflits entre une sûreté initialement prise sur des biens meubles corporels distincts et une sûreté sur la masse ou sur le produit fini qui en résulte (par exemple sucre et gâteau, fibre de verre et meubles, tissu et pantalons). Chacun de ces conflits potentiels est examiné ci-après. Il est cependant important de noter que, dans de nombreux cas, la sûreté ne grèvera pas seulement les matières premières qui sont finalement mélangées pour former un produit fini ou une fraction du bien fongible qui est mélangé pour former une masse. Elle grèvera également, en tant que bien futur (voir recommandation 17), le produit manufacturé et l'ensemble de la masse à titre de bien initialement grevé. Dans ce cas, la priorité de la sûreté sur la fraction de la masse ou du produit fini se reportera sur l'ensemble de la masse ou du produit fini et la règle de priorité de base s'appliquera (recommandation 76).

i) *Priorité des sûretés grevant les mêmes biens meubles corporels qui sont mélangés pour former une masse ou un produit fini*

118. Les États prévoient généralement que les sûretés sans dépossession sur les mêmes biens meubles corporels qui sont mélangés se reportent sur la masse ou sur le produit fini et qu'elles conservent le rang de priorité qu'elles avaient les unes par rapport aux autres avant que les biens ne soient mélangés. La raison de cette règle est que le mélange des biens pour former une masse ou un produit fini ne devrait pas avoir d'incidence sur les droits respectifs des créanciers titulaires de sûretés concurrentes sur les biens. Le classement entre créanciers devrait rester le même. Par exemple, si le créancier garanti A détient une sûreté de premier rang sur du pétrole d'une valeur de 100 000 euros et le créancier garanti B une sûreté de second rang sur ce même pétrole, lorsque celui-ci est mélangé à du pétrole, chaque créancier devrait conserver son rang de priorité. On obtiendrait le même résultat en cas de sûretés concurrentes sur de la farine qui est ensuite combinée à d'autres ingrédients pour la fabrication de gâteaux. Le *Guide* recommande également ce principe (voir recommandation 90). Il va de soi que, dans ces cas, afin de préserver l'équité entre les créanciers garantis en tant que groupe et d'autres créanciers garantis susceptibles d'avoir des sûretés sur d'autres biens contribuant à la masse ou au produit fini, le montant total disponible pour rembourser ces créanciers garantis ne peut excéder la valeur des biens meubles corporels grevés par leurs sûretés concurrentes immédiatement avant qu'ils ne soient mélangés pour former la masse ou le produit fini (voir recommandation 22).

ii) *Priorité des sûretés grevant des biens meubles corporels différents qui sont intégrés à une masse*

119. Le deuxième type de conflit de priorité survient entre des sûretés sur différents biens meubles corporels qui sont finalement intégrés à une masse. Les États ont adopté

diverses approches pour trancher cette question, en fonction de la manière dont ils déterminent l'étendue des droits du créancier garanti sur la masse. Comme il a été noté, la plupart des systèmes juridiques prévoient que la sûreté peut être revendiquée sur les biens mélangés dans la même proportion que celle que représente le bien grevé par rapport au montant total des biens mélangés. Dans cette approche, si du pétrole grevé, d'une valeur de 100 000 euros, est mélangé à du pétrole d'une valeur de 50 000 euros dans la même cuve, le créancier garanti est réputé détenir une sûreté sur les deux tiers de la quantité de pétrole restant dans la cuve au moment où il devient nécessaire de réaliser la sûreté. Étant donné qu'il adopte le principe général selon lequel les sûretés devraient être protégées dans toute la mesure possible, le *Guide* recommande cette approche. La priorité de la sûreté avant le mélange devrait se maintenir sur les biens mélangés dans la même proportion que celle que représentent les biens grevés par rapport à la masse (voir recommandation 91).

iii) *Priorité des sûretés grevant des biens meubles corporels différents qui sont intégrés à un produit fini*

120. Si des sûretés sur différents biens meubles corporels qui sont finalement intégrés à un produit fini se maintiennent sur ce dernier, la question est de savoir comment déterminer la valeur relative des droits qui peuvent être revendiqués par chaque créancier. Les États ont adopté de nombreuses approches pour trancher cette question, en fonction de la manière dont ils déterminent l'étendue des droits du créancier garanti sur le produit fini. Le *Guide* recommande que les créanciers garantis aient droit à une part de la valeur maximale totale de leurs sûretés sur le produit fini qui est égale au rapport entre la valeur de chaque bien grevé immédiatement avant sa transformation ou son incorporation et la valeur de l'ensemble des composants à ce moment-là (voir recommandation 22). Prenons l'exemple du gâteau: si, au moment du mélange, la valeur du sucre est 2 et celle de la farine 5, alors que la valeur du gâteau est 8, les créanciers se verront attribuer 2 et 5, respectivement, mais aucun ne recevra un montant supérieur à celui de son obligation garantie. Inversement, si, au moment du mélange, la valeur du sucre est 2 et celle de la farine 5, alors que la valeur du gâteau est 6, les créanciers se verront attribuer 2/7 et 5/7 de 6, respectivement. Dans cette situation, chaque créancier supportera une diminution proportionnelle.

121. Il s'ensuit que, dans ces cas, chaque créancier peut faire valoir son rang de priorité avant fabrication sur la part du produit fini qui correspond à la valeur de l'élément sur lequel il avait pris une sûreté. Cela signifie que, si la créance d'un créancier garanti est inférieure à la valeur de l'élément grevé de sa sûreté et que celle d'un autre créancier garanti est supérieure à la valeur de l'élément sur lequel il détient sa sûreté, ce dernier ne peut pas revendiquer un droit de priorité sur la valeur excédentaire attribuable à la part du premier créancier. Comme il a été noté au paragraphe 117 ci-dessus, pour éviter ces limitations, nombre de créanciers garantis élaborent des conventions constitutives de sûretés qui décrivent les biens grevés comme comprenant non seulement les composants, mais aussi la masse ou le produit fini fabriqués à partir de ces composants. Toutefois, lorsque la convention constitutive ne couvre pas les biens futurs, les États utilisent généralement la formule présentée plus haut pour calculer la valeur relative afin de déterminer les droits des créanciers garantis détenant des sûretés sur les différents composants d'une masse ou d'un produit fini. Cette approche est recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 91).

iv) *Priorité d'une sûreté prise initialement sur des biens meubles corporels par rapport à une sûreté sur la masse ou le produit fini*

122. Un autre type de conflit que les États doivent résoudre est celui entre des sûretés sur des biens meubles corporels qui sont intégrés à une masse ou à un produit fini et des sûretés sur la masse ou le produit fini. En général, les États considèrent que les règles de priorité usuelles s'appliquent pour régir ces conflits. Par exemple, si le créancier garanti A détient une sûreté sur du sucre qui fait l'objet d'un avis inscrit le 1er janvier et que le créancier garanti B détient une sûreté sur les gâteaux présents et futurs qui fait l'objet d'un avis inscrit le 1er février, le créancier garanti A aura la priorité, sous réserve de la limitation énoncée dans la recommandation 22, selon laquelle sa sûreté ne porte que sur la valeur des biens immédiatement avant leur intégration dans la masse ou le produit fini. Inversement, si le créancier garanti A détient une sûreté sur du sucre qui fait l'objet d'un avis inscrit le 1er février et que le créancier garanti B détient une sûreté sur les gâteaux présents et futurs qui fait l'objet d'un avis inscrit le 1er janvier, le créancier garanti B aura la priorité.

123. Il y a toutefois une exception à ce principe qui survient lorsque le créancier garanti prend une sûreté sur un composant en tant que partie finançant l'acquisition (voir chap. IX sur le financement d'acquisitions). Dans ces cas, et conformément au traitement général accordé aux parties finançant des acquisitions, les États accordent habituellement à la sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition un rang prioritaire par rapport à toutes les sûretés sur la masse ou le produit fini s'étendant aux biens futurs. Pour maintenir un régime cohérent qui encourage l'offre de crédit pour l'acquisition de biens meubles corporels, le *Guide* recommande également d'adopter ce principe (voir recommandation 92).

v) *Impact de l'inflation sur l'application de ces principes*

124. Dans les différentes situations examinées dans la présente sous-section, la valeur de la sûreté réelle mobilière sur un bien qui est mélangé pour former une masse ou un produit fini est limitée de trois manières. Premièrement, en vertu des principes généraux du droit des opérations garanties, la sûreté ne peut pas être revendiquée pour un montant supérieur à ce qui est dû en vertu de l'accord de crédit garanti. Deuxièmement, elle ne peut pas être revendiquée pour une proportion supérieure à la part représentée par le bien grevé dans la valeur totale du produit ou de la masse issus du mélange. Et troisièmement, elle ne peut pas être revendiquée pour un montant supérieur à la valeur du bien grevé au moment où il a été incorporé à la masse ou au produit. Il existe cependant une exception possible à cette règle en cas d'inflation. Par exemple, une sûreté sur du pétrole peut garantir, pour partie, une obligation de 100 000 euros et la valeur du pétrole immédiatement avant le mélange être de 80 000 euros, alors que le pourcentage du bien grevé dans l'ensemble du mélange serait de 33 %. Si le pétrole mélangé est vendu progressivement de sorte qu'il ne reste que 50 % du montant total, conformément aux principes qui viennent d'être examinés, la valeur maximale de la sûreté serait 50 % de 80 000 euros (soit 40 000 euros). Mais si, entre temps, le prix du pétrole a triplé, le créancier garanti devrait être en droit de revendiquer toute valeur accrue que le pétrole pourrait avoir tant qu'elle n'excède pas 33 % de la valeur de l'ensemble du pétrole mélangé. Dans ce cas, la valeur maximale de la sûreté serait donc de 100 000 ou 120 000 euros (40 000 euros multiplié par 3), le plus faible montant étant retenu.

6. Portée et interprétation des règles de priorité

a) *Caractère indifférent de la connaissance de l'existence d'une sûreté*

125. Un des éléments essentiels d'un régime moderne en matière d'opérations garanties est que, indépendamment du critère adopté pour établir la priorité, celle-ci sera fonction de faits objectifs (par exemple inscription d'un avis, prise de possession, conclusion d'un accord de contrôle ou annotation sur un certificat de propriété). Pour qu'un tel système de priorité soit source de sécurité, ces faits objectifs doivent être les seuls moyens de déterminer la priorité. C'est pourquoi, dans la plupart des États qui ont modernisé leur régime des sûretés réelles mobilières, l'ordre de priorité établi, par exemple, par la date d'inscription d'un avis ou celle du transfert de la possession au créancier s'applique même si un créancier ultérieur ou un autre réclamant concurrent a acquis ses droits en sachant qu'il existait une sûreté qui n'était pas inscrite ou autrement opposable à ce moment-là.

126. Cette règle part du principe qu'il est souvent difficile de prouver qu'une personne avait connaissance d'un fait précis à un moment précis. Cela est particulièrement vrai dans le cas d'une société ou d'une autre personne morale ayant de nombreux salariés. Les règles de priorité qui dépendent de la connaissance subjective peuvent compliquer le règlement des conflits, rendant ainsi plus incertain le rang de priorité des créanciers garantis et réduisant l'efficacité du système. Bien qu'il semble inadéquat d'accorder la priorité à un créancier qui avait connaissance d'une sûreté déjà constituée, le fait de fonder la priorité sur l'ordre d'un événement publiquement vérifiable par lequel un créancier rend ses droits opposables sécurise les relations entre les éventuels réclamants concurrents. Cette considération sous-tend la recommandation énoncée dans le *Guide,* selon laquelle la simple connaissance de l'existence d'une sûreté est sans importance pour déterminer la priorité (voir recommandation 93).

127. Cela dit, il est important de distinguer entre le simple fait d'avoir connaissance de l'existence d'une sûreté et celui de savoir qu'une opération particulière viole les droits d'un créancier garanti. Par exemple, si un acheteur sait qu'il existe une sûreté inscrite ou non inscrite, cela ne perturbera pas le régime de priorité établi, pour les sûretés inscrites, sur la base du fait objectif de l'inscription. En revanche, si l'acheteur sait également que le bien qu'il acquiert est vendu en violation d'une clause de la convention constitutive de sûreté (interdisant, par exemple, au constituant de vendre les biens grevés), cela pourrait avoir des implications juridiques considérables (voir par. 68 ci-dessus sur l'acquisition de la propriété d'un bien déjà grevé de sûretés; voir également les recommandations 81, 102, al. *b*, 105 et 106). En outre, d'autres conséquences peuvent découler de règles autres que celles du droit des opérations garanties si la vente est frauduleuse.

b) *Liberté contractuelle en ce qui concerne la priorité: cession de rang*

128. Le régime de priorité de la plupart des États établit des règles qui s'appliquent sauf si les parties concernées y apportent des modifications particulières. En d'autres termes, la plupart des États prévoient qu'un créancier garanti peut à tout moment renoncer, unilatéralement ou conventionnellement, à sa priorité en faveur d'un réclamant concurrent existant ou futur. Par exemple, le prêteur A, titulaire d'une sûreté de premier rang sur

tous les biens existants et futurs du constituant, peut accepter par convention que le constituant donne au prêteur B une sûreté de premier rang sur un bien particulier (par exemple du matériel) afin de pouvoir obtenir de ce dernier un financement supplémentaire sur la base de la valeur du bien. La reconnaissance de la validité de la cession de rang correspond à un principe bien établi (voir, par exemple, l'article 25 de la Convention des Nations Unies sur la cession). L'utilité des accords de cession de rang étant largement reconnue, le *Guide* recommande qu'ils soient autorisés (voir recommandation 94).

129. La cession de rang ne peut toutefois avoir d'incidence sur les droits d'un réclamant concurrent, à moins que celui-ci n'y consente. Un accord de cession de rang ne peut donc nuire à la priorité d'un créancier garanti qui n'y est pas partie. En conséquence, dans les États qui obligent les créanciers à indiquer dans l'avis inscrit le montant maximal pour lequel une sûreté est consentie (voir recommandation 57, al. *d*), la cession de rang sera limitée à la valeur indiquée de la sûreté de rang supérieur. Par exemple, si le prêteur A a limité sa sûreté à 100 000 euros, que le prêteur B est titulaire d'une sûreté de 50 000 euros et que le prêteur C a une sûreté de 200 000 euros, un accord de cession de rang du prêteur A en faveur du prêteur C ne peut avoir pour effet de permettre au prêteur C de revendiquer plus de 100 000 euros en vertu de sa priorité sur le prêteur B.

130. L'objet d'un accord de cession de rang est de permettre aux créanciers garantis de se mettre d'accord entre eux sur le classement le plus efficace de leurs droits sur les biens grevés. Pour tirer pleinement parti de ce classement conventionnel, il est indispensable que la priorité reconnue par un tel accord continue à s'appliquer dans le cas d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre du constituant. Une telle disposition existe déjà dans le régime d'insolvabilité de certains pays. Dans d'autres pays, il peut être nécessaire de modifier le droit de l'insolvabilité pour habiliter les tribunaux à faire exécuter un accord de cession de rang et pour permettre aux représentants de l'insolvabilité de régler les conflits de priorité entre parties à de tels accords sans s'exposer à une responsabilité (voir chap. XII concernant l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière, par. 63, et recommandation 240).

131. La subordination des sûretés réelles mobilières et d'autres droits réels sur des biens grevés ne signifie pas subordination des paiements avant défaillance. Cette question relève du droit général des obligations. Normalement, avant la défaillance et tant que le constituant rembourse le prêt ou tout crédit reçu, un créancier garanti n'a pas le droit de réaliser sa sûreté et la question de la priorité ne se pose pas. Par conséquent, tant qu'aucun acte frauduleux n'est commis et en l'absence d'accord contraire entre un constituant et un créancier garanti, il n'est pas interdit à un constituant de faire des paiements au titre des obligations garanties par des sûretés subordonnées.

c) *Impact de la continuité de l'opposabilité sur la priorité*

132. Lorsqu'une sûreté réelle mobilière peut devenir opposable par plusieurs méthodes (par exemple automatiquement, par inscription, par prise de possession, par contrôle ou par annotation sur un certificat de propriété), la question est de savoir si un créancier garanti ayant au départ établi la priorité de sa sûreté par une de ces méthodes devrait être autorisé à changer de méthode sans perdre sa priorité initiale. Certains États n'autorisent pas les créanciers à changer de méthode d'opposabilité, autrement dit, le rang de priorité

d'un créancier ne pourra pas être maintenu s'il change de méthode. Par exemple, si un créancier inscrit un avis sur le registre général des sûretés le jour 1, prend possession du bien grevé le jour 10 et radie son inscription le jour 20, à compter de ce moment, la date de référence pour établir la priorité serait le jour 10 et non le jour 1.

133. Dans d'autres États, il est possible de conserver son rang de priorité même après avoir changé de méthode d'opposabilité. La possibilité de conserver son rang est fonction de la manière dont s'articulent les différentes méthodes utilisées pour obtenir l'opposabilité. Dans les États qui autorisent un changement de méthode d'opposabilité, le principe est qu'une sûreté ne perdra pas son rang de priorité, à condition qu'elle ne soit inopposable à aucun moment. Par exemple, si une sûreté sur un bien est initialement rendue opposable par prise de possession et que le créancier garanti inscrit ensuite un avis concernant cette sûreté sur le registre général des sûretés et restitue le bien au constituant, la sûreté reste opposable et la priorité remonte à la date de la prise de possession initiale (à condition que l'inscription ait eu lieu avant la restitution du bien). Si, en revanche, le créancier garanti inscrit l'avis après avoir restitué le bien, la priorité de la sûreté remonte seulement à la date à laquelle il a inscrit l'avis. Les règles régissant la continuité de la priorité jouent un rôle particulièrement important dans les cas où l'opposabilité a été initialement établie par prise de possession parce que le constituant n'avait pas besoin d'utiliser le bien grevé mais où, à une date ultérieure pendant l'arrangement de crédit, ce bien devient nécessaire à l'activité du constituant et lui est rendu. Conformément aux recommandations sur la continuité de l'opposabilité (voir recommandations 46 et 47), le *Guide* estime que, aux fins de l'application des règles de priorité basées sur la chronologie qu'il prévoit, le rang de priorité devrait être conservé même si la méthode par laquelle il est déterminé a changé (voir recommandations 95 et 96).

134. Il convient de noter que le principe susmentionné ne s'applique que lorsque l'on utilise des critères chronologiques pour déterminer la priorité. Lorsque d'autres critères sont appliqués, un changement dans la méthode d'opposabilité aura des incidences sur la priorité d'une sûreté, même si l'opposabilité est maintenue. Par exemple, si le porteur d'un instrument négociable inscrit sa sûreté sur l'instrument avant de le restituer, le rang de priorité spécial attaché à la possession de l'instrument ne sera pas maintenu par la simple inscription d'un avis. Si un deuxième créancier garanti inscrit un avis avant que le premier créancier qui restitue l'instrument ait inscrit le sien, il se verra accorder la priorité en raison de son inscription antérieure (voir recommandation 101). De même, si un créancier garanti qui a le contrôle d'un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire inscrit sa sûreté et renonce ensuite au contrôle, la priorité spéciale accordée au contrôle est perdue. Si un autre créancier garanti a inscrit un avis sur le registre général des sûretés avant la prise de contrôle initiale, il aura la priorité lorsque le contrôle sera abandonné en raison de son inscription antérieure (voir recommandation 103).

d) *Portée de la priorité: obligations conditionnelles et futures*

135. Nous avons vu au cours des chapitres précédents que, dans les régimes modernes d'opérations garanties, une sûreté réelle mobilière peut garantir non seulement des obligations existant au moment où la sûreté est constituée, mais également des obligations futures et des obligations conditionnelles (voir chap. I sur le champ d'application du *Guide*, par. 12, et chap. II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, par. 41 et 42;

voir également recommandation 16). La plupart des États prévoient que la sûreté initiale couvre le principal et les intérêts stipulés dans la convention ainsi que les frais et coûts liés au recouvrement du paiement.

136. Dans les situations où le prêteur accorde ultérieurement des fonds additionnels (parfois qualifiés d'"avances futures") au titre d'un accord de crédit existant et dans le cas des obligations futures et des obligations conditionnelles, les États adoptent différentes positions. Certains accordent à une sûreté garantissant le paiement d'obligations futures ou conditionnelles la même priorité qu'elle avait s'agissant de l'obligation garantie initiale à condition que le type et le montant des obligations futures ou conditionnelles soient déterminables. Par exemple, la convention peut stipuler que seules les obligations futures au titre d'une ligne de crédit d'un montant maximal de 100 000 euros seront garanties. Dans d'autres États, une sûreté réelle mobilière peut garantir l'ensemble des obligations monétaires et non monétaires dues au créancier garanti, quel qu'en soit le type ou le montant, à condition que la convention le stipule. Dans ces États, la sûreté garantissant le paiement d'obligations futures ou conditionnelles dans le cadre de la convention constitutive jouira de la priorité qu'elle avait s'agissant de l'obligation initialement garantie.

137. Dans la pratique, cette seconde approche signifie qu'un créancier garanti a l'assurance, au moment où il s'engage à octroyer un crédit, que la priorité de sa sûreté s'étendra non seulement au crédit qu'il accorde au moment de la conclusion de la convention constitutive, mais aussi: *a)* aux obligations qui naissent ensuite conformément aux clauses de la convention (par exemple les avances futures en vertu d'un accord de crédit permanent); et *b*) aux obligations conditionnelles qui naissent dès la réalisation de la condition (par exemple des obligations qui deviennent payables à la partie garantie en vertu d'une garantie). Par exemple, dans un mécanisme de crédit permanent où le prêteur est convenu le jour 1 d'accorder des avances au constituant en fonction de ses besoins pendant toute la durée du crédit — un an — garanti par une sûreté sur les biens du constituant, la sûreté aura le même rang de priorité pour toutes les avances consenties, qu'elles l'aient été le jour 1, 35 ou 265.

138. Dans le cas d'un crédit octroyé au constituant pour lui permettre d'acquérir des biens meubles corporels ou des services de manière échelonnée, cette approche conduit à considérer que la totalité de la créance naît au moment où le contrat d'achat est conclu, et non à chaque fourniture de biens ou prestation de services. On arguera en faveur de cette approche qu'elle est la plus efficace et la plus économique, parce qu'elle dispense le créancier garanti de déterminer sa priorité chaque fois qu'il accorde un crédit, processus qui implique bien souvent la recherche de nouvelles inscriptions d'autres créanciers, ainsi que la conclusion d'accords et la réalisation d'inscriptions supplémentaires pour les montants de crédit consentis après la date de constitution de la sûreté. Étant donné que les frais occasionnés par ces mesures supplémentaires sont invariablement répercutés sur le constituant, directement ou sous forme d'une augmentation du taux d'intérêt, leur suppression peut réduire le coût du crédit pour le constituant. Un autre argument positif est que cette approche limite au minimum le risque pour le constituant qu'une sûreté garantissant le paiement du montant du crédit consenti ultérieurement en vertu de la convention constitutive ne soit interrompue si le créancier garanti estime qu'elle ne jouit pas du même rang de priorité qu'elle avait pour le montant initialement avancé. Pour ces raisons, le *Guide* recommande que la priorité initiale d'une sûreté garantissant une obligation présente soit maintenue pour les obligations futures qu'elle pourrait garantir (voir recommandation 97).

139. Les règles de priorité susmentionnées sont toutefois soumises à deux restrictions potentielles. Premièrement, comme il a été indiqué, dans certains États où la priorité accordée à une sûreté réelle mobilière s'étend aux obligations futures, la priorité est limitée au montant maximal spécifié dans l'avis inscrit sur un registre public concernant la sûreté. Cette limite se justifie par le fait qu'elle pourrait encourager le financement subordonné en incitant les créanciers potentiels de rang inférieur à accorder des crédits sur la base de la valeur résiduelle des biens grevés (par exemple la valeur des biens grevés dépassant le montant maximal garanti par la sûreté de rang supérieur visée dans l'avis inscrit) dans la mesure où ces créanciers sont en mesure de s'assurer que la valeur résiduelle est suffisante (voir recommandation 98). D'autres États n'ont pas adopté cette restriction au motif qu'elle pourrait encourager les créanciers garantis à faire figurer dans l'avis inscrit un montant plus important que celui envisagé au moment de la convention constitutive de manière à prendre en compte d'éventuels octrois de crédits futurs imprévus (voir chap. IV sur le système de registre, par. 92 à 97; voir également recommandation 57, al. *d*).

140. Deuxièmement, le *Guide* reconnaît que, dans certaines circonstances, un créancier garanti ne devrait pas pouvoir faire valoir la priorité de sa sûreté en ce qui concerne des obligations futures face à un créancier qui obtient un jugement ou une décision judiciaire provisoire contre le constituant et prend des mesures pour exécuter ce jugement sur les biens grevés (voir recommandations 84 et 97).

e) *Application des règles de priorité à une sûreté réelle mobilière sur des biens futurs*

141. Comme il est indiqué de façon plus détaillée au chapitre II (voir chap. II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, par. 51 à 55), une sûreté peut, dans certains États, être constituée sur des biens que le constituant acquerra dans l'avenir (comme les stocks) ou qui naîtront dans l'avenir (comme des créances ou des produits finis qui seront fabriqués). La première catégorie de biens est parfois dénommée "biens à venir" ou "biens acquis par la suite", et la deuxième "biens futurs". Dans le *Guide*, ce dernier terme est utilisé pour désigner les deux catégories. Dans les États qui autorisent la constitution de sûretés sur des biens futurs, à supposer que la description de ces biens soit suffisante pour les identifier, ceux-ci seront automatiquement grevés de la sûreté lorsqu'ils naissent ou lorsque le constituant les acquiert, sans qu'il soit nécessaire de prendre des mesures supplémentaires à ce moment-là. Les coûts liés à la constitution de la sûreté sont ainsi réduits au minimum et les attentes des parties sont satisfaites. Ce principe est particulièrement important pour les stocks, qui sont acquis en permanence pour être revendus, pour les créances, qui sont recouvrées et naissent en permanence, et pour le matériel qui est remplacé périodiquement dans le cours normal des affaires du constituant.

142. La reconnaissance de la constitution automatique d'une sûreté sur des biens futurs soulève la question de savoir si la priorité devrait remonter à la date à laquelle la sûreté est initialement inscrite ou devient opposable ou à la date de naissance des biens ou de leur acquisition par le constituant. Cette question est réglée différemment selon les États. Certains adoptent une solution qui consiste à établir une distinction selon la nature du créancier qui fait valoir une priorité. Dans ces États, la priorité remonte, pour le classement par rapport aux autres créanciers titulaires d'une sûreté conventionnelle, à la date d'inscription ou d'opposabilité et, pour le classement par rapport à tous les autres réclamants concurrents, à la date de naissance des biens ou de leur acquisition par le

constituant. Dans d'autres États, la priorité pour tous les biens futurs et par rapport à tous les réclamants concurrents est déterminée par référence à la date à laquelle la priorité a été initialement établie.

143. Il est généralement admis que la deuxième approche réussit mieux et plus efficacement à promouvoir l'offre de crédit garanti. Les régimes modernes en matière d'opérations garanties prévoient donc généralement que, dans ces cas, la priorité d'une sûreté réelle mobilière s'applique à tous les biens grevés visés par l'avis inscrit, indépendamment de la question de savoir s'ils existent ou si le constituant les acquiert avant l'inscription, au moment de l'inscription ou après l'inscription. Le *Guide* a adopté cette approche (voir recommandation 99).

f) *Application des règles de priorité à une sûreté réelle mobilière sur le produit*

144. Si un créancier détient une sûreté sur le produit, la question est de savoir quel sera le rang de cette sûreté par rapport aux droits des réclamants concurrents. Figurent généralement parmi ces derniers des créanciers titulaires de sûretés sur le produit en tant que produit d'autres biens et des créanciers titulaires de sûretés sur le produit en tant que bien initialement grevé (en effet, un bien peut constituer un produit pour un créancier garanti alors qu'il représentera un bien initialement grevé pour un autre créancier garanti).

145. Par exemple, le créancier A peut avoir une sûreté sur l'ensemble des créances du constituant du fait qu'il détient une sûreté sur la totalité de ses stocks existants et futurs et sur le produit de leur vente ou d'un autre acte de disposition dont ils font l'objet; le créancier B peut détenir une sûreté sur la totalité des créances existantes et futures du constituant en tant que biens initialement grevés. Si, par la suite, le constituant vend à crédit les stocks sur lesquels le créancier A détient une sûreté, les deux créanciers ont une sûreté sur la créance née de la vente: le créancier A sur la créance en tant que produit des stocks grevés et le créancier B sur la créance en tant que bien initialement grevé.

146. L'approche en matière de priorité adoptée dans les États qui admettent les sûretés réelles mobilières sur le produit varie souvent en fonction de la nature des réclamants concurrents et du type de bien qui donne naissance au produit. Dans les conflits de priorité entre titulaires de sûretés concurrentes, les règles de priorité concernant les droits sur le produit de biens initialement grevés peuvent découler de celles qui s'appliquent aux droits sur les biens initialement grevés eux-mêmes. Par conséquent, la date à laquelle une sûreté sur un bien grevé a été rendue opposable ou la date à laquelle un avis la concernant a été inscrit sur le registre général des sûretés serait également la date à laquelle la sûreté sur le produit de ce bien grevé devient opposable ou a été inscrite, selon le cas.

147. En cas de conflit entre des sûretés sur des biens en tant que produit et des sûretés sur ces mêmes biens en tant que biens initialement grevés, certains États font une distinction entre le produit sous forme de créances et le produit sous forme de biens meubles corporels. Ils font habituellement aussi une distinction entre le produit résultant de la vente de stocks et le produit résultant de la vente de matériel. La règle générale est qu'une sûreté sur des créances nées de la vente de stocks en tant que biens initialement grevés aura la priorité sur une sûreté grevant ces créances en tant que produit des stocks, indépendamment de la date à laquelle chaque sûreté a été rendue opposable.

148. D'autres États ne font aucune distinction en fonction de la forme du produit ou de la nature des biens. La règle veut que c'est la première sûreté ayant fait l'objet d'une inscription qui prime les droits d'un réclamant concurrent. Par exemple, si la date d'inscription de la sûreté grevant les biens dont la vente génère le produit est antérieure à la date d'inscription de la sûreté sur le produit en tant que bien initialement grevé, c'est la sûreté sur les biens générant le produit qui a la priorité, même en ce qui concerne le produit. Inversement, si un avis de sûreté sur le produit en tant que bien initialement grevé a fait l'objet d'une inscription avant que le réclamant concurrent ait inscrit son droit sur les biens donnant naissance au produit, c'est la sûreté sur le produit en tant que bien initialement grevé qui aura la priorité. Cette approche est recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 100).

149. Dans les cas où l'ordre de priorité des droits concurrents sur les biens initialement grevés n'est pas déterminé par l'ordre de leur inscription sur le registre général des sûretés (comme dans le cas, par exemple, des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'une acquisition qui bénéficient d'un rang de priorité spécial), il faudra déterminer séparément la règle de priorité devant s'appliquer au produit (voir chap. IX sur le financement d'acquisitions, par. 158 à 172; voir aussi les recommandations 185, 198 et 199). Il en ira de même lorsque les règles de priorité pour certains types de biens ou pour certaines méthodes d'opposabilité ne suivent pas l'approche chronologique. Le *Guide* prévoit, par exemple, qu'une sûreté inscrite sur un registre spécialisé primera une sûreté inscrite précédemment dans le registre général des sûretés (voir recommandation 77). Mais cette priorité spéciale ne concerne que les biens initialement grevés et non le produit, à moins qu'il ne doive lui-même être inscrit dans le registre spécialisé. Il en serait ainsi, par exemple, si une partie du produit de la disposition d'un véhicule automobile consistait en un autre véhicule reçu en échange. À l'inverse, si le produit se présentait sous forme de créances, les règles de priorité normales relatives aux créances (à savoir est prioritaire le premier à s'inscrire dans le registre général des sûretés) seraient applicables.

150. Il est important de noter, pour chacune des situations examinées dans la section B ci-dessous, que les règles de priorité spéciales concernent uniquement le bien en question (un instrument négociable, un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire ou un droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant). Dans tous ces cas, si le produit naît sous la même forme que les biens initialement grevés, les règles de priorité spéciales continuent de s'appliquer, mais, s'il prend une forme différente, la priorité des droits concurrents sera déterminée d'après les règles applicables au type de bien qui constitue le produit.

B. Remarques sur des biens particuliers

151. Les différents conflits de priorité qui surviennent généralement dans le cas des biens meubles corporels ont été examinés ci-dessus. Le principe du premier en date est un bon point de départ pour établir la priorité.

152. Comme il a toutefois été indiqué, ce principe doit être adapté dans certaines situations. Certains aménagements concernent les autres créanciers garantis (par exemple les titulaires de sûretés réelles mobilières grevant des biens attachés, des masses ou des produits finis). D'autres aménagements concernent les réclamants concurrents qui ne sont

pas des créanciers garantis (par exemple les bénéficiaires d'un transfert, les preneurs à bail, les preneurs de licence et les représentants de l'insolvabilité).

153. Outre ces aménagements dus à la diversité des obligations garanties et des réclamants concurrents, les régimes modernes en matière d'opérations garanties établissent également un certain nombre de règles de priorité spéciales qui régissent des types particuliers de biens et qui découlent des méthodes d'opposabilité particulières applicables à ces types de biens. La présente section examine les questions de priorité afférentes à ces types de biens.

1. Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable

154. De nombreux États ont adopté des règles de priorité spéciales pour les sûretés sur des instruments négociables, comme les chèques, les lettres de change et les billets à ordre. Ces règles reflètent l'importance du concept de négociabilité dans ces États.

155. Comme on l'a vu précédemment (voir chap. III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière, par. 47 à 51), dans de nombreux États, les sûretés sur des instruments négociables peuvent être rendues opposables par inscription sur le registre général des sûretés ou par transfert de la possession de l'instrument (voir recommandation 37). Dans ces États, la sûreté rendue opposable par transfert de la possession prime souvent celle rendue opposable par inscription, indépendamment du moment où l'inscription intervient. Cette règle se justifie par le fait qu'elle résout le conflit de priorité en faveur de la préservation de la négociabilité des instruments dans tous les cas. Afin de maintenir la cohérence des règles de droit régissant les instruments négociables, le *Guide* recommande ce principe de priorité (voir recommandation 101).

156. Pour la même raison, la priorité est souvent accordée, dans ces États, à un acheteur ou à une autre personne à qui l'instrument est transféré (dans une opération contractuelle) si cette personne est considérée comme un porteur protégé par le droit régissant les instruments négociables. Une priorité similaire est également accordée à l'acheteur ou au bénéficiaire du transfert qui prend possession de l'instrument négociable et s'exécute de bonne foi sans savoir que le transfert est effectué en violation des droits du créancier. À cet égard, il convient de noter que la simple connaissance de l'existence d'une sûreté de la part du bénéficiaire du transfert ne signifie pas que celui-ci était de mauvaise foi. L'acheteur doit savoir que le transfert libre de la sûreté est interdit par la convention constitutive de sûreté. Là aussi, le *Guide* adopte une règle de priorité qui suit les principes susmentionnés du droit des instruments négociables (voir recommandation 102).

2. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire

157. Un régime global pour les priorités règle généralement un certain nombre de conflits de priorité différents relatifs aux sûretés réelles mobilières sur les droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire. Certains États considèrent le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire comme une simple créance. Dans ces États, aucune règle spéciale ne régit la constitution ou l'opposabilité des sûretés sur ce

droit. Dans d'autres États, l'opposabilité peut également être assurée par contrôle. Dans ce cas, les États doivent également déterminer les conséquences, en termes de priorité, du recours à cette méthode pour obtenir l'opposabilité. Plusieurs types de conflit de priorité peuvent survenir.

158. Un premier type de conflit concerne une sûreté rendue opposable par contrôle et une sûreté rendue opposable par une autre méthode. Dans cette situation, les États qui ont adopté le concept de contrôle accordent la priorité à la sûreté rendue opposable par contrôle. La raison en est que cela facilite les opérations financières qui font appel à des fonds crédités sur un compte bancaire et évite aux créanciers garantis de faire des recherches dans le registre général des sûretés. Cette position a également été adoptée dans le *Guide* (voir recommandation 103, première phrase).

159. Un deuxième type de conflit concerne deux sûretés dont chacune est rendue opposable par contrôle. Dans ce cas, la logique, généralement suivie dans les États qui reconnaissent les accords de contrôle, est d'accorder la priorité à la sûreté qui a été rendue opposable la première par contrôle (c'est-à-dire suivant l'ordre dans lequel chaque accord de contrôle a été conclu). Ce conflit se produira rarement dans les faits car il est improbable qu'une banque dépositaire conclue sciemment plusieurs accords de contrôle portant sur le même compte bancaire en l'absence d'accord entre les deux créanciers garantis sur la manière dont la priorité sera déterminée. Néanmoins, le conflit peut théoriquement survenir, et la position adoptée dans le *Guide* est donc que le principe de priorité habituel du "premier en date" devrait s'appliquer dans ces situations (voir recommandation 103, deuxième phrase).

160. Un troisième type de conflit concerne la situation où l'un des créanciers garantis est la banque dépositaire elle-même. Dans ce cas, il existe un argument solide pour accorder la priorité à la banque dépositaire. Étant donné que cette dernière l'emportera généralement dans une telle situation en raison du droit à compensation dont elle jouit habituellement (à moins d'y avoir expressément renoncé) en vertu d'un droit autre que celui des opérations garanties, une règle de priorité qui avantage la banque permet dans ce cas de résoudre le conflit dans les limites du régime de priorité sans avoir recours à d'autres règles de droit. Ce principe est recommandé par le *Guide* (voir recommandation 103, troisième phrase).

161. Les États qui adoptent la règle de priorité spéciale qui vient d'être indiquée prévoient souvent une exception pour le cas où le conflit se produit entre la banque dépositaire et un créancier garanti qui obtient le contrôle du compte bancaire en devenant client de la banque. Dans ces cas, ils estiment généralement que la priorité devrait être accordée au client. Cette approche s'explique par le fait que, en acceptant le créancier garanti concurrent comme client, la banque dépositaire devrait être réputée avoir renoncé à son droit dans l'accord de dépôt conclu avec son client. En outre, elle perdrait souvent son droit à compensation dans cette situation; puisque le compte bancaire n'est pas au nom du constituant, il n'y aurait pas de réciprocité entre elle et lui et donc aucun droit à compensation (voir recommandation 103, troisième phrase).

162. Un quatrième type de conflit concerne une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire et tout droit à compensation que la banque dépositaire peut détenir à l'encontre du constituant-client. Pour éviter de nuire à la relation entre la

banque et son client, les règles de compensation donnent en général la priorité au droit à compensation de la banque dépositaire. Dans certains États, cette notion de priorité a été explicitement incorporée dans le droit des opérations garanties. C'est aussi la position qui est recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 104).

163. Un cinquième type de conflit de priorité peut survenir entre une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire et les droits du bénéficiaire du transfert des fonds effectué par le constituant depuis ce compte bancaire. Le terme "transfert de fonds" recouvre divers transferts, y compris par chèque et par voie électronique. Dans ces situations, un argument de principe solide en faveur de la libre négociabilité des fonds milite pour une règle qui accorde la priorité au bénéficiaire du transfert pour autant qu'il ne sache pas que le transfert est effectué en violation des droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté. Si, en revanche, le bénéficiaire du transfert savait que le transfert a été effectué en violation de la convention constitutive, il prendrait les fonds grevés de la sûreté. C'est la recommandation du *Guide*, étant entendu qu'elle ne vise pas à porter atteinte aux droits dont les bénéficiaires de transferts de fonds provenant de comptes bancaires jouissent en vertu de règles autres que celles du droit des opérations garanties (voir recommandation 105).

3. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant des espèces

164. Afin de maximiser la négociabilité des espèces, de nombreux États permettent au bénéficiaire d'un transfert de prendre les espèces libres des droits d'autres personnes, y compris des titulaires de sûretés sur ces espèces. Comme pour les bénéficiaires de transferts de fonds provenant d'un compte bancaire, la seule exception à cette règle de priorité concerne la situation où le bénéficiaire savait que le transfert des espèces viole la convention constitutive de sûreté conclue entre le titulaire du compte et la partie garantie (par exemple s'il y a eu collusion entre le bénéficiaire et le titulaire du compte pour priver le créancier garanti de ses droits). Comme dans les cas similaires de transferts de fonds depuis des comptes bancaires, la seule connaissance de l'existence de la sûreté ne priverait pas le bénéficiaire de ses droits. Là aussi, conformément à la pratique généralement acceptée en ce qui concerne les espèces, le *Guide* recommande ce principe de priorité (voir recommandation 106).

4. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant

165. Le droit régissant les engagements de garantie indépendants s'est développé dans une large mesure à partir des pratiques suivies dans le domaine des lettres de crédit et des garanties bancaires. Comme il a déjà été mentionné (voir chap. III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière, par. 149 à 153), une sûreté réelle mobilière sur un droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant est rendue opposable uniquement par contrôle. La méthode classique de contrôle étant ici l'obtention d'une acceptation, dans le cas où plusieurs personnes sont susceptibles de payer (par exemple le garant/émetteur, le confirmateur et plusieurs personnes désignées), le contrôle peut uniquement être obtenu à l'égard de chaque garant/émetteur, confirmateur ou personne désignée qui a donné une acceptation. La règle de priorité se concentre donc normalement sur la personne qui paie.

166. Normalement, dans le rare cas d'un conflit de priorité entre le titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant rendue opposable par contrôle et le titulaire d'une sûreté réelle mobilière rendue opposable du fait qu'elle garantit le paiement d'une créance, d'un instrument négociable ou d'un autre bien meuble incorporel, le premier l'emportera (voir recommandations 48 et 107). Comme dans le cas des comptes bancaires, cette règle se justifie par la nécessité de faciliter les opérations qui reposent sur des engagements de garantie indépendants en dispensant les parties de faire des recherches dans le registre général des sûretés pour déterminer si la créance garantie par l'engagement indépendant est également grevée d'une sûreté réelle mobilière, ce qui favorise la confiance dans les engagements de garantie indépendants. Dans la pratique, ce type de conflit de priorité est assez rare, car le plus souvent le bénéficiaire de la créance est également bénéficiaire de l'engagement de garantie indépendant. En tout état de cause, conformément au principe général du premier en date, entre deux sûretés rendues opposables par contrôle au moyen d'une acceptation, la priorité est accordée à celle qui est acceptée en premier par la personne qui paie. Ce résultat découle en grande partie de la pratique, en ce sens qu'il s'agit d'une règle spéciale nécessaire pour que le coût des engagements de garantie indépendants reste bas. Étant donné que ces derniers relèvent d'un domaine hautement spécialisé du droit commercial qui a été largement développé par la pratique, le *Guide* recommande que les règles de priorité respectent ces principes (voir recommandation 107).

5. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un document négociable ou des biens meubles corporels représentés par un document négociable

167. Les régimes modernes en matière d'opérations garanties prévoient généralement des règles qui traitent d'au moins deux conflits de priorité concernant les documents négociables (comme les récépissés d'entrepôt et les connaissements). Le premier est un conflit entre le détenteur d'une sûreté réelle mobilière grevant un document négociable ou les biens meubles corporels représentés par ce dernier et une personne à laquelle ce document a été dûment transmis. Afin de préserver la négociabilité dans le droit autre que celui des opérations garanties, la plupart des États disposent que la sûreté sur le document négociable et les biens meubles corporels représentés par ce dernier est subordonnée à tout droit supérieur acquis par le bénéficiaire du transfert du document conformément au droit régissant les documents négociables. Pour cette même raison, c'est l'approche recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 108).

168. Le deuxième est un conflit entre le détenteur d'une sûreté sur les biens meubles corporels représentés par le document négociable qui découle d'une sûreté sur le document négociable même et le détenteur d'une sûreté sur les biens meubles corporels résultant d'une autre opération (par exemple la constitution d'une sûreté directement sur les biens). Ce type de conflit peut survenir soit lorsque la sûreté constituée directement sur les biens est devenue opposable alors que les biens étaient représentés par le document négociable, soit lorsqu'elle est devenue opposable avant que les biens ne soient représentés par le document négociable. Dans un cas comme dans l'autre, la priorité est habituellement accordée à la sûreté sur le document négociable. Cette règle de priorité encourage la confiance dans les documents négociables en tant que moyen de commerce, en particulier s'agissant des connaissements émis dans le cadre des ventes internationales. Cette approche a donc été recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 109).

169. Une exception à cette règle est toutefois justifiée dans le cas particulier où le bien meuble corporel représenté par le document négociable est un bien autre que des stocks. Normalement, les créanciers s'attendent que les stocks soient expédiés et qu'un connaissement ou un récépissé d'entrepôt soit émis, et ils peuvent donc escompter que, pendant une courte période, les biens grevés directement par leur sûreté seront couverts par un connaissement ou un récépissé, ce qui n'est généralement pas le cas pour le matériel. Par conséquent, la règle donnant la priorité absolue à une sûreté sur des documents négociables a moins d'importance pour les biens autres que les stocks et une exception peut se justifier. La règle ne s'applique donc pas si les biens meubles corporels sont des biens autres que des stocks et que la sûreté réelle mobilière grevant directement les biens (à savoir la sûreté du créancier garanti qui n'est pas en possession du document négociable) a été rendue opposable avant l'une des deux dates suivantes, la plus rapprochée étant retenue: *a)* celle à laquelle les biens deviennent l'objet du document négociable; ou *b)* celle à laquelle le constituant de la sûreté et le créancier garanti en possession du document ont conclu un accord prévoyant que les biens feront l'objet d'un document négociable pour autant que les biens fassent effectivement l'objet de ce document dans un bref délai spécifié (par exemple de 30 jours) à compter de la date de l'accord. Dans ce cas particulier, la règle de priorité usuelle du premier en date s'appliquerait, et le premier créancier qui a rendu opposable sa sûreté sur les biens (directement ou en prenant une sûreté sur un document négociable représentant ces biens) aura la priorité. Cette exception offre une certaine protection aux titulaires de sûretés réelles mobilières sur des biens meubles corporels autres que des stocks lorsque le constituant, sans aviser lesdits titulaires et sans leur autorisation, fait représenter ces biens par un document négociable. Pour ces raisons, le *Guide* recommande également d'adopter une telle exception (voir recommandation 109, deuxième phrase).

C. Recommandations 76 à 109

Objet

Les dispositions relatives à la priorité d'une sûreté réelle mobilière ont pour objet:

a) D'énoncer des règles pour déterminer de manière prévisible, équitable et efficace la priorité d'une sûreté réelle mobilière par rapport aux droits des réclamants concurrents; et

b) De faciliter les opérations par lesquelles un constituant peut créer plusieurs sûretés réelles mobilières sur le même bien et tirer ainsi parti de la valeur totale de ses biens pour obtenir des crédits.

1. Recommandations générales

Priorité entre des sûretés réelles mobilières consenties par le même constituant sur le même bien

76. La loi devrait prévoir que la priorité entre des sûretés réelles mobilières concurrentes consenties par le même constituant sur le même bien est déterminée comme suit:

a) La priorité entre des sûretés rendues opposables par inscription d'un avis est déterminée en fonction de l'ordre d'inscription, quel que soit l'ordre de leur constitution;

b) La priorité entre des sûretés rendues opposables par une méthode autre que l'inscription est déterminée en fonction de l'ordre dans lequel elles sont rendues opposables; et

c) La priorité entre une sûreté rendue opposable par inscription et une sûreté rendue opposable par une autre méthode est déterminée (indépendamment du moment de la constitution) en fonction de l'ordre dans lequel sont intervenues l'inscription et l'autre méthode d'opposabilité.

La présente recommandation est soumise aux règles prévues dans les recommandations 77, 78 et 87 à 109, ainsi que les recommandations 178 à 185 (chap. IX sur le financement d'acquisitions, option A: approche unitaire).

Priorité d'une sûreté réelle mobilière inscrite dans un registre spécialisé ou annotée sur un certificat de propriété

77. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un bien qui est rendue opposable par inscription dans un registre spécialisé ou par annotation sur un certificat de propriété, comme le prévoit la recommandation 38 (chap. III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière), a la priorité sur:

a) Une sûreté réelle mobilière grevant le même bien pour laquelle un avis a été inscrit dans le registre général des sûretés ou qui a été rendue opposable par une méthode autre que l'inscription dans un registre spécialisé ou l'annotation sur un certificat de propriété, indépendamment de l'ordre; et

b) Une sûreté réelle mobilière grevant le même bien qui est inscrite dans le registre spécialisé ou annotée sur le certificat de propriété postérieurement.

78. La loi devrait prévoir que, si un bien grevé est transféré, loué ou mis sous licence et si, au moment du transfert, de la location ou de la mise sous licence, une sûreté réelle mobilière sur ce bien est opposable du fait de son inscription dans un registre spécialisé ou de son annotation sur un certificat de propriété, comme le prévoit la recommandation 38 (chap. III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière), les droits qu'acquiert le bénéficiaire du transfert, le preneur à bail ou le preneur de licence sont soumis à la sûreté, sous réserve des dispositions des recommandations 80 à 82. En revanche, si la sûreté n'a pas été rendue opposable par inscription dans un registre spécialisé ou par annotation sur un certificat de propriété, les droits qu'acquiert le bénéficiaire du transfert, le preneur à bail ou le preneur de licence sont libres de la sûreté.

Priorité des droits du bénéficiaire du transfert, du preneur à bail et du preneur de licence d'un bien grevé

79. La loi devrait prévoir que, si un bien grevé est transféré, loué ou mis sous licence et si une sûreté réelle mobilière grevant ce bien est opposable au moment du transfert, de la location ou de la mise sous licence, les droits qu'acquiert le bénéficiaire du transfert, le preneur à bail ou le preneur de licence sont soumis à la sûreté, sous réserve des dispositions des recommandations 78 et 80 à 82.

80. La loi devrait prévoir que:

a) Une sûreté réelle mobilière cesse de grever un bien que le constituant vend ou dont il dispose d'une autre manière, si le créancier garanti autorise cette vente ou cet autre acte de disposition du bien libre de la sûreté; et

b) Une sûreté réelle mobilière est sans incidence sur les droits d'un preneur à bail ou d'un preneur de licence du bien grevé si le créancier garanti autorise le constituant à louer ou à mettre sous licence le bien sans que la sûreté n'ait d'incidence sur lui.

81. La loi devrait prévoir que:

a) L'acheteur d'un bien meuble corporel (autre qu'un instrument ou document négociable) vendu dans le cours normal des affaires du vendeur prend le bien libre de la sûreté réelle mobilière, à condition qu'au moment de la vente il ne sache pas que cette dernière viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté;

b) Une sûreté réelle mobilière grevant un bien meuble corporel (autre qu'un instrument ou document négociable) est sans incidence sur les droits d'une personne prenant le bien à bail dans le cours normal des affaires du bailleur, à condition qu'au moment de la conclusion du bail elle ne sache pas que ce dernier viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté; et

c) Une sûreté réelle mobilière grevant un bien meuble incorporel est sans incidence sur les droits d'une personne prenant le bien sous licence non exclusive dans le cours normal des affaires du donneur de licence à condition qu'au moment de la conclusion de l'accord de licence elle ne sache pas que cette licence viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté.

82. La loi devrait prévoir que, si le bénéficiaire d'un transfert acquiert un droit sur un bien grevé libre de la sûreté réelle mobilière, toute personne qui par la suite acquiert auprès de lui un droit sur ce bien l'acquiert aussi libre de la sûreté. Si une sûreté réelle mobilière n'a aucune incidence sur les droits d'un preneur à bail ou d'un preneur de licence, elle n'a aucune incidence non plus sur les droits d'un sous-locataire ou d'un preneur de sous-licence.

Priorité des privilèges

83. La loi devrait limiter tant le type que le montant des privilèges d'origine légale qui ont priorité sur les sûretés réelles mobilières. Si de tels privilèges existent, ils devraient être décrits dans la loi de manière claire et précise.

Priorité des droits des créanciers judiciaires

84. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière a priorité sur les droits d'un créancier chirographaire à moins que celui-ci n'ait obtenu, en vertu d'autres règles de droit, un jugement ou une décision judiciaire provisoire contre le constituant et n'ait pris les mesures nécessaires pour acquérir des droits sur le bien grevé sur le fondement de ce jugement ou de cette décision avant que la sûreté n'ait été rendue opposable. La priorité de la sûreté s'applique au crédit accordé par le créancier garanti:

a) Avant l'expiration d'un délai de [bref délai à spécifier] jours après que le créancier chirographaire l'a avisé du fait qu'il a pris les mesures nécessaires pour acquérir des droits sur le bien grevé; ou

b) En vertu d'un engagement irrévocable de crédit (d'un montant déterminé ou à déterminer selon une formule spécifiée) de la part du créancier garanti, si cet engagement a été souscrit avant que le créancier chirographaire ne l'ait avisé du fait qu'il a pris les mesures nécessaires pour acquérir des droits sur le bien grevé.

La présente recommandation est soumise à l'exception prévue dans la recommandation 183 (chap. IX sur le financement d'acquisitions, option A: approche unitaire).

Priorité des droits des personnes fournissant des services concernant un bien grevé

85. La loi devrait prévoir que, si d'autres règles de droit confèrent à un créancier qui a fourni des services concernant un bien grevé (par exemple en le réparant, en le stockant ou en le transportant) des droits équivalents à une sûreté réelle mobilière, ces droits sont limités au bien en possession dudit créancier à concurrence de la valeur raisonnable des services fournis et ont priorité sur les sûretés réelles mobilières grevant le même bien qui ont été rendues opposables par l'une des méthodes mentionnées dans la recommandation 32 ou 34 (chap. III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière).

Priorité du droit de revendication du fournisseur

86. La loi devrait prévoir que, si d'autres règles de droit confèrent à un fournisseur de biens meubles corporels le droit de revendiquer ces biens, ce droit de revendication est primé par une sûreté réelle mobilière rendue opposable avant qu'il n'ait été exercé par le fournisseur.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un bien attaché à un immeuble

87. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière ou tout autre droit (tel que le droit d'un acheteur ou d'un preneur à bail) sur un bien attaché à un immeuble qui est constitué et rendu opposable conformément au droit immobilier, comme le prévoient les recommandations 21 (chap. II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière) et 43 (chap. III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière), a priorité sur une sûreté réelle mobilière grevant ce bien attaché qui a été rendue opposable par une des méthodes mentionnées dans la recommandation 32 ou 34 (chap. III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière).

88. La loi devrait prévoir que, lorsqu'elle est rendue opposable par inscription sur le registre immobilier conformément à la recommandation 43 (chap. III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière), une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel qui est un bien attaché à un immeuble au moment où elle est rendue opposable ou qui le devient par la suite a priorité sur une sûreté réelle mobilière ou tout autre droit sur l'immeuble concerné (tel que le droit d'un acheteur ou d'un preneur à bail) inscrit postérieurement dans le registre immobilier.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un bien attaché à un meuble

89. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière ou tout autre droit (tel que le droit d'un acheteur ou d'un preneur à bail) sur un bien attaché à un meuble qui est rendu opposable par inscription sur un registre spécialisé ou annotation sur un certificat de propriété conformément à la recommandation 42 (chap. III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière) a priorité sur une sûreté réelle mobilière ou un autre droit sur le meuble concerné inscrit postérieurement dans le registre spécialisé ou annoté postérieurement sur le certificat de propriété.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant une masse ou un produit fini

90. La loi devrait prévoir que, si deux sûretés réelles mobilières ou plus grevant le même bien meuble corporel se reportent sur une masse ou sur un produit fini, comme le prévoit la recommandation 22 (chap. II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière), elles conservent le rang de priorité qu'elles avaient les unes par rapport aux autres immédiatement avant que le bien ait été intégré à la masse ou au produit fini.

91. La loi devrait prévoir que, si des sûretés réelles mobilières grevant des biens meubles corporels distincts se reportent sur la même masse ou le même produit fini et si chaque sûreté est opposable, chaque créancier garanti a droit à une part égale au rapport entre la valeur de sa sûreté et la valeur maximale totale des sûretés sur la masse ou le produit fini. Pour cette formule, la valeur maximale d'une sûreté est soit la valeur déterminée conformément à la recommandation 22 (chap. II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière), soit le montant de l'obligation garantie si ce dernier est inférieur.

92. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière grevant un bien meuble corporel distinct en garantie du paiement de son acquisition qui se reporte sur une masse ou sur un produit fini et qui est opposable a priorité sur une sûreté réelle mobilière consentie par le même constituant sur la masse ou le produit fini.

Caractère indifférent de la connaissance de l'existence d'une sûreté réelle mobilière

93. La loi devrait prévoir que la connaissance de l'existence d'une sûreté réelle mobilière de la part d'un réclamant concurrent n'a aucune incidence sur la priorité[1].

Cession de rang

94. La loi devrait prévoir qu'un réclamant concurrent prioritaire peut à tout moment renoncer unilatéralement ou conventionnellement à sa priorité en faveur de tout autre réclamant concurrent existant ou futur.

Incidence de la continuité de l'opposabilité sur la priorité

95. La loi devrait prévoir qu'aux fins de la recommandation 76 une modification de la méthode utilisée pour rendre une sûreté réelle mobilière opposable n'a pas d'incidence sur la priorité de la sûreté, à condition que cette dernière ne soit inopposable à aucun moment.

96. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière a été inscrite ou rendue opposable et si, à un certain moment par la suite, elle n'est ni inscrite ni opposable, sa priorité remonte à la première date à laquelle elle est ensuite soit inscrite, soit rendue opposable.

Priorité des sûretés réelles mobilières garantissant des obligations existantes ou futures

97. La loi devrait prévoir que, sous réserve des dispositions de la recommandation 84, la priorité d'une sûreté réelle mobilière s'étend à toutes les obligations garanties, indépendamment du moment auquel elles naissent.

Portée de la priorité

98. La loi devrait prévoir que, si un État applique l'alinéa *d* de la recommandation 57 (chap. IV sur le système de registre), la priorité de la sûreté réelle mobilière est limitée au montant maximal indiqué dans l'avis inscrit.

Application des règles de priorité à une sûreté réelle mobilière sur un bien futur

99. La loi devrait prévoir qu'aux fins des alinéas *a* et *c* de la recommandation 76 la priorité d'une sûreté réelle mobilière s'étend à tous les biens grevés visés par l'avis inscrit, que ceux-ci

[1] Concernant l'incidence du fait de savoir qu'une opération viole les droits d'un créancier garanti, voir les recommandations 81, 102, alinéa *b*, 105 et 106.

soient acquis par le constituant ou créés à la date de l'inscription ou encore avant ou après cette date.

Application des règles de priorité à une sûreté réelle mobilière sur le produit

100. La loi devrait prévoir qu'aux fins de la recommandation 76 la date d'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière ou de l'inscription d'un avis la concernant est aussi celle de l'opposabilité ou de l'inscription d'une sûreté sur le produit du bien grevé.

2. Recommandations sur des biens particuliers

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un instrument négociable

101. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable qui est rendue opposable par transfert de la possession de l'instrument, comme le prévoit la recommandation 37 (chap. III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière), a priorité sur une sûreté réelle mobilière grevant l'instrument qui est rendue opposable par n'importe quelle autre méthode.

102. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable qui est rendue opposable par une méthode autre que le transfert de la possession de l'instrument a un rang inférieur aux droits d'un créancier garanti, d'un acheteur ou d'une autre personne à qui l'instrument est transféré (par convention) qui:

a) Est considérée comme un porteur protégé par le droit régissant les instruments négociables; ou

b) Prend possession de l'instrument négociable et s'exécute de bonne foi sans savoir que le transfert est effectué en violation des droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire

103. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire qui est rendue opposable par contrôle, comme le prévoit la recommandation 49 (chap. III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière), a priorité sur une sûreté réelle mobilière concurrente qui est rendue opposable par n'importe quelle autre méthode. Si une banque dépositaire conclut des accords de contrôle avec plusieurs créanciers garantis, la priorité entre ces créanciers est déterminée en fonction de l'ordre dans lequel les accords sont conclus. Si la banque est elle-même le créancier garanti, sa sûreté a priorité sur toute autre sûreté réelle mobilière (y compris une sûreté rendue opposable par un accord de contrôle passé avec elle, même si sa sûreté est postérieure) à l'exception de celle d'un créancier garanti qui a obtenu le contrôle en devenant titulaire du compte.

104. La loi devrait prévoir que le droit reconnu à la banque dépositaire par un autre droit d'effectuer une compensation entre, d'une part, les obligations dont le constituant lui est redevable et, d'autre part, le droit du constituant au paiement des fonds crédités sur un compte bancaire a priorité sur une sûreté réelle mobilière grevant ce droit à paiement, mais non sur une sûreté réelle mobilière d'un créancier garanti qui a obtenu le contrôle en devenant titulaire du compte.

105. La loi devrait prévoir que, lorsque le constituant transfère des fonds d'un compte bancaire, le bénéficiaire de ce transfert prend ces fonds libres de toute sûreté réelle mobilière sur le droit au paiement des fonds crédités sur le compte, sauf s'il sait que le transfert viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté. La présente recommandation ne porte pas atteinte aux droits dont les bénéficiaires de transferts de fonds provenant de comptes bancaires jouissent en vertu d'un autre droit.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant des espèces

106. La loi devrait prévoir qu'une personne qui entre en possession d'espèces grevées d'une sûreté réelle mobilière prend ces espèces libres de la sûreté, à moins qu'elle sache que le transfert viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté. La présente recommandation ne porte pas atteinte aux droits dont jouissent les détenteurs d'espèces en vertu d'un autre droit.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant

107. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant qui est rendue opposable par contrôle a priorité sur une sûreté réelle mobilière rendue opposable conformément à la recommandation 48 (chap. III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière). Si le contrôle a été obtenu par acceptation et si des acceptations contradictoires ont été données par une personne à plusieurs créanciers garantis, la priorité entre les sûretés est déterminée en fonction de l'ordre dans lequel les acceptations ont été données.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un document négociable ou un bien meuble corporel représenté par un document négociable

108. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable et sur les biens meubles corporels représentés par ce dernier est primée par tous les droits supérieurs qu'acquiert le bénéficiaire du transfert du document conformément au droit régissant les documents négociables.

109. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel qui a été rendue opposable par transfert de la possession d'un document négociable a priorité sur une sûreté réelle mobilière concurrente rendue opposable par une autre méthode. La présente règle ne s'applique pas à une sûreté réelle mobilière grevant des biens autres que des stocks, si la sûreté du créancier garanti qui n'est pas en possession du document négociable a été rendue opposable avant l'une des deux dates suivantes, la plus rapprochée étant retenue:

a) Celle à laquelle le bien devient l'objet du document; ou

b) Celle à laquelle le constituant et le créancier garanti en possession du document ont conclu un accord prévoyant que le bien fera l'objet d'un document négociable pour autant que le bien fasse effectivement l'objet d'un tel document dans un délai de [bref délai à spécifier] jours à compter de la date de l'accord.

VI. Droits et obligations des parties à la convention constitutive de sûreté

A. Remarques générales

1. Introduction

1. La convention constitutive de sûreté exprime l'accord passé entre le constituant et le créancier garanti. En tant que contrat, elle est soumise au droit général des contrats d'un État qui régit notamment la formation, l'interprétation, l'effet, l'inexécution, la résolution et l'exécution de ces derniers. Toutefois, en raison des buts particuliers qu'elle poursuit, les États adoptent normalement des règles supplémentaires spéciales concernant sa formation et ses effets. Ces règles prévoient généralement, par exemple, un régime d'opposabilité relativement complet tout en laissant au constituant et au créancier garanti le soin de déterminer contractuellement la plupart des effets *inter partes* (voir recommandation 10, chap. I sur le champ d'application).

2. Le contenu de la convention constitutive de sûreté varie selon les besoins et les souhaits des parties. En règle générale, ses clauses portent sur trois éléments principaux. Premièrement, la convention comporte un certain nombre de dispositions qui sont impératives pour la constitution de la sûreté. Ces dispositions concerneraient, par exemple, la description des biens grevés et de l'obligation garantie. Dans le chapitre II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, le *Guide* recommande que ces conditions impératives pour qu'une convention produise ses effets entre les parties soient réduites au minimum et faciles à satisfaire (voir recommandations 13 à 15, chap. II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière).

3. Deuxièmement, la convention constitutive de sûreté standard comprend habituellement différentes dispositions indiquant quels seront les droits et les obligations des parties une fois qu'elle aura pris effet entre elles. Nombre de ces dispositions ont trait aux conséquences d'une défaillance du constituant ou d'un manquement de la part du créancier garanti à l'une de ses obligations. Souvent, les faits constitutifs d'une défaillance du constituant et les moyens dont dispose le créancier garanti pour faire exécuter les dispositions de la convention sont énumérés en détail. Les conséquences importantes que la réalisation peut avoir pour les droits des tiers ont généralement amené les États à énoncer de manière assez précise un ensemble de règles impératives régissant la défaillance et la réalisation (voir chap. VIII sur la réalisation d'une sûreté réelle mobilière). Ces règles visent normalement à protéger les droits du constituant et des tiers. Du fait de leur nature impérative, elles l'emportent nécessairement sur toutes les dispositions de la convention accordant au créancier des droits et moyens contraires. Dans certains systèmes juridiques, ces règles peuvent toutefois faire l'objet d'une renonciation de la part du constituant après la défaillance (voir recommandation 133, chap. VIII sur la réalisation d'une sûreté réelle mobilière) ou de la part du créancier garanti à tout moment (voir recommandation 134,

chap. VIII sur la réalisation d'une sûreté réelle mobilière). Si les clauses de la convention constitutive de sûreté ne sont pas contraires à ces règles impératives, ou si elles accordent au débiteur ou aux tiers une protection encore plus importante que ces règles (par exemple en donnant au constituant ou aux tiers le droit de régulariser l'inexécution de la convention après la défaillance), elles régissent alors la relation entre les parties après défaillance.

4. Troisièmement, la convention constitutive de sûreté comporte en général un certain nombre de dispositions destinées à régir certains aspects de la relation entre les parties après la constitution mais avant la défaillance. Pour que les opérations garanties soient efficaces et prévisibles, il faut souvent ajouter des clauses détaillées sur certains de leurs aspects. De nombreux États encouragent activement les parties à adapter les dispositions de leur convention à leurs propres besoins. Cependant, comme dans le cas des droits et obligations après défaillance, ces mêmes États posent également diverses règles impératives relatives aux droits et obligations avant défaillance, en particulier lorsque les droits des tiers peuvent être affectés. Cela étant, afin d'offrir aux constituants et aux créanciers garantis un maximum de souplesse pour élaborer leur convention "sur mesure", ils limitent généralement ces règles impératives au minimum.

5. Si les États se refusent généralement à imposer un ensemble exhaustif de règles impératives régissant les droits et obligations du constituant et du créancier garanti avant défaillance, ils souhaitent toutefois leur offrir des orientations sur la question. En effet, beaucoup d'entre eux adoptent un nombre plus ou moins important de règles non impératives qui s'appliquent sauf disposition contraire des parties dans leur convention constitutive de sûreté. Le présent chapitre ne traite pas l'ensemble des situations dans lesquelles les États pourraient, s'ils le souhaitent, élaborer de telles règles, mais propose plutôt une simple liste indicative et non exhaustive des règles supplétives avant défaillance que l'on rencontre fréquemment dans les législations nationales actuelles.

6. La discussion ci-après porte sur trois principaux points. Le premier, examiné dans la section A.2, concerne le principe de l'autonomie des parties et la mesure dans laquelle celles-ci devraient être libres de façonner les dispositions de leur convention (si l'on part du principe que cette dernière satisfait aux conditions de fond et de forme exigées pour la constitution d'une sûreté). Le deuxième, analysé à la section A.3, concerne les règles impératives qui devraient régir les droits et obligations des constituants et des créanciers garantis avant défaillance. Le troisième, qui fait l'objet des sections A.4 et A.5, concerne le type de règles non impératives qui pourraient figurer dans une législation moderne relative aux opérations garanties.

7. La section B du présent chapitre examine différentes règles impératives et non impératives concernant les droits et obligations avant défaillance pour certains types de biens et d'opérations. Enfin, le chapitre se termine, à la section C, par une série de recommandations.

2. Autonomie des parties

a) *Généralités*

8. Au chapitre I[er] sur le champ d'application, le *Guide* pose le principe de l'autonomie des parties, qui est l'un des piliers de son approche fondamentale en matière d'opérations

garanties (voir recommandation 10, chap. I sur le champ d'application). Dans la plupart des États, ce principe relève du droit général des contrats et s'applique au droit des opérations garanties du simple fait qu'une convention constitutive de sûreté est un contrat. L'idée centrale est que, à moins qu'un État n'en dispose autrement, le créancier garanti et le constituant devraient être libres de façonner leur convention constitutive comme ils l'entendent. Si l'autonomie des parties confère aux fournisseurs de crédit un grand pouvoir pour déterminer la teneur de la convention, l'idée ici est qu'en donnant la possibilité au créancier garanti et au constituant de structurer leur opération et de répartir les droits et obligations avant défaillance de la manière la mieux adaptée à leurs objectifs on permettra au constituant de bénéficier d'un accès plus large au crédit garanti.

9. Le principe de l'autonomie des parties comporte deux dimensions distinctes lorsqu'il s'applique aux droits et obligations avant défaillance. La première concerne les États. S'il est vrai que ceux-ci devraient être libres d'adopter des règles impératives destinées à régir les aspects essentiels de la relation entre les parties, ces règles devraient être limitées en nombre et leur portée clairement précisée. La deuxième concerne les effets recherchés par un constituant et un créancier garanti dans leur convention. Une disposition dérogeant aux règles non impératives ou les modifiant, ou traitant de questions non visées par les règles supplétives d'un État, n'oblige que les parties elles-mêmes et, sous réserve des principes généraux du droit des contrats, n'a aucune incidence sur les droits des tiers.

10. L'autonomie des parties est parfois limitée par des règles législatives impératives, que ce soit dans le droit des opérations garanties ou dans d'autres branches du droit. De nombreux États ont adopté des règles sur la protection des consommateurs qui réglementent fortement les opérations de ces derniers, en limitant souvent strictement la possibilité pour les créanciers garantis et les constituants de concevoir leur propre régime de droits et d'obligations avant défaillance. Par exemple, une règle interdit aux créanciers garantis de restreindre le droit des constituants-consommateurs à vendre les biens grevés ou à en disposer. De même, de nombreux États ont adopté des lois sur le droit de la famille qui limitent considérablement l'autonomie des parties lorsque des "biens de famille" ou des "acquêts" sont en jeu. Une règle, par exemple, interdit aux créanciers garantis de limiter l'utilisation que peuvent faire les constituants de ces "biens de famille". Le *Guide* recommande que la loi sur les opérations garanties s'applique aux sûretés réelles mobilières constituées ou acquises par des consommateurs, sans qu'elle ait toutefois d'incidence sur les droits reconnus à ces derniers par les règles destinées à les protéger (voir chap. I sur le champ d'application du *Guide*, par. 11, et recommandation 2, al. *b*).

11. Outre ces règles impératives applicables à certains constituants et à certains biens qui figurent dans d'autres branches du droit, il est fréquent que les États imposent différentes règles impératives de nature plus générale. Ces règles figurent habituellement dans la législation sur les opérations garanties et ont trait le plus souvent à la défaillance et à la réalisation (par exemple la règle de conduite dans le contexte de la réalisation ne peut faire l'objet d'aucune renonciation unilatérale ni d'aucune modification par convention; voir recommandation 132, chap. VIII sur la réalisation d'une sûreté réelle mobilière). Certaines, cependant, concernent aussi les droits et obligations avant défaillance (par exemple la partie en possession des biens grevés doit en prendre raisonnablement soin, les restituer et faire radier tout avis inscrit dès le complet paiement de l'obligation garantie; voir recommandations 111 et 112). Elles sont examinées à la section suivante du présent chapitre.

12. L'autonomie des parties étant le principe fondamental, le créancier garanti et le constituant énoncent souvent en détail un certain nombre d'éléments structurant leur convention. Par exemple, ils préciseront généralement les points suivants:

a) Le bien qui sera grevé et les conditions dans lesquelles un bien non grevé à l'origine peut le devenir ultérieurement;

b) L'obligation qui sera garantie dans le cadre de la convention (ainsi que les obligations futures);

c) Ce que le constituant peut ou ne peut pas faire des biens grevés (notamment s'il a le droit de les utiliser, de les transformer, d'en percevoir les fruits et les revenus et d'en disposer);

d) Si et comment le créancier garanti peut prendre possession du bien grevé avant défaillance, ainsi que ses droits et obligations à l'égard d'un bien grevé en sa possession;

e) Les déclarations faites et les obligations souscrites par le constituant concernant le bien grevé, comme l'obligation de le conserver en bon état, de l'assurer contre la perte et d'informer le créancier garanti si un droit légal est revendiqué sur ce bien; et

f) Les faits constitutifs de la défaillance (essentiellement celle du constituant, mais aussi celle du créancier garanti).

13. C'est dans ce contexte d'autonomie des parties et compte tenu de sa portée habituelle telle que reflétée dans la convention constitutive de sûreté que devraient être interprétées les différentes règles impératives et non impératives énoncées ci-après.

b) *Source des droits et des obligations des parties*

14. La plupart des règles impératives et non impératives relatives aux droits et obligations des parties avant défaillance ont trait à la manière dont les prérogatives et les devoirs attachés au droit de propriété sont répartis entre le constituant et le créancier garanti. Conformément au principe de l'autonomie des parties et sous réserve des limites applicables (voir par. 9 à 11 ci-dessus), la plupart des États considèrent que ce sont les parties elles-mêmes qui devraient déterminer leurs droits et obligations réciproques avant défaillance. Il importe donc de déterminer la source de ces droits et obligations.

15. En principe, ces droits et obligations sont déterminés par les conditions particulières que les parties ont prévues dans leur convention, y compris toutes les conditions générales (comme les clauses tacites qui sont souvent énumérées dans la législation sur les assurances) incorporées par référence. En outre, le droit national de la plupart des États prévoit que, puisque la convention constitutive de sûreté peut se référer à une relation continue entre les parties qui est courante dans un secteur ou un domaine précis, celles-ci devraient être liées par les usages auxquels elles ont consenti. Enfin, à moins d'en décider autrement, les parties devraient dans l'exécution de leur convention être liées par toutes les habitudes qui se sont établies entre elles. Le *Guide* part de l'idée que la convention entre les parties constitue la source première de leurs droits et obligations réciproques, à

quoi s'ajoutent les usages auxquels elles ont consenti et, en l'absence d'accord contraire, leurs propres habitudes (voir recommandation 110).

3. Règles impératives sur les droits et obligations avant défaillance

a) *Généralités*

16. On trouve des règles impératives sur les droits et obligations des parties avant défaillance aussi bien dans le droit des opérations garanties que dans d'autres branches du droit. Ces règles relèvent en général de trois grandes catégories. La première, qui, comme noté précédemment (voir par. 10 ci-dessus), figure habituellement dans les législations sur la protection des consommateurs ou sur les biens de famille, est d'une portée et d'une application très particulières. Le *Guide* reconnaît l'importance que les États peuvent attacher à ces questions (voir recommandation 2, al. *b,* chap. I sur le champ d'application). Cependant, afin de tirer le meilleur parti, sur le plan économique, du régime des opérations garanties, ils devraient préciser clairement la portée de ces règles limitant la liberté des parties d'adapter leurs droits et obligations avant défaillance à leurs besoins et à leurs souhaits.

17. La deuxième catégorie de règles porte sur les éléments de fond que les parties peuvent inclure dans leur convention. Ces règles sont généralement conçues comme des limites générales aux droits des créanciers garantis et s'appliquent que le constituant soit un consommateur ou une entreprise. Elles peuvent varier énormément d'un État à l'autre. Par exemple, dans le cas de certaines conventions constitutives permettant au créancier garanti d'obtenir une sûreté sur tous les biens du constituant (un nantissement d'entreprise par exemple), certains États ont adopté des dispositions législatives afin de réserver aux créanciers chirographaires une part des biens dans le contexte de l'insolvabilité. D'autres États ne permettent pas aux créanciers de limiter le droit du constituant à utiliser ou à transformer les biens grevés si l'utilisation ou la transformation est conforme à la nature et à la destination des biens. D'autres encore ne permettent pas à un créancier garanti d'utiliser les fruits naturels et civils ou les revenus générés par les biens grevés en sa possession ni de les affecter au paiement de l'obligation garantie.

18. En raison de l'importance qu'il attache au principe de l'autonomie des parties, le *Guide* estime que les États ne devraient généralement pas adopter de règles impératives sur la relation avant défaillance restreignant le nombre ou la nature des obligations que les créanciers garantis et les constituants peuvent exiger les uns des autres. Cependant, les préoccupations évoquées plus haut sont souvent fondées et, selon la nature particulière de leur économie ou de l'entreprise commerciale qui octroie la sûreté réelle mobilière, les États peuvent ressentir le besoin de réglementer cette relation de manière plus stricte. Dans ce cas, toutefois, afin de ne pas limiter inutilement l'autonomie des parties, ces règles impératives devraient: *a)* être formulées de façon claire; *b)* être rédigées en termes précis et restrictifs et non généraux; et *c)* comme les règles analogues relatives à la relation après défaillance, reposer sur des motifs d'ordre public reconnus tels que la bonne foi, la loyauté commerciale et le comportement "commercialement raisonnable" (voir recommandations 131 et 132, chap. VIII sur la réalisation d'une sûreté réelle mobilière).

19. Une troisième catégorie de règles impératives avant défaillance vise à empêcher que les objectifs fondamentaux du régime d'opérations garanties soient détournés. Les États mettent généralement en place des règles impératives de ce type pour imposer des obligations minimales à la partie qui est en possession ou a le contrôle des biens grevés. Par exemple, l'un des principaux objectifs de la sûreté étant de fournir au créancier, en cas de défaillance, une priorité sur le paiement de la somme d'argent générée par la vente des biens grevés, il serait conforme à cet objectif que le constituant soit tenu de conserver les biens afin qu'ils ne se déprécient pas. Cette obligation comprendrait notamment le devoir de ne pas dilapider les biens ou d'éviter toute détérioration des biens autre que celle liée à une utilisation normale, afin d'en préserver la valeur économique.

20. Les règles imposant au constituant et, lorsqu'il est en possession des biens grevés, au créancier garanti l'obligation de prendre raisonnablement soin de ces biens, et plus généralement les règles destinées à conserver les biens grevés, visent à inciter les parties à une convention constitutive de sûreté à se conduire de manière responsable. Ce type de règles n'a cependant pas le même impact que les règles de protection du consommateur ou les règles impératives énonçant les éléments de fond d'une convention constitutive de sûreté. Ces dernières doivent être respectées pour que la sûreté elle-même soit constituée et ne peuvent être écartées ni au moment de la négociation de la convention ni ultérieurement. Les États adoptent généralement une approche plus nuancée en ce qui concerne les règles impératives sur les droits et obligations avant défaillance fixées dans le régime des opérations garanties.

21. Dans la plupart des systèmes juridiques, la règle de base interdit aux parties de déroger par convention aux règles impératives qui fixent les droits et devoirs généraux s'imposant à elles avant défaillance. Les États ne leur permettent habituellement pas, par exemple, d'écarter par contrat leur obligation de prendre raisonnablement soin des biens grevés. Cela ne les empêche pas toujours, cependant, de renoncer à se prévaloir d'un manquement à cette obligation après les faits. De nombreux États prévoient que le créancier garanti peut par la suite libérer le constituant des obligations qui lui incombaient avant défaillance (y compris celles découlant de règles impératives) ou renoncer aux droits dont il peut se prévaloir en cas de manquement du constituant. En revanche, compte tenu du rapport de forces habituel entre les parties, nombre de ces mêmes États estiment que le constituant ne devrait pas être autorisé à libérer le créancier garanti, avant défaillance, des obligations qui lui sont imposées par des règles impératives.

22. Les règles impératives sur la relation avant défaillance recommandées dans le *Guide* visent des objectifs généraux qui sont conformes aux principes essentiels d'un régime efficace et effectif d'opérations garanties ici définis (voir recommandation 1, Introduction). Elles fixent des droits et obligations avant défaillance qui *a)* encouragent les parties en possession des biens grevés à les conserver; et *b)* garantissent qu'une fois l'obligation garantie payée, ou exécutée d'une autre manière, le constituant recouvrera l'utilisation et la jouissance pleines et entières des biens précédemment grevés.

23. Le chapitre IX du *Guide* sur le financement d'acquisitions envisage que certains États puissent choisir de conserver la réserve de propriété et le crédit-bail en tant que techniques indépendantes de financement d'acquisitions. Le vendeur ou le bailleur bénéficie alors non pas d'une sûreté réelle mobilière, mais plutôt d'un droit de revendiquer la propriété du bien, jusqu'au paiement complet du prix d'achat dans le cas d'une vente et

pendant toute la durée de l'opération dans le cas d'un crédit-bail. Pour cette raison, même si les objectifs économiques fondamentaux de ces opérations sont identiques à ceux d'une sûreté réelle mobilière ordinaire en garantie du paiement d'une acquisition, les règles impératives relatives aux droits et obligations des parties avant défaillance devront être formulées de manière légèrement différente pour obtenir les mêmes résultats généraux. Par exemple, le vendeur qui reste propriétaire ne devrait pas pouvoir échapper à son obligation de s'abstenir de conclure avec des tiers des opérations nuisant aux droits d'un acheteur qui n'est pas défaillant. De la même manière, l'acheteur qui est en possession d'un bien mais dont le droit de propriété reste éventuel ne devrait pas pouvoir échapper à son obligation de conserver le bien. Ces adaptations nécessaires sont examinées au chapitre IX, section A.9.

b) *Obligation de conserver les biens grevés*

24. Le bien grevé est l'un des principaux éléments assurant au créancier le remboursement de l'obligation garantie. C'est aussi un bien que le constituant espère et souhaite normalement continuer d'utiliser librement une fois le prêt ou le crédit remboursé. Ils ont donc l'un comme l'autre intérêt à le conserver.

25. Le plus souvent, la personne qui est en possession du bien grevé est la mieux placée pour en assurer la conservation. Cela explique pourquoi les États font normalement peser sur elle l'obligation de prendre raisonnablement soin du bien. Ce n'est qu'exceptionnellement, et presque toujours dans le cas de biens meubles incorporels, qu'une personne n'ayant pas la possession virtuelle du bien grevé pourrait être la mieux placée pour en prendre soin. L'objectif étant de répartir équitablement l'obligation de prendre soin des biens grevés et d'inciter les parties à les conserver, il importe peu que ces biens soient en la possession du constituant ou du créancier garanti. Le devoir impératif de conservation incombant à la personne en possession des biens devrait être identique dans les deux cas.

26. La teneur précise de cette obligation peut varier considérablement selon la nature du bien grevé. Dans le cas de biens meubles corporels, la partie en leur possession est avant tout tenue à leur conservation matérielle. Lorsqu'il s'agit de biens meubles corporels inanimés, elle serait tenue en particulier de les maintenir en bon état et de ne pas les utiliser dans un but différent de leur usage normal compte tenu des circonstances. Par exemple, si le bien grevé est une machine, la partie qui est en sa possession et l'utilise ne doit pas la laisser dehors sous la pluie et doit également en assurer l'entretien régulier. Ou encore, si une sûreté est prise, par exemple, sur un véhicule destiné au transport de passagers, la personne qui se trouve en sa possession et qui est autorisée à l'utiliser ne peut s'en servir comme camionnette à des fins commerciales.

27. Lorsque les biens grevés sont des stocks, l'obligation de conservation peut exiger d'autres mesures, plus contraignantes, de la part de la personne en leur possession. À la différence du matériel, les stocks sont souvent exposés et plus faciles à voler. De ce fait, le constituant (la partie la plus susceptible d'en avoir la possession) doit fournir une garantie suffisante contre la "freinte" des stocks et les exposer convenablement pour éviter la casse ou les entreposer de manière à prévenir toute détérioration. Par exemple, s'il s'agit de matériel électronique coûteux, ou de verrerie particulièrement fragile, il pourrait être nécessaire de les conserver dans des caisses fermées à clef; et s'il s'agit de

denrées alimentaires périssables, la personne en leur possession devrait les entreposer dans des locaux réfrigérés.

28. Dans le cas de biens meubles corporels vivants comme des animaux, l'obligation devrait être la même. Il ne suffit pas de maintenir l'animal en vie. La personne en possession doit veiller à ce qu'il soit bien nourri et maintenu en bonne santé (par exemple à ce qu'il reçoive des soins vétérinaires adéquats). Lorsque l'animal nécessite un entretien particulier pour le maintenir en bonne condition (par exemple un exercice adapté pour un cheval de course, une traite régulière pour une vache), l'obligation de soin comprend aussi cet entretien. Enfin, comme pour le matériel, l'animal ne peut pas non plus être utilisé dans un but anormal. Ainsi, on ne saurait utiliser un taureau primé dont la valeur repose dans le prix des saillies comme bête de somme.

29. Si le bien grevé est un droit au paiement d'une somme d'argent représenté par un instrument négociable, l'obligation de soin comprendra indiscutablement la conservation matérielle de l'instrument. En pareil cas, cependant, elle consistera en outre à prendre les mesures nécessaires pour maintenir ou préserver les droits du constituant à l'encontre des signataires antérieurs liés par l'instrument (par exemple présenter l'instrument, faire dresser protêt, si le droit l'exige, et notifier le refus). Il peut également incomber à la personne en possession de l'instrument négociable d'éviter que le constituant ne perde ses droits à l'encontre des signataires antérieurs en prenant certaines mesures contre les personnes tenues au paiement à titre subsidiaire (par exemple les garants). Lorsque le bien meuble corporel est un document négociable, là encore, la personne en possession doit le conserver matériellement. De plus, si celui-ci est limité dans le temps, elle doit le présenter avant sa date d'expiration pour demander la remise matérielle des biens qu'il représente.

30. Lorsque le bien grevé est incorporel, il est plus difficile de définir l'obligation de soin raisonnable par référence à la personne en possession du bien. Souvent, le bien en question est un simple droit contractuel à recevoir un paiement. Le caractère de l'obligation de conservation en pareil cas est examiné plus loin à la section B. Lorsque le bien grevé est un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, une propriété intellectuelle ou le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant, les États prévoient généralement les droits et obligations respectifs des parties à l'opération dans une législation spéciale régissant ce type de biens particulier.

31. Lorsqu'ils déterminent l'étendue de l'obligation de conservation qui incombe à la personne en possession des biens grevés, les États font une analyse coût-avantages pour en dégager la meilleure manière de garantir une répartition équitable de cette obligation. Le problème principal est d'éviter de faire peser une charge excessive sur la personne en possession des biens. Compte tenu de ce qui précède, le *Guide* recommande aux États d'adopter une règle impérative générale sur la relation avant défaillance imposant à toutes les parties en possession des biens grevés l'obligation d'en prendre raisonnablement soin pour les conserver (voir recommandation 111).

c) *Obligation de préserver la valeur des biens grevés*

32. Dans de nombreux cas, la conservation matérielle du bien grevé suffit pour en préserver la valeur. Parfois, toutefois, des mesures supplémentaires sont nécessaires. Le

cas particulier des biens meubles incorporels est examiné ci-dessous dans la section B. S'agissant des biens meubles corporels, les États font habituellement une distinction entre les obligations du constituant et celles du créancier garanti. Étant donné que le bien grevé représente pour le second une garantie de paiement, le premier est parfois tenu d'accomplir des actes non seulement pour le conserver matériellement, mais aussi pour en préserver la valeur. Le constituant peut, par exemple, être tenu d'installer des mises à jour de logiciel ou de restituer du matériel à un fournisseur pour réparation dans le cadre d'une procédure de rappel. Là encore, pour déterminer l'étendue de cette obligation incombant au constituant, les États doivent en peser les avantages et les contraintes.

33. Certains États n'obligent pas le créancier garanti en possession du bien grevé à en préserver la valeur. En effet, si l'imposition d'une telle obligation doit contraindre le créancier garanti à assumer la lourde tâche de surveiller de près le bien grevé, ce dernier perdra tout simplement sa valeur en tant que garantie au détriment du constituant. Cela vaut en particulier pour les biens meubles incorporels. Par exemple, le créancier garanti ne devrait pas être tenu de prendre de mesures pour maintenir la valeur marchande d'une marque, ni de procéder à une analyse d'investissement pour préserver la valeur d'un portefeuille d'actions. En tout état de cause, il est toujours dans l'intérêt du constituant que le bien grevé conserve sa valeur et, de ce fait, les parties prévoient normalement la possibilité pour celui-ci d'indiquer au créancier garanti en possession du bien les mesures à prendre pour en préserver la valeur dans de tels cas. En règle générale, toute somme dépensée à cette fin est soit payée à l'avance par le constituant, soit ajoutée à l'opération garantie.

34. À l'inverse, d'autres États imposent au créancier garanti et au constituant en possession des biens grevés une obligation expresse d'en préserver la valeur lorsque la seule conservation des biens meubles corporels grevés n'y suffit pas. En règle générale, les États ne spécifient toutefois pas le contenu de cette obligation et laissent aux parties le soin de prévoir dans leur convention constitutive de sûreté les obligations supplémentaires permettant d'atteindre cet objectif. Dans leur esprit, le créancier garanti et le constituant sont généralement ceux qui connaissent le mieux les mesures à prendre pour chaque bien et devraient donc être libres d'établir contractuellement les obligations qu'ils jugent appropriées. L'avantage de cette position est que, tout en reconnaissant l'importance de préserver les biens meubles corporels d'une dépréciation anormale, les États autorisent les parties à convenir entre elles des mesures raisonnables qui devraient être prises en fonction des circonstances particulières de chaque cas. Conformément à cette tendance générale, le *Guide* recommande aux États d'adopter une règle impérative sur la relation avant défaillance obligeant les parties en possession des biens meubles corporels grevés à prendre des mesures raisonnables pour en préserver la valeur avant défaillance, mais ne recommande pas de norme plus spécifique que les États devraient adopter à cette fin (voir recommandation 111).

d) *Obligation de restituer les biens grevés et de faire radier tout avis inscrit*

35. L'objectif central d'une sûreté réelle mobilière est d'accroître les chances d'exécution de l'obligation garantie, soit du fait que le constituant sera encouragé à rembourser cette obligation, soit du fait que la valeur du bien grevé sera affectée à son paiement. Cette sûreté n'est ni un moyen d'obtenir du constituant un excédent de valeur ni un transfert

déguisé du bien grevé au créancier. Dès que l'obligation garantie a été satisfaite, juridiquement, la sûreté prend fin et le constituant a le droit de reprendre possession et de jouir pleinement de la propriété du bien libre de toute sûreté. Pour donner effet à ce droit, la plupart des États adoptent des règles impératives régissant les obligations du créancier garanti une fois que l'obligation garantie a été remboursée en totalité et qu'il a été mis fin à l'ensemble des engagements de crédit. Ces obligations sont de deux types: certaines concernent la restitution au constituant des biens grevés dans le cas où le créancier garanti était en possession desdits biens au moment de l'exécution intégrale de l'obligation garantie, d'autres visent les mesures à prendre pour permettre au constituant de jouir de son droit sur ces biens en levant tous les obstacles qui découlent de l'existence antérieure de la sûreté.

36. Le *Guide* envisage, dans la plupart des cas, la possibilité pour le créancier garanti qui le souhaite de rendre ses droits opposables en prenant possession du bien grevé (voir recommandation 37, chap. III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière). En outre, même si la sûreté est rendue opposable par inscription d'un avis et non par prise de possession du bien grevé, le constituant peut néanmoins, compte tenu du principe de l'autonomie des parties, consentir à ce que le créancier garanti prenne possession du bien. Ce consentement peut être donné soit au moment de la constitution de la sûreté, soit ultérieurement. Dans le second cas, il n'est même pas nécessaire que le constituant contrevienne à la convention constitutive de sûreté. Quelle que soit son origine, la possession du créancier garanti est fondée sur la convention entre les parties et est liée aux objectifs de celle-ci.

37. L'objectif de la sûreté étant de garantir l'exécution d'une obligation, le constituant devrait pouvoir, une fois cette obligation exécutée, recouvrer soit la possession des biens grevés, soit l'accès sans restriction à ces biens, soit les deux, d'où l'obligation formelle faite par de nombreux États au créancier garanti de lui restituer les biens dès le complet paiement de l'obligation garantie et la fin de tous les engagements de crédit. Dans ces États, il incombe au créancier de remettre les biens et non au constituant de les réclamer ou les reprendre. Dans d'autres États, le créancier n'est pas tenu de les remettre, mais doit uniquement permettre au constituant de les réclamer. Lorsqu'un tiers, du fait de la constitution de la sûreté, détient pour le compte du créancier garanti des biens meubles corporels qu'il détenait initialement pour le compte du constituant, de nombreux États exigent que le créancier indique à ce tiers que l'obligation garantie a été payée et que la possession se fait de nouveau pour le compte exclusif du constituant. De nombreux États prévoient une obligation analogue lorsque le créancier garanti a conclu un accord de contrôle avec une institution de dépôt. Ils exigent généralement que le créancier informe expressément le dépositaire que l'accord de contrôle n'a plus d'effet. Ces différentes exigences ont toutes pour but de permettre au constituant d'exercer son droit d'utiliser librement les biens grevés une fois que l'obligation garantie a été payée en totalité et qu'il a été mis fin à l'ensemble des engagements de crédit.

38. Certains États considèrent que le créancier garanti doit également accomplir certains actes pour que le constituant soit placé dans la même position que celle qu'il occupait avant la constitution de la sûreté. Dans le cas de biens meubles incorporels, il serait tenu d'aviser tout tiers débiteur (par exemple le débiteur d'une créance) que l'obligation garantie a été payée en totalité et que le constituant est de nouveau fondé à recevoir paiement de l'obligation. De manière plus générale, certains États font obligation aux créanciers garantis de libérer les biens grevés et, dans les cas où la sûreté a été rendue

opposable par inscription d'un avis sur un registre, de prendre des mesures pour supprimer les effets attachés à l'inscription. Ainsi, lorsque les inscriptions ne sont pas automatiquement supprimées d'un registre à l'expiration d'une période relativement courte, ces États imposent aux créanciers de demander leur radiation. De même, lorsque la sûreté a fait l'objet d'une annotation sur un certificat de propriété, certains États font obligation au créancier garanti de faire le nécessaire pour que cette annotation soit retirée du certificat. Le point commun à ces différentes exigences est que le créancier garanti doit prendre des mesures pour supprimer toute preuve formelle de son droit antérieur qui risquerait de laisser croire à des tiers que la sûreté pourrait encore grever les biens du constituant.

39. La règle impérative que le *Guide* recommande d'adopter pour régir la relation entre les parties après paiement de l'obligation garantie reflète dans une large mesure les considérations susmentionnées (voir recommandation 112). Son objectif premier est d'assurer que le constituant recouvre l'usage et la jouissance complets des biens précédemment grevés et puisse effectivement les utiliser dans des opérations avec des tiers, libres de tout obstacle découlant de la sûreté qui n'existe plus. Lorsque la réalisation de cet objectif implique la radiation d'un avis dans le registre général des sûretés, le *Guide* recommande que le constituant puisse contraindre le créancier garanti à y procéder ou, sous certaines conditions, qu'il puisse y procéder lui-même (voir recommandation 72, chap. IV sur le système de registre).

4. Règles non impératives sur les droits et obligations avant défaillance

40. Outre différentes règles impératives régissant les droits et obligations des parties avant défaillance, la plupart des États ont établi un ensemble de règles non impératives plus ou moins nombreuses sur d'autres questions se posant avant la défaillance. Ces règles qui sont applicables "sauf convention contraire des parties" sont appelées différemment d'un État à l'autre (par exemple *jus dispositivum*, règles supplétives, règles par défaut). Elles ont toutefois une particularité commune: elles ont vocation à s'appliquer automatiquement, en tant que clauses venant s'ajouter à la convention constitutive de sûreté, sauf s'il est avéré que les parties avaient l'intention de les écarter ou de les modifier.

41. Différents motifs sont invoqués pour justifier l'idée des règles non impératives. Certains États les utilisent pour protéger la partie la plus faible, en partant du principe que la partie la plus forte s'en servirait comme référence si elle cherchait à négocier une disposition contractuelle différente. D'autres les considèrent comme des règles qui reflètent simplement les conditions d'une convention que les parties auraient probablement elles-mêmes négociées si leur attention s'était portée sur ces points particuliers. Le *Guide* estime que ces règles non impératives se justifient véritablement par le fait qu'elles peuvent être utilisées pour promouvoir des objectifs généraux conformes à la logique d'un régime d'opérations garanties. Il n'est pas difficile de trouver des exemples de règles non impératives fondées sur ce motif. De plus, dans de nombreux États, le droit prévoit que, sauf convention contraire des parties, le constituant déposera toute somme obtenue d'une assurance en raison de la perte ou de l'endommagement du bien grevé sur un compte de dépôt contrôlé par le créancier garanti, ou que, toujours à moins d'une convention contraire entre les parties, les revenus générés par le bien grevé peuvent être conservés par le créancier garanti pendant la durée de la convention constitutive de sûreté, à titre de biens grevés supplémentaires, de manière à être affecté, en cas de défaillance, au

paiement de l'obligation garantie. Compte tenu de cet objectif général, il y a au moins quatre raisons pour lesquelles les États pourraient choisir de mettre en place un ensemble de règles non impératives.

42. Premièrement, en répartissant les droits et les obligations entre le créancier garanti et le constituant de la manière dont ils auraient eux-mêmes vraisemblablement convenu, un ensemble de règles non impératives contribue à réduire le coût des opérations, car il évite aux parties d'avoir à négocier et à rédiger de nouvelles dispositions dans la mesure où il apporte déjà une solution satisfaisante. Les règles non impératives jouent ici un rôle de clauses tacites ou supplétives (c'est-à-dire applicables en l'absence de convention contraire) qui, à moins qu'une intention différente n'ait été exprimée dans la convention constitutive de sûreté, sont réputées en faire partie intégrante. Un exemple de clause tacite serait la règle permettant à un créancier garanti en possession du bien grevé d'obtenir tous les revenus qu'il génère et de les affecter directement au paiement de l'obligation garantie.

43. Deuxièmement, même les parties les plus avisées et les plus expérimentées n'ont pas une connaissance infaillible de l'avenir. Quel que soit le soin qu'elles aient mis à rédiger leur convention, des imprévus se produiront. Pour parer à la nécessité d'une décision judiciaire ou arbitrale destinée à combler ces lacunes lorsqu'elles se présentent et réduire le nombre de litiges potentiels, les États prévoient généralement des règles de qualification. Ces règles de base, non impératives, renvoient les parties à d'autres principes juridiques plus généraux auxquels il peut être fait appel pour résoudre les problèmes imprévus. Un exemple de règle de ce type prévoit que le constituant reste titulaire du droit principal (qu'il s'agisse du droit de propriété, d'un droit réel moindre ou d'un droit personnel) sur lequel la sûreté a été prise. Ainsi, pour faire face à n'importe quel événement imprévu, les parties peuvent commencer par se référer au principe selon lequel l'exercice de tout droit n'ayant pas expressément été attribué au créancier garanti reste réservé au constituant.

44. Troisièmement, l'introduction dans la législation d'un ensemble relativement complet de droits et d'obligations avant défaillance accroît l'efficacité et la prévisibilité en attirant l'attention des parties sur les points qu'elles devraient examiner lors de la négociation de leur convention. Un ensemble de règles supplétives, que les parties peuvent choisir d'écarter, servira d'outil d'aide à la rédaction en leur fournissant une liste récapitulative de questions qu'elles souhaiteront peut-être aborder au moment de la finalisation de la convention. Même lorsqu'elles décident de modifier ces règles non impératives afin de mieux réaliser leurs objectifs, les parties sont certaines, du fait même de les avoir prises en considération, que ces questions ont été examinées et n'ont pas été oubliées par inadvertance.

45. Enfin, les règles non impératives permettent une application très efficace du principe de l'autonomie des parties. Cet avantage est particulièrement évident dans les opérations à long terme, où les parties ne peuvent anticiper toutes les éventualités. Ces règles apportent une plus grande souplesse et réduisent les coûts liés au respect des formalités. En considérant la convention comme complète en elle-même, par exemple, et en imposant aux parties d'établir en bonne et due forme toutes les modifications qu'elles y apporteront par la suite, on ne fait qu'accroître le coût de l'opération pour le constituant. Puisqu'il s'agit de règles non impératives, les parties peuvent toujours les écarter par une clause

contractuelle prévoyant par exemple qu'un document écrit contient l'intégralité de la convention des parties et n'incorpore aucune clause tacite.

46. Les avantages de laisser les parties définir leur relation à l'aide d'un ensemble de règles non impératives sont largement reconnus par de nombreux systèmes juridiques internes [voir, par exemple, les articles 2736 à 2742 du Code Civil du Québec (Canada) et les articles 9-207 à 9-210 du Code de commerce uniforme des États-Unis], par les organisations proposant des lois types régionales [par exemple l'article 15 de la Loi modèle sur les sûretés (*Model Law on Secured Transactions*) de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) et l'article 33 de la Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières de l'Organisation des États américains (OEA)[1]] et par les conventions internationales relatives à la vente internationale (par exemple l'article 6 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises de 1980[2]) ou à certains aspects des opérations garanties sur les biens meubles (par exemple l'article 11, paragraphe 1, de la Convention des Nations Unies sur la cession et l'article 15 de la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles[3]).

5. Règles non impératives types régissant les droits et obligations avant défaillance

a) *Généralités*

47. Le présent chapitre ne traite pas de toutes les situations dans lesquelles les États pourraient souhaiter élaborer des règles non impératives. Il n'aborde pas, par exemple, la question des règles non impératives qui pourraient être mises en place concernant des clauses additionnelles à celles qui sont exigées pour que la sûreté existe (par exemple les éléments pouvant figurer dans la convention constitutive et qui s'ajouteraient au minimum nécessaire à la constitution). Les règles non impératives remplissent dans ce contexte une fonction différente, et leur opportunité, leur portée et leur teneur relèveraient donc de considérations de principe différentes. Pour la même raison, le chapitre n'aborde pas non plus la question des règles non impératives destinées à régir les droits et obligations des parties après défaillance. Celles-ci sont examinées au chapitre VIII sur la réalisation d'une sûreté réelle mobilière.

48. Les règles non impératives examinées dans la présente section sont celles qui portent sur les droits et obligations des parties avant défaillance une fois que la convention constitutive de sûreté a pris effet entre celles-ci. Étant donné qu'elles reflètent généralement les besoins, les pratiques et les politiques respectifs des États, leur configuration varie énormément. Un certain nombre d'entre elles sont cependant communes à de nombreuses législations nationales actuelles et entrent généralement dans deux grandes catégories: *a)* celles qui viennent compléter les règles impératives relatives aux droits et obligations des créanciers garantis en possession des biens grevés; et *b)* celles qui énoncent les droits conservés par le constituant indépendamment de savoir qui est en possession de ces biens.

---

[1] Voir Introduction, notes 3 et 9.

[2] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.12.

[3] Voir Introduction, notes 7 et 8.

49. Comme les règles impératives, ces règles non impératives visent à inciter ceux qui ont la garde des biens grevés à se comporter de manière responsable. Les États les organisent donc généralement selon que les biens grevés sont en la possession du créancier garanti ou du constituant. Toutefois, certaines règles non impératives ont vocation à s'appliquer, que ce soit le créancier ou le constituant qui ait la possession des biens grevés. Ces différentes situations sont envisagées ci-après.

b) *Règles non impératives lorsque le créancier est en possession des biens grevés*

50. Comme on l'a vu plus haut (par. 24 à 31 ci-dessus), la plupart des États ont adopté des règles impératives imposant aux créanciers garantis en possession des biens grevés d'en prendre raisonnablement soin, de les conserver et de les entretenir. Généralement, lorsque le créancier garanti a le droit d'utiliser les biens grevés, il est également tenu de faire effectuer toutes les réparations nécessaires pour les maintenir en bon état. La teneur essentielle de ces règles impératives a déjà été expliquée (voir par. 16 à 39 ci-dessus). En outre, certains États adoptent un ensemble de règles non impératives imposant aux créanciers d'autres obligations de soin, en particulier lorsque les biens grevés génèrent des fruits civils et naturels ou des revenus. Les paragraphes ci-après portent sur les règles non impératives de ce type les plus fréquentes.

51. S'agissant de l'obligation fondamentale de soin et de conservation, de nombreux États imposent expressément au créancier garanti de veiller à ce que les biens meubles corporels grevés restent clairement identifiables. S'il s'agit de biens fongibles mélangés à d'autres biens de même nature, cette obligation devient une obligation de conserver une quantité suffisante de biens de même qualité que ceux initialement grevés. De plus, lorsque l'entretien nécessite des mesures dépassant les capacités mêmes du créancier, les États lui imposent souvent d'en aviser le constituant et permettent à celui-ci, si nécessaire, de reprendre temporairement possession des biens pour les réparer, en prendre soin ou les conserver, ou encore en préserver la valeur.

52. Lorsque le bien grevé est un instrument représentant le droit du constituant au paiement d'une somme d'argent, l'obligation de soin incombant au créancier garanti ne se limite pas toujours à la conservation matérielle de l'instrument. De nombreux États imposent au créancier garanti en possession d'un instrument négociable d'éviter que le constituant ne perde ses droits à l'encontre des signataires antérieurs en prenant certaines mesures contre les personnes tenues au paiement à titre subsidiaire (par exemple les garants). Ces États prévoient en outre souvent que soit le constituant, soit le créancier garanti peut demander par voie judiciaire l'exécution de l'obligation de paiement.

53. Une règle non impérative corollaire de l'obligation du créancier garanti de prendre soin du bien grevé consiste à lui permettre d'être remboursé des dépenses raisonnables exposées pour conserver le bien et de faire ajouter ces dépenses à l'obligation garantie. De nombreux États lui permettent également d'utiliser ou d'exploiter raisonnablement le bien grevé (voir recommandation 113, al. *b*). En contrepartie, le créancier garanti doit permettre au constituant d'inspecter le bien grevé à tout moment raisonnable et sera tenu de verser des dommages-intérêts pour toute détérioration du bien autre que celle liée à un usage normal.

54. Le créancier garanti étant en possession du bien grevé, il sera le plus souvent le mieux placé pour en percevoir le produit monétaire ou non monétaire. Pour cette raison, il est fréquent que les États adoptent une règle non impérative selon laquelle le produit monétaire et le produit non monétaire sont recouvrés par le créancier garanti en possession du bien. Le constituant étant normalement en mesure de retirer le meilleur prix pour le produit non monétaire du bien grevé (par exemple le lait d'un troupeau de vaches, les œufs d'un poulailler, la laine d'un troupeau de moutons), les États prévoient habituellement que, dans les rares cas où le créancier garanti prend possession d'animaux vivants, il doit remettre au constituant le produit non monétaire afin que ce dernier puisse en disposer. Lorsque ce produit résulte du croît, une règle non impérative fréquente veut que les progénitures soient automatiquement grevées de la sûreté et détenues par le créancier dans les mêmes conditions que leurs parents.

55. Lorsque le produit est monétaire, il n'est souvent guère logique d'obliger le créancier, après l'avoir perçu, à le remettre au constituant. La règle non impérative habituelle est que le créancier garanti peut soit affecter le produit en espèces au remboursement de l'obligation garantie, soit le conserver sur un compte distinct à titre de sûreté supplémentaire. Ce principe s'applique que les espèces reçues soient des intérêts, un mélange d'intérêts et de capital, ou un dividende en actions. Certains États donnent même au créancier le choix entre vendre les actions supplémentaires reçues à titre de dividende (le produit de la vente étant traité comme des dividendes en espèces) ou les conserver (comme les petits des animaux) à titre de bien grevé supplémentaire. Cependant, il arrive aussi souvent que le créancier garanti et le constituant prévoient dans leur convention constitutive de sûreté que, tant que le second n'est pas défaillant, il peut conserver les dividendes en espèces.

56. On observe une grande diversité dans les règles non impératives régissant le droit du créancier garanti de disposer des biens grevés en sa possession. Certains États prévoient qu'il peut céder l'obligation garantie et la sûreté, c'est-à-dire qu'il peut effectivement transférer la possession du bien grevé à la personne à laquelle il cède l'obligation garantie. Certains États prévoient également que le créancier garanti peut constituer une sûreté sur le bien grevé pour garantir sa propre dette ("renantissement du bien grevé") du moment qu'il n'est pas porté atteinte au droit du constituant de recouvrer le bien après avoir payé l'obligation garantie. Ces conventions de "renantissement" sont souvent limitées aux actions, obligations et autres instruments détenus sur un compte de valeurs mobilières, mais dans certains États, les créanciers peuvent renantir des biens meubles corporels tels que diamants, métaux précieux et œuvres d'art. De nombreux autres États, en revanche, interdisent au créancier garanti en possession de renantir les biens grevés, même s'il peut le faire sans porter atteinte au droit du constituant de recouvrer ses biens une fois l'obligation garantie exécutée.

57. Le risque de perte ou de détérioration des biens est normalement attaché à la propriété et non à la possession. Néanmoins, de nombreux États prévoient que lorsque les biens grevés en possession du créancier garanti sont détruits ou subissent une détérioration anormale, le créancier est présumé fautif et doit réparer le préjudice. Cependant, la même règle non impérative prévoit généralement que le créancier n'est pas responsable s'il peut démontrer que la perte ou la détérioration sont intervenues sans qu'il ait commis de faute. Étant donné qu'il sera toujours de l'intérêt du créancier garanti de veiller au maintien de la valeur des biens grevés, de nombreux États prévoient qu'il a un intérêt

assurable. S'il assure les biens contre la perte ou le dommage, quelles qu'en soient les causes, il est fondé à ajouter le coût de l'assurance à l'obligation garantie.

58. Cette dernière règle est un exemple particulier d'un principe plus général adopté en tant que règle non impérative dans de nombreux États et recommandé par le *Guide*: les dépenses raisonnables engagées par le créancier garanti dans l'exécution de son obligation de prendre raisonnablement soin des biens grevés dont il a la garde peuvent être mises à la charge du constituant et sont automatiquement ajoutées à l'obligation garantie (voir recommandation 113, al. *a*). Le paiement d'impôts, les factures de réparation, les frais d'entreposage et les primes d'assurance sont des exemples de ces dépenses raisonnables dont le paiement incombe en définitive au constituant.

c) *Règles non impératives lorsque le constituant est en possession des biens grevés*

59. Un régime d'opérations garanties efficace et effectif est généralement conçu pour inciter le constituant qui demeure en possession des biens grevés à se conduire de manière responsable. Le fait d'empêcher tout acte qui entraînerait une diminution de la valeur des biens grevés supérieure à leur dépréciation liée à une utilisation normale va dans le sens de cet objectif. La plupart des États imposent donc au constituant non dépossédé la même obligation de soin et de conservation qu'aux créanciers garantis en possession des biens grevés. Le constituant non dépossédé est notamment tenu de faire correctement assurer les biens et de payer les impôts sans retard. S'il engage lui-même ces dépenses alors que le constituant demeure en possession des biens, le créancier garanti a le droit d'être remboursé par celui-ci et peut ajouter ces dépenses à l'obligation garantie.

60. Cependant, de nombreux États adoptent, outre ces règles impératives, des règles non impératives applicables aux sûretés sans dépossession qui visent à maximiser le potentiel économique des biens grevés. En particulier, le fait d'encourager l'utilisation et l'exploitation par le constituant des biens grevés est considéré comme un moyen de faciliter la production de revenus et le remboursement de l'obligation garantie. Pour cette raison, les États prévoient souvent que, sauf convention contraire, le constituant non dépossédé ne renonce pas aux prérogatives générales liées au droit de propriété (le droit d'utiliser le bien, d'en jouir, d'en percevoir les fruits naturels et civils ou les revenus ainsi que d'en disposer) du simple fait qu'une sûreté a été constituée. Cela signifie qu'en temps normal il peut utiliser, louer, transformer et mélanger les biens grevés avec d'autres biens de manière raisonnable et conforme, d'une part, à leur nature et à leur destination et, d'autre part, aux objectifs que les parties ont énoncés dans la convention constitutive de sûreté. En pareil cas, le créancier garanti devrait avoir le droit de surveiller les conditions dans lesquelles les biens grevés sont conservés, utilisés et transformés par le constituant en leur possession, et d'inspecter les biens à tout moment raisonnable (voir recommandation 113, al. *c*).

61. Si les biens grevés en possession du constituant génèrent des revenus, dans la mesure où la sûreté du créancier s'étend auxdits revenus, le constituant peut aussi être obligé de tenir des livres appropriés et de rendre raisonnablement des comptes concernant la disposition et la gestion de ce produit. Ses obligations particulières dans le cas de biens meubles incorporels (par exemple droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, redevances pour l'octroi d'une licence de brevets, de droits d'auteur ou de marques), notamment son droit au paiement sous forme de créances, sont examinées à la prochaine section.

62. De nombreux États disposent d'une règle non impérative empêchant que les fruits naturels ou civils et les revenus (par opposition au produit d'actes de disposition au sens strict) soient automatiquement grevés en vertu de la convention constitutive de sûreté, l'objectif étant de donner au constituant la chance d'obtenir un financement supplémentaire en excluant ces nouveaux biens de l'assiette de la sûreté existante. D'autres prévoient une règle supplétive qui veut que les fruits naturels et civils ou les revenus soient automatiquement grevés par la sûreté initiale, l'objectif étant alors de refléter les attentes et les intentions normales des parties. En tout état de cause, cette règle étant toujours supplétive, si les parties souhaitent inclure les fruits naturels et civils ou les revenus dans l'assiette de la sûreté ou les exclure, elles sont libres de le faire soit au moment de la négociation de la sûreté, soit à tout moment ultérieur.

63. Le *Guide* prévoit au chapitre II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière qu'une sûreté s'étend à tout produit identifiable (y compris le produit du produit) généré par le bien grevé (voir recommandation 19). Ainsi, sauf convention contraire, tous biens dérivés des biens grevés lorsqu'ils se trouvent en possession du constituant sont automatiquement grevés par la sûreté, qu'ils soient considérés comme des fruits civils ou naturels ou comme un produit au sens strict. Si les fruits sont en nature (par exemple augmentation du nombre d'animaux ou encore dividendes en actions), le constituant peut les utiliser et les exploiter dans les mêmes conditions que les biens initialement grevés. Lorsqu'il s'agit de produits naturels (lait, œufs et laine), le constituant peut les vendre et la sûreté s'étend au produit de leur disposition. Lorsqu'il s'agit de fruits civils (par exemple des loyers perçus pour la location d'un bien ou des intérêts perçus sur un prêt octroyé), la sûreté s'étend à eux pour autant qu'ils restent identifiables. En règle générale, le constituant en possession des biens grevés percevra les fruits civils, qu'ils soient monétaires ou quasi monétaires (comme les actions, les dividendes en actions, les obligations, les certificats de dépôt et les bons de souscription d'actions supplémentaires). Les fruits civils monétaires seront normalement déposés sur un compte bancaire alors que les fruits civils quasi monétaires seront déposés sur un compte de placement. Lorsque les fruits civils se présentent sous forme d'actions acquises comme dividendes, le constituant est normalement libre de les laisser sur le compte de placement avec les biens initialement grevés. Il est également libre de lever une option d'achat et de déposer les actions acquises sur le même compte de placement. Lorsque les fruits civils ne sont pas des espèces, le constituant est généralement en droit d'en disposer libres de la sûreté; l'idée étant que le produit en espèces généré sera également un bien grevé.

64. L'obligation de conserver le bien grevé implique normalement que le constituant qui en a la possession est responsable de la perte ou de la détérioration, que celle-ci soit causée par sa faute ou résulte d'un événement fortuit. À l'inverse, le créancier garanti en possession du bien n'est pas responsable envers le constituant de la perte ou la détérioration résultant d'un événement fortuit. En effet, conformément aux principes fondamentaux du droit des contrats, le propriétaire du bien supporte le risque de perte ou de détérioration découlant d'un événement fortuit.

65. En principe, le constituant ne peut disposer des biens grevés sans l'autorisation du créancier garanti. S'il le fait, l'acheteur prendra le bien sous réserve de la sûreté (voir recommandation 79, chap. V sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière). Par exception, cependant, le constituant peut disposer des biens libres de la sûreté s'il les vend dans le cours normal de ses affaires et si l'acheteur ignore que la vente a lieu en violation des droits

du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté (voir recommandation 81, al. *a,* chap. V sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière). Malgré cette limite à la disposition, comme le constituant conserve normalement le plein usage du bien grevé, la plupart des États adoptent des règles non impératives l'autorisant à constituer des sûretés supplémentaires sur des biens déjà grevés, les fruits naturels et civils ou les revenus qu'ils génèrent et le produit de leur disposition. Les recommandations du *Guide* sont compatibles avec cette approche (voir la recommandation 76, chap. V sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière et, en ce qui concerne le financement d'acquisitions dans le cadre d'un accord avec réserve de propriété, la recommandation 190, chap. IX sur le financement d'acquisitions). En outre, si le constituant n'est pas autorisé à accorder des sûretés additionnelles, cela ne l'empêche pas d'en constituer, même si, ce faisant, il violera probablement la convention constitutive de sûreté (voir les recommandations 18 et 23 à 25, chap. II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière).

d) *Règles non impératives quelle que soit la personne en possession des biens grevés*

66. Outre les droits conférés et les obligations imposées expressément soit aux créanciers garantis, soit aux constituants parce qu'ils sont en possession des biens grevés, il existe des règles non impératives, adoptées par de nombreux États, qui s'appliquent tant au créancier garanti en possession des biens qu'au constituant non dépossédé. On rencontre fréquemment deux règles de ce type, l'une concernant les obligations du constituant, l'autre les droits du créancier garanti.

67. La première est un corollaire de l'idée selon laquelle le constituant en possession des biens grevés devrait en maintenir la valeur. Lorsque celle-ci vient à diminuer de manière significative, même pour des raisons qui ne sont imputables à aucune négligence de sa part, certains États prévoient que le constituant devra apporter des sûretés (ou des biens) supplémentaires pour compenser cette dépréciation imprévisible. De plus, cette règle est souvent étendue à la dépréciation normale des biens grevés due à l'usure ou aux conditions du marché, dès lors qu'elle atteint un pourcentage important de la valeur initiale des biens. En général, toutefois, les parties prévoient des clauses de garantie complémentaire dans leur convention et indiquent précisément dans quelles conditions le constituant sera tenu d'apporter des biens supplémentaires en garantie, en cas de chute vertigineuse de la valeur des biens grevés.

68. Une deuxième règle non impérative fréquente a trait au droit du créancier garanti de céder à la fois l'obligation garantie et la sûreté qui s'y rattache. En l'absence de convention contraire, un créancier garanti peut librement effectuer une telle cession (voir, par exemple, l'article 10 de la Convention des Nations Unies sur la cession et la recommandation 25, chap. II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière). Certains États prévoient en outre qu'il peut le faire même en dépit de limitations contractuelles à la cession (voir l'article 9, par. 1, de la Convention des Nations Unies sur la cession et la recommandation 24, chap. II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière). Lorsque le créancier garanti est en possession du bien grevé (par exemple dans le cas d'un instrument négociable), il peut également, par voie de conséquence, transférer cette possession au nouveau créancier garanti. En tout état de cause, cependant, en l'absence d'une convention contraire entre le constituant et le créancier garanti initial (le cédant) qui autorise expressément un tel arrangement, le cessionnaire de l'obligation garantie ne peut acquérir ou faire valoir à

l'égard du constituant ou du bien grevé de droits ou de prérogatives supérieurs à ceux dont pourrait se prévaloir le cédant.

B. Remarques sur des biens particuliers

69. Les règles impératives et non impératives relatives aux droits et obligations des parties avant défaillance ont trait à la manière dont les prérogatives et les devoirs liés au droit de propriété sont répartis entre le constituant et le créancier garanti. Comme il a été noté, les plus importants sont: *a)* l'obligation, invariablement assignée à la partie en possession du bien grevé, d'en prendre soin, de l'entretenir et de le conserver; *b)* le droit d'utiliser, de transformer et de mélanger le bien grevé; *c)* le droit de percevoir les fruits naturels et civils ou les revenus et tout autre produit généré par le bien et de les utiliser; et, dans certains États, *d*) le droit du créancier garanti de nantir ou renantir le bien grevé ou d'en disposer, sous réserve ou non de la sûreté.

70. Ces règles envisagent généralement des situations où des biens meubles corporels sont concernés. Néanmoins, au chapitre premier, le *Guide* reconnaît l'importance des biens meubles incorporels et, en particulier, des droits au paiement en tant que biens grevables. Si certaines catégories de biens meubles incorporels sont exclues du *Guide* (à savoir les valeurs mobilières et les droits au paiement naissant de contrats financiers; voir la recommandation 4, al. *c* et *d*, chap. I sur le champ d'application), il s'applique à nombre d'autres types de biens incorporels, notamment les créances contractuelles et non contractuelles, le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire et le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant (voir recommandation 2, al. *a*, chap. I sur le champ d'application).

71. La constitution d'une sûreté sur un droit à paiement concerne forcément des parties autres que le constituant et le créancier garanti, et bien évidemment le débiteur de la créance. Étant donné que le bien grevé est l'obligation due au constituant par un tiers, les États ont été tenus d'élaborer des règles détaillées sur la relation triangulaire entre les parties, d'une part, et entre les parties et les tiers, d'autre part. Ces règles traitent des droits et obligations des parties à la convention constitutive de sûreté et des tiers, que le droit à paiement naisse d'un bien meuble corporel (par exemple un instrument ou un document négociable) ou incorporel (par exemple une créance, un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, ou un droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant). La plupart des règles relatives à la relation entre le constituant et le créancier garanti, d'une part, et le débiteur de la créance (désigné dans le *Guide* par l'expression "tiers débiteur"), d'autre part, sont impératives. D'autres, en revanche, ne le sont pas. Les droits et obligations des tiers débiteurs sont présentés en détail au chapitre VII.

72. La présente section porte sur les droits et obligations avant défaillance dans la relation entre le cédant (le constituant) et le cessionnaire (le créancier garanti). Comme dans le cas des biens meubles corporels, la plupart des États considèrent que ce sont les parties elles-mêmes qui devraient déterminer leurs droits et obligations réciproques avant défaillance (voir recommandation 110). Aussi la majorité des règles relatives à ces droits et obligations sont-elles non impératives. Cependant, compte tenu de l'incidence que ces règles pourraient avoir sur les tiers, les États adoptent souvent une combinaison de règles impératives et non impératives. Les articles 11 à 14 de la Convention des Nations Unies sur la cession sont un bon exemple de cette pratique pour le cas des cessions de créances.

1. Garanties dues par le cédant

73. Certains des aspects les plus importants de la convention entre le cédant et le cessionnaire ont trait aux garanties que le premier donne au second. En temps normal, il est présumé que: *a)* le cédant a le droit de céder la créance; *b)* la créance n'a pas déjà été cédée; et *c)* le débiteur de la créance ne peut opposer au cédant aucune exception ni aucun droit à compensation. En d'autres termes, si le cédant a des doutes sur l'un quelconque de ces points, il doit les mentionner expressément dans la convention, ou déclarer expressément qu'il ne garantit rien au créancier garanti concernant ces points. En tout état de cause, parallèlement aux obligations du constituant à l'égard des biens meubles corporels avant défaillance, le cédant doit prendre toutes les mesures raisonnables nécessaires au maintien de son droit de recouvrer la créance. Par ailleurs, à moins d'une mention expresse contraire de sa part, le cédant est présumé ne pas garantir que le débiteur de la créance peut effectivement payer. Ces différentes obligations sont énoncées sous forme de règles non impératives dans le droit national de la plupart des États et font l'objet d'une recommandation en ce sens dans le *Guide* (voir recommandation 114).

2. Droit de notifier la cession au débiteur de la créance

74. La valeur de la créance cédée étant en définitive constituée par le paiement qu'effectue le débiteur de la créance, et ce dernier n'étant obligé de payer le cessionnaire que s'il a connaissance des droits de ce dernier, il importe de donner au cessionnaire tous les moyens lui permettant de porter la cession à la connaissance du débiteur. La plupart des États prévoient donc que soit le cédant, soit le cessionnaire peut notifier la cession au débiteur et lui donner des instructions relatives à la manière dont le paiement doit être effectué. Néanmoins, pour éviter que des instructions contradictoires ne soient données, ces États prévoient généralement aussi, qu'une fois la cession notifiée, seul le cessionnaire peut indiquer au débiteur le mode et le lieu de paiement. Le *Guide* adopte également ce cadre bien établi pour la notification de la cession au débiteur de la créance (voir recommandation 115).

75. Il peut, bien sûr, se trouver des situations dans lesquelles le cédant et le cessionnaire (ou l'un des deux seulement) ne souhaitent pas que le débiteur de la créance ait connaissance de la cession. Ce souhait peut être lié aux caractéristiques particulières de l'activité du cédant ou aux conditions économiques générales. Pour cette raison, les États prévoient habituellement que le cédant et le cessionnaire peuvent convenir de différer la notification de la cession au débiteur de la créance. Tant que cette notification n'est pas intervenue, le débiteur continuera de payer le cédant conformément à la convention initiale qui les lie ou à toute instruction de paiement ultérieure. Le manquement de la part d'une des parties (généralement le cessionnaire) à une obligation de ne pas notifier la cession ne devrait pas nuire au débiteur de la créance. Ce dernier sera alors tenu de payer conformément aux instructions données et pourra être libéré de sa dette à hauteur des montants ainsi versés (voir recommandation 119, chap. VII sur les droits et obligations des tiers débiteurs). Néanmoins, de nombreux États prévoient également que, sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, un tel manquement à l'obligation de ne pas notifier la cession peut faire naître une responsabilité pour tout préjudice en résultant. Le *Guide* recommande que ces principes généraux s'appliquent à la notification de la cession au débiteur de la créance (voir recommandation 115).

3. Droit au paiement de la créance

76. La véritable raison pour laquelle une sûreté est constituée étant le droit au paiement, il importe de préciser l'effet de tout paiement fait par le débiteur de la créance soit au cédant, soit au cessionnaire, sur les droits respectifs de ces derniers. De nombreux États ont adopté des règles non impératives destinées à régir les paiements effectués de bonne foi qui n'étaient pas forcément conformes à l'intention du cédant ou du cessionnaire, ce qui arrive parfois lorsque le débiteur de la créance a reçu des instructions de paiement contradictoires ou qu'il a pris connaissance de la cession sans avoir reçu de notification formelle.

77. En général, ces règles couvrent deux cas de figure. Premièrement, il est possible, même si le débiteur de la créance n'a pas été avisé de la cession, que le paiement soit fait dans les mains du cessionnaire. Étant donné l'objectif de la sûreté sur la créance, il est plus efficace de permettre au cessionnaire de conserver ce paiement en l'affectant au règlement de l'obligation du cédant. Deuxièmement, si le paiement est fait dans les mains du cédant postérieurement à la cession, et là encore indépendamment de la question de savoir si le débiteur de la créance avait été avisé de la cession, le cédant devrait être tenu de remettre le paiement reçu au cessionnaire. Pareillement, une fois le débiteur avisé, si l'obligation de paiement consiste en partie à restituer certains biens meubles corporels au cédant, les États prévoient souvent que ceux-ci doivent être remis au cessionnaire. Par exemple, si cette obligation du débiteur de la créance consiste en partie à transférer un instrument négociable au cédant, une fois que la notification a été reçue, cet instrument devrait être transféré au cessionnaire. Le *Guide* recommande l'adoption de cet ensemble de pratiques pour régir les paiements effectués à la mauvaise personne (voir recommandation 116, al. *a*). Dans tous ces cas, bien entendu, les règles adoptées par de nombreux États sont non impératives et le cédant et le cessionnaire pourraient donc adopter une solution différente dans leur convention.

78. En cas de cessions multiples de la créance, le débiteur de cette dernière peut recevoir de multiples notifications et ne pas savoir quel cessionnaire a la priorité. Il arrive alors qu'il paie de bonne foi dans les mains d'un cessionnaire ayant un rang de priorité moins élevé. En pareil cas, les États prévoient généralement que le cessionnaire de rang plus élevé ne doit pas être privé de ses droits à obtenir paiement ni, lorsque l'obligation de paiement comprend la restitution de biens au cédant, de ses droits à recevoir également lesdits biens. Le cessionnaire de rang moins élevé doit alors remettre le paiement et restituer les biens au cessionnaire de rang plus élevé. Conformément à son approche générale en matière de répartition des droits et obligations entre le cédant et le cessionnaire avant défaillance, le *Guide* recommande que ces principes généraux régissent les cas où le paiement a été fait dans les mains d'une personne qui n'était pas en réalité fondée à le recevoir (voir recommandation 116, al. *a*).

79. Quelles que soient les circonstances dans lesquelles le cessionnaire obtient paiement, les États prévoient systématiquement une règle impérative selon laquelle il ne peut le conserver qu'à hauteur de ses droits sur la créance. En d'autres termes, si le débiteur de la créance effectue un paiement supérieur au montant du solde de la dette du cédant, le cessionnaire ne peut conserver le surplus (voir recommandation 152, chap. VIII sur la réalisation d'une sûreté réelle mobilière), mais doit le remettre à la personne à laquelle il revient (le cessionnaire de rang immédiatement inférieur ou le cédant, selon le cas). De la

même manière qu'un créancier garanti qui a été entièrement remboursé doit soit remettre les biens meubles corporels au constituant, soit faire en sorte que tout avis concernant ses droits soit radié du registre général des sûretés, les États imposent généralement aussi à un cessionnaire qui a été entièrement remboursé d'en aviser le débiteur de la créance et d'indiquer à ce dernier qu'il ne devrait plus recevoir de paiements. Bien que le *Guide* ne recommande pas que le cessionnaire soit tenu d'aviser le débiteur de la créance, du fait qu'il n'est pas fondé à conserver plus que la valeur de son droit sur la créance (voir recommandation 116, al. *b*), il peut, à des fins pratiques, soit envoyer une telle notification, soit se joindre au cédant pour l'envoyer.

80. Ces règles impératives et non impératives relatives aux droits et obligations avant défaillance des cédants et des cessionnaires de biens meubles incorporels contribuent à structurer la relation qui les lie. À bien des égards, ces règles non impératives illustrent ce à quoi sont destinées des règles supplétives, ce qui explique qu'elles soient explicitement mentionnées dans le droit national de nombreux États et qu'elles figurent aux articles 12 à 14 de la Convention des Nations Unies sur la cession. C'est aussi pour cette raison que le *Guide* recommande de les faire figurer dans toute loi relative aux opérations garanties, afin de favoriser l'efficacité de la cession et du recouvrement de créances, tout en permettant aux cédants et aux cessionnaires de structurer leurs propres opérations de manière différente afin qu'elles correspondent à leurs propres besoins et à leurs propres souhaits.

C. Recommandations 110 à 116

Objet

Les dispositions relatives aux droits et obligations des parties ont pour objet de renforcer l'efficacité des opérations garanties et de réduire le coût de ces opérations et les risques de litige:

a) En énonçant des règles impératives sur les droits et obligations de la partie en possession du bien grevé;

b) En énonçant des règles non impératives concernant les droits et obligations des parties qui s'appliquent lorsque celles-ci n'ont pas traité ces questions dans leur convention; et

c) En énonçant des règles non impératives devant servir d'outil d'aide à la rédaction ou de liste récapitulative des questions que les parties souhaiteront peut-être traiter dans leur convention.

1. Recommandations générales

Droits et obligations des parties à la convention constitutive de sûreté[4]

110. La loi devrait prévoir que les droits et obligations réciproques des parties à la convention constitutive de sûreté sont déterminés par:

a) Les termes et conditions de leur convention, y compris toutes règles ou toutes conditions générales qui y sont mentionnées;

b) Les usages auxquels elles ont consenti; et

[4] Pour la recommandation 110, voir l'article 11 de la Convention des Nations Unies sur la cession.

c) Sauf convention contraire, les habitudes qui se sont établies entre elles.

Règles impératives

111. La loi devrait prévoir que la partie en possession d'un bien grevé doit prendre des mesures raisonnables pour conserver ce bien et en préserver la valeur.

112. Le créancier garanti doit restituer un bien grevé en sa possession si, tous les engagements de crédit ayant pris fin, la sûreté réelle mobilière est éteinte du fait du complet paiement ou d'une autre manière[5].

Règles non impératives

113. La loi devrait prévoir que, sauf convention contraire, le créancier garanti a le droit:

a) De se faire rembourser les frais raisonnables exposés pour conserver un bien grevé en sa possession;

b) De faire un usage raisonnable d'un bien grevé en sa possession et d'affecter les revenus qu'il génère au paiement de l'obligation garantie; et

c) D'inspecter un bien grevé en possession du constituant.

2. Recommandations sur des biens particuliers

Garanties dues par le cédant[6]

114. En ce qui concerne une cession d'une créance contractuelle, la loi devrait prévoir que:

a) Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, le cédant garantit, à la date de la conclusion du contrat de cession, que:

i) Il a le droit de céder la créance;

ii) Il n'a pas déjà cédé la créance à un autre cessionnaire; et

iii) Le débiteur de la créance ne peut ni ne pourra invoquer aucune exception ni aucun droit à compensation; et

b) Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, le cédant ne garantit pas que le débiteur de la créance peut ou pourra payer.

Droit de notifier la cession au débiteur de la créance

115. La loi devrait prévoir que:

a) Sauf convention contraire entre eux, le cédant et le cessionnaire peuvent, l'un ou l'autre ou ensemble, envoyer au débiteur de la créance une notification de la cession ainsi que des instructions de paiement mais, une fois la notification envoyée, il appartient au seul cessionnaire d'envoyer ces instructions; et

b) Une notification de la cession ou des instructions de paiement, envoyées en violation d'une convention visée à l'alinéa *a* de la présente recommandation, ne sont pas invalidées aux fins

[5] Pour l'obligation incombant au créancier garanti de faire radier un avis inscrit, voir la recommandation 72 au chapitre IV sur le système de registre.

[6] Pour les recommandations 114 à 116, voir les articles 12 à 14 de la Convention des Nations Unies sur la cession.

de la recommandation 120 (chap. VII sur les droits et obligations des tiers débiteurs) en raison de cette violation. Toutefois, aucune disposition de la présente recommandation n'a d'incidence sur les obligations ou la responsabilité de la partie ayant violé la convention à raison du dommage qui en résulte.

Droit du cessionnaire à recevoir paiement

116. La loi devrait prévoir que:

a) Dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire, sauf convention contraire et qu'une notification de la cession ait ou non été envoyée:

i) Si un paiement au titre de la créance cédée est effectué au cessionnaire, celui-ci est fondé à conserver le produit et les biens meubles corporels restitués au titre de cette créance;

ii) Si un paiement au titre de la créance cédée est effectué au cédant, le cessionnaire est fondé à recevoir paiement du produit et à se faire remettre les biens meubles corporels restitués au cédant au titre de la créance cédée; et

iii) Si un paiement au titre de la créance cédée est effectué à une autre personne sur laquelle le cessionnaire a priorité, celui-ci est fondé à recevoir paiement du produit et à se faire remettre les biens meubles corporels restitués à cette personne au titre de la créance cédée;

b) Le cessionnaire n'est pas fondé à conserver plus que la valeur de son droit sur la créance.

VII. Droits et obligations des tiers débiteurs

A. Remarques générales

1. Introduction

1. Les biens meubles incorporels jouent un rôle de plus en plus important dans les régimes modernes d'opérations garanties. Le *Guide* tient compte de ce fait dans plusieurs chapitres (voir, par exemple, le chapitre premier sur le champ d'application, les approches fondamentales en matière d'opérations garanties et les thèmes généraux communs à tous les chapitres du *Guide*, par. 5 à 9 et 78 à 84) et accorde à ces biens une grande attention dans plusieurs recommandations (voir recommandations 23 à 27 sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, recommandations 48 à 50 sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière, recommandations 103 à 107 sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière, recommandations 114 à 117 sur les droits et obligations des parties à la convention constitutive de sûreté et recommandations 167 à 176 sur la réalisation d'une sûreté réelle mobilière). Si certaines catégories de biens meubles incorporels peuvent être exclues du *Guide*, beaucoup d'autres, en particulier les droits à paiement, y sont incluses (voir recommandation 2, al. *a,* chap. I sur le champ d'application).

2. Lorsque, dans une opération garantie, le bien grevé consiste en un droit à l'égard d'un tiers, l'opération est nécessairement plus complexe que lorsqu'il s'agit d'un simple objet tel que du matériel. Les droits à l'égard de tiers peuvent être des "créances", des droits incorporés dans des "instruments négociables", des droits incorporés dans des "documents négociables", "des droits de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant" et des "droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire". Si ces droits sont très différents les uns des autres, ils partagent une caractéristique fondamentale commune: la valeur du bien grevé est le droit d'obtenir l'exécution d'une obligation dont un tiers est tenu envers le constituant, c'est-à-dire un "tiers débiteur" selon la terminologie du *Guide*.

3. Il se peut que certains droits à l'égard de tiers n'entrent dans aucune des cinq catégories mentionnées ci-dessus. Ils relèvent néanmoins du champ d'application du *Guide* lorsqu'ils servent de biens grevés. C'est pourquoi, si seule chaque catégorie précitée fait ici l'objet de recommandations particulières, les mêmes principes généraux examinés dans le présent chapitre s'appliquent également à ces droits, sauf lorsque leur nature exige des dispositions différentes qui pourraient figurer dans un autre ensemble de règles juridiques spécialement consacrées à eux.

4. Selon la nature du droit qui se trouve grevé, le tiers débiteur est désigné dans le *Guide* par des termes différents. Par exemple, lorsque le droit est une créance, il est appelé "débiteur de la créance" et, lorsque l'obligation donne un droit au produit d'un engagement de garantie indépendant, il est appelé "garant/émetteur, confirmateur ou autre personne désignée".

5. Dans tous les cas où le bien grevé est un droit à l'égard d'un tiers débiteur, l'opération garantie non seulement affecte le constituant et le créancier garanti mais peut aussi affecter ce tiers. Aussi les États prévoient-ils généralement une protection pour que le tiers débiteur ne soit pas lésé, du fait qu'il n'est pas partie à l'opération garantie. Il va de soi que les États doivent également veiller à ce qu'une telle protection ne complique pas trop la constitution de sûretés réelles mobilières sur des droits à l'égard de tiers débiteurs, étant donné que ces sûretés facilitent l'octroi de crédit par le créancier garanti au constituant, ce dont profite aussi souvent le tiers débiteur d'un point de vue économique.

6. Les règles détaillées qui régissent les droits et obligations réciproques du constituant et du créancier garanti lorsque le bien grevé est un droit à paiement ont déjà été examinées (voir chap. VI sur les droits et obligations des parties à la convention constitutive de sûreté, par. 69 à 80). Le présent chapitre se concentre sur les droits et obligations des tiers débiteurs. Il passe d'abord en revue, à la section A.2 *a*, un certain nombre de questions générales. Il aborde ensuite, dans les sections A.2 *b* à A.2 *f*, les droits et obligations des tiers débiteurs dans les différents contextes où ils se manifestent le plus fréquemment. Il se termine, à la section B, par une série de recommandations.

2. Effet d'une sûreté réelle mobilière sur les obligations d'un tiers débiteur

a) *Généralités*

7. Les États admettent généralement qu'une sûreté réelle mobilière sur un droit à l'exécution d'une obligation par un tiers débiteur ne saurait modifier la nature ou l'étendue de l'obligation de ce tiers à l'égard de son créancier. Ce principe de base se retrouve également dans des instruments internationaux. Par exemple, l'article 15 de la Convention des Nations Unies sur la cession n'autorise les modifications de l'obligation de paiement que si elles concernent l'identité de la personne à laquelle le paiement est dû (et, avec certaines restrictions, l'adresse ou le compte auxquels le paiement doit être effectué; voir par. 12 ci-dessous). Le principe est général. Il s'applique également à toutes les obligations quelle que soit la manière dont elles naissent ou dont elles sont exprimées. Ce qui précède vaut même lorsque les recommandations du *Guide* ne traitent que de situations où l'obligation concernée est une obligation d'effectuer un paiement au titre d'un instrument négociable, de payer des fonds crédités sur un compte bancaire, de payer le produit d'un engagement de garantie indépendant, de remettre les biens meubles corporels représentés par un document négociable ou d'effectuer un paiement au titre d'un contrat.

8. Lorsqu'un instrument négociable ou un document négociable constate un droit à l'égard d'un tiers débiteur, ce principe est déjà consacré dans une branche du droit qui est bien développée dans la plupart des États et qui pose des règles détaillées sur l'effet d'une cession de l'instrument ou du document ou sur l'obligation du débiteur concerné. Cette branche est généralement appelée dans le *Guide* droit régissant les instruments négociables ou droit régissant les documents négociables (voir Introduction, sect. B, Terminologie et interprétation, par. 19). Il n'est pas nécessaire que la loi sur les opérations garanties énonce de nouveau ces règles. En conséquence, le *Guide* s'efface généralement devant ce droit pour l'application dudit principe. Des dispositions similaires existent au

sujet des droits d'une banque, lorsqu'il s'agit de fonds crédités sur un compte bancaire, et des droits d'un garant/émetteur, d'un confirmateur ou d'une personne désignée ou de tout autre bénéficiaire désigné dans un engagement de garantie indépendant ou à qui le droit de tirage a été transféré. Dans tous ces cas, le *Guide* donne également préséance au droit établi.

b) *Effet d'une sûreté réelle mobilière sur les obligations du débiteur d'une créance*

9. Si l'effet d'une sûreté réelle mobilière sur le débiteur dans le cadre d'un instrument négociable ou d'un document négociable est bien établi dans la plupart des États, il n'en va pas toujours de même lorsque la sûreté porte sur une créance. C'est pourquoi le *Guide* traite de façon assez détaillée l'effet d'une sûreté sur l'obligation du débiteur de la créance. Ses principes et recommandations proviennent pour l'essentiel (et sont souvent intégralement repris) des règles analogues de la Convention des Nations Unies sur la cession.

10. Dans de nombreux États, il n'est pas possible de constituer une sûreté réelle mobilière sur une créance. Le seul moyen par lequel une créance peut servir à garantir un prêt est de la céder à un autre créancier. Dans certains États, une créance ne peut pas non plus être cédée à titre de garantie: en d'autres termes, il n'est pas possible de faire en sorte que le cessionnaire ne puisse recouvrer la créance que si le cédant lui-même reste tenu d'une obligation envers lui. Seules les cessions pures et simples de créances sont possibles. Toutefois, qu'il s'agisse d'une cession pure et simple, d'une cession à titre de garantie ou d'une opération constitutive d'une sûreté réelle mobilière, les mécanismes juridiques qui établissent les droits et obligations réciproques des parties, et leurs droits à l'égard des tiers débiteurs, sont similaires. Pour cette raison, et parce qu'il est parfois difficile de déterminer exactement la nature de l'opération sous-jacente entre le cédant et le cessionnaire, de nombreux États traitent toutes les formes de transfert de créances à peu près de la même manière. C'est également l'approche suivie dans la Convention des Nations Unies sur la cession.

11. Conformément à cette approche, le *Guide* vise non seulement les sûretés réelles mobilières sur des créances mais aussi les transferts purs et simples et les transferts à titre de garantie (voir recommandation 3, chap. I sur le champ d'application). Le présent chapitre examine donc également les droits et obligations du débiteur de la créance dans des opérations où la créance a été purement et simplement transférée ou a été utilisée en tant que bien grevé, soit parce qu'elle a été cédée à des fins de garantie, soit parce qu'elle a fait l'objet d'une sûreté réelle mobilière. Par ailleurs, sauf indication contraire, le terme "cession" est employé dans le présent chapitre pour désigner les trois types d'opérations. Il est toutefois important de signaler que, si toutes ces opérations sont soumises à un ensemble de règles commun, le transfert pur et simple d'une créance n'en devient pas pour autant une opération garantie (voir chap. I sur le champ d'application, par. 31).

i) *Protection du débiteur de la créance*

12. La Convention des Nations Unies sur la cession prévoit, à quelques exceptions près, que la cession d'une créance n'a pas d'incidence sur les droits et obligations du débiteur de la créance à moins que ce dernier n'y consente. On trouve un principe semblable dans

le droit national de nombreux États. Le *Guide* recommande également cette approche (voir recommandation 117, al. *a*). Le seul effet que peut avoir la cession sur le débiteur de la créance est le changement de la personne, de l'adresse ou du compte bancaire auxquels il doit effectuer le paiement. Toutefois, pour éviter de mettre le débiteur en difficulté, la Convention dispose que de telles modifications n'entraînent pas de changement de la monnaie de paiement ou de l'État dans lequel le paiement doit être effectué, sauf à le remplacer par l'État dans lequel le débiteur est situé (voir art. 15 de la Convention). C'est l'approche recommandée par le *Guide* (voir chap. I sur le champ d'application du *Guide,* par. 30 et 31, et recommandation 117, al. *b*).

13. Lorsqu'une créance est purement et simplement transférée, la propriété du droit d'obtenir l'exécution de l'obligation par le débiteur de la créance est également transférée. Alors que certains États qualifient ce type d'opération de transfert de propriété, pour d'autres, le droit à paiement représenté par la créance est simplement transféré au patrimoine du cessionnaire. Toutefois, quelle que soit la façon dont l'opération est qualifiée, cela ne signifie pas nécessairement que la partie à laquelle le paiement doit être effectué change aussi car, dans de nombreux cas, le cessionnaire conclut avec le cédant un arrangement en vertu duquel le second continue de recouvrer la créance au nom du premier.

14. Même lorsqu'une créance est cédée à titre de garantie, l'opération est parfois structurée comme un transfert immédiat au cessionnaire. Le cédant recouvre alors normalement la créance au nom du cessionnaire mais, tant qu'il n'y a pas défaillance, il n'a pas à remettre en paiement plus qu'il n'est nécessaire en vertu de la convention existant entre eux. Parfois, cependant, la cession est conditionnelle et le cessionnaire n'acquiert aucun droit sur la créance tant qu'il n'y a pas défaillance du cédant. Jusqu'à ce moment-là, le tiers débiteur continue de payer le cédant en vertu du contrat initial entre eux et n'aura peut-être même pas connaissance de la cession.

15. Le résultat est en général le même lorsque la cession d'une créance implique la constitution d'une sûreté réelle mobilière. La cession ne signifie pas nécessairement que la partie à laquelle le paiement doit être effectué changera. Dans de nombreux cas, l'arrangement entre le cédant et le cessionnaire voudra que le paiement soit effectué au cédant tant qu'il n'y a pas défaillance de sa part. C'est seulement en cas de défaillance que le cessionnaire cherche en général à recevoir le paiement directement du débiteur de la créance. Dans d'autres cas, les parties conviendront que le paiement doit être effectué au cessionnaire. Dans les arrangements de ce type, le cessionnaire conserve généralement les espèces reçues sur un compte distinct et n'en retire que le montant nécessaire pour remplir l'obligation de paiement du cédant. Le solde est conservé pour le cédant et remis lorsque le crédit a été intégralement payé.

16. Dans tous les cas susmentionnés, c'est par voie de notification que le cessionnaire acquiert le droit de recouvrer la créance directement auprès du débiteur de cette dernière. Selon la pratique usuelle, la notification doit effectivement être reçue par le débiteur de la créance et être formulée dans une langue dont il est raisonnable de penser qu'elle permet à celui-ci d'en comprendre le contenu. Comme la notification a pour objet de modifier les instructions de paiement, elle ne peut concerner que les paiements futurs sur des créances existantes ou que des créances nées après la notification (voir art. 16 de la Convention des Nations Unies sur la cession et recommandation 118).

ii) *Paiement libératoire du débiteur de la créance*

17. Étant donné que son paiement ne sera normalement libératoire que s'il est effectué à la partie juridiquement fondée à le recevoir et ne le sera pas s'il est effectué par erreur à une partie différente, le débiteur de la créance a de toute évidence intérêt à connaître l'identité de la partie devant être payée. Comme il vient d'être noté, la personne fondée à recevoir paiement n'est pas nécessairement le "propriétaire" de la créance. Ainsi, de nombreux États protègent le débiteur de la créance en lui permettant d'effectuer un paiement libératoire conformément au contrat initial jusqu'à ce qu'il ait reçu notification de la cession et de tout changement de la personne ou de l'adresse auxquelles le paiement devrait être effectué. Ce principe offre une protection importante au débiteur de la créance car on ne pourra pas considérer comme non libératoire un paiement effectué de bonne foi au seul motif qu'il l'a été à une partie qui n'était plus fondée à le recevoir (voir art. 17, par. 1, de la Convention des Nations Unies sur la cession et recommandation 119, al. *a*).

18. En revanche, une fois que le débiteur de la créance a été avisé de la cession et de toutes nouvelles instructions de paiement, il est normal d'exiger de lui qu'il effectue le paiement conformément à ces instructions. Ce principe est capital pour assurer la viabilité économique des opérations garanties dans lesquelles le bien grevé sur lequel compte le créancier garanti est une créance. Si le débiteur de la créance gardait la possibilité de payer le cédant, le cessionnaire se trouverait privé de la valeur de la cession. Chaque paiement effectué par le débiteur diminue le solde de la créance et, par conséquent, sa valeur en tant que bien grevé. Il est particulièrement important pour le cessionnaire de pouvoir obtenir le paiement directement du débiteur de la créance une fois que des instructions ont été données lorsque le cédant est en difficulté financière (voir art. 17, par. 2, de la Convention des Nations Unies sur la cession et recommandation 119, al. *b*).

19. Les États qui autorisent la cession de créances ne limitent généralement pas le nombre de cessions ou de sous-cessions pouvant être effectuées. Ainsi, un cédant peut céder une créance à titre de garantie à un créancier garanti A, et ensuite constituer une deuxième sûreté sur cette créance en faveur du créancier garanti B, puis une troisième en faveur du créancier garanti C. Il est entendu que, si la première cession est une cession pure et simple rendue opposable, le cédant ne pourra plus effectuer d'autres cessions (ni cession pure et simple, ni cession à titre de garantie). En outre, le cessionnaire d'une créance, qu'il s'agisse d'un transfert pur et simple ou d'une cession à titre de garantie, peut également céder ses droits en tant que cessionnaire. Ainsi, dans la situation évoquée juste avant, le créancier garanti A peut céder ses droits à un autre créancier garanti pour garantir ses propres obligations, ou transférer de manière absolue ses droits à un tiers. De même, le créancier garanti B peut céder ses droits à un tiers, qui pourra à son tour les céder à un autre tiers. Il est donc évident qu'il sera parfois difficile pour le débiteur de la créance de savoir exactement à quelle partie le paiement doit être effectué.

20. Pour protéger le débiteur dans ce genre de cas, les États qui autorisent des cessions multiples énoncent habituellement en détail un certain nombre de principes afin de déterminer à quel cessionnaire le débiteur doit effectuer le paiement pour être libéré. Il existe trois règles de base en la matière: *a)* en cas de notifications multiples avec instructions de paiement émanant du même cessionnaire concernant une seule cession de la même créance effectuée par le même cédant, c'est la dernière notification reçue avant le paiement qui prévaut; *b)* en cas de notifications multiples avec des instructions de paiement

provenant de plusieurs cessionnaires concernant plusieurs cessions de la même créance effectuées par le même cédant, c'est la première notification qui l'emporte; et *c)* en cas de notifications multiples avec des instructions de paiement provenant de plusieurs cessionnaires subséquents de la même créance, c'est la dernière notification qui l'emporte. Outre ces trois principes, les États élaborent des règles qui régissent la cession de droits indivis sur des créances et qui définissent le droit du débiteur de la créance d'exiger une preuve appropriée de la cession. Ces principes généralement acceptés sont incorporés dans l'article 17 de la Convention des Nations Unies sur la cession, ainsi que dans les recommandations du *Guide* (voir recommandation 119, al. *c* à *h*).

iii) *Exceptions et droits à compensation du débiteur de la créance*

21. Comme il a été indiqué plus haut, la cession d'une créance ne saurait modifier la nature ou l'étendue de l'obligation du débiteur de cette créance. Il s'ensuit notamment que la cession ne devrait pas priver ce débiteur, à moins qu'il n'y consente, des exceptions découlant du contrat initial ou des droits à compensation nés avant la réception de la notification de la cession (voir art. 18 de la Convention des Nations Unies sur la cession et recommandation 120).

22. Ce principe ne devrait cependant pas empêcher le débiteur de la créance de s'engager auprès du cédant à ne pas se prévaloir auprès du cessionnaire des exceptions ou des droits à compensation qu'il pourrait normalement opposer au cédant. Un tel engagement a pour effet de conférer à la créance la même négociabilité que celle qui permet à des porteurs protégés de demander paiement au titre d'instruments négociables sans se soucier d'exceptions ou de droits à compensation [pour la signification du terme "porteur protégé", voir, par exemple, l'article 29 de la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux[1] (Convention des Nations Unies sur les lettres de change et les billets à ordre)]. Étant donné que la créance aurait pu être représentée par un billet à ordre négociable ou un instrument négociable similaire, avec le consentement du débiteur de la créance, il n'y a aucune raison d'empêcher celui-ci de convenir du même résultat que celui qui aurait été produit par l'utilisation d'un billet à ordre négociable ou d'un instrument négociable similaire (voir recommandation 121, al. *a*). Cependant, dans le droit de la plupart des États, comme dans la Convention des Nations Unies sur les lettres de change et les billets à ordre, certaines exceptions peuvent être opposées même à un porteur protégé (voir, par exemple, art. 30, par. 1, de la Convention des Nations Unies sur les lettres de change et les billets à ordre). En principe, le même résultat devrait s'ensuivre lorsque le débiteur de la créance convient de ne pas opposer d'exceptions au cessionnaire de la créance (voir art. 19, par. 2, de la Convention des Nations Unies sur la cession et recommandation 121, al. *b*).

iv) *Modification du contrat initial*

23. Lorsqu'une créance naît contractuellement, il est toujours possible que le débiteur de ladite créance et le créancier initial modifient ultérieurement les termes de l'obligation. Si la créance fait l'objet d'une cession, il faut déterminer l'effet de la modification sur les

[1] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.16.

droits du cessionnaire. Dans les cas où la modification intervient avant la cession, le droit effectivement cédé au cessionnaire est la créance initiale ainsi modifiée. La plupart des États adoptent aussi le point de vue selon lequel le débiteur de la créance n'est pas affecté par une cession dont il n'a pas connaissance. Ainsi, si la modification intervient après la cession, mais avant que le débiteur de la créance ait pris connaissance de la cession, il est compréhensible qu'il estime que l'accord de modification a été conclu avec le créancier initial et produit donc effet. En conséquence, les États prévoient généralement qu'une telle modification produit effet à l'égard du cessionnaire (voir, par exemple, art. 20, par. 1, de la Convention des Nations Unies sur la cession et recommandation 122, al. *a*).

24. Par contre, si la convention portant modification des termes de la créance est conclue après la cession et après que le débiteur en a été avisé, la modification est généralement sans effet à moins que le cessionnaire n'y consente car, à ce stade, le droit du cessionnaire sur la créance a déjà été établi et serait modifié sans son consentement. Certains États prévoient toutefois des exceptions limitées à cette règle. Par exemple, si le droit au paiement n'a pas encore été pleinement acquis du fait d'une exécution incomplète de l'obligation par le créancier initial (le cédant) et si le contrat initial prévoit la possibilité d'une modification, celle-ci peut produire effet à l'égard du cessionnaire. Dans certains cas, il n'est même pas nécessaire que le contrat initial prévoie expressément la modification. L'exemple usuel serait le cas où le contrat initial régit une relation à long terme entre le débiteur de la créance et le créancier, relation qui est de nature à faire intervenir fréquemment des modifications. Le cessionnaire pourrait alors s'attendre à des modifications raisonnables dans le cours normal des affaires, même après la cession. En conséquence, certains États prévoient qu'une modification à laquelle un cessionnaire raisonnable consentirait produit effet à son égard, même si elle intervient après que le débiteur de la créance a pris connaissance de la cession, pour autant que la créance n'ait pas encore été pleinement acquise du fait de l'exécution incomplète (voir art. 20, par. 2, de la Convention des Nations Unies sur la cession et recommandation 122, al. *b*).

v) *Recouvrement des paiements déjà effectués*

25. En général, le droit du cédant de recevoir paiement du débiteur de la créance prend naissance parce que le cédant a exécuté l'obligation pour laquelle le paiement doit être effectué (par exemple la vente d'un véhicule, la prestation d'un service). Parfois, le débiteur de la créance peut payer une partie du prix avant que le bien soit remis ou le service fourni. Ce paiement peut fort bien se retrouver entre les mains du cessionnaire soit parce que le cédant le lui a remis, soit parce que le cessionnaire a avisé le débiteur de la créance et a obtenu paiement directement. Normalement, le droit des contrats dispose que, si une partie n'exécute pas son obligation, l'autre partie peut faire annuler le contrat ou demander des dommages-intérêts pour inexécution. Cependant, une fois que le paiement est entre les mains du cessionnaire, de nombreux États prévoient que le débiteur peut se retourner uniquement contre le cédant et que les sommes reçues par le cessionnaire ne peuvent être récupérées.

26. Le principe qui sous-tend cette règle découle du droit général des obligations. En l'absence de fraude, les créanciers d'une partie manquant à ses obligations contractuelles ne sont pas autorisés à réclamer de l'argent qui a pu être versé de bonne foi à d'autres créanciers. Par conséquent, si un paiement est effectué au cédant, qui le transfère ensuite

au cessionnaire, ce dernier se trouve dans la même position que n'importe quel autre créancier qui a été payé par le cédant. Ce devrait également être le cas lorsque le cédant s'acquitte de ses obligations envers le cessionnaire en demandant au débiteur de la créance d'effectuer directement le paiement au cessionnaire. Dans les deux situations, les principes normaux régissant le droit des obligations s'appliquent, et le cessionnaire ne devrait pas être tenu de restituer le paiement au débiteur de la créance simplement parce que le cédant n'a pas exécuté son obligation corrélative. Cela signifie pour l'essentiel que le débiteur de la créance supporte le risque d'insolvabilité de son cocontractant. Le *Guide* recommande ce principe général (voir art. 21 de la Convention des Nations Unies sur la cession et recommandation 123).

c) *Effet d'une sûreté réelle mobilière sur les obligations du débiteur dans le cadre d'un instrument négociable*

27. Dans la plupart des États, le droit régissant les instruments négociables est bien développé et prévoit des règles claires concernant l'effet du transfert d'un instrument sur les obligations des parties à ce dernier. En principe, l'application de ces règles est maintenue dans le contexte des sûretés réelles mobilières grevant des instruments négociables (voir recommandation 124).

28. Ainsi, le créancier garanti titulaire d'une sûreté sur un instrument négociable ne peut obtenir paiement de cet instrument que conformément aux termes de celui-ci. Même si le constituant a manqué à son obligation découlant de la convention constitutive de sûreté, le créancier garanti ne peut demander l'exécution de l'instrument négociable au débiteur que si le paiement est dû en vertu de l'instrument. Par exemple, si un instrument négociable n'est payable qu'à l'échéance, le créancier garanti ne peut en exiger le paiement plus tôt (même si le constituant, par opposition au débiteur dans le cadre de l'instrument, est défaillant) que conformément aux termes de l'instrument lui-même.

29. En outre, sauf convention contraire du débiteur, le créancier garanti ne peut obtenir paiement de l'instrument négociable que conformément au droit régissant les instruments négociables. Normalement, ce droit prévoit que, pour obtenir paiement, il doit en être porteur (en d'autres termes être en sa possession et avoir obtenu tout endossement nécessaire) ou avoir acquis les droits d'un porteur. C'est pourquoi, pour être assuré d'être libéré, le débiteur est souvent autorisé par le droit régissant les instruments négociables d'insister pour ne payer que le porteur de l'instrument. Nonobstant ce principe général, dans certains États, si le porteur d'un instrument transfère celui-ci à une personne autre qu'un porteur, ce simple bénéficiaire du transfert peut en demander l'exécution s'il en a la possession physique.

30. En vertu du droit régissant les instruments négociables, le créancier garanti peut ou non être soumis aux droits et exceptions du débiteur dans le cadre de l'instrument. Si le créancier garanti est un porteur protégé de l'instrument négociable, il est en droit de demander l'exécution de ce dernier libre de certains droits et exceptions du débiteur. Il s'agit des droits et exceptions dits "personnels", tels que les droits et exceptions contractuels classiques que le débiteur aurait pu opposer au porteur précédent. En revanche, dans le droit régissant les instruments négociables, le créancier garanti, même en tant que porteur protégé, reste soumis aux exceptions dites "absolues" du débiteur, telles que l'incapacité, le dol, ou la libération dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité.

31. Si le créancier garanti est un porteur non protégé de l'instrument négociable, il a néanmoins le droit d'obtenir paiement de l'instrument, mais est généralement soumis aux droits et aux exceptions que le débiteur aurait pu opposer à un porteur antérieur, à savoir notamment tous les droits et exceptions personnels, à moins que la partie obligée dans le cadre de l'instrument n'ait effectivement renoncé à opposer ces droits et exceptions, soit dans l'instrument négociable lui-même, soit dans une convention distincte.

d) *Effet d'une sûreté réelle mobilière sur les obligations de la banque dépositaire*

32. Dans les États où la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire n'est possible que si la banque dépositaire y consent, cette dernière n'a nulle obligation de donner son consentement. Il s'ensuit dans ces États que, même entre le créancier garanti et le constituant, une telle sûreté ne peut être constituée sans l'accord de la banque. D'autres États, en revanche, n'exigent pas le consentement de la banque dépositaire pour la constitution de la sûreté. Néanmoins, même dans ces États, les droits et obligations de la banque dépositaire ne peuvent être affectés à moins qu'elle n'y consente. Le *Guide* faisant la distinction entre l'efficacité d'une sûreté entre les parties et son efficacité à l'égard des tiers (ou opposabilité), c'est la seconde des deux approches susmentionnées qu'il adopte (voir recommandation 125, al. *a*). Dans les deux cas, toutefois, si les banques sont protégées en l'absence de consentement explicite, c'est principalement en raison de leur rôle capital dans le système de paiements et de la nécessité de ne pas empiéter sur le droit et la pratique bancaires.

33. Cette protection se justifie par les motifs suivants: en imposant des obligations à une banque dépositaire ou en modifiant ses droits et obligations sans son consentement, on peut l'exposer à des risques qu'elle n'est pas en mesure de gérer correctement, sauf si elle les connaît à l'avance. Les banques dépositaires sont exposées à d'importants risques opérationnels, liés au fait qu'elles débitent ou créditent des comptes bancaires quotidiennement, accordent souvent des crédits à titre provisoire, et réalisent parfois d'autres opérations avec leurs clients. À cela vient s'ajouter le risque juridique, autrement dit le risque, pour la banque dépositaire, de ne pas respecter, dans ses opérations courantes, les règles de droit applicables aux instruments négociables et aux virements et d'autres règles régissant le système de paiements. La banque dépositaire est aussi exposée au risque de ne pas respecter certaines obligations qui lui sont imposées par d'autres règles de droit, telles que celles exigeant le maintien de la confidentialité de ses opérations avec ses clients. Elle est en outre généralement exposée au risque réglementaire lié aux lois et réglementations de l'État visant à assurer sa sécurité et sa solidité. Enfin, elle est exposée au risque d'atteinte à la réputation lorsqu'elle choisit les clients avec lesquels elle accepte de réaliser des opérations.

34. L'expérience dans les États où la banque dépositaire ne peut se voir imposer d'obligations nouvelles ou modifiées sans son consentement montre que les parties sont souvent en mesure de négocier des arrangements satisfaisants de sorte que la banque est assurée de gérer les risques encourus, compte tenu de la nature de l'opération et de l'activité de son client. Les motifs qui justifient la protection de l'ensemble des opérations du système bancaire sont à l'origine d'un autre principe qui concerne l'effet, sur les droits de la banque dépositaire, d'une sûreté réelle mobilière grevant un compte bancaire. Pour éviter toute atteinte aux droits à compensation de la banque à l'égard du titulaire du compte, les systèmes juridiques qui l'autorisent à prendre une sûreté sur le droit au paiement des

fonds crédités sur un compte bancaire tenu par elle prévoient qu'elle conserve tous les droits à compensation qui lui sont reconnus en dehors du droit des opérations garanties (voir recommandation 125, al. *b*).

35. Ces mêmes motifs valent en ce qui concerne les principes régissant l'opposabilité, la priorité et la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire. Par exemple, les États qui prescrivent le "contrôle" pour assurer l'opposabilité d'une telle sûreté (voir recommandation 49, chap. III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière) prévoient habituellement que la banque n'est pas tenue de conclure un accord de contrôle avec le créancier garanti (voir recommandation 126, al. *c*). Ils prévoient également en général que la banque n'est pas tenue de payer un créancier garanti autre que celui qui a le contrôle des fonds crédités sur le compte (voir recommandation 126, al. *a*). En outre, dans ces États, il existe des règles appropriées pour préserver la confidentialité de la relation entre la banque et son client, telles que celle prévoyant que la banque n'est nullement tenue de répondre aux demandes d'informations de personnes souhaitant savoir si un accord de contrôle existe ou si le titulaire du compte conserve le droit de disposer des fonds crédités sur son compte (voir recommandation 126, al. *b*).

36. Dans les États où la sûreté sur le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire peut être rendue opposable par l'inscription d'un avis sur un registre public ou par acceptation de la part de la banque dépositaire, l'inscription ou l'acceptation peut ou non imposer à la banque l'obligation de suivre les instructions du créancier garanti concernant les fonds qui sont sur le compte. Lorsque la banque dépositaire n'est pas tenue par le droit d'un État à une telle obligation, le créancier garanti pourra généralement, lors de la réalisation de la sûreté, obtenir les fonds qui sont sur le compte si le client-constituant a donné ordre à la banque de suivre les instructions du créancier concernant les fonds ou si la banque est convenue avec ce dernier de le faire. En l'absence de telles instructions ou d'une telle convention, le créancier garanti peut être contraint de réaliser la sûreté sur le compte bancaire en recourant à une procédure judiciaire pour obtenir une décision du tribunal enjoignant à la banque dépositaire de lui remettre les fonds crédités sur le compte.

37. Dans les États où la banque dépositaire est autorisée à céder son rang de priorité, elle n'est nullement tenue de subordonner ses droits à la sûreté que fait valoir un autre créancier du titulaire du compte. Même si, pour faciliter la constitution, l'opposabilité, la priorité et la réalisation d'une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, le créancier garanti souhaite devenir client de la banque dépositaire pour ce qui est du compte en question, cette dernière n'est pas tenue de l'accepter en tant que client. Ce résultat est conforme à la position générale adoptée dans le *Guide*, selon laquelle les mécanismes du droit des opérations garanties visant à faciliter l'octroi de sûretés sur des fonds crédités sur un compte bancaire ne devraient pas aller à l'encontre des dispositions réglementaires nationales ou d'autres règles de droit destinées à assurer la sécurité et la solidité du système bancaire.

e) *Effet d'une sûreté réelle mobilière sur les obligations du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée dans un engagement de garantie indépendant*

38. Les droits et obligations du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée dans le cadre d'un engagement de garantie indépendant sont assez bien établis

dans le droit et la pratique régissant ce type d'engagement. Ce droit et cette pratique très spécialisés ont favorisé l'utilité des engagements de garantie indépendants, notamment dans le commerce international. En conséquence, lors de l'élaboration d'une loi sur les opérations garanties contenant des dispositions sur ce type d'engagement, les États prennent normalement grand soin de ne pas empiéter sur ces mécanismes commerciaux. De plus, afin que ce droit et cette pratique continuent de fonctionner de manière efficace dans le commerce international, les États adoptent généralement le vocabulaire spécialisé couramment employé pour désigner les différentes parties à un engagement de garantie indépendant (voir, pour des exemples de cette approche, la Convention des Nations Unies sur les garanties et les stand-by, les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires, les Règles et Pratiques internationales relatives aux stand-by et les Règles uniformes relatives aux garanties sur demande, ainsi que les recommandations 27, 48, 50, 107 et 176).

39. Lorsqu'on examine comment élaborer un régime approprié en matière d'opérations garanties pour ce genre de cas, il est utile de faire la distinction entre l'engagement de garantie indépendant lui-même et le droit de tirage, d'une part, et le droit du bénéficiaire d'un tel engagement de recevoir un paiement ou un autre article de valeur dû par le garant/émetteur ou la personne désignée, d'autre part. L'octroi d'une sûreté sur le droit de tirage sans compromettre l'utilité de l'engagement est une tâche délicate et n'est généralement possible que par un transfert convenu de l'engagement lui-même. En revanche, la constitution d'une sûreté sur le droit du bénéficiaire de recevoir paiement présente moins de risques car elle ne concerne que le droit du bénéficiaire de recevoir ce qui devient exigible. En d'autres termes, elle n'aurait pas d'effet sur les droits et obligations du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée. Pour cette raison, le *Guide* recommande des règles qui facilitent l'utilisation du droit du bénéficiaire de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant en tant que bien grevé, mais sous certaines conditions strictes visant à éviter de compromettre l'utilité de ces engagements. Une première condition concerne la manière dont le bien grevé est décrit. Le "droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant" désigne le droit du bénéficiaire de recevoir le produit par opposition aux espèces et autres biens qui constituent effectivement le produit de l'engagement (et par opposition au "droit de tirage"). Autrement dit, la sûreté ne grève pas le produit même, comme ce terme est communément utilisé dans la pratique des engagements de garantie indépendants. Les principes de base qui devraient régir la relation entre le droit relatif aux engagements de garantie indépendants et le droit des opérations garanties, tels qu'ils sont consacrés dans les recommandations du *Guide*, sont décrits ci-après.

40. Un principe fondamental veut que la sûreté du créancier garanti sur le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant soit soumise aux droits dont jouissent le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée en vertu du droit et de la pratique régissant ces engagements. Ainsi, un créancier garanti ne peut faire valoir un droit au paiement du produit s'il n'est pas payable à son constituant (voir recommandation 127, al. *a*). Pour la même raison, le bénéficiaire d'un transfert prend généralement l'engagement, y compris à la fois le droit de tirage et le droit de recevoir paiement du produit, libre d'une sûreté sur le droit de recevoir le produit de l'engagement constituée par l'auteur du transfert (voir recommandation 127, al. *b*). Pour la même raison toujours, si le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée détient également une sûreté sur le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant, leurs droits indépendants découlant de l'engagement ne sont pas lésés au seul motif qu'ils détiennent aussi une sûreté sur le droit de recevoir le produit (voir recommandation 127, al. *c*).

41. Selon un principe tout aussi important, un garant/émetteur, un confirmateur ou une personne désignée ne devrait pas être tenu de payer une personne autre qu'un confirmateur, une personne désignée, un bénéficiaire désigné, un bénéficiaire accepté du transfert de l'engagement ou un cessionnaire accepté du produit de l'engagement (voir recommandation 128). Cette règle se justifie par le fait que l'utilité des engagements de garantie indépendants en tant que moyen peu coûteux et efficace de faciliter le commerce serait compromise si le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée devait vérifier l'opération par laquelle le droit est censé avoir été transféré et à laquelle il ou elle n'avait pas consenti.

42. En revanche, si un créancier garanti a rendu sa sûreté opposable par contrôle (voir recommandation 50, chap. III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière), il peut faire valoir ses droits à l'encontre du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée. Dans ce contexte, toutefois, le contrôle a une signification bien particulière. Il signifie que le créancier garanti est expressément accepté par le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée en tant que cessionnaire du produit de l'engagement de garantie indépendant (voir recommandation 129).

f) *Effet d'une sûreté réelle mobilière sur les obligations de l'émetteur ou d'un autre débiteur dans le cadre d'un document négociable*

43. Dans la plupart des États, le droit régissant les documents négociables est bien développé et prévoit des règles claires quant à l'effet du transfert d'un document sur les obligations des parties à ce document. En principe, l'application de ces règles est maintenue dans le contexte des sûretés réelles mobilières grevant des documents négociables. C'est l'approche recommandée par le *Guide* (voir recommandation 130).

44. Cela signifie, notamment, que le droit du créancier garanti de réaliser une sûreté sur un document négociable et, par conséquent, sur les biens meubles corporels représentés par ce document est limité par le droit régissant les documents négociables de deux manières. Premièrement, il faut que, au moment de la réalisation, ces biens soient toujours entre les mains de l'émetteur ou d'un autre débiteur dans le cadre du document.

45. Deuxièmement, l'obligation incombant à l'émetteur ou autre débiteur de remettre les biens n'a généralement effet qu'à l'égard de la personne en faveur de laquelle le document a été initialement émis ou de tout porteur ultérieur du document (tel que déterminé par le droit régissant les documents négociables). Si le document n'a pas été transféré au créancier garanti selon les règles du droit régissant les documents négociables, l'émetteur ou autre débiteur n'aura aucune obligation de lui remettre les biens. Par exemple, si en vertu de ce droit le document doit avoir été endossé au moment où il est transféré pour que le bénéficiaire du transfert ait le droit de recevoir les biens représentés par le document, et si le bénéficiaire du transfert détient le document dépourvu d'endossement, le débiteur n'est pas tenu de remettre les biens. En pareil cas, le créancier garanti devra peut-être saisir un tribunal pour faire ordonner que les biens meubles corporels soient remis en sa possession. Une fois prouvée l'existence d'une convention constitutive de sûreté, le tribunal exigerait normalement que le document soit transféré ou, s'il est déjà en possession du créancier garanti, qu'il soit endossé en faveur de ce dernier ou d'une personne désignée par lui. Dans certains cas, le tribunal pourrait décider de ne pas exiger d'endossement par le constituant et enjoindre simplement à l'émetteur ou autre débiteur de remettre les biens représentés par le document au créancier garanti ou à une autre personne désignée par lui.

B. Recommandations 117 à 130

Objet

Les dispositions relatives aux droits et obligations des tiers débiteurs ont pour objet de renforcer l'efficacité des opérations garanties lorsque le bien grevé est une obligation de paiement ou une autre forme d'exécution due par un tiers au constituant:

a) En énonçant des règles sur les droits et obligations des parties à la cession d'une créance et sur la protection du débiteur de la créance;

b) En énonçant des règles pour assurer la cohérence entre la loi sur les opérations garanties et d'autres règles de droit relatives aux droits et aux obligations découlant d'instruments négociables et de documents négociables; et

c) En énonçant des règles pour assurer la cohérence entre le régime des opérations garanties et d'autres règles de droit régissant les droits et les obligations des banques dépositaires ainsi que du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée dans un engagement de garantie indépendant.

1. Droits et obligations du débiteur de la créance[2]

Protection du débiteur de la créance

117. La loi devrait prévoir que:

a) Sauf disposition contraire de la présente loi et à moins que le débiteur de la créance n'y consente, une cession de créance n'a pas d'incidence sur les droits et obligations de ce dernier, y compris sur les conditions de paiement énoncées dans le contrat initial; et

b) Les instructions de paiement peuvent être modifiées en ce qui concerne la personne, l'adresse ou le compte auxquels le débiteur de la créance doit effectuer le paiement, mais non en ce qui concerne:

i) La monnaie de paiement spécifiée dans le contrat initial; ou

ii) L'État dans lequel il est spécifié dans le contrat initial que le paiement doit être effectué, sauf à le remplacer par l'État dans lequel le débiteur de la créance est situé.

Notification de la cession au débiteur de la créance

118. La loi devrait prévoir que:

a) Une notification de la cession ou des instructions de paiement produisent leurs effets lorsqu'elles sont reçues par le débiteur de la créance, si elles sont formulées dans une langue dont il est raisonnable de penser qu'elle permet à celui-ci d'en comprendre le contenu. Il suffit en tout état de cause qu'elles soient formulées dans la langue du contrat initial;

b) La notification de la cession ou les instructions de paiement peuvent porter sur des créances nées après la notification; et

c) La notification d'une cession subséquente vaut notification de toute cession antérieure.

[2] Pour les recommandations 117 à 123, voir les articles 15 à 21 de la Convention des Nations Unies sur la cession.

Paiement libératoire du débiteur de la créance

119. La loi devrait prévoir que:

a) Tant qu'il n'a pas reçu notification de la cession, le débiteur de la créance est fondé à effectuer un paiement libératoire conformément au contrat initial;

b) Lorsqu'il a reçu notification de la cession, sous réserve des alinéas *c* à *h* de la présente recommandation, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire uniquement au cessionnaire ou, si d'autres instructions de paiement lui sont données dans la notification de la cession ou lui sont communiquées ultérieurement par écrit par le cessionnaire, conformément à ces instructions;

c) S'il reçoit plusieurs instructions de paiement relatives à une seule cession de la même créance effectuée par le même cédant, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire conformément aux dernières instructions reçues du cessionnaire avant le paiement;

d) S'il reçoit notification de plusieurs cessions de la même créance effectuées par le même cédant, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire conformément à la première notification reçue;

e) S'il reçoit notification d'une ou de plusieurs cessions subséquentes, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire conformément à la notification de la dernière de ces cessions subséquentes;

f) S'il reçoit notification de la cession d'une fraction d'une ou de plusieurs créances ou d'un droit indivis sur celles-ci, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire conformément à la notification ou conformément à la présente recommandation comme s'il n'avait pas reçu de notification. S'il paie conformément à la notification, le paiement n'est libératoire qu'à concurrence de la fraction ou du droit indivis payé;

g) S'il reçoit notification de la cession du cessionnaire, le débiteur de la créance est fondé à demander à celui-ci de prouver de manière appropriée, dans un délai raisonnable, que la cession du cédant initial au cessionnaire initial et toute cession intermédiaire ont été effectuées; faute pour le cessionnaire de se conformer à cette demande, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire conformément à la présente recommandation comme s'il n'avait pas reçu de notification. La cession est considérée comme prouvée de manière appropriée au moyen, notamment, de tout écrit émanant du cédant et indiquant qu'elle a bien eu lieu; et

h) La présente recommandation n'a d'incidence sur aucun autre motif conférant valeur libératoire au paiement effectué par le débiteur de la créance à la personne fondée à le recevoir, à une autorité judiciaire ou autre autorité compétente ou à un organisme public de consignation.

Exceptions et droits à compensation du débiteur de la créance

120. La loi devrait prévoir que:

a) Lorsque le cessionnaire forme contre le débiteur de la créance une demande de paiement de la créance cédée, celui-ci peut lui opposer toutes les exceptions et tous les droits à compensation qui découlent du contrat initial ou de tout autre contrat faisant partie de la même opération et qu'il pourrait invoquer comme si la cession n'avait pas eu lieu et si la demande était formée par le cédant;

b) Le débiteur de la créance peut opposer au cessionnaire tout autre droit à compensation, à condition qu'il ait pu invoquer ce droit au moment où il a reçu notification de la cession; et

c) Nonobstant les dispositions des alinéas *a* et *b* de la présente recommandation, les exceptions et droits à compensation que le débiteur de la créance peut, en vertu de l'alinéa *b* de la recommandation 24 ou de l'alinéa *e* de la recommandation 25 (chap. II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière), invoquer contre le cédant pour violation d'une convention limitant d'une quelconque manière le droit du cédant à procéder à la cession ne peuvent être invoqués par le débiteur de la créance contre le cessionnaire.

Engagement de ne pas opposer d'exceptions ou de droits à compensation

121. La loi devrait prévoir que:

a) Le débiteur de la créance peut convenir avec le cédant, par un écrit qu'il signe, de ne pas opposer au cessionnaire les exceptions et droits à compensation qu'il pourrait invoquer en vertu de la recommandation 120. Une telle convention empêche le débiteur de la créance d'opposer au cessionnaire ces exceptions et droits à compensation;

b) Le débiteur de la créance ne peut renoncer à invoquer:

i) Les exceptions découlant de manœuvres frauduleuses de la part du cessionnaire; ou

ii) Les exceptions fondées sur son incapacité; et

c) Une telle convention ne peut être modifiée que par convention, consignée dans un écrit signé par le débiteur de la créance. L'effet de la modification à l'égard du cessionnaire est déterminé par application de l'alinéa *b* de la recommandation 122.

Modification du contrat initial

122. La loi devrait prévoir que:

a) Toute convention conclue avant notification de la cession entre le cédant et le débiteur de la créance qui a des incidences sur les droits du cessionnaire produit effet à l'égard de ce dernier, qui acquiert alors les droits correspondants;

b) Toute convention conclue après notification de la cession entre le cédant et le débiteur de la créance qui a des incidences sur les droits du cessionnaire est sans effet à l'égard de ce dernier, sauf:

i) Si celui-ci y consent; ou

ii) Si la créance n'est pas encore acquise en totalité du fait de l'exécution incomplète du contrat initial et si, ou bien la modification était prévue dans ledit contrat, ou bien tout cessionnaire raisonnable y consentirait, dans le contexte de ce contrat; et

c) Les alinéas *a* et *b* de la présente recommandation sont sans incidence sur tout droit du cédant ou du cessionnaire résultant de la violation d'une convention conclue entre eux.

Recouvrement des paiements

123. La loi devrait prévoir que la non-exécution du contrat initial par le cédant n'habilite pas le débiteur de la créance à recouvrer auprès du cessionnaire une somme qu'il a payée au cédant ou au cessionnaire.

2. Droits et obligations du débiteur dans le cadre d'un instrument négociable

124. La loi devrait prévoir que les droits d'un créancier garanti découlant d'un instrument négociable, à l'égard d'une personne débitrice dans le cadre de l'instrument, sont soumis au droit régissant les instruments négociables.

3. Droits et obligations de la banque dépositaire

125. La loi devrait prévoir que:

a) La constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire n'a aucune incidence sur les droits et obligations de la banque dépositaire à moins qu'elle n'y consente; et

b) Le fait que la banque dépositaire détienne une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire est sans incidence sur les droits à compensation que lui reconnaît un autre droit.

126. La loi devrait prévoir que la banque dépositaire n'est pas tenue:

a) De payer une personne autre que celle qui a le contrôle des fonds crédités sur un compte bancaire;

b) De répondre aux demandes d'information de personnes souhaitant savoir si un accord de contrôle ou une sûreté réelle mobilière existe en sa faveur et si le constituant conserve le droit de disposer des fonds crédités sur le compte; ni

c) De conclure un accord de contrôle.

4. Droits et obligations du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée dans un engagement de garantie indépendant

127. La loi devrait prévoir que:

a) La sûreté d'un créancier garanti sur le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant est soumise aux droits dont jouissent, en vertu du droit et de la pratique régissant les engagements de garantie indépendants, un garant/émetteur, un confirmateur ou une personne désignée et tout autre bénéficiaire qui est désigné dans l'engagement ou à qui le droit de tirage a été transmis;

b) Une sûreté réelle mobilière sur le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant constituée par l'auteur du transfert de l'engagement ou par tout auteur d'un transfert antérieur est sans incidence sur les droits du bénéficiaire du transfert; et

c) Le fait qu'un garant/émetteur, un confirmateur, une personne désignée ou un bénéficiaire du transfert d'un engagement de garantie indépendant détienne une sûreté réelle mobilière sur le droit de recevoir le produit de l'engagement est sans incidence sur ses droits indépendants.

128. La loi devrait prévoir qu'un garant/émetteur, un confirmateur ou une personne désignée ne sont pas tenus de payer une personne autre qu'un confirmateur, une personne désignée, un bénéficiaire désigné, un bénéficiaire accepté du transfert de l'engagement de garantie indépendant ou un cessionnaire accepté du droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant.

129. La loi devrait prévoir que, si un créancier garanti obtient le contrôle en devenant cessionnaire accepté du produit d'un engagement de garantie indépendant, il est fondé à opposer cette acceptation au garant/émetteur, au confirmateur ou à la personne désignée qui l'a donnée.

5. Droits et obligations de l'émetteur d'un document négociable

130. La loi devrait prévoir que les droits d'un créancier garanti découlant d'un document négociable, à l'égard de l'émetteur ou de toute autre personne débitrice dans le cadre de ce document, sont soumis au droit régissant les documents négociables.

VIII. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière

A. Remarques générales

1. Introduction

1. Les parties à un accord attendent généralement les unes des autres qu'elles s'acquittent volontairement de toutes leurs obligations, qu'il s'agisse d'obligations entre elles ou à l'égard de tiers et que ces obligations naissent contractuellement ou de plein droit. Ce n'est qu'en cas de manquement qu'elles envisagent de demander l'exécution par voie 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 du débiteur, du créancier et des tiers. Dans la plupart des États, ces régimes exigent du créancier cherchant à obtenir l'exécution d'une obligation qu'il intente une action en justice pour faire reconnaître son droit, puis fasse saisir et vendre les biens du débiteur sous la supervision d'un agent public. Sur le montant de la vente, le créancier judiciaire recevra paiement de l'obligation 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. Le créancier garanti présume habituellement que le constituant s'acquittera de ses obligations volontairement. De même, le constituant s'attend généralement que le créancier garanti remplisse les obligations qu'il a contractées. L'un comme l'autre concluent l'opération avec la ferme intention de s'acquitter de leurs obligations l'un envers l'autre. Cependant, tous deux sont aussi conscients qu'ils ne seront peut-être pas toujours en mesure de le faire. Parfois, le créancier garanti n'effectuera pas le paiement promis ou ne restituera pas les biens au constituant alors qu'une condition convenue pour le faire est remplie. En pareil cas, le constituant saisira normalement le tribunal. Le plus souvent cependant, c'est le constituant qui se trouvera dans l'impossibilité d'exécuter une obligation comme promis (c'est-à-dire qu'il ne pourra pas rembourser le crédit selon les termes de la convention), parfois pour des raisons indépendantes de sa volonté, telles qu'une récession économique 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 commises de bonne foi en matière commerciale ou d'une mauvaise gestion.

3. Quelle que soit la raison, même après un ou plusieurs défauts de paiement, il est dans l'intérêt des deux parties à la 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)* son 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 le constituant et les tiers sont souvent dévastatrices (l'exécution forcée pouvant notamment entraîner la cessation de

l'activité du constituant ou déboucher sur une procédure d'insolvabilité). 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, un constituant peut demander l'assistance du créancier garanti pour élaborer un nouveau plan d'affaires. Dans d'autres, un constituant et un créancier individuel, ou un constituant et tout son groupe de créanciers peuvent tenter ensemble de modifier de manière informelle certains aspects de leur convention.

4. Il existe de nombreux types de convention de réaménagement des dettes. Parfois, les parties concluent ce que l'on appelle 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 l'obligation. Deux facteurs principaux pèsent sur les négociations visant à parvenir à ce type d'accord: *a)* le droit du créancier garanti de réaliser sa sûreté 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 ou que ce dernier soit contraint de cesser son activité.

5. Néanmoins, bien que les constituants et les créanciers garantis fassent tout leur possible pour éviter l'exécution forcée, cette dernière est parfois inévitable. 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 normalement applicables à l'exercice des droits contractuels 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 du régime d'opérations garanties se trouve le droit du créancier garanti de compter sur le montant pouvant être retiré de la vente des biens grevés pour rembourser l'obligation garantie. Les mécanismes de réalisation qui permettent aux créanciers de prévoir exactement le temps et l'argent qu'il leur en coûtera de disposer des biens grevés et le produit qu'ils sont susceptibles d'en tirer auront un impact positif 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 défaillance du 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 ceux-ci.

7. La maximisation du montant retiré de la vente des biens grevés profite à toutes les parties intéressées: au créancier garanti, d'abord, car elle permettrait de réduire le montant qui resterait éventuellement à payer par le constituant en tant qu'obligation non garantie après affectation du produit de la réalisation au paiement de l'obligation garantie

(autrement dit la "dette résiduelle" ou le "solde restant dû"); au constituant et à ses autres créanciers, ensuite, du fait que cette dette résiduelle est moindre ou que le montant restant après affectation du produit au 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, les règles de l'insolvabilité peuvent limiter l'exercice de ce droit (voir chap. XII relatif à l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière). La section A.2 du présent chapitre porte sur les principes généraux qui régissent la défaillance et la réalisation. La section A.3 examine les mesures procédurales qu'un créancier garanti peut être tenu de prendre avant d'exercer ses voies de droit et présente 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 les constituants, les créanciers garantis et les tiers. La réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur le produit est étudiée à la section A.6, et la manière dont se recoupent 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 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. Il en résulte que de nombreux États ont des règles spéciales pour la réalisation des sûretés sur les biens meubles incorporels en général et pour les créances et divers autres droits à paiement en particulier. Ces situations spéciales sont examinées dans les sections B.1 à B.7 du présent chapitre. Enfin, on trouvera à la section C 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. C'est pourquoi, 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 il est encore plus rare, si tant est que cela arrive, qu'il en soit informé pour la première fois par le créancier garanti qui la lui signalerait de manière formelle. En fait, dans ce cas, la procédure de réalisation n'est généralement pas engagée, car la défaillance intervient presque toujours par inadvertance, et non à cause de l'incapacité ou du refus de payer. Il arrive parfois cependant que la réalisation forcée soit 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. Elle devient donc normalement réalisable dès qu'il y a défaut de paiement de l'obligation garantie de la part du constituant (ou du débiteur, si le constituant est un tiers). La convention constitutive de sûreté prévoit toutefois généralement un certain nombre d'autres événements emportant défaillance. 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 constituant (ou au débiteur) et, dans l'affirmative, quel en est le contenu.

12. Parfois, il y a défaillance non pas du fait d'un défaut de paiement, 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, indépendamment de l'existence ou non d'une stipulation à cet effet dans les conventions constitutives de sûreté conclues, la saisie, par un autre créancier, des biens grevés vaut manquement à toutes les conventions constitutives de sûreté qui portent sur les biens saisis. Ce principe répond à un souci d'efficacité. Dans la mesure où les biens grevés constituent une garantie de paiement pour le 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 ces autres créanciers 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 ayant un rang de priorité supérieur pourra, s'il en décide ainsi, prendre le contrôle du processus de réalisation d'un autre créancier de rang inférieur (par exemple un créancier garanti ou un créancier judiciaire ayant pris des mesures pour exercer ses droits). Cette règle découle du fait que les deux créanciers garantis exercent des droits similaires 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 créanciers de rang supérieur en prévoyant qu'aucune vente forcée effectuée par un créancier de rang inférieur 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 les droits que lui confère la convention constitutive de sûreté. C'est l'approche généralement suivie dans les États où une vente judiciaire éteint (c'est-à-dire purge) tous les droits sur les biens vendus, y compris les sûretés réelles mobilières. Le raisonnement ici est que, la vente judiciaire permettant à l'acheteur d'acquérir la propriété des biens libres de tous droits, elle produira la valeur de réalisation la plus élevée. Dans d'autres États, en revanche, lorsqu'un créancier garanti a des droits sur tout ou partie 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 vente judiciaire ordinaire effectuée en exécution d'un jugement n'emporte pas extinction des sûretés réelles mobilières. L'idée ici est qu'en permettant aux créanciers de réaliser leur sûreté, la disposition rapportera probablement plus car, en pareil cas, le processus de réalisation permet à l'acheteur d'acquérir les biens, sinon totalement libres de droits, du moins plus libres qu'en cas de vente judiciaire. Par exemple, si une vente judiciaire ne purge aucune sûreté réelle mobilière mais que la réalisation par un créancier garanti éteint tous les droits de rang inférieur, la vente effectuée par ce créancier (même du rang de priorité le moins élevé) emportera tout au moins extinction de sa sûreté. Ce qui est plus important, c'est que la réalisation par le créancier garanti ayant le rang le plus élevé permet à l'acheteur d'obtenir les biens libres de tous droits (voir par. 77 à 80 ci-après).

c) *Bonne foi et caractère commercialement raisonnable*

15. La réalisation d'une sûreté a des conséquences graves pour le constituant, le débiteur et les tiers intéressés (comme un créancier garanti de rang inférieur, un garant, ou encore un copropriétaire du bien grevé). Pour cette raison, certains États imposent spécifiquement au créancier garanti, lorsqu'il exerce ses 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 recommandations 131 et 132). 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 recommandation 136). 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 de 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 chap. VI sur les droits et obligations des parties à la convention constitutive de sûreté). Dans le contexte de la réalisation après défaillance, une question clef est donc de savoir s'il faudrait appliquer un principe 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. Certains États considèrent que la procédure de réalisation relève du droit impératif, qui n'est pas susceptible de dérogation conventionnelle. Dans d'autres États, les parties sont autorisées à déroger au cadre légal régissant la réalisation 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. Dans ces États, la possibilité pour le créancier garanti et le constituant de s'entendre dans leur convention constitutive de sûreté pour déroger au cadre légal peut être limitée parce que la liberté d'écarter une obligation en matière de réalisation risque de faire l'objet d'abus au moment où les parties concluent cette convention. Malgré ces limites, certains États autorisent les

parties à modifier leurs droits découlant de la convention constitutive ou à y renoncer à tout moment par la suite. D'autres États ne le permettent qu'après défaillance.

17. Les États qui autorisent les parties à renoncer par convention à leurs droits légaux ou contractuels après défaillance imposent néanmoins en règle générale 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 recommandation 132). 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 à invoquer les obligations après défaillance du créancier garanti ou convenir de les modifier qu'après la survenue de la défaillance. Le fait d'autoriser une renonciation après défaillance permet souvent au constituant et au créancier garanti de négocier 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 recommandation 133). 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 recommandation 134). Quoi qu'il en soit, la modification des droits des parties à la convention constitutive de sûreté ne peut avoir d'incidence sur les droits des tiers (voir recommandation 135, première phrase). Dans de tels cas, cependant, toute personne contestant la convention comme étant contraire aux dispositions impératives qui viennent d'être citées aura la charge d'en apporter la preuve (voir recommandation 135, deuxième phrase).

e) *Supervision judiciaire de la réalisation*

18. En règle générale, lorsqu'un constituant est défaillant et que toutes les tentatives d'aménagement des obligations ont échoué, il est probable qu'une réalisation forcée de la sûreté s'ensuivra. Dans certains cas, toutefois, un constituant contestera soit l'allégation du créancier garanti selon laquelle il serait défaillant, 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 que ceux-ci 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 recommandation 137). 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 recommandation 138). 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 au constituant de s'opposer au créancier garanti sur ces points même après le commencement de la réalisation, 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 au constituant 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'a 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 ou le créancier garanti manque à l'une quelconque de ses obligations après défaillance (voir recommandation 136).

f) *Étendue des droits du constituant après défaillance*

i) *Généralités*

21. Comme on l'a vu plus haut (voir par. 18 ci-dessus), le constituant peut engager une action en justice si le créancier garanti, dans l'exercice de ses prérogatives après défaillance, ne respecte pas la convention constitutive de sûreté ni le droit. Il peut aussi payer la totalité de l'obligation garantie et obtenir la libération des biens grevés (voir par. 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 ou refuser cette prise en paiement des biens lorsqu'elle est proposée par le créancier (voir par. 65 à 70 ci-après), et exercer tout autre moyen prévu dans la convention constitutive ou dans le droit (voir recommandation 139). Enfin, il peut s'opposer à ce que le créancier garanti prenne possession ou dispose des biens grevés par voie extrajudiciaire (voir recommandations 142, 147 et 148; voir aussi par. 29 à 32 et 57 à 60 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 et dès lors que tous les engagements d'accorder d'autres crédits ont pris fin.

23. Le paiement complet de l'obligation garantie et la fin de tout engagement de crédit éteignent la sûreté et mettent 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 essayer d'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. Ces États permettent aussi généralement à tout tiers intéressé (comme un créancier de rang inférieur à celui du créancier procédant à la réalisation ou un acquéreur qui prend les biens soumis à la sûreté) d'exercer le droit de remboursement si le constituant ne le fait pas. Ainsi, ce créancier de rang inférieur ou cet acquéreur peut payer l'obligation garantie à la place du constituant.

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 et non de disposer du bien grevé. Tant que le 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 de remboursement peut le faire jusqu'à ce que le créancier garanti: *a)* dispose des biens grevés ou finisse de recouvrer le paiement après leur disposition; *b)* conclue un accord en vue de la disposition des biens grevés; ou *c)* acquière les biens grevés à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie. Jusqu'à ce que se produise l'un de ces événements, l'obligation garantie peut être remboursée intégralement et les biens libérés de la sûreté. 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 ses biens), 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 grevés ait été conclu, ou que le créancier garanti ait acquis les biens à titre d'exécution de l'obligation garantie (voir recommandation 140).

25. Un autre droit accordé aux constituants après défaillance dans certains États est celui de régulariser l'inexécution de l'obligation garantie par le 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 payant 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. En particulier, lorsque les États permettent la régularisation et que cette régularisation intervient effectivement, c'est pour annuler l'effet d'une clause de déchéance du terme, qui entraînerait l'exécution anticipée de l'obligation garantie. En d'autres termes, si un créancier garanti souhaite invoquer cette clause sans risque de régularisation, il ne peut le faire qu'en engageant une action judiciaire ordinaire pour obtenir l'exécution anticipée ainsi que la saisie et la vente des biens grevés. Après régularisation, l'obligation continue de s'imposer aux parties selon les conditions dont elles sont convenues et reste garantie par les biens grevés.

26. Les États abordent de façon très différente la question du 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 la régularisation est un droit reconnu par la loi auquel le constituant ne peut renoncer, que ce soit avant ou après défaillance. Certains États autorisent toute partie intéressée à remédier à une défaillance et à régulariser l'inexécution de l'obligation garantie alors que la plupart des États prévoient que seul le constituant peut exercer ce droit. Lorsque la régularisation

est autorisée, le délai pour y procéder est le même que celui pour exercer le droit de remédier à la défaillance par le paiement intégral. 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, selon lui, 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) *Étendue des droits du créancier garanti après défaillance*

27. Un créancier ordinaire qui obtient un jugement peut le faire exécuter contre tous les biens du débiteur dont les règles de procédure autorisent la saisie, à savoir généralement l'ensemble de ses biens quelle que soit leur nature. Si celui-ci n'a qu'un droit limité sur les biens (tel qu'un usufruit), seul ce droit limité peut être saisi et vendu. De même, si les droits du débiteur sur les biens sont limités par une clause ou une condition, l'exécution 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. À la différence de l'exécution ordinaire des jugements, la réalisation des sûretés réelles mobilières fait l'objet d'une importante limitation supplémentaire. Le 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. Il peut bien sûr également 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 la valeur des biens grevés si celle-ci s'avère insuffisante pour le paiement complet de l'obligation. Hormis cette contrainte supplémentaire, des principes analogues à ceux qui régissent l'exécution des jugements en général s'appliquent à la réalisation des sûretés. Le créancier garanti ne peut réaliser sa sûreté que contre les droits réels particuliers que le constituant détient effectivement sur les biens grevés. Ainsi, 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 ne saurait écarter ces restrictions. Autrement dit, si, par exemple, le constituant est le preneur dans le cadre d'un bail d'exploitation de matériel, la sûreté ne portera que sur ses droits en tant que preneur découlant du contrat de location.

h) *Réalisation judiciaire et réalisation extrajudiciaire*

29. En tant que principe général du droit régissant les relations entre débiteur et créancier, la plupart des États exigent que l'exécution se fasse par voie judiciaire. Le créancier doit poursuivre son débiteur, obtenir un jugement, puis faire appel à d'autres agents ou autorités publics (par exemple 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, une 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 la décision d'octroyer ou non un financement et le coût de ce dernier tiendront compte des retards et des frais escomptés en cas de réalisation, un processus 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 peut le vendre directement sans intervention du tribunal, à condition qu'il fasse appel à un huissier agréé pour gérer le processus conformément aux procédures prescrites. Cette approche, moins formelle, se justifie par le fait qu'il est souvent plus souple, plus rapide et moins coûteux de laisser le créancier garanti ou un tiers de confiance prendre possession des biens et en disposer que de laisser les autorités publiques prendre en main la procédure. Un système bien conçu peut offrir un mécanisme efficace permettant de maximiser le montant susceptible d'être retiré de la vente des biens grevés et donc protéger le constituant et les autres personnes ayant intérêt à ce que ce montant soit le plus élevé possible. En outre, le fait de savoir que le tribunal peut facilement intervenir suffit souvent pour inciter les parties à une attitude coopérative et raisonnable qui leur évite d'avoir à le saisir. Enfin, à la différence du créancier judiciaire classique, la plupart des créanciers garantis ont pour activité de fournir des crédits. Leur souci de préserver leur réputation auprès d'emprunteurs potentiels futurs les conduira donc normalement 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. Toutefois, ces États lui imposent généralement un certain nombre d'obligations impératives pour la réalisation extrajudiciaire: notamment l'obligation d'envoyer un avis de défaillance ou d'intention de disposer, d'agir de bonne foi et de manière commercialement raisonnable, et de remettre au constituant le produit de la disposition. De plus, 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 afin de réaliser leurs sûretés (voir recommandation 142). En tout état de cause, dans les États qui autorisent la réalisation extrajudiciaire, il est généralement toujours possible de saisir les tribunaux pour faire reconnaître et protéger les prérogatives et exceptions légitimes du constituant et d'autres parties ayant des droits sur les biens grevés. C'est également l'approche adoptée dans le *Guide* (voir recommandation 137).

32. Comme il est indiqué au paragraphe précédent, même dans les États où il est autorisé à agir sans l'intervention d'une autorité publique, le créancier garanti a aussi le droit normalement de saisir les tribunaux pour réaliser sa sûreté. En outre, du fait que la sûreté

est constituée pour accroître les chances de paiement de l'obligation garantie, sa réalisation après défaillance ne devrait pas empêcher le créancier garanti de tenter de demander l'exécution de l'obligation selon la procédure judiciaire ordinaire, suivie de la saisie et de la vente en exécution du jugement obtenu (voir recommandation 144). 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 peut souhaiter éviter le risque de voir ses actes contestés par la suite. Il peut parvenir à la conclusion qu'il devra de toute façon demander l'ouverture d'une procédure judiciaire pour recouvrer le solde restant dû car il s'attend que le produit de la réalisation soit insuffisant; ou il peut craindre un trouble à l'ordre public au moment de la réalisation et souhaiter l'éviter.

33. 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 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, 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 avoir à suivre la procédure de saisie et de vente officielles. Enfin, la plupart des États prévoient que le créancier conserve la possibilité de choisir la procédure de réalisation qu'il jugera la plus appropriée. Ainsi, 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 recommandation 143 et par. 34 et 35 ci-après).

i) *Cumul des droits après défaillance*

34. Il arrive parfois que, pour disposer entièrement de tous les biens grevés, un créancier soit obligé d'exercer plus d'une voie de droit. C'est généralement le cas lorsqu'un créancier garanti liquide la totalité d'une entreprise composée de différents types de biens, du fait que la procédure de réalisation diffère selon le type de biens grevés. Par exemple, le recouvrement sera le moyen le plus efficace de réaliser une sûreté sur des créances, tandis que ce sera la vente pour une sûreté sur des stocks ou du matériel. Dans d'autres cas, ce sera l'acquisition des biens par le créancier garanti à titre d'exécution de l'obligation garantie pour certains biens particuliers. Par ailleurs, un créancier garanti estimera parfois qu'une voie de droit est optimale, avant de découvrir qu'une autre permettra d'obtenir un montant plus élevé en cas de disposition. C'est pourquoi la plupart des États prévoient le cumul des voies de droit du créancier garanti. Dans les États adoptant cette approche, le créancier procédant à la réalisation n'aura pas seulement la possibilité de choisir la voie de droit à exercer, mais pourra également en exercer plusieurs, simultanément ou successivement. Il pourra même exercer parallèlement des voies de droit judiciaires et extrajudiciaires. Ce n'est que lorsque 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 du 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 recommandation 143).

35. 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 l'obligation garantie. 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 le créancier doit alors déterminer 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 la priorité qui découle de la sûreté 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 le créancier garanti soit autorisé 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 qu'il ne puisse pas réclamer davantage que son dû (voir recommandation 144).

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

36. Un créancier garanti de rang supérieur voudra souvent prendre le contrôle d'un processus de réalisation commencé par un autre créancier, par exemple lorsqu'une procédure d'exécution d'un jugement est menée par un créancier de rang inférieur réalisant une sûreté. Certains États accordent généralement le droit de prendre le contrôle du processus de réalisation lorsqu'un autre créancier garanti procède à la réalisation en vertu du droit des opérations garanties, mais beaucoup 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 judiciaire chirographaire ou d'un créancier garanti qui peut aussi avoir intenté une action en réalisation devant les tribunaux) a commencé à saisir les biens grevés. Cependant, les États accordent parfois à un créancier garanti le droit de prendre le contrôle d'un processus de réalisation même commencé par un créancier judiciaire. Ils lui imposent alors souvent d'exercer ce droit dans un certain délai (à savoir avant que les enchères ne commencent) et de rembourser au créancier judiciaire les frais de réalisation que celui-ci a engagés jusque-là. Afin de maximiser l'efficacité de la réalisation des sûretés, le *Guide* recommande, lorsque la réalisation a été commencée par d'autres créanciers garantis de manière extrajudiciaire ou par des créanciers judiciaires, que le créancier garanti occupant un rang supérieur par rapport à eux ait le droit de prendre le contrôle de la réalisation (voir recommandation 145). Le *Guide* prévoit que ce droit peut être exercé à tout moment avant la disposition du bien grevé, son acquisition, l'obtention d'un paiement sur ce bien ou la conclusion d'un accord de disposition ayant force obligatoire, selon ce qui intervient en premier. Lorsque le créancier garanti de rang supérieur exerce ce droit, il n'est pas limité à la méthode de réalisation déjà commencée par le créancier de rang inférieur et peut réaliser sa sûreté en ayant recours à toute méthode prévue dans le *Guide*.

3. Étapes procédurales précédant la réalisation et droits du constituant

a) *Généralités*

37. De nombreux États ont élaboré des mécanismes procéduraux complets pour faciliter la réalisation effective et efficace de la sûreté 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 procéduraux sont destinés à assurer un équilibre entre 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 que la réalisation soit judiciaire ou extrajudiciaire et 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)* prend 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*

38. Lorsqu'un créancier garanti choisit de faire exécuter la convention constitutive de sûreté en engageant auprès des tribunaux une action ordinaire contre le constituant au titre de l'obligation garantie, les règles normales de procédure civile (notamment celles qui ont trait à l'avis de défaillance et à la possibilité d'entendre les parties sur le fond) gouverneront l'action judiciaire elle-même et le processus de réalisation après jugement. Or, le plus souvent, ces règles s'appliquent directement aux seules procédures des tribunaux. C'est pourquoi les États qui autorisent la réalisation extrajudiciaire adoptent généralement pour cette dernière des règles supplémentaires visant à protéger de manière adéquate les droits des parties concernées, tout en offrant le maximum de souplesse au processus de réalisation.

39. L'une des garanties procédurales les plus importantes dans le domaine de la réalisation extrajudiciaire des sûretés réelles mobilières est l'envoi par le créancier garanti d'un avis indiquant dûment la mesure qu'il a l'intention de prendre. La nécessité reconnue d'adresser un avis de réalisation extrajudiciaire place les États devant un choix fondamental en ce qui concerne la manière de commencer la réalisation. Dans certains, un créancier garanti doit envoyer un préavis de son intention de procéder à la réalisation extrajudiciaire avant même de chercher à obtenir la possession des biens grevés. Il doit donc 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 et 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 aussi, 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 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: 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.

40. Ces deux approches comportent chacune des avantages et des inconvénients. Le principal avantage d'un régime exigeant du créancier un préavis de son intention de procéder à la réalisation et de prendre possession des biens grevés est qu'il avertit le constituant de la nécessité de protéger ses droits sur les biens. Cet aspect est particulièrement important lorsque le constituant n'est pas le débiteur de l'obligation garantie. Le débiteur saura forcément qu'il est défaillant, mais peut-être pas le tiers constituant, qui serait surpris par une demande de prise de possession immédiate de la part du créancier garanti. Le constituant pourrait alors, par exemple, contester la réalisation, remédier à la défaillance du débiteur ou chercher des acheteurs potentiels pour les biens grevés. Des raisons similaires sont à l'origine de l'obligation faite au créancier garanti d'aviser les autres parties intéressées, qui peuvent ainsi suivre la réalisation ultérieure de la sûreté par le créancier, la contester ou, si c'est dans leur intérêt, remédier à la défaillance et, s'il s'agit de créanciers garantis dont les droits sont prioritaires (et si le constituant est défaillant également à leur égard), participer au processus de réalisation ou en prendre le contrôle. L'exigence d'un préavis présente aussi un certain nombre d'inconvénients: son coût, le fait que le créancier garanti doive peut-être choisir une voie de droit avant d'avoir inspecté de près les biens grevés, la possibilité qu'un constituant non coopératif mette les biens grevés hors de portée du créancier et le risque que d'autres créanciers se précipitent pour faire valoir leurs droits sur 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 manquement technique, débouchant sur une procédure judiciaire, avec les frais et retards que cela comporte.

41. Un régime exigeant un simple avis de disposition extrajudiciaire a l'avantage d'autoriser le créancier garanti à prendre promptement possession des biens grevés, tout en protégeant les intérêts du constituant et des tiers ayant des droits sur ces biens (et permet ainsi d'éviter les inconvénients de l'approche examinée au paragraphe précédent). Son inconvénient est que le constituant est avisé de la réalisation extrajudiciaire seulement après que le créancier a pris possession des biens (et ne bénéficie donc pas du préavis dont il est question au paragraphe précédent).

42. 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. La plupart des États qui obligent le créancier à adresser, préalablement à la prise de possession, un avis de son intention de procéder à une réalisation n'exigent pas l'envoi préalable d'un avis de défaillance distinct ou l'envoi ultérieur d'un avis de réalisation extrajudiciaire. L'idée est qu'un avis unique suffit pour remplir toutes ces fonctions. D'autres États qui permettent au créancier d'adresser, après la prise de possession, un avis précisant le mode de réalisation extrajudiciaire choisi, exigent néanmoins de lui qu'il adresse un avis formel de défaillance avant cette prise de possession. Certains États n'exigent du créancier garanti ni avis de défaillance ni avis préalable à la prise de possession indiquant l'intention de procéder à la réalisation. Dans ces États, les créanciers garantis doivent seulement adresser, après la prise de possession, un avis

concernant la voie de droit qu'ils ont l'intention de suivre pour procéder à la réalisation extrajudiciaire. Afin de tenir compte des intérêts de toutes les parties, le *Guide* recommande que le 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, que le créancier garanti ait avisé le constituant et toute autre personne en possession des biens grevés de la défaillance et de son intention de chercher à obtenir la possession sans saisir de tribunal et qu'au moment où le créancier garanti cherche à obtenir la possession des biens grevés ni le constituant ni la personne en possession des biens ne s'y opposent (voir recommandation 147).

43. Les prescriptions qui viennent d'être indiquées visent à faire en sorte que le processus de réalisation se déroule sans atteinte à l'ordre public et sans que le constituant ou les tiers en possession des biens grevés ne soient pris par surprise. Dans la pratique, toutefois, la réalisation a souvent lieu de façon moins formelle, car beaucoup d'États exigeant de telles règles de procédure permettent également aux constituants et autres débiteurs d'y renoncer, à condition qu'ils le fassent après la défaillance. Il ne peut être renoncé aux droits procéduraux qu'après défaillance principalement afin que les constituants ne subissent pas de pressions pour abandonner ces droits dans le but d'obtenir un crédit et qu'ils prennent leur décision de renonciation compte tenu des circonstances existant au moment de la défaillance. Le *Guide* adopte aussi cette position (voir recommandation 133). Ainsi, après défaillance, un créancier garanti peut demander à un constituant ou à toute autre personne en possession des biens grevés d'en remettre la possession sans avoir stipulé dans la convention constitutive de sûreté le droit de prendre possession par voie extrajudiciaire et sans avoir adressé d'avis préalable de son intention de le faire. Si le constituant ou toute autre personne en possession des biens grevés y consent expressément, la remise de la possession est autorisée.

c) *Destinataires, teneur, moment et forme de l'avis*

44. Comme dans les autres situations où un avis peut être requis, les États spécifient généralement avec grand soin comment, quand et à qui l'avis doit être donné, et quel doit en être le 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. Les États effectuent généralement une analyse coûts-avantages pour 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 qui ont inscrit leurs droits ou en ont informé d'une autre façon le créancier garanti procédant à la réalisation. Certains États prévoient que l'avis doit uniquement être adressé au constituant et aux autres créanciers garantis qui ont inscrit leurs droits ou en ont avisé le créancier garanti procédant à la réalisation. D'autres États vont plus loin et exigent que l'avis soit ensuite inscrit au registre général des sûretés. Le conservateur du registre est alors tenu de le transmettre à tous les tiers autres que les créanciers garantis qui ont inscrit des 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 à toutes les autres parties ayant inscrit des droits sur les biens grevés.

45. Les États ont également des approches différentes en ce qui concerne le contenu minimal de l'avis. Comme la décision de savoir quand et à qui l'avis doit être donné, les

décisions portant sur les informations à y faire figurer exigent des États une analyse coûts-avantages. Par exemple, les États exigent habituellement que l'avis contienne le calcul, établi par le créancier garanti, du montant dû en raison de la défaillance. Ils pourraient aussi imposer d'y faire figurer des indications au débiteur ou au constituant concernant les mesures à prendre pour payer l'obligation garantie dans sa totalité ou, si ce droit existe, pour remédier à la défaillance. De plus, quelques États prévoient que l'avis adressé aux autres parties intéressées n'a pas à être aussi détaillé ou précis que l'avis au débiteur et au constituant. Lorsque l'avis doit être adressé avant la prise de possession, les États exigent parfois des créanciers garantis qu'ils fournissent des informations assez détaillées aux constituants. En revanche, lorsque l'avis est donné après la prise de possession, les États prévoient habituellement que le créancier garanti est 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 toute autre partie intéressée peut s'opposer à la proposition ou remédier à la défaillance.

46. 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 que le créancier garanti obtienne la possession des biens grevés (voir recommandation 147). 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 les biens grevés. S'il envisage de recourir à une vente extrajudiciaire, l'avis doit être communiqué, sauf urgence (parce que les biens sont périssables ou peuvent perdre rapidement de la valeur) ou sauf si des biens du même type sont habituellement vendus sur un marché reconnu (voir recommandation 149). S'il est vrai que le droit des opérations garanties devrait exiger que l'avis soit adressé de manière efficace, rapide et fiable, le *Guide* recommande que l'obligation de notifier ne soit pas contraignante au point d'avoir un impact négatif sur les droits du créancier garanti ou sur la valeur de réalisation nette des biens (voir recommandation 150). Mû par ce même souci d'équilibre entre les intérêts de toutes les parties, le *Guide* 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 recommandation 156), l'avis laisse au constituant suffisamment de temps pour s'opposer à la proposition (voir recommandation 157).

47. Étant donné son but, l'avis se doit d'être compréhensible pour le constituant. Il s'agit d'une condition particulièrement importante lorsque le créancier garanti et le constituant ne parlent pas la même langue. De nombreux États exigent que tous les avis soient formulés dans la langue officielle de l'État concerné. Toutefois, il peut arriver que ni le constituant ni les tiers intéressés ne comprennent cette langue. C'est pourquoi le *Guide* adopte, comme principe général, l'idée que l'avis devrait être rédigé dans une langue dont il est raisonnable de penser qu'elle sera comprise par les destinataires, bien que la langue de la convention constitutive de sûreté puisse toujours être utilisée à cette fin (voir recommandation 151, al. *c*; pour la langue de la convention constitutive, voir chap. II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, par. 16; pour la langue d'un avis, voir chap. IV sur le système de registre, par. 44 à 46; voir également par. 70 plus bas).

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

48. Après une défaillance, le créancier garanti souhaitera tirer des biens grevés le prix le plus élevé possible. Le constituant connaissant souvent mieux que lui le marché de ces biens, il l'autorisera généralement 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. Afin de protéger les droits de ces tiers, 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 toute vente effectuée par le constituant sera traité à tous les points de vue comme s'il résultait d'une disposition en vue de la réalisation. Quelques 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 maximiser le montant tiré 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 chercher à obtenir le prix le plus élevé possible même lorsque celui-ci est supérieur au montant restant dû au titre de l'obligation garantie. Le *Guide* recommande que le créancier garanti puisse choisir la méthode, les modalités, le moment, le lieu et d'autres aspects de la réalisation, ce qui lui permettrait d'autoriser le constituant à disposer des biens grevés (voir recommandation 148, deuxième phrase).

4. Exercice extrajudiciaire des droits du créancier garanti

a) *Généralités*

49. Lorsqu'un créancier garanti choisit de faire exécuter la convention constitutive de sûreté par voie judiciaire, il lui faudra saisir et vendre les biens grevés après obtention d'un jugement. 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 (comme des huissiers de justice, des shérifs, des notaires ou la 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.

50. La procédure est légèrement différente lorsque le créancier garanti choisit de procéder à une réalisation extrajudiciaire. Comme aucun agent public n'intervient, le créancier garanti souhaitera normalement (et devra généralement) obtenir lui-même la possession des biens grevés pour procéder à la réalisation. Les États ont adopté des approches différentes, qu'il s'agisse du droit du créancier garanti d'obtenir la possession 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*

51. 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, soit plus tard, comme moyen de rendre la sûreté opposable 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. Dans toutes ces situations, de nombreux États n'exigent pas du créancier garanti qu'il donne un avis formel de défaillance au constituant, mais seulement 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. 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.

52. Lorsque le créancier garanti n'est pas en possession des biens grevés, il doit agir afin de les récupérer auprès du constituant ou d'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 que les biens soient placés sous le contrôle d'un agent public en attendant la réalisation extrajudiciaire. L'idée ici est que, si le créancier garanti peut déterminer à qui devrait revenir la possession suite à la défaillance, la réalisation gagnera en souplesse et la conservation des biens en attendant leur disposition sera moins coûteuse. 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 d'un bien meuble corporel grevé (voir recommandation 146).

53. Le droit du créancier garanti à la possession s'accompagne du droit de décider exactement comment les prérogatives découlant de cette possession devraient être exercées. Parfois, les créanciers garantis prennent personnellement la possession matérielle des biens grevés contre lesquels ils procèdent à la réalisation. Cependant, dans de nombreux cas, ils ne le font pas. Ils peuvent, par exemple, faire en sorte que les biens soient remis 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 représentant 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 le compte du créancier garanti, mais qui a été informé précédemment de la convention constitutive de sûreté, le créancier peut simplement l'aviser du fait que la sûreté est devenue réalisable et que le tiers n'a plus le droit de conserver la possession des biens grevés, de les contrôler ou d'en disposer.

54. Les États considèrent généralement l'appréhension des biens grevés par les créanciers garantis comme 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 ait 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 audience. 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 certains États, le créancier est autorisé à réclamer et à prendre la 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. Toutefois, même dans ces États, 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 ou en intimidant le constituant, en portant atteinte à l'ordre public ou en réclamant frauduleusement les biens grevés. C'est pourquoi la plupart de ces États interdisent tout acte du créancier visant à obtenir la possession qui mènerait à 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 de l'ordre public quand le créancier cherche à obtenir la possession après expiration du préavis.

55. Dans les États où la prise de possession est soumise à l'envoi d'un avis par le créancier garanti, il y a toujours un risque que le constituant défaillant tente de dissimuler ou de transférer les biens grevés avant que le créancier n'en prenne possession. Il se peut aussi que les biens ne soient pas utilisés comme il se doit, qu'ils soient dissipés 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 sont périssables ou 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 de ces biens.

56. 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 impropre 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 *a)* le constituant y a consenti dans la convention constitutive de sûreté; *b)* si le créancier a avisé le constituant de son intention de prendre possession; et *c)* si, au moment où le créancier cherche à obtenir la possession, le constituant ne s'y oppose pas (voir recommandation 147). De plus, comme cela a été mentionné plus haut (voir par. 46), le *Guide* recommande que le créancier n'ait pas besoin d'adresser un avis faisant part 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 recommandation 149). 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 recommandation 147).

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

57. Du fait qu'une sûreté réelle mobilière 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 disposer des biens. Les prescriptions sont plus ou moins formelles. Ainsi, même lorsque la réalisation extrajudiciaire est autorisée, certains États soumettent les actes de disposition aux mêmes procédures publiques que celles qui sont utilisées pour l'exécution des jugements des tribunaux. D'autres États exigent que les créanciers garantis obtiennent l'approbation par le tribunal du mode de disposition envisagé avant 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 sa conduite respecte des normes générales (telles que la bonne foi et le caractère commercialement raisonnable), dont la violation contraint le créancier à verser des dommages-intérêts compensatoires.

58. 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 ayant 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, 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 le lieu 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 la location, la mise sous licence ou l'octroi de 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 droits 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 utilisant un autre mode de vente (voir recommandation 149).

59. Du fait qu'une disposition extrajudiciaire des biens grevés a le même caractère définitif qu'une vente supervisée par un tribunal, la plupart des États non seulement 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 autorisent encore 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 traitées (voir recommandations 137 et 138). En règle générale, c'est lorsque le créancier procédant à la réalisation dispose de la plus grande souplesse pour choisir le moment et 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 intéressées de la réalisation et de la nécessité de protéger leurs intérêts si elles le souhaitent (voir recommandations 150 et 151). Puisque son but est d'indiquer la voie de droit qui sera utilisée, l'avis devra, à l'instar du préavis de défaillance et de prise de possession, être compréhensible pour le constituant. Ainsi, conformément au paragraphe 1 de l'article 16 de la Convention des Nations Unies sur la cession, le *Guide* recommande que l'avis soit formulé dans une langue dont il est raisonnable de penser qu'elle sera comprise par ses destinataires; il suffit, en tout état de cause, que l'avis au constituant soit formulé dans la langue de la convention constitutive de sûreté (voir recommandation 151, al. *c*).

d) *Répartition du produit de la vente ou d'un autre acte de disposition*

60. L'une des particularités importantes du droit des opérations garanties est qu'il bouleverse les règles normales de répartition du produit de la disposition entre créanciers chirographaires. Après tout, 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 dans des situations où 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 (c'est-à-dire l'extinction de tous les droits réels, y compris toutes les sûretés réelles mobilières, sur les biens), 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 les paiements aux 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.

61. Lorsqu'un créancier garanti procède à la réalisation au moyen d'une vente extrajudiciaire, les États posent généralement dans leur droit des opérations garanties une série de règles relatives au produit de la vente. Il y a souvent des règles spéciales 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 distribuer le produit à tout ou partie des autres créanciers. Dans de tels cas, les autres créanciers peuvent être notamment les créanciers garantis dont la sûreté sur les biens grevés est de rang inférieur à celle du créancier garanti ayant procédé à la réalisation. Si le régime de réalisation prévoit une purge des droits, le créancier procédant à la réalisation devra peut-être également distribuer le produit aux créanciers garantis de rang supérieur et aux réclamants revendiquant une priorité légale. 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 (comme c'est le cas des droits bénéficiant d'une priorité légale qu'il n'est pas nécessaire d'inscrire). Invariablement, les États prévoient aussi que tout excédent de produit restant

après satisfaction de tous les droits doit être remis au constituant. Le *Guide* recommande également cette approche (voir recommandation 152).

62. Il arrive, dans de nombreux cas, que la répartition adéquate du produit de la réalisation ne soit pas absolument claire ou fasse l'objet d'un litige entre réclamants concurrents. Le plus souvent, cette incertitude ou ces litiges apparaissent à l'occasion de la distribution d'un excédent, mais ils peuvent toutefois survenir aussi lorsqu'un autre créancier garanti revendique la priorité sur le créancier procédant à la réalisation ou lorsqu'un réclamant concurrent, tel qu'un bénéficiaire du transfert, affirme ses droits après la tenue de la vente. Pour faciliter le règlement de tous ces types de conflits, la plupart des États prévoient que le créancier garanti procédant à la réalisation peut consigner le produit de la disposition auprès d'un tribunal ou d'une autre autorité. Si le litige concerne les droits du créancier garanti procédant à la réalisation et ceux des réclamants concurrents, les États exigent normalement que la totalité du produit soit consignée jusqu'au règlement du litige. En revanche, si le litige concerne seulement des réclamants de rang inférieur, le créancier garanti procédant à la réalisation a besoin normalement de ne consigner que l'excédent après remboursement de sa propre créance. Pour promouvoir l'efficacité de la réalisation, c'est cette approche qui est recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 153).

63. 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 débiteur de l'obligation. À moins que le constituant n'ait consenti 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 qu'il a payé et aux coûts de la revente doit être affecté à l'obligation garantie. Cependant, les États ne se préoccupent généralement pas de la valeur de revente obtenue lorsqu'un créancier garanti dispose des biens grevés qu'il a achetés. À moins que l'on puisse démontrer que la première vente au créancier n'était pas commercialement raisonnable ou n'était pas réalisée de bonne foi, ils considèrent que le montant procuré par cette vente constitue la valeur finale reçue lors de la disposition des biens grevés.

64. Ainsi qu'il a été noté plus haut (voir par. 57 à 59), le créancier garanti, au lieu de vendre le bien grevé ou d'en disposer d'une autre manière, peut choisir de le mettre en location ou sous licence. Le produit du bail ou du contrat de licence (y compris tout paiement effectué suite à l'exercice d'une option d'achat dans le cas du bail) sera alors affecté à l'obligation garantie. Les États suivent différentes approches pour déterminer la manière dont ce produit sera affecté à l'obligation afin de calculer tout solde restant dû ou tout excédent. Certains États disposent que la valeur du bail ou du contrat de licence, ou la valeur du bien grevé, au moment de la conclusion du bail ou du contrat de licence, sera déduite de l'obligation garantie. D'autres prévoient que seuls les paiements au titre du bail ou du contrat de licence reçus par le créancier garanti sont déduits de l'obligation garantie. D'autres encore donnent au créancier garanti la possibilité de déterminer comment l'obligation garantie sera réduite sous réserve qu'il agisse de bonne foi et de manière commercialement raisonnable. Le *Guide* ne formule aucune recommandation particulière car le traitement de cette question repose sur les considérations fondamentales d'autres branches de droit.

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

65. La raison d'être d'une sûreté réelle mobilière 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 garantie. 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 de droit du créancier garanti, la limitation s'applique même lorsque le créancier est déjà en possession des biens grevés en vertu de la 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 pourra garder les biens grevés à titre d'exécution de l'obligation garantie. De même, dans beaucoup d'entre eux, le créancier ne peut garder les biens grevés en paiement même si le constituant y consent une fois que la défaillance s'est produite. De plus, même si le constituant et le créancier garanti conviennent, après la défaillance, que ce dernier gardera les biens grevés, dans ces États, de tels arrangements sont considérés comme un paiement contractuel et sont inopposables aux autres parties ayant un droit sur les biens.

66. 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 en cas de défaillance est dépourvu de force obligatoire 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 destinées à empêcher un comportement abusif du créancier. Ces États prévoient aussi généralement que tout accord consensuel conclu de gré à gré par le constituant et le créancier garanti après la défaillance a force obligatoire, mais uniquement en tant que paiement contractuel sans effet sur les tiers qui ont des droits sur les biens grevés. Ainsi, si un créancier garanti souhaite acquérir les biens grevés à titre d'exécution totale ou partielle de l'obligation garantie dans des conditions qui protègent ses droits contre des créanciers garantis et des réclamants concurrents de rang inférieur, il doit suivre les étapes procédurales formelles prévues à cette fin.

67. Lorsque les États autorisent expressément le créancier garanti à proposer d'acquérir les biens grevés, après la défaillance, à titre d'exécution de l'obligation garantie (sous réserve qu'il ait suivi la procédure requise), cela ne signifie pas que le constituant doive accepter son offre. Il peut la refuser, et le créancier garanti devra alors 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; et *c)* le créancier garanti et le constituant conviennent d'un arrangement qui porte un préjudice déraisonnable aux tiers ayant un droit sur les biens grevés.

68. Pour se prémunir contre le risque de comportement abusif ou collusoire de la part du créancier garanti et du 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 alors le droit de s'opposer à

l'accord proposé et peuvent exiger du créancier garanti qu'il réalise la sûreté au moyen d'une vente. De plus, certains États exigent l'approbation 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 proposant d'acquérir les biens grevés à titre d'exécution de l'obligation garantie fournisse au préalable une estimation officielle et indépendante de ces biens.

69. Les États décideront d'imposer tout ou partie 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 pris à titre d'exécution totale ou partielle de l'obligation garantie (voir recommandations 156 et 159). Si le constituant fait une proposition, le créancier garanti peut l'accepter ou la refuser. Si le créancier garanti fait une proposition de sa propre initiative, s'il fait une proposition suite à une invitation du constituant ou s'il accepte la proposition du constituant, il doit en aviser le constituant, toute personne ayant des droits sur les biens grevés qui l'a informé de ces droits ainsi que tout créancier garanti qui était en possession des biens au moment où le créancier procédant à la réalisation en a pris possession (voir recommandation 157, al. *a*). La raison pour laquelle le constituant figure sur la liste des destinataires même lorsqu'il a invité le créancier garanti à lui faire une proposition est qu'il peut juger inacceptables les termes précis de cette proposition. Pour garantir que toutes les parties comprennent toutes les implications de la proposition, le *Guide* recommande que l'avis indique non seulement les biens qui seront pris en paiement, mais aussi le montant dû à la date d'envoi de l'avis et le montant de l'obligation dont l'exécution est proposée moyennant l'acquisition des biens (voir recommandation 157, al. *b*).

70. Ces prescriptions s'expliquent par le fait qu'il est plus efficace et moins coûteux, pour fournir des informations pertinentes aux parties intéressées, d'exiger que le créancier garanti donne sa propre évaluation des biens grevés que de recourir à 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, dans un délai raisonnablement court, à l'acquisition par le créancier garanti des biens grevés. S'ils le font dans les délais et par écrit, le créancier garanti doit renoncer à cette voie de droit et en exercer une autre, comme une vente extrajudiciaire ou un autre mode de disposition (voir recommandation 158, première phrase). En outre, le *Guide* recommande que, lorsque la proposition du créancier garanti vise l'acquisition des biens grevés à titre d'exécution partielle uniquement, il ne suffise pas que les destinataires de l'avis ne s'y opposent pas dans les délais impartis. Chacun d'entre eux doit y consentir expressément (voir recommandation 158, deuxième phrase). Comme dans les cas où le créancier garanti propose de disposer du bien, lorsqu'il propose de le prendre à titre d'exécution totale ou partielle de l'obligation garantie, l'avis doit pouvoir être compris par le constituant. Conformément à l'approche recommandée dans le *Guide,* l'avis devrait être formulé dans une langue dont il est raisonnable de penser qu'elle sera comprise par les destinataires (voir recommandation 151, al. *c*).

f) *Gestion et vente d'une entreprise*

71. Dans de nombreux cas, la sûreté du créancier garanti grève non pas seulement des biens particuliers du constituant, mais la plupart ou l'ensemble des biens d'une entreprise. La vente de l'entreprise en vue de la poursuite de ses activités permet souvent alors d'obtenir la valeur de réalisation la plus élevée. Pour pouvoir le faire efficacement, les créanciers garantis doivent généralement être en mesure de disposer de tous les biens de l'entreprise à la fois, y compris des biens immeubles. De plus, dans de tels cas, les États prescrivent souvent des procédures spéciales pour notifier la vente et réglementent de manière plus stricte les conditions de la vente d'une entreprise en vue de la poursuite de ses activités.

72. 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 (comme les stocks ou le matériel) ou que l'entreprise soit vendue en une fois. Pour cette raison, certains États permettent aux créanciers garantis de prendre le contrôle des activités 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 ne pourraient 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.

73. Lorsque les stocks de l'entreprise ont effectivement été liquidés, le créancier garanti passera en général à l'exercice d'une ou de plusieurs autres voies 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 chaque fois qu'il se propose d'exercer une autre voie de droit, telle qu'acquérir les biens à titre d'exécution totale ou partielle de l'obligation garantie ou, plus fréquemment, les vendre. Une fois cet avis donné, les procédures ordinaires de réalisation régissant l'exercice de cette voie s'appliquent. Le *Guide* ne formule pas de recommandation formelle sur le point de savoir si le créancier garanti devrait avoir le droit de prendre le contrôle de la gestion d'une entreprise pour la vendre. Les États intéressés par cette possibilité devront peut-être en évaluer les avantages par rapport aux obligations associées à la gestion d'une entreprise par un créancier garanti et aux incidences que cette voie de droit peut avoir sur les droits des autres créanciers, garantis ou chirographaires.

5. Effets de la réalisation

a) *Disposition judiciaire et disposition extrajudiciaire*

74. La plupart des États prévoient qu'un créancier garanti peut réaliser sa sûreté sur saisine d'un tribunal ou par voie extrajudiciaire. Lorsque le créancier choisit la procédure

judiciaire ou une autre procédure administrée par une autorité officielle, la législation générale relative à l'exécution des jugements s'applique normalement pour déterminer les droits du constituant après la vente judiciaire et ceux acquis par le bénéficiaire du transfert. Du fait que ces règles de procédure font partie du système général d'exécution des décisions civiles d'un État, le *Guide* ne formule pas de recommandations spécifiques sur la réalisation judiciaire des sûretés réelles mobilières. Pour ne pas interférer avec les règles générales de procédure civile régissant l'exécution des jugements, il laisse plutôt cette question à d'autres règles de droit (voir recommandation 160).

75. Lorsque les États autorisent la réalisation extrajudiciaire, ils adoptent en revanche le plus souvent, pour rendre le régime de réalisation aussi rapide que possible, des règles détaillées qui déterminent l'effet de la réalisation sur: *a)* la relation entre le constituant et le créancier garanti; *b)* les droits des parties susceptibles d'acheter les biens grevés lors d'une vente en réalisation de la sûreté; et *c)* le droit 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, il acquiert cette valeur en vendant les biens grevés et en affectant 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 qui y a droit. De plus, comme cela a été mentionné ci-dessus, 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 pareils cas ont déjà été examinés (voir par. 60 à 63 ci-dessus).

76. Cependant, comme on l'a vu, il arrive que le créancier garanti acquière les biens grevés à titre d'exécution de l'obligation garantie (voir par. 65 à 70 ci-dessus). 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 un 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 un créancier garanti qui acquiert un bien à titre d'exécution d'une 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, comme on l'a vu ci-dessus, le constituant ou un autre créancier peut demander au créancier garanti de vendre le bien au lieu de le prendre en paiement. Pour les raisons exposées au paragraphe 65 ci-dessus, le *Guide* recommande que les créanciers garantis puissent proposer d'acquérir 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 recommandations 156 et 157).

b) *Effets spécifiques de la disposition extrajudiciaire*

77. 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 réelles mobilières attachées aux biens grevés (ce que l'on appelle parfois la purge des biens). 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, avec un rang de priorité équivalent à celui qu'avait leur sûreté sur les biens grevés initiaux. Les acheteurs obtiendront la propriété des biens libres 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 des biens 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. Par conséquent, un 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. L'hypothèse est que normalement le créancier garanti dont le rang de priorité est le plus élevé prendra le contrôle de la réalisation (de sorte que toutes les sûretés seront éteintes) ou un créancier garanti de rang inférieur remboursera le créancier de rang supérieur de manière que les biens soient libérés de tous droits.

78. Si les deux approches permettent généralement de libérer les biens de l'ensemble des droits qui les grèvent, 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 recommandation 161, première phrase). Parfois, le créancier garanti peut décider de ne pas vendre le bien grevé mais de le louer ou de le mettre sous licence et affecter les paiements reçus à ce titre à l'exécution de l'obligation (voir par. 63 ci-dessus). Dans de tels cas, la plupart des États prévoient aussi que le preneur à bail ou le preneur de licence bénéficie pleinement du bail ou de la licence pendant toute sa durée, sauf à l'encontre des droits qui ont priorité sur ceux du créancier garanti procédant à la réalisation. C'est également l'approche recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 162).

79. 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 sur les biens, 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 réclamants concurrents sont déterminés par leur rang de priorité par rapport au créancier procédant à la réalisation. Ainsi, 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 réclamants concurrents de rang supérieur. À l'inverse, s'il y a des réclamants concurrents 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 qu'un créancier garanti qui acquiert un bien en paiement le prenne libre des droits de rang inférieur, mais sous réserve des droits des réclamants concurrents de rang supérieur (voir recommandation 161, deuxième phrase).

80. Un créancier garanti peut parfois disposer des biens grevés en les vendant, en les louant ou en les mettant sous licence sans suivre les procédures que les États imposent pour protéger les constituants et les tiers ayant des droits sur les biens. Il devient alors nécessaire de déterminer l'effet de la disposition sur les droits du constituant et sur ceux du bénéficiaire du transfert, du preneur à bail ou du preneur de licence. Certains États prévoient que la vente est nulle. D'autres prévoient que, si le bénéficiaire du transfert, le preneur à bail ou le preneur de licence agit de bonne foi, il acquiert les mêmes droits que si la vente avait été conduite conformément aux règles régissant la disposition extrajudiciaire. C'est l'approche qui est recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 163). En ce qui concerne le constituant et les autres créanciers garantis, s'ils peuvent démontrer que le manquement aux règles impératives régissant la disposition extrajudiciaire a porté atteinte à leurs droits, la plupart des États prévoient que la vente ne sera pas annulée mais que le constituant ou une autre partie pourra obtenir réparation du préjudice par le créancier ayant procédé à la réalisation (voir recommandation 136). Toutefois, en règle générale, le montant tiré d'une disposition non conforme n'est pas inférieur et peut même être supérieur au produit perçu lors d'une disposition conforme. En pareil cas, naturellement, ni le constituant ni les tiers ne subiront de préjudice.

c) *Caractère définitif*

81. En cas de réalisation par voie judiciaire, le droit d'un État autre que celui des opérations garanties prévoit des règles pour les situations dans lesquelles une procédure de vente judiciaire peut être rouverte. Certains États prévoient aussi des règles dans leur droit des opérations garanties pour traiter ce point. Ils prévoient normalement que la réalisation extrajudiciaire revêt un caractère définitif: en d'autres termes, une fois la vente ou la prise en paiement effectuée conformément aux procédures de réalisation requises, elle ne peut être rouverte. À moins que l'on puisse prouver une fraude, la mauvaise foi ou la collusion entre le vendeur et l'acheteur ou entre le constituant et le créancier garanti, la vente est définitive.

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

82. Si le constituant vend les biens grevés avant la réalisation, le produit de la vente est substitué aux biens grevés (voir recommandation 80, al. *a*, chap. V sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière). C'est pourquoi de nombreux États prévoient qu'une sûreté sur un bien grevé se reporte automatiquement sur le produit de sa disposition. D'autres États ne prévoient pas de tel report ou le prévoient uniquement si la sûreté ne se maintient pas sur le bien grevé après disposition, ou exigent que la convention constitutive de sûreté indique expressément sur quel produit portera la sûreté. Le *Guide* recommande que les créanciers garantis aient toujours le droit d'invoquer leur sûreté sur le produit des biens grevés et sur le produit du produit (voir recommandations 19, 39 et 40, chap. II et III). 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, que

ce soit le produit de la disposition effectuée par le constituant ou encore les fruits naturels et civils ou les revenus générés par le bien (voir chap. II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, par. 72 à 78).

83. En général, les États n'adoptent pas de règles distinctes pour la réalisation des sûretés sur le produit, si bien que leur réalisation suit le type de procédure requise pour la réalisation des sûretés sur le type de bien représenté par le produit (par exemple un bien meuble corporel, une créance, un instrument négociable ou le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire). Il règnerait une grande confusion si, d'un côté, certains créanciers garantis pouvaient réaliser leur sûreté sur le produit conformément aux règles de réalisation des sûretés sur les biens initialement grevés et si, d'un autre côté, d'autres créanciers souhaitant réaliser leur sûreté sur ce produit en tant que bien initialement grevé devaient suivre les règles applicables spécifiquement au type de bien représenté par le produit. Ainsi, si le produit est une créance générée par la vente d'un bien meuble corporel, on ne pourrait obliger un créancier titulaire d'une sûreté sur la créance en tant que bien initialement grevé à suivre les règles de réalisation régissant les créances et permettre à un créancier ayant pris une sûreté sur le bien meuble corporel d'exercer ses droits sur le produit conformément aux règles de réalisation régissant les biens meubles corporels.

84. En s'abstenant de proposer des règles de réalisation spéciales pour le produit, le *Guide* recommande implicitement que les règles générales de réalisation s'appliquent également à la réalisation des sûretés sur le produit. Cela signifie notamment que, si le produit est un bien meuble corporel, les règles de réalisation régissant les biens meubles corporels s'appliqueraient. Si, en revanche, le produit est une créance ou un autre bien particulier comme ceux mentionnés à la section B ci-après, ce sont les recommandations du *Guide* relatives à la réalisation des sûretés constituées sur ce type de biens particuliers en tant que biens initialement grevés qui s'appliqueraient.

7. Recoupements entre le régime de réalisation des sûretés mobilières et le régime de réalisation des droits réels immobiliers

85. Il est fréquent que la qualification des biens corporels en meubles ou immeubles change au fil du temps, à mesure 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, des semences et des engrais 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. Il s'agira par exemple d'un ascenseur, d'un four, d'un comptoir ou d'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. Cela peut être le cas par exemple des récoltes, des produits issus de l'extraction des mines ou des carrières et des hydrocarbures.

86. Les États ont adopté de nombreuses règles différentes pour ces diverses situations. Une préoccupation importante est d'établir les droits des créanciers souhaitant réaliser

leur sûreté 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, de nombreux États permettent la constitution, en vertu du droit des opérations garanties, d'une sûreté sur des biens qui, alors qu'ils font toujours partie d'un bien immeuble, sont destinés à devenir meubles. Dans ces cas, l'effet de la sûreté même entre les parties est suspendu jusqu'au détachement des biens et la sûreté ne peut être réalisée jusqu'à ce que les biens deviennent meubles. À l'inverse, il ne peut être procédé à la réalisation d'aucun droit réel immobilier à l'encontre des biens devenus meubles. Bien que le *Guide* ne formule aucune recommandation expresse à cet égard, du fait que le régime de réalisation qu'il recommande présuppose l'existence distincte des biens corporels en tant que meubles, le régime de réalisation pour les biens immeubles ne s'appliquera pas à la réalisation des sûretés sur un bien meuble qui a été détaché d'un immeuble.

87. 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 engrais ou semences) 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 des droits réels sur des biens immeubles. En revanche, lorsque le bien meuble devient un bien attaché, ces États adoptent généralement des règles spéciales pour préserver non seulement les droits du créancier garanti, mais aussi ceux des créanciers qui ont des droits sur le bien immeuble.

88. Le *Guide* suit le schéma général adopté par de nombreux États pour résoudre les conflits entre créanciers garantis et réclamants concurrents 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 grevé 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 recommandations 38 et 43, chap. III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière). Les droits de réalisation du créancier garanti sur le bien attaché et par rapport aux créanciers garantis qui peuvent avoir des sûretés sur le bien immeuble dépendent ensuite du rang de priorité de chaque droit concurrent (voir recommandations 87 et 88, chap. V sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière). 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 cependant du droit d'un autre créancier garanti ou d'une autre partie intéressée de rang inférieur de payer la valeur du bien attaché et ce faisant d'empêcher le détachement. Si toutefois le détachement d'un bien attaché à un immeuble (par exemple un ascenseur d'un bâtiment) endommage l'immeuble autrement qu'en en diminuant simplement la valeur, 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 droits réels sur des biens immeubles, à condition d'avoir maintenu l'opposabilité par inscription sur le registre immobilier (voir recommandations 164, al. *a*, et 165).

89. La réalisation des sûretés sur des biens attachés à des immeubles devient plus complexe encore lorsque le créancier garanti a pris un droit réel sur un bien immeuble et une sûreté sur le bien meuble qui a été attaché audit immeuble. En pareil cas, la plupart des États permettent au créancier de réaliser la sûreté de plusieurs façons: il peut réaliser, d'un côté, la sûreté sur le bien attaché et, de l'autre, le droit réel sur le reste de l'immeuble, ou réaliser le droit réel sur l'ensemble de l'immeuble, y compris le bien attaché. Dans le premier cas, ses droits devraient être prioritaires par rapport à tous les droits sur le bien immeuble (voir recommandation 165). Dans le deuxième cas, ses droits seraient déterminés par le régime de priorité régissant les biens immeubles (voir recommandation 164, al. *b*).

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

90. De nombreux types de biens meubles corporels sur lesquels une sûreté a été constituée sont destinés à être attachés à d'autres biens meubles corporels, à être transformés en un produit fini ou à être mélangés à d'autres biens meubles corporels pour former une masse. Certains États traitent des sûretés dans ces cas en déterminant si la propriété du bien attaché, du produit manufacturé ou de la masse a été transférée au propriétaire des autres biens meubles corporels. Par exemple, si la propriété du bien grevé est transmise au propriétaire des autres biens meubles corporels auxquels ledit bien grevé est attaché ou mélangé, la sûreté qui le grève s'éteint. D'autres États prévoient la continuité de l'opposabilité des sûretés sur des biens meubles corporels qui sont des biens attachés à d'autres biens, transformés en produits finis ou mélangés à d'autres biens, sans se préoccuper de savoir s'il y a changement de propriété du fait du rattachement ou du mélange. C'est l'approche adoptée dans le *Guide* (voir recommandations 41 à 44, chap. III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière). Normalement, lorsque les États prévoient la continuation de la sûreté après qu'un bien a été attaché ou mélangé, ils appliquent aussi les règles générales à la réalisation contre ce type de biens. Si le rattachement ou le mélange concerne des biens meubles corporels tels que moteurs de voiture, produits finis en fibre de verre, stocks mélangés de vêtements, céréales en silo ou pétrole en citerne, la réalisation suit le régime applicable aux biens meubles corporels. Si le mélange concerne des biens meubles incorporels tels que des créances ou des espèces sur un compte, la réalisation se fait conformément au régime général applicable à ce type de biens. Le raisonnement, qui est aussi retenu par le *Guide*, est que l'adoption d'un régime de réalisation différent de celui qui s'applique de manière générale à ce type de biens créerait une confusion inutile.

91. S'agissant de la réalisation d'une sûreté sur un bien attaché à un meuble, la plupart des États adoptent des règles semblables à celles qui s'appliquent aux sûretés sur des biens attachés à des immeubles. Un créancier garanti de rang inférieur à celui procédant à la réalisation peut rembourser 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 tenu de réparer tout dommage causé par le détachement du bien autre que la diminution de valeur résultant du détachement. Cependant, il y a une différence entre le traitement des sûretés sur des biens attachés à des immeubles et celui des sûretés sur des

biens attachés à des meubles. Dans le premier cas (biens attachés à des immeubles), le créancier garanti doit avoir la priorité par rapport aux titulaires de droits concurrents sur le bien immeuble pour réaliser sa sûreté sur le bien attaché (voir recommandation 165). Dans l'autre cas (biens attachés à des meubles), la sûreté peut être réalisée quel que soit le rang de priorité du créancier procédant à la réalisation (voir recommandation 166).

92. 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 subdivisés, comme c'est le cas lorsqu'il s'agit 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 de la réalisation. Ainsi, un créancier garanti ayant une sûreté sur le tiers d'une quantité de pétrole en citerne peut réaliser sa sûreté sur un tiers de la masse issue du mélange. Si les biens grevés ne peuvent pas être séparés, comme c'est le cas des produits finis tels que la plupart des stocks et matériels fabriqués, il faudra peut-être vendre l'ensemble du produit fini, et les droits des créanciers garantis concurrents ayant des droits sur d'autres parties des biens mélangés seront déterminés par les recommandations du *Guide* relatives à la priorité (voir recommandations 90 à 92, chap. V sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière).

B. Remarques sur des biens particuliers

1. Généralités

93. Les principes de base régissant la réalisation des sûretés réelles mobilières, dont il est question à la section A ci-dessus, pourraient théoriquement s'appliquer quel que soit le type de bien grevé. Pourtant, ils visent avant tout certains types de biens meubles corporels, tels que stocks, matériel et biens de consommation. Pour cette raison, il est difficile de les appliquer à la réalisation de sûretés sur des biens meubles 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 un droit à paiement découlant d'un instrument négociable) et les droits à possession découlant d'un document négociable. En conséquence, de nombreux États ont adopté des règles spéciales pour la réalisation des sûretés sur ces types de biens grevés. 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, dans nombre de ces cas, le droit des opérations garanties tient compte du droit spécialisé et des pratiques commerciales régissant les comptes bancaires, les instruments négociables, les documents négociables et les engagements de garantie indépendants, et s'efface en partie devant ce droit et ces pratiques.

2. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur une créance

94. Lorsqu'une sûreté est prise sur une créance, le bien grevé est le droit du constituant de recevoir paiement du débiteur de la créance. Il serait logiquement possible d'exiger du cessionnaire qu'il procède à la réalisation en vendant la créance ou en la recouvrant ou

en conservant le produit de son paiement à titre d'exécution de l'obligation garantie. Toutefois, la vente de la créance serait un moyen lourd et inefficace d'obtenir la valeur économique d'un bien qui a, en soi, une valeur monétaire déterminée. C'est la raison pour laquelle la plupart des États qui permettent aux créanciers de prendre une sûreté sur des créances et d'autres droits donnent la possibilité au cessionnaire de recouvrer 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 cédant 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.

95. Au chapitre VI sur les droits et obligations des parties à la 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 recommandations 114 à 116). Le *Guide* prévoit aussi, au chapitre VII sur les droits et obligations des tiers débiteurs, notamment 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 recommandations 117 à 123).

96. 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 recommandation 168).

97. 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 pas conserver plus que le montant de l'obligation garantie dont lui est redevable le cédant, principe que le *Guide* adopte non seulement pour de tels actes de dispositions de créances, mais aussi pour le recouvrement ordinaire des créances (voir recommandation 116, al. *b,* chap. VI sur les droits et obligations des parties à la convention constitutive de sûreté). De plus, conformément aux principes généraux régissant la réalisation, le cessionnaire doit agir de bonne foi et de manière commercialement raisonnable lorsqu'il dispose de la créance (voir recommandation 131).

98. Dans certains cas, la créance elle-même sera garantie par d'autres sûretés personnelles ou réelles, telles qu'une garantie personnelle donnée par un tiers ou une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles du débiteur de la créance. De nombreux États prévoient un droit automatique pour le cessionnaire de réaliser ces autres sûretés si le débiteur ne s'acquitte pas du paiement de la créance à l'échéance. C'est là une conséquence normale d'une 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. Le créancier garanti pourra réaliser ces garanties conformément au droit régissant normalement la réalisation de ce type de garantie ou de bien (voir recommandation 169). Dans la plupart des États, le même principe s'applique aussi aux sûretés ou garanties personnelles ou réelles concernant d'autres droits à paiement, comme le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant. Le *Guide* recommande cette approche (voir recommandation 25, chap. II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière).

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

99. Le *Guide* s'applique aux transferts purs et simples de créances ainsi qu'aux sûretés réelles mobilières sur les créances (voir recommandation 3, chap. I sur le champ d'application). Dans le cas d'un transfert pur et simple, toutefois, le cédant transmet généralement l'ensemble de ses droits sur la créance. Il ne conserve donc aucun droit sur elle et ne se préoccupe pas de la méthode utilisée pour son recouvrement ou pour un autre acte de disposition. Les points abordés dans le présent chapitre consacré à la réalisation ne concernent donc le transfert pur et simple d'une créance que lorsque le cessionnaire conserve une possibilité de recours contre le cédant en cas de non-recouvrement. En d'autres termes, ce n'est que lorsque le cédant peut être tenu en dernier ressort envers le cessionnaire qu'il a un intérêt dans le mode utilisé pour recouvrer la créance ou en disposer d'une autre manière (voir recommandation 167).

100. Les possibilités de recours contre le cédant pour défaut de recouvrement des créances transférées purement et simplement 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 arrangements 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 versé pour l'achat d'un ensemble de créances et le produit effectif du recouvrement de ces créances lorsque celui-ci est insuffisant.

101. De nombreuses raisons peuvent expliquer que le débiteur d'une créance ne paie pas son obligation à l'échéance. Il peut, par exemple, refuser de payer des biens meubles corporels ou des services au motif qu'ils sont de mauvaise qualité ou qu'ils ne respectent pas les spécifications qu'il a données au cédant. Toutefois, ces refus ne sont généralement pas considérés comme des exemples de non-recouvrement donnant lieu à un recours contre le cédant. Lorsqu'on parle ici de recours contre le cédant pour défaut de recouvrement, on vise uniquement le recours en cas d'impossibilité pour le débiteur de la créance de payer pour des motifs d'insolvabilité (autrement dit en raison de son incapacité financière de payer). En cas de non-paiement pour des motifs d'insolvabilité et si le cessionnaire peut se retourner contre le cédant, la règle générale de conduite à suivre impérativement dans le contexte de la réalisation (voir recommandations 131 et 132) ainsi que les règles régissant normalement le recouvrement des créances et la réalisation d'une sûreté s'appliqueraient (voir recommandation 167).

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

102. Dans de nombreux États, il est possible d'acquérir une sûreté sur un instrument négociable, que celle-ci soit rendue opposable par prise de possession de l'instrument, ou

par inscription d'un avis au registre général des sûretés (voir recommandations 32 et 37, chap. III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière). En règle générale, même lorsqu'une sûreté est prise sur l'instrument, les États renvoient au droit régissant les instruments négociables (terme plus large que celui de "droit des instruments négociables", voir l'Introduction, sect. B, Terminologie et interprétation, par. 19) pour déterminer les droits des débiteurs dans le cadre de cet instrument ainsi que ceux des autres personnes revendiquant des droits sur lui (voir recommandation 124 et chap. VII sur les droits et obligations des tiers débiteurs, par. 27 à 31). Ces droits peuvent être, par exemple: *a)* le droit du débiteur dans le cadre de l'instrument de refuser de payer quiconque à l'exception du porteur ou une autre personne fondée à demander paiement en vertu du droit 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.

103. Lorsqu'une sûreté est prise 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 réaliser sa sûreté en demandant paiement ou une autre forme d'exécution de l'instrument. Il pourrait par exemple le présenter pour en demander le paiement, voire, si la défaillance intervient avant l'échéance, le vendre à un tiers et affecter le produit 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 à des fins de disposition, soit pour l'accepter en paiement de l'obligation garantie. Conformément à ces pratiques, le *Guide* ne recommande pas que soient imposées d'autres formalités quelles qu'elles soient aux créanciers garantis exerçant des droits sur un instrument négociable après la défaillance (voir recommandation 170).

104. De même que pour les créances, il est possible que l'instrument négociable soit lui-même garanti par une autre sûreté personnelle ou réelle. De nombreux États accordent au créancier garanti un droit automatique de réaliser ces autres sûretés si le débiteur dans le cadre de l'instrument ne s'acquitte pas du paiement sur présentation. Le *Guide* recommande d'adopter cette approche de la réalisation des sûretés personnelles ou réelles relatives au paiement d'un instrument négociable (voir recommandation 171).

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

105. De nombreux États envisagent la possibilité de constituer une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire. 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 montant déposé sur demande. Le droit bancaire étant étroitement lié à des pratiques commerciales très élaborées, le *Guide* recommande de s'y conformer et prévoit aussi une protection supplémentaire pour les banques dont les déposants peuvent avoir consenti des sûretés sur leurs droits au paiement des fonds crédités sur un compte bancaire (voir recommandations 32, 49, 103, 104, 125 et 126). Par exemple, il recommande que, même si un déposant a conclu une convention constitutive de sûreté avec un créancier, la banque dépositaire: *a)* ait les mêmes droits et obligations à l'égard du déposant; *b)* ait les mêmes droits à compensation; *c)* ne soit tenue de payer aucune autre personne que celle qui a le contrôle du compte; et *d)* ne soit pas tenue de

répondre aux demandes d'informations (voir recommandations 125 et 126, chap. VII sur les droits et obligations des tiers débiteurs).

106. Dans de nombreux États, si le bien grevé est un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, un 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 retire les sommes créditées sur le compte. Cette règle se justifie par le fait 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 vendant ce droit ou en le 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 recommandation 173).

107. 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. Le but est de protéger les banques pour qu'elles n'aient pas à déterminer si les créanciers procédant à la réalisation ont le droit ou non d'être payés. 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, d'obtenir une décision de justice pour procéder à la réalisation (voir recommandation 174). 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 ce que le créancier garanti recouvre les fonds (voir recommandation 175).

108. 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 des fonds crédités sur le compte n'ait d'incidence sur la réalisation de ses droits à compensation (voir recommandation 125, al. *b,* chap VII sur les droits et obligations des tiers débiteurs).

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

109. 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 consentir une sûreté sur le droit de recevoir le produit de ce droit de tirage. 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 recommandations 27, 48 et 50, chap. II et III). Le droit et les pratiques commerciales régissant les engagements de garantie indépendants étant très spécialisés, le *Guide* recommande d'adopter un certain nombre de règles destinées à refléter le droit et la pratique existants (voir recommandations 127 à 129*,* chap VII sur les droits et obligations des tiers débiteurs).). Ainsi, 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.

110. 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 recommandation 27, chap. II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière). 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 dû au constituant. Cette approche se justifie par le fait 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. Il recommande que la réalisation de la sûreté soit limitée au recouvrement du produit lorsque celui-ci a été payé et ne soit pas étendue au droit de tirer l'engagement (voir recommandation 176).

7. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable ou un bien meuble corporel représenté par ce document

111. Un certain nombre d'États autorisent les constituants à créer une sûreté sur un document négociable. Le *Guide* recommande une pratique semblable (voir recommandations 2, al. *a*, et 28, chap. I). Le document négociable représente les biens meubles corporels qui y sont décrits et permet à son porteur de réclamer ces biens auprès de l'émetteur. Normalement, les créanciers garantis réalisent leur sûreté en présentant le document à l'émetteur et en réclamant les biens. Des règles spéciales peuvent toutefois s'appliquer pour protéger les prérogatives que le droit régissant les documents négociables reconnaît à certaines personnes, et le *Guide* s'efface devant ce droit (voir recommandation 130, chap. VII sur les droits et obligations des tiers débiteurs).

112. 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 obtient la 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 biens meubles corporels représentés par un document négociable (voir recommandation 177). Ce dernier, selon ce que les parties ont convenu, est présenté à l'émetteur soit en cas de défaillance, soit avant la défaillance avec l'autorisation du constituant. De plus, à nouveau selon ce que les parties ont convenu, le créancier peut disposer du document soit

en cas de défaillance, soit avant avec l'autorisation du constituant, conformément à la recommandation générale sur la réalisation formulée par le *Guide*, sans le présenter à l'émetteur. Il doit le faire de bonne foi et de manière commercialement raisonnable, et le prix obtenu de la vente du document sera affecté au paiement de l'obligation garantie.

C. Recommandations 131 à 177

Objet

Les dispositions relatives à la réalisation des sûretés réelles mobilières ont pour objet de prévoir:

a) Des méthodes claires, simples et efficaces de réalisation après défaillance du débiteur;

b) Des méthodes conçues pour maximiser le montant net de la réalisation des biens grevés au profit du constituant, du débiteur ou de toute autre personne tenue de payer l'obligation garantie, du créancier garanti et d'autres créanciers ayant un droit sur ces biens; et

c) Des méthodes rapides judiciaires et, sous réserve des mesures de protection appropriées, extrajudiciaires permettant au créancier garanti d'exercer ses droits.

1. Recommandations générales

Règle générale de conduite dans le contexte de la réalisation

131. La loi devrait prévoir qu'une personne doit exercer ses droits et exécuter ses obligations conformément aux dispositions relatives à la réalisation de bonne foi et de manière commercialement raisonnable.

Limites de l'autonomie des parties

132. La loi devrait prévoir que la règle générale de conduite énoncée dans la recommandation 131 ne peut à aucun moment faire l'objet d'une renonciation unilatérale ni d'une modification par convention.

133. La loi devrait prévoir que, sous réserve des dispositions de la recommandation 132, le constituant et toute autre personne tenue de payer l'obligation garantie ou de l'exécuter d'une autre manière peuvent renoncer unilatéralement à l'un quelconque des droits que leur confèrent les dispositions relatives à la réalisation ou le modifier par convention, mais uniquement après défaillance.

134. La loi devrait prévoir que, sous réserve des dispositions de la recommandation 132, le créancier garanti peut renoncer unilatéralement à l'un quelconque des droits que lui confèrent les dispositions relatives à la réalisation ou le modifier par convention.

135. La loi devrait prévoir qu'une modification des droits par convention ne peut pas porter atteinte aux droits de quiconque n'est pas partie à cette convention. Il appartient à une personne qui conteste l'efficacité de la convention au motif que celle-ci est contraire à la recommandation 132, 133 ou 134 d'en rapporter la preuve.

Responsabilité

136. La loi devrait prévoir que toute personne manquant aux obligations qui lui incombent en vertu des dispositions relatives à la réalisation est tenue de réparer le préjudice causé par ce manquement.

Voies judiciaires ou autres en cas de manquement

137. La loi devrait prévoir que le débiteur, le constituant ou toute autre personne intéressée (par exemple un créancier garanti dont le rang de priorité est inférieur à celui du créancier garanti procédant à la réalisation, un garant ou un copropriétaire des biens grevés) sont fondés à saisir un tribunal ou une autre autorité à tout moment en cas de manquement de la part du créancier garanti aux obligations qui lui incombent en vertu des dispositions relatives à la réalisation.

Procédure judiciaire rapide

138. La loi devrait prévoir une procédure rapide pour les situations où le créancier garanti, le constituant ou toute autre personne qui doit exécuter l'obligation garantie ou qui revendique un droit sur un bien grevé saisit un tribunal ou une autre autorité en ce qui concerne l'exercice de droits après défaillance.

Droits du constituant après défaillance

139. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le constituant est fondé à exercer un ou plusieurs des droits suivants:

a) Régler intégralement l'obligation garantie et obtenir la libération de tous les biens grevés, comme le prévoit la recommandation 140;

b) Saisir un tribunal ou une autre autorité si le créancier garanti ne s'acquitte pas des obligations qui lui incombent en vertu des dispositions de la présente loi, comme le prévoit la recommandation 137;

c) Proposer au créancier garanti, ou rejeter la proposition du créancier garanti, d'acquérir un bien grevé à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie, comme le prévoient les recommandations 158 et 159; et

d) Exercer tout autre droit prévu dans la convention constitutive de sûreté ou dans un droit quelconque.

Extinction de la sûreté réelle mobilière après exécution intégrale de l'obligation garantie

140. La loi devrait prévoir que le débiteur, le constituant ou toute autre personne intéressée (par exemple un créancier garanti dont la sûreté a un rang de priorité inférieur à celle du créancier garanti procédant à la réalisation, un garant ou un copropriétaire du bien grevé) sont fondés à exécuter l'obligation garantie dans son intégralité, y compris payer les frais de réalisation exposés jusqu'au moment de l'exécution complète. Ce droit peut être exercé jusqu'à ce que le créancier garanti dispose d'un bien grevé, l'acquière ou reçoive paiement sur ce bien ou encore conclue une convention pour en disposer, selon ce qui intervient en premier. Si tous les engagements de crédit ont pris fin, l'exécution intégrale de l'obligation garantie éteint la sûreté sur tous les biens grevés, sous réserve des droits de subrogation en faveur de la personne exécutant l'obligation.

Droits du créancier garanti après défaillance

141. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le créancier garanti est fondé à exercer un ou plusieurs des droits suivants à l'égard d'un bien grevé:

a) Obtenir la possession d'un bien meuble corporel grevé, comme le prévoient les recommandations 146 et 147;

b) Vendre un bien grevé ou en disposer d'une autre manière, le louer ou le mettre sous licence, comme le prévoient les recommandations 148 à 155;

c) Proposer d'acquérir un bien grevé à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie, comme le prévoient les recommandations 156 à 158;

d) Réaliser sa sûreté réelle mobilière sur un bien attaché, comme le prévoient les recommandations 165 et 166;

e) Obtenir paiement ou réaliser d'une autre manière une sûreté réelle mobilière sur un bien grevé qui revêt la forme d'une créance, d'un instrument négociable, d'un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire ou d'un droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant, comme le prévoient les recommandations 167 à 176;

f) Exercer des droits en vertu d'un document négociable, comme le prévoit la recommandation 177; et

g) Exercer tout autre droit prévu dans la convention constitutive de sûreté (sauf s'il est contraire aux dispositions de la présente loi) ou dans un droit quelconque.

Méthodes judiciaires et extrajudiciaires pour l'exercice de droits après défaillance

142. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le créancier garanti peut exercer les droits prévus dans la recommandation 141 en saisissant un tribunal ou une autre autorité, ou sans saisir de tribunal ou d'autre autorité. S'il exerce ses droits par voie extrajudiciaire, il se soumet à la règle générale de conduite prévue dans la recommandation 131 et aux règles prévues dans les recommandations 147 à 155 concernant la prise de possession et la disposition extrajudiciaires d'un bien grevé.

Cumul des droits après défaillance

143. La loi devrait prévoir que l'exercice d'un droit après défaillance n'empêche pas l'exercice d'un autre droit, sauf dans la mesure où l'exercice d'un droit a rendu impossible l'exercice d'un autre droit.

Droits après défaillance en ce qui concerne l'obligation garantie

144. La loi devrait prévoir que l'exercice d'un droit après défaillance en ce qui concerne un bien grevé n'empêche pas l'exercice d'un droit après défaillance en ce qui concerne l'obligation garantie par ce bien et vice-versa.

Droit du créancier garanti de rang supérieur de prendre le contrôle de la réalisation

145. La loi devrait prévoir que, lorsqu'un créancier garanti a commencé à réaliser sa sûreté en prenant l'une quelconque des mesures décrites dans les dispositions relatives à la réalisation, ou lorsqu'un créancier judiciaire a pris les mesures mentionnées dans la recommandation 84 (chap. V sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière), un créancier garanti dont la sûreté a

priorité sur celle du créancier garanti ou du créancier judiciaire procédant à la réalisation a le droit de prendre le contrôle du processus de réalisation à tout moment avant la disposition ou l'acquisition d'un bien grevé, l'obtention d'un paiement sur ce bien, ou la conclusion, par le créancier garanti procédant à la réalisation, d'une convention pour en disposer, selon ce qui intervient en premier. Ce droit comprend aussi celui de procéder à la réalisation par l'une des méthodes prévues dans les recommandations du présent chapitre.

Droit du créancier garanti à la possession d'un bien grevé

146. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le créancier garanti a droit à la possession d'un bien meuble corporel grevé.

Obtention de la possession d'un bien grevé par des voies extrajudiciaires

147. La loi devrait prévoir que le créancier garanti peut choisir d'obtenir la possession d'un bien meuble corporel grevé sans saisir de tribunal ou d'autre autorité uniquement:

a) Si le constituant y a consenti dans la convention constitutive de sûreté;

b) Si le créancier garanti a avisé le constituant et toute personne en possession du bien grevé de la défaillance et de son intention d'obtenir la possession sans saisir de tribunal ou d'autre autorité; et

c) Si, au moment où le créancier garanti cherche à obtenir la possession du bien grevé, le constituant et toute personne en possession du bien grevé ne s'y opposent pas.

Disposition extrajudiciaire d'un bien grevé

148. La loi devrait prévoir qu'après défaillance un créancier garanti a le droit, sans saisir de tribunal ou d'autre autorité, de vendre un bien grevé ou d'en disposer d'une autre manière, de le louer ou de le mettre sous licence dans la limite des droits du constituant sur ce bien. Sous réserve de la règle de conduite énoncée dans la recommandation 131, un créancier garanti qui décide d'exercer ce droit peut choisir la méthode, les modalités, la date, le lieu et d'autres aspects de la disposition, de la location ou de la mise sous licence.

Préavis de disposition extrajudiciaire d'un bien grevé

149. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le créancier garanti doit adresser un avis faisant part de son intention de vendre un bien grevé ou d'en disposer d'une autre manière, de le louer ou de le mettre sous licence sans saisir de tribunal ou d'autre autorité. Cet avis n'est pas nécessaire si le bien grevé est périssable, peut se déprécier rapidement ou est d'un type vendu sur un marché reconnu.

150. La loi devrait énoncer des règles permettant d'adresser l'avis mentionné à la recommandation 149 de manière efficace, rapide et fiable afin de protéger le constituant ou d'autres parties intéressées, tout en évitant d'avoir un effet négatif sur les voies de droit du créancier garanti et sur la valeur potentielle nette de réalisation des biens grevés.

151. S'agissant de l'avis mentionné dans la recommandation 149, la loi devrait:

a) Prévoir qu'il doit être adressé:

i) Au constituant, au débiteur et à toute autre personne tenue d'exécuter l'obligation garantie;

ii) À toute personne ayant des droits sur le bien grevé qui, plus de [délai à spécifier] jours avant l'envoi de l'avis au constituant par le créancier garanti, a avisé ce dernier par écrit de ces droits;

iii) À tout autre créancier garanti qui, plus de [bref délai à spécifier] jours avant l'envoi de l'avis au constituant, a inscrit un avis concernant une sûreté réelle mobilière sur le bien grevé qui est indexé sous l'élément identifiant le constituant; et

iv) À tout autre créancier garanti qui était en possession du bien grevé au moment où le créancier garanti procédant à la réalisation en a pris possession;

b) Indiquer la manière dont l'avis doit être adressé, le moment où il doit l'être et quel doit en être le contenu minimal et préciser si l'avis doit contenir un décompte du montant dû et une référence au droit du débiteur ou du constituant d'obtenir la libération des biens grevés, comme le prévoit la recommandation 140; et

c) Prévoir que l'avis doit être formulé dans une langue dont il est raisonnable de penser qu'elle permet à ses destinataires d'en comprendre le contenu. Il suffit en tout état de cause que l'avis au constituant soit formulé dans la langue de la convention constitutive de sûreté qui est exécutée.

Répartition du produit de la disposition d'un bien grevé

152. La loi devrait prévoir qu'en cas de disposition extrajudiciaire d'un bien grevé le créancier garanti qui procède à la réalisation doit affecter le produit net de la réalisation (après déduction des frais de réalisation) au paiement de l'obligation garantie. Sous réserve des dispositions de la recommandation 153, il doit verser tout excédent restant à un réclamant concurrent de rang inférieur qui, avant répartition de cet excédent, l'a avisé de ses droits, à concurrence du montant de ces droits. Le solde restant, le cas échéant, doit être remis au constituant.

153. La loi devrait aussi prévoir qu'en cas de disposition extrajudiciaire d'un bien grevé, qu'il y ait ou non litige concernant le montant auquel a droit un réclamant concurrent quelconque ou l'ordre de priorité des paiements, le créancier garanti qui procède à la réalisation peut, conformément aux règles de procédure généralement applicables, verser l'excédent à une autorité judiciaire ou autre autorité compétente ou à un organisme public de consignation pour répartition. L'excédent devrait être réparti conformément aux dispositions de la présente loi relatives à la priorité.

154. La loi devrait prévoir que le produit obtenu par disposition judiciaire ou par une autre procédure de réalisation administrée par une autorité officielle doit être réparti conformément aux règles générales de l'État régissant les procédures d'exécution, sous réserve toutefois des dispositions de la présente loi relatives à la priorité.

155. La loi devrait prévoir que le débiteur et toute autre personne tenue de payer l'obligation garantie doivent régler tout solde restant dû après affectation du produit net de la réalisation au paiement de l'obligation garantie.

Acquisition d'un bien grevé à titre d'exécution de l'obligation garantie

156. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le créancier garanti peut proposer par écrit d'acquérir un ou plusieurs des biens grevés à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie.

157. La loi devrait prévoir que la proposition mentionnée dans la recommandation 156:

a) Doit être adressée:

i) Au constituant, au débiteur et à toute autre personne tenue de payer l'obligation garantie ou de l'exécuter d'une autre manière (par exemple un garant);

ii) À toute personne ayant des droits sur le bien grevé qui, plus de [délai à spécifier] jours avant l'envoi de la proposition au constituant par le créancier garanti, a avisé par écrit ce dernier de ces droits;

iii) À tout autre créancier garanti qui, plus de [bref délai à spécifier] jours avant l'envoi de la proposition au constituant par le créancier garanti, a inscrit un avis concernant une sûreté réelle mobilière sur le bien grevé qui est indexé sous l'élément identifiant le constituant; et

iv) À tout autre créancier garanti qui était en possession du bien grevé au moment où le créancier garanti en a pris possession; et

b) Doit spécifier le montant dû à la date d'envoi de la proposition ainsi que le montant de l'obligation dont l'exécution est proposée moyennant l'acquisition du bien grevé.

158. La loi devrait prévoir que le créancier garanti peut acquérir le bien grevé, comme le prévoit la recommandation 156, à moins qu'il ne reçoive une objection par écrit d'une personne fondée à recevoir une proposition aux termes de la recommandation 157 dans un délai de [bref délai à spécifier] jours à compter de l'envoi de cette proposition. Dans le cas d'une proposition d'acquisition du bien grevé à titre d'exécution partielle de l'obligation garantie, le consentement exprès de chaque destinataire de la proposition est nécessaire.

159. La loi devrait prévoir que le constituant peut faire une proposition visée à la recommandation 156 et que, si le créancier garanti l'accepte, ce dernier doit procéder comme prévu dans les recommandations 157 et 158.

Droits acquis par disposition judiciaire

160. La loi devrait prévoir que, si un créancier garanti dispose d'un bien grevé par une procédure judiciaire ou autre procédure administrée par une autorité officielle, les droits acquis par la personne à qui le bien est transféré sont déterminés par les règles générales de l'État régissant les procédures d'exécution.

Droits acquis par disposition extrajudiciaire

161. La loi devrait prévoir que, si un créancier garanti vend un bien grevé ou en dispose d'une autre manière sans saisir de tribunal ou d'autre autorité, conformément aux présentes dispositions, une personne qui acquiert le droit du constituant sur le bien prend le bien sous réserve des droits qui ont priorité sur la sûreté réelle mobilière du créancier garanti procédant à la réalisation mais libre des droits du créancier garanti procédant à la réalisation et de tout réclamant concurrent de rang inférieur à celui dudit créancier. La même règle s'applique aux droits sur un bien grevé acquis par un créancier garanti moyennant acquisition du bien à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie.

162. La loi devrait prévoir que, si le créancier garanti loue ou met sous licence un bien grevé sans saisir de tribunal ou d'autre autorité, conformément aux présentes dispositions, le preneur à bail ou le preneur de licence se voit accorder le bénéfice du bail ou de la licence pendant sa

durée, sauf à l'encontre des droits qui ont priorité sur le droit du créancier garanti procédant à la réalisation.

163. La loi devrait prévoir que, si le créancier garanti vend le bien grevé ou en dispose d'une autre manière, le loue ou le met sous licence sans respecter les recommandations du présent chapitre, un acquéreur, un preneur à bail ou un preneur de licence de bonne foi acquiert les droits ou le bénéfice décrits dans les recommandations 161 et 162.

Recoupements entre le régime de réalisation des sûretés mobilières et le régime de réalisation des droits réels immobiliers

164. La loi devrait prévoir que:

a) Le créancier garanti peut choisir de réaliser une sûreté réelle mobilière grevant un bien attaché à un immeuble conformément aux recommandations du présent chapitre ou au droit régissant la réalisation des droits réels sur les immeubles; et

b) Si une obligation est garantie à la fois par un bien meuble et un bien immeuble du constituant, le créancier garanti peut choisir:

i) De réaliser la sûreté réelle mobilière sur le bien meuble conformément aux dispositions relatives à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble et le droit réel sur le bien immeuble conformément au droit régissant la réalisation des droits réels sur les immeubles; ou

ii) De réaliser à la fois la sûreté réelle mobilière et le droit réel conformément au droit régissant la réalisation des droits réels sur les immeubles.

Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un bien attaché

165. La loi devrait prévoir qu'un créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur un bien attaché à un immeuble n'est fondé à réaliser sa sûreté que si celle-ci a priorité par rapport aux droits concurrents sur l'immeuble. Un créancier titulaire d'un droit concurrent de rang inférieur sur l'immeuble est fondé à rembourser l'obligation garantie par la sûreté du créancier garanti procédant à la réalisation sur le bien attaché. Ce dernier est responsable de tout dommage causé à l'immeuble par le fait de retirer le bien attaché mais non de la diminution de sa valeur due uniquement à l'absence du bien attaché.

166. La loi devrait prévoir qu'un créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur un bien attaché à un meuble est fondé à réaliser sa sûreté sur le bien attaché. Un créancier de rang supérieur a le droit de prendre le contrôle du processus de réalisation, comme le prévoit la recommandation 145. Un créancier de rang inférieur peut rembourser l'obligation garantie par la sûreté du créancier garanti procédant à la réalisation sur le bien attaché. Ce dernier est responsable de tout dommage causé au meuble par le fait de retirer le bien attaché mais non de la diminution de sa valeur due uniquement à l'absence du bien attaché.

2. Recommandations sur des biens particuliers

Application du chapitre sur la réalisation au transfert pur et simple d'une créance

167. La loi devrait prévoir que les recommandations du présent chapitre ne s'appliquent pas au recouvrement ou à une autre forme de réalisation d'une créance cédée par un transfert pur et simple, à l'exception:

a) Des recommandations 131 et 132 en cas de transfert pur et simple avec recours; et

b) Des recommandations 168 et 169.

Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur une créance

168. La loi devrait prévoir que, s'agissant d'une créance cédée par transfert pur et simple, le cessionnaire est en droit de la recouvrer ou de la réaliser d'une autre manière sous réserve des dispositions des recommandations 117 à 123 (chap. VII sur les droits et obligations des tiers débiteurs). S'agissant d'une créance cédée autrement que par transfert pur et simple, le cessionnaire est en droit de la recouvrer ou de la réaliser d'une autre manière après défaillance, ou avant défaillance avec l'accord du cédant, sous réserve des dispositions des recommandations 117 à 123.

169. La loi devrait prévoir que le droit du cessionnaire de recouvrer ou de réaliser d'une autre manière une créance l'autorise à recevoir paiement au titre d'une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement de la créance ou à réaliser cette sûreté personnelle ou réelle d'une autre manière.

Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable

170. La loi devrait prévoir qu'après défaillance, ou avant défaillance avec l'accord du constituant, le créancier garanti est en droit, sous réserve des dispositions de la recommandation 124 (chap. VII sur les droits et obligations des tiers débiteurs), d'obtenir le paiement ou une autre forme d'exécution d'un instrument négociable grevé auprès d'une personne débitrice dans le cadre de cet instrument.

171. La loi devrait prévoir que le droit du créancier garanti d'obtenir le paiement ou une autre forme d'exécution d'un instrument négociable l'autorise à recevoir paiement au titre d'une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement de l'instrument ou à réaliser cette sûreté personnelle ou réelle d'une autre manière.

Répartition du produit de la disposition lorsque le bien grevé est une créance, un instrument négociable ou un autre droit

172. La loi devrait prévoir que le créancier garanti, qui procède à la réalisation en obtenant le paiement d'une créance ou d'un instrument négociable ou une autre forme d'exécution au titre de cette créance ou de cet instrument ou en exerçant un autre droit, doit affecter le produit net de la réalisation (après déduction des frais de réalisation) au paiement de l'obligation garantie. Il doit verser tout excédent restant aux réclamants concurrents de rang inférieur qui, avant répartition de cet excédent, l'ont avisé de leurs droits, à concurrence du montant de ces droits. Le solde restant, le cas échéant, doit être remis au constituant.

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

173. La loi devrait prévoir qu'après défaillance, ou avant défaillance avec l'accord du constituant, un créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire est fondé, sous réserve des dispositions des recommandations 125 et 126 (chap. VII sur les droits et obligations des tiers débiteurs), à obtenir paiement ou à exercer d'une autre manière son droit au paiement des fonds.

174. La loi devrait prévoir qu'un créancier garanti qui a le contrôle est fondé, sous réserve des dispositions des recommandations 125 et 126 (chap. VII sur les droits et obligations des tiers débiteurs), à réaliser sa sûreté réelle mobilière sans avoir à saisir de tribunal ou d'autres autorités.

175. La loi devrait prévoir qu'un créancier garanti qui n'a pas le contrôle est fondé, sous réserve des dispositions des recommandations 125 et 126 (chap. VII sur les droits et obligations des tiers débiteurs), à obtenir paiement ou à réaliser d'une autre manière la sûreté réelle mobilière sur le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire contre la banque dépositaire uniquement sur décision d'un tribunal, à moins que la banque n'en convienne autrement.

Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant

176. La loi devrait prévoir qu'après défaillance, ou avant défaillance avec l'accord du constituant, un créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur un droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant est fondé, sous réserve des dispositions des recommandations 127 à 129 (chap. VII sur les droits et obligations des tiers débiteurs), à obtenir paiement ou à réaliser d'une autre manière sa sûreté sur le droit de recevoir ce produit.

Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable ou un bien meuble corporel représenté par ce document

177. La loi devrait prévoir qu'après défaillance, ou avant défaillance avec l'accord du constituant, le créancier garanti est fondé, sous réserve des dispositions de la recommandation 130 (chap. VII sur les droits et obligations des tiers débiteurs), à réaliser une sûreté réelle mobilière sur un document négociable ou sur un bien meuble corporel représenté par le document.

IX. Financement d'acquisitions

A. Remarques générales

1. Introduction

1. L'achat et la vente de biens meubles corporels représentent une activité essentielle dans une économie commerciale moderne. Pratiquement toutes les entreprises acquièrent ou vendent de tels biens à un moment ou à un autre. Pour certaines, l'acquisition de matières premières destinées à être transformées et revendues ou l'achat de stocks en gros en vue de les distribuer à des détaillants ou de les revendre au détail sont des activités primordiales. Pour d'autres, l'achat et la vente de biens meubles corporels ne constituent pas leur activité centrale mais sont néanmoins importants dans la mesure où ces entreprises ont besoin d'investir dans du matériel et peut-être d'augmenter, de mettre à niveau ou de remplacer celui-ci régulièrement.

2. L'acquisition de biens meubles corporels ne concerne toutefois pas que les entreprises. Les consommateurs font constamment l'achat de tels biens, qu'il s'agisse de biens de consommation de faible valeur, de biens durables de valeur intermédiaire, tels que mobilier, appareils électroniques et matériel de cuisine, ou de biens de grande valeur comme les voitures et les autocaravanes.

3. Si, dans de nombreux cas, les entreprises ou les consommateurs font l'acquisition de biens meubles corporels au comptant, il arrive dans beaucoup d'autres que les biens soient achetés à crédit. Lorsqu'une entreprise ou un consommateur acquiert de tels biens à crédit et que les droits sur ces biens servent de garantie pour ce crédit, il s'agit d'une forme d'opération garantie, que le *Guide* appelle "opération de financement d'acquisition". Le droit que le vendeur ou le créancier conserve ou obtient sur les biens acquis peut être appelé, en fonction de la nature précise de l'opération, "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition", "droit de réserve de propriété" ou "droit de crédit-bail".

4. Les opérations de financement d'acquisitions non seulement constituent l'une des plus importantes sources de crédit pour de nombreux acheteurs de biens meubles corporels, mais elles sont aussi primordiales pour de nombreux vendeurs. Ainsi, dans de nombreux États, la vente d'automobiles repose normalement sur une opération de financement d'acquisition. La possibilité pour les acheteurs d'utiliser ce type d'opération, à laquelle ils ont d'ailleurs rarement recours pour d'autres achats, est essentielle pour les vendeurs d'automobiles. À de nombreux égards, les opérations de financement d'acquisitions sont identiques aux opérations garanties ordinaires décrites dans les précédents chapitres du *Guide*. À d'autres égards, cependant, elles présentent des particularités qui ont conduit les États à prévoir des règles spéciales dans plusieurs situations. Le présent chapitre examine la façon dont les États pourraient mettre en place un régime efficace et effectif pour tous les types d'opération de financement d'acquisitions.

5. La section A.2 ci-après traite en particulier des termes employés dans le *Guide* compte tenu de la diversité des formes de financement d'acquisitions. Pour clarifier davantage la substance des opérations de financement d'acquisitions, la section A.3 traite du contexte commercial dans lequel elles s'inscrivent et la section A.4 des différentes méthodes de financement d'acquisitions adoptées dans les différents systèmes juridiques. La section A.5 présente les choix cruciaux que doivent faire les États qui adoptent une législation destinée à régir les divers types d'opérations de financement d'acquisitions. Le reste du chapitre examine comment les multiples éléments d'un régime des opérations garanties traités dans d'autres chapitres du *Guide* s'appliquent dans le cas spécifique du financement d'acquisitions. Sont examinés, à la section A.6, la constitution de tels mécanismes (leur efficacité entre les parties), à la section A.7, leur opposabilité, à la section A.8, la priorité sur les droits des réclamants concurrents, à la section A.9, les droits et obligations des parties avant défaillance, à la section A.10, la réalisation, à la section A.11, le conflit de lois, à la section A.12, les questions liées à la transition et, à la section A.13, les questions liées au traitement des opérations de financement d'acquisitions dans le cadre de l'insolvabilité. Le chapitre se conclut, à la section B, par une série de recommandations spécifiques.

2. Terminologie et diversité des formes de financement d'acquisitions

6. En raison du nombre et de la diversité des opérations de financement d'acquisitions, il importe d'indiquer clairement comment le *Guide* utilise ce terme, ainsi qu'un certain nombre d'autres termes. Dans plusieurs cas, ces autres termes coïncident avec ceux employés actuellement dans de nombreux États. Le *Guide* s'abstient volontairement dans le présent chapitre d'inventer une terminologie nouvelle et par conséquent inconnue (à l'exception du terme "financement d'acquisitions"). Les termes employés ici ont cependant la signification que leur donne la section du *Guide* consacrée à la terminologie (voir Introduction, sect. B, Terminologie et interprétation), laquelle peut fort bien différer de celle donnée aux mêmes termes dans tel ou tel État.

7. Dans le présent chapitre, le *Guide* emploie le concept générique de "financement d'acquisition" pour désigner l'ensemble des opérations que les acheteurs peuvent utiliser pour acquérir des biens meubles corporels à crédit. Il y a opération de financement d'acquisition lorsqu'une personne (par exemple un vendeur ou un prêteur) peut faire valoir un droit réel sur des biens meubles corporels pour garantir l'obligation qu'a une autre personne de rembourser toute fraction non payée du prix d'achat (ou son équivalent économique). Une opération dans laquelle un vendeur conserve la propriété des biens vendus à cet effet est également une opération de financement d'acquisition. Une opération de financement d'acquisition comporte donc trois éléments clefs: *a)* le crédit est utilisé dans le but précis de permettre à l'acheteur ou au preneur à bail d'acquérir un bien meuble corporel; *b)* les droits qui sont revendiqués ou conservés sont en rapport direct avec le bien acquis; et *c)* les droits qui sont revendiqués découlent d'une convention.

8. Comme cela est noté à la section C du chapitre premier du *Guide*, les États ont mis au point une grande diversité de mécanismes juridiques qui permettent aux fournisseurs de crédit de s'assurer le remboursement de l'obligation contractée par leur débiteur. Si seuls certains donnent naissance à ce que l'on nomme traditionnellement des sûretés réelles mobilières, tous ont pour fonction économique de garantir l'obligation de remboursement.

9. Une diversité similaire de mécanismes juridiques s'offre généralement aux créanciers qui financent l'acquisition de biens meubles corporels par un acheteur. Un vendeur, par exemple, qui reste propriétaire des biens vendus jusqu'à ce que l'acheteur ait payé intégralement le prix d'achat (vendeur réservataire) accorde à cet acheteur un crédit et finance, par conséquent, l'acquisition de ces biens. Le droit de réserve de propriété n'est que l'un des divers mécanismes qui s'offrent à lui. Il peut également transférer la propriété à l'acheteur étant entendu que cette propriété s'éteindra rétroactivement si l'acheteur ne rembourse pas le prix d'achat convenu (on dit d'une telle vente qu'elle s'effectue sous "condition résolutoire"); ou il peut transférer la propriété à l'acheteur tout en constituant une sûreté réelle mobilière sur les biens vendus.

10. Les vendeurs ne sont que l'une des catégories de fournisseurs de financement qui peuvent accorder un crédit à une personne pour lui permettre d'acquérir un bien meuble corporel. Les prêteurs aussi peuvent accorder un crédit à un acheteur pour lui permettre précisément d'acheter des biens à un vendeur. En pareil cas, le prêteur prendrait normalement une sûreté réelle mobilière sur le bien acheté, mais pourrait aussi acheter le bien et le revendre à l'acheteur sous réserve de propriété ou encore se faire céder par le vendeur la créance sur le prix d'achat et le droit de réserve de propriété qui s'y rattache. Étant donné que vendeur et prêteur peuvent tous deux accorder un crédit à un acheteur, il se peut que plusieurs personnes revendiquent un droit sur le même bien dans le cadre d'une opération destinée à en financer l'acquisition.

11. Une autre forme encore d'opération de financement d'acquisition peut même ne reposer sur aucun contrat de vente. Un bailleur qui loue un bien meuble corporel à un preneur dans des conditions économiquement équivalentes à celles d'une vente à crédit fournit de la même façon un financement qui permet au preneur d'acquérir l'usage et la jouissance de ce bien comme s'il en était propriétaire, même si la propriété ne passe jamais du bailleur au preneur. Comme dans le cas des vendeurs, il existe différentes façons dont les bailleurs peuvent structurer la convention de façon à permettre au preneur d'acquérir l'équivalent économique d'un droit de propriété sur les biens loués. Le *Guide* appelle le droit du bailleur dans ce cas "droit de crédit-bail" (voir Introduction, sect. B, Terminologie et interprétation).

12. Enfin, un prêteur qui accorde un crédit à un preneur à bail pour lui permettre de payer tous les loyers à l'échéance peut, en fonction des conditions du crédit, être fondé à revendiquer une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition du bien mis en location. Si le crédit accordé permet effectivement au preneur de conclure l'accord de crédit-bail avec le bailleur, le prêteur finance l'utilisation (qui correspond en fait à une acquisition) de ce bien par le preneur.

3. Contexte commercial

a) *Généralités*

13. La section A.2 du présent chapitre a résumé plusieurs façons différentes dont un acheteur peut financer l'acquisition de biens meubles corporels, tels que du matériel et des stocks (qu'il s'agisse de matières premières ou de produits finis). La présente section

examine plus en détail le contexte commercial de ces diverses opérations et leur fonctionnement effectif dans différents États. Cette analyse a pour but d'illustrer la grande diversité des opérations, faisant intervenir une grande diversité de fournisseurs de crédit, qui sont utilisées pour financer l'acquisition de biens meubles corporels, et de montrer la façon dont de nombreuses opérations servent à cette fin bien qu'elles ne soient pas désignées comme telles. Elle a pour but aussi de faire ressortir que la portée et les effets de ces diverses opérations varient considérablement parmi les nombreux États qui y ont recours. Enfin, en examinant brièvement les avantages et les inconvénients que présente chacun de ces types traditionnels d'opérations, cette analyse cherche à mettre en contexte et à expliquer l'approche particulière que le *Guide* recommande pour le financement d'acquisitions.

b) *Financement d'acquisitions non garanti et financement d'acquisitions garanti*

14. Lorsqu'on envisage l'achat et la vente de biens meubles corporels dans un contexte commercial, il faut tout d'abord opérer une distinction entre ventes au comptant et ventes à crédit. Parfois, les acheteurs ont assez de liquidités pour acheter les biens dont ils ont besoin au comptant. Généralement, cependant, les entreprises commerciales acquièrent une partie importante de leur matériel et de leurs stocks à crédit.

15. Lorsque des biens meubles corporels sont achetés à crédit, l'acheteur obtient souvent ce crédit sans apporter de garantie, en règle générale de l'une des deux façons suivantes. D'une part, il peut simplement emprunter à un tiers un montant égal au prix d'achat sans apporter de garantie. Ainsi, l'opération de vente peut, tout en s'effectuant elle-même au comptant, être financée en fait par une ligne générale de crédit émise par le prêteur principal de l'entreprise. Cette méthode est simple, mais la cote de solvabilité ou la réputation de l'acheteur pourraient faire que ce dernier risque d'avoir du mal à obtenir ce type de crédit ou de l'obtenir à un coût prohibitif.

16. D'autre part, l'acheteur peut convenir avec le vendeur d'acheter le bien à des conditions de crédit qui lui permettent d'effectuer le paiement après la vente. Dans ce cas, le vendeur transfère la possession et la propriété du bien à l'acheteur mais ne reçoit le prix d'achat qu'ultérieurement soit en un seul versement, soit en versements périodiques. Cette méthode ne diffère pas réellement d'un financement par des tiers, à ceci près que c'est le vendeur, et non plus des tiers, qui assume le risque de non-paiement. Cependant, nombre de vendeurs soit ne peuvent pas soit ne veulent pas assumer un tel risque non garanti.

17. C'est pourquoi les acheteurs constatent souvent qu'un financement d'acquisitions non garanti leur est en fait impossible et doivent, par conséquent, fournir une certaine forme de garantie s'ils veulent acquérir des biens meubles corporels à crédit. Un acheteur pourrait tout à fait affecter en garantie ses biens existants autres que ceux qu'il achète. Par exemple, une entreprise pourrait consentir une sûreté sur son usine ou sur son entrepôt pour garantir le remboursement d'un prêt destiné à l'acquisition de matériel et de stocks. Généralement, cependant, le bien le plus évident sur lequel l'acheteur puisse octroyer une sûreté — et souvent le seul dont il dispose — est le bien en cours d'acquisition.

18. La garantie pour le financement de l'acquisition de biens peut naître de plusieurs façons. Dans certains États, la loi reconnaît aux vendeurs des droits spéciaux qui les autorisent à annuler la vente et à récupérer le bien vendu si l'acheteur ne paie pas le prix

d'achat dans un délai donné après que le bien lui a été remis. D'autres États accordent aux vendeurs une priorité ou préférence légale automatique lors de la répartition du produit d'une vente judiciaire du bien qu'ils ont fourni. Souvent, cependant, la sûreté que revendique une partie finançant l'acquisition ne naît pas de plein droit, mais résulte d'une convention entre le vendeur ou le prêteur et l'acheteur.

19. Dans la pratique commerciale, la plupart des opérations de financement d'acquisitions sont généralement du type qui vient d'être décrit. Comme on l'a vu (voir par. 8 à 12 ci-dessus), ces opérations peuvent prendre de nombreuses formes et faire intervenir une grande diversité de fournisseurs de crédit. Par exemple, l'acheteur peut accorder une sûreté réelle mobilière proprement dite sur le bien à un tiers finançant l'acquisition; il peut accorder cette sûreté au vendeur; ou l'acheteur et le vendeur peuvent convenir d'un autre mécanisme juridique qui, sans revêtir la forme d'une sûreté réelle mobilière, sera son équivalent économique. À ce jour, deux de ces autres mécanismes, qui utilisent la propriété du bien pour garantir le paiement, ont joué un rôle central dans le financement d'acquisitions: *a)* la réserve de propriété du vendeur jusqu'au paiement du prix d'achat; et *b)* l'utilisation d'une opération structurée sous forme de bail et dénommée comme tel. Ils sont examinés tour à tour ci-après. On analysera ensuite les mécanismes modernes de financement d'acquisitions auxquels peuvent recourir les vendeurs et les prêteurs.

c) *Vente sous réserve de propriété et opérations similaires*

20. Pour satisfaire le besoin de crédit de son client, un vendeur de stocks ou de matériel peut lui fournir les biens en vertu d'une convention par laquelle la propriété de ces biens n'est pas transférée à l'acheteur tant que le prix d'achat n'aura pas été acquitté intégralement. Souvent, la convention est conclue entre le vendeur et l'acheteur sans intermédiaire. Parfois, cependant, le vendeur peut vendre les biens au comptant à une banque ou autre institution financière, qui les revend ensuite à l'acheteur en vertu d'une convention lui permettant de s'en réserver la propriété jusqu'au paiement intégral du prix d'achat.

21. Il existe différents types de conventions par lesquelles les vendeurs peuvent rester propriétaires des biens vendus jusqu'au paiement intégral de leur prix d'achat. Le mécanisme de réserve de propriété est très courant. Dans cette opération, le droit de l'acheteur de devenir propriétaire est subordonné au paiement du prix d'achat. Tant que le paiement n'est pas intervenu, le vendeur n'est pas tenu de transférer la propriété du bien acquis à l'acheteur, même si ce dernier obtient généralement la possession immédiate du bien et le droit de l'utiliser.

22. Les conventions reposant sur la réserve de propriété sont parfois appelées "ventes sous condition". Généralement, cependant, ce terme est impropre. Dans la plupart des opérations appelées "ventes sous condition", ce n'est pas la vente elle-même qui est conditionnelle (c'est-à-dire que le contrat de vente ne dépend pas de la survenue d'un événement futur et incertain non lié à la vente elle-même), mais le transfert de la propriété à l'acheteur. Le vendeur retient la propriété des biens vendus jusqu'à ce que l'acheteur ait intégralement remboursé le prix d'achat ou respecté toute autre condition du contrat de vente.

23. Hormis les conventions reposant sur la réserve de propriété, il existe plusieurs autres opérations dans lesquelles le vendeur utilise la propriété des biens vendus comme garantie

du paiement de leur prix d'achat non acquitté. Parfois, par exemple, celui-ci structure l'opération sous la forme d'une vente à terme, le transfert de la propriété n'intervenant qu'à l'échéance stipulée. Dans d'autres opérations, la possession du bien est transférée à l'acheteur dans le cadre d'une "promesse de vente" ou d'une "option d'achat". Certains États tentent de réglementer ces opérations en disposant qu'une promesse de vente comportant remise des biens vaut vente. Parfois, un vendeur transférera effectivement la propriété à un acheteur au moment de la vente, étant entendu que ce droit de propriété s'éteindra rétroactivement si ce dernier ne rembourse pas le prix d'achat convenu conformément au contrat.

24. Dans chacun de ces cas, l'élément clef est le fait que le vendeur qui consent à repousser le paiement intégral (et octroie donc un crédit) est protégé soit en retardant le transfert de la propriété du bien à l'acheteur, soit — ce qui est moins fréquent — en transférant la propriété à l'acheteur étant entendu qu'il a le droit de la récupérer si l'acheteur ne paie pas. L'idée dans chaque cas est que l'acheteur ne devient irrévocablement propriétaire du bien vendu que lorsque le prix d'achat est entièrement payé.

25. Le "dépôt-vente" est une autre forme d'opération qui est utilisée pour remplir la même fonction économique. Il présente généralement la structure suivante. Le déposant (qui est en fait le vendeur) reste propriétaire des biens meubles corporels (habituellement des stocks destinés à la revente) mais en transfère la possession au dépositaire. Ce dernier est autorisé à les vendre à un tiers. Lorsque cette vente est formée, le dépositaire est tenu de remettre au déposant un montant convenu. Dans le cas d'un véritable dépôt-vente, le dépositaire n'a pas l'obligation absolue d'acheter les biens mis en dépôt ni de payer le prix convenu; il a l'obligation soit de payer ce prix, soit de restituer les biens au déposant (droit dont un "véritable" acheteur ne peut se prévaloir). Il est donc primordial de se pencher sur la nature de l'obligation faite au dépositaire: si celui-ci doit absolument payer le prix, mais seulement lorsqu'il aura vendu les biens, et si le déposant conserve la propriété des biens à titre de garantie (comme dans une opération avec réserve de propriété), cette opération relève du financement d'acquisitions examiné dans le présent chapitre. Il en sera en outre ainsi même si la propriété des biens en dépôt-vente n'est jamais formellement transférée au dépositaire, mais passe directement du déposant au tiers qui les a achetés au dépositaire.

26. Le plus fréquent de ces arrangements où le vendeur se sert de la propriété des biens vendus pour garantir le paiement de leur prix d'achat est la clause de réserve de propriété. Dans certains États, l'opération de base peut être aménagée au moyen de diverses clauses qui accroissent grandement son utilité en tant que mécanisme de financement d'acquisitions. Ainsi, les parties peuvent être autorisées à convenir d'une clause "toutes créances" ou "compte courant". Ce type de clause stipule que le vendeur reste propriétaire des biens vendus jusqu'à ce que toutes les dettes que l'acheteur a contractées à son égard (et pas seulement celles nées du contrat de vente en question) soient acquittées. Le vendeur pourra ainsi opposer à tous les autres réclamants éventuels sa propriété réservée sur le bien vendu jusqu'au complet paiement du prix d'achat non acquitté de tous les autres biens qu'il a vendus à cet acheteur.

27. Dans certains États, en outre, les parties sont autorisées à ajouter des clauses "produits finis" en vertu desquelles soit la propriété du vendeur s'étend aux produits finis fabriqués à partir des biens dont il a conservé la propriété, soit le vendeur est réputé

détenir une sûreté réelle mobilière sur ces produits finis. De même, certains États autorisent les clauses concernant le "produit", en vertu desquelles le vendeur peut revendiquer soit la propriété du produit (par exemple des créances) généré par la vente des biens dont il est resté propriétaire, soit une sûreté réelle mobilière sur ce produit, bien que cela soit rarissime (pour le traitement du produit dans le cas des sûretés réelles mobilières ordinaires, voir le chapitre II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, par. 72 à 85; voir aussi les recommandations 19 et 20). Dans la plupart des États qui autorisent les clauses "produit", le droit du vendeur sur le produit n'est pas un droit de propriété, mais une sûreté réelle mobilière ordinaire qui ne bénéficie d'aucune priorité spéciale.

28. La latitude qui est accordée pour modifier la clause de réserve de propriété de base varie considérablement d'un État à l'autre, mais nombreux sont les États qui adoptent une position traditionnelle. Dans ces États, le droit applicable limite strictement le champ de la propriété réservée du vendeur. Habituellement, ce droit ne peut être revendiqué: *a)* que sur les biens meubles corporels vendus, et non sur les créances ou autre produit de leur disposition ni sur les biens venus en remplacement; *b)* que tant que les biens conservent leur identité initiale, non modifiée par la transformation; *c)* que pour garantir le prix de vente de ces biens et non d'autres montants que l'acheteur doit au vendeur.

29. Vu l'importance primordiale que continuent de revêtir les mécanismes de réserve de propriété dans bon nombre d'États (et nonobstant le fait que de nombreux pays de *common law* utilisent le terme "vente sous condition" pour décrire ces mécanismes), l'expression "droit de réserve de propriété" est employée dans le présent chapitre de manière générique. Elle désigne le droit du fournisseur dans tous les types d'opérations de vente où l'acheteur ne devient irrévocablement propriétaire du bien vendu que lorsque le prix d'achat est payé intégralement.

d) *Locations, opérations de location-vente et crédits-bails*

30. Un fournisseur peut également recourir à la location pour permettre à ses clients d'acquérir l'usage d'un bien sans avoir à en payer immédiatement le prix d'achat. De même que pour les opérations de vente, plusieurs opérations de location sont susceptibles de servir de mécanisme de financement d'acquisitions. Il arrive souvent qu'un fournisseur de matériel puisse simplement louer du matériel à une entreprise, qui en prend possession et verse des loyers mensuels. Dans ce type d'accord, le fournisseur, en tant que bailleur, reste propriétaire du matériel, le preneur à bail se contentant de régler les loyers à leur échéance. S'il est concevable qu'un tel contrat de location porte sur des matières premières ou d'autres stocks, en règle générale, les parties y ont recours pour permettre à des entreprises d'acquérir l'usage de matériel comme des machines, des véhicules automobiles, des ordinateurs, des photocopieuses, des présentoirs et du mobilier de bureau.

31. Dans de nombreux cas, le contrat de location est structuré de façon à obtenir l'équivalent fonctionnel d'une vente sous réserve de propriété. Le bail, par exemple, peut correspondre à la durée de vie utile du matériel vendu, de sorte qu'à son expiration le preneur aura eu du matériel la même jouissance que s'il en avait été propriétaire, qu'il en devienne propriétaire ou non et qu'il ait ou non l'obligation de l'acheter à la fin du bail. Dans d'autres cas, le bail pourrait être inférieur à la durée de vie utile du matériel mais, à son expiration, le preneur a la possibilité d'acheter celui-ci à un prix symbolique ou de

prolonger le bail jusqu'à la fin de la durée de vie utile. Dans certains États, ce type de bail ne peut exister que si le preneur n'est pas obligé d'acquérir le bien loué, voire n'en a pas le droit. Dans ces États, ce qui distingue le bail de la vente sous réserve de propriété, c'est que la propriété n'est jamais transférée. Néanmoins, le fait qu'il existe ou non un droit à obtenir finalement le transfert de la propriété ne joue pas pour déterminer s'il convient de qualifier cette opération de financement d'acquisitions. Lorsque l'opération est appelée "bail" ou "location", ce qui en fait véritablement une opération de financement d'acquisitions c'est de savoir si le preneur à bail acquiert l'usage du bien pour la plus grande partie au moins de sa durée de vie utile contre des loyers nominaux qui représentent l'équivalent économique de son prix s'il avait été vendu dans le cadre d'une vente à tempérament.

32. Dans un certain nombre d'États, des mécanismes appelés "opérations de location-vente" permettent d'obtenir un résultat semblable à celui d'une vente sous réserve de propriété. Tous les États n'emploient toutefois pas cette expression pour désigner le même type d'arrangement. Dans certains, l'opération de location-vente se déroule comme suit: pour commencer, le preneur à bail (loueur-acheteur) choisit le matériel chez le fournisseur (loueur-vendeur). Il demande ensuite à une société de crédit-bail (généralement une institution financière ou l'une de ses filiales) d'acheter le matériel au comptant et de le lui louer. Comme dans un crédit-bail ordinaire, très souvent, le bail correspond à la durée de vie utile du matériel; à l'expiration de ce bail, le preneur devient automatiquement propriétaire ou a la possibilité d'acheter le matériel pour un montant symbolique. Dans d'autres États, cette expression désigne des opérations par lesquelles une entreprise prend le bien en location directement auprès du fabricant et soit en acquiert automatiquement la propriété, soit a la possibilité d'acheter le matériel à la fin du bail. Aux fins du *Guide*, cette expression s'entend de toute opération qui commence comme un contrat de location mais qui prévoit que le preneur à bail acquiert la propriété du bien à la fin du bail.

33. Une autre opération de financement d'acquisition encore prenant la forme d'un bail est ce que de nombreux États appellent le "crédit-bail". Dans ces États, les crédits-bails bénéficient d'avantages fiscaux spéciaux qui ont pour effet économique d'en réduire le coût pour le preneur. Que le contrat de crédit-bail soit un arrangement bipartite entre un bailleur et un preneur ou un arrangement tripartite auquel participe un tiers qui apporte le financement en achetant le bien et en le louant au preneur, l'opération prend la forme d'une location. Malgré la forme de l'opération, la réalité économique dans chaque cas est que le preneur paie l'équivalent du prix d'achat du matériel en plusieurs versements, tandis que le bailleur reste le propriétaire jusqu'au paiement intégral. Il importe de noter toutefois que l'incidence économique de cette opération en tant que mécanisme servant à financer une acquisition n'a pas nécessairement de rapport avec la façon dont le crédit-bail peut être qualifié à des fins fiscales. Par voie de conséquence, une opération peut constituer un crédit-bail aux fins des opérations garanties sans toutefois constituer un crédit-bail à des fins fiscales, ou inversement (voir Introduction, par. 26 et 27).

34. Les États où des opérations prenant la forme de locations sont généralement utilisées pour financer des acquisitions non seulement emploient des termes différents pour désigner ces opérations, mais leur attribuent aussi des conséquences différentes. Dans certains États, le preneur à bail a la faculté de vendre le bien pris en location et l'acquéreur de bonne foi pourra faire valoir son droit de propriété sur le bien à l'encontre du bailleur. Dans quelques-uns de ces États toutefois, le bailleur peut revendiquer un droit sur le produit de la vente. Dans d'autres États, il peut toujours faire valoir ses droits à

l'encontre d'une personne qui prétend avoir acquis le bien auprès du preneur. En outre, dans certains États, le bailleur peut reprendre son bien sans décision de justice en cas de défaillance du preneur. Dans d'autres, il doit d'abord demander qu'il soit mis formellement fin au contrat et que le bien lui soit restitué par voie de justice. Enfin, dans certains États, ces opérations sont strictement encadrées par des règles impératives, tandis que, dans d'autres, les modalités de location sont adaptées aux besoins de trésorerie du preneur à bail, au régime fiscal de l'État et à d'autres besoins du bailleur et du preneur.

35. L'analyse ci-dessus fait apparaître une grande diversité d'opérations de location. En fonction de la nature du matériel, les baux peuvent aller de quelques mois à plusieurs années et les articles loués peuvent aller de matériel de grande valeur, tel que des aéronefs, à du matériel de plus faible valeur, tel que des ordinateurs. Dans tous les cas, toutefois, et quelle que soit la manière dont un État définit le crédit-bail à des fins fiscales ou comptables, l'expression "droit de crédit-bail", aux fins du présent chapitre, sera employée de manière générique pour désigner toutes les opérations qui prennent la forme d'un bail mais dont la réalité économique est celle d'une vente sous réserve de propriété (c'est-à-dire que le preneur à bail jouit de l'équivalent fonctionnel de la propriété pendant la durée de la location, que la propriété lui soit ou non transférée).

e) *Sûretés réelles mobilières et privilèges des vendeurs*

36. De nombreux États disposent de plusieurs autres dispositifs juridiques pour garantir l'exécution des obligations de paiement de l'acheteur. Les droits du vendeur dans le cadre de ces dispositifs naissent parfois par l'effet de la loi. Ces droits légaux présupposent en principe que la propriété du bien vendu a été transférée à l'acheteur. Le vendeur de biens meubles corporels peut, par exemple, se voir accorder un "privilège" de haut rang ou un "droit de préférence" (souvent dénommé "privilège du vendeur") sur les sommes générées par une vente judiciaire de ces biens ou autre vente en exécution. Que la vente soit le fait du vendeur qui a obtenu un jugement contre l'acheteur, d'un autre créancier judiciaire de l'acheteur ou d'un créancier garanti qui réalise une sûreté réelle mobilière sur les biens, le vendeur peut revendiquer sa priorité légale. Ce droit préférentiel légal a généralement un rang de priorité supérieur même à celui des créanciers garantis qui ont acquis leurs droits par convention.

37. Dans certains États, un vendeur a également le droit de refuser de remettre des biens meubles corporels à un acheteur qui n'est pas disposé à en payer le prix lors de la remise. Ce droit comprend généralement aussi celui d'interrompre le transport des biens par un transporteur, aussi dénommé "droit d'arrêter des marchandises en cours de route". Parfois, ce droit est prorogé sous forme de droit de revendication pendant une courte période (30 jours, par exemple) après la livraison des biens. Aucun des droits légaux mentionnés dans le présent paragraphe et au paragraphe précédent, cependant, n'est particulièrement efficace pour financer l'acquisition de biens car ils nécessitent toujours que les biens conservent leur identité originale.

38. À ces droits légaux découlant du contrat de vente s'est toujours ajoutée la possibilité pour les vendeurs de prendre une sûreté réelle mobilière ordinaire sur les biens qu'ils vendaient. Dans de nombreux États, toutefois, ce mécanisme n'était pas efficace en raison de l'absence de sûretés sans dépossession. Par exemple, un vendeur ayant transféré la

propriété d'un bien à un acheteur devait ensuite conserver ou reprendre possession du bien comme gage. À l'inverse, d'autres États autorisent depuis longtemps les vendeurs à prendre des sûretés sans dépossession, généralement sous la forme d'une "hypothèque mobilière". Plus récemment, un certain nombre d'États qui n'autorisaient pas auparavant les hypothèques sur des biens meubles ont modifié leur droit pour autoriser un vendeur à conclure un contrat en vue d'obtenir une sûreté réelle mobilière sans dépossession sur les biens qu'il vend. Ce type de sûreté n'existe généralement que dans les États qui ont également décidé de permettre aux prêteurs de prendre des sûretés sans dépossession sur des biens meubles corporels.

39. Le développement des sûretés sans dépossession au profit du vendeur s'est généralement accompagné d'une autre évolution. Les vendeurs qui prennent une sûreté peuvent, s'ils suivent la procédure appropriée, revendiquer la priorité sur toutes les autres sûretés réelles mobilières consenties par l'acheteur sur le bien acquis. De tels droits concurrents naîtraient, notamment, lorsque l'acheteur avait précédemment octroyé une sûreté à un prêteur sur des biens futurs du type de ceux acquis. Dans certains États, cette sûreté spéciale du vendeur est appelée "hypothèque du vendeur"; dans d'autres "privilège du fournisseur" (*supplier's lien*) ou "charge du fournisseur" (*supplier's charge*); dans d'autres encore "sûreté en garantie du prix d'achat" ou "sûreté en garantie du prix d'acquisition". Le nom importe peu. Ce qui compte, c'est que: *a)* la sûreté sans dépossession du vendeur est identique, par la forme, à la sûreté sans dépossession que peut prendre un prêteur ordinaire; et *b)* le vendeur qui prend une telle sûreté peut généralement revendiquer un rang de priorité supérieur à celui de tout autre créancier garanti qui fait valoir une sûreté consentie sur le bien par l'acheteur.

f) *Financement d'acquisitions par des prêteurs*

40. Dans la plupart des économies modernes, les prêteurs fournissent une part importante du financement d'acquisitions. Néanmoins, de nombreux États ont toujours fortement restreint la capacité du prêteur à financer des acquisitions. Par exemple, il était souvent impossible pour les acheteurs de consentir des sûretés sans dépossession sur des biens qu'ils étaient en train d'acquérir. Aujourd'hui, plusieurs États qui autorisent les prêteurs à prendre des sûretés sans dépossession ne leur permettent toujours pas d'obtenir également une priorité spéciale lorsqu'ils financent une acquisition. De ce fait, même lorsque les sommes avancées à l'acheteur ont spécifiquement pour but de financer l'achat de biens, et sont effectivement utilisées à cet effet, le prêteur qui prend une sûreté sur ces biens est considéré être un créancier garanti ordinaire soumis aux règles de priorité ordinaires qui régissent les sûretés réelles mobilières. En conséquence, un prêteur qui finance spécifiquement l'acquisition d'un bien particulier aura un rang inférieur à celui d'un prêteur garanti préexistant qui détient une sûreté réelle mobilière sur les biens futurs de l'acheteur du type du bien acheté.

41. Dans ces États, la seule façon, pour le prêteur, d'obtenir la même préférence que le vendeur et le bailleur était d'acquérir les droits de ces derniers. Ainsi, lorsqu'un vendeur conservait la propriété des biens pour en garantir le paiement par l'acheteur, le prêteur payait parfois directement le prix d'achat au vendeur pour se faire céder le droit à paiement découlant du contrat de vente, ainsi que le droit de réserve de propriété. De même, lorsque le droit permettait au vendeur de prendre une sûreté conventionnelle assortie d'une priorité

spéciale sur le bien vendu, le prêteur pouvait acheter cette sûreté. Enfin, dans le cas d'un crédit-bail, le prêteur achetait parfois le contrat de location au bailleur. Bien que ces droits obtenus des vendeurs permettent aux prêteurs de pénétrer le marché du financement d'acquisitions, ils ne favorisent pas la libre concurrence entre fournisseurs de crédit dans la mesure où: *a)* le consentement du vendeur est exigé, ce qui a souvent un coût pour le prêteur (coût supporté en définitive par l'acheteur), ou le prêteur doit s'engager dans plusieurs opérations comme l'achat des droits du vendeur et la subrogation de ce dernier dans ses droits pour obtenir le résultat souhaité; et *b)* le prêteur doit devenir propriétaire du bien acquis, un statut qu'il ne souhaite peut-être pas assumer pour des raisons fiscales, d'exposition à la responsabilité du fait des produits finis ou d'autres raisons.

42. Afin de promouvoir la concurrence en matière de financement d'acquisitions, certains États autorisent les prêteurs qui financent l'acquisition de biens meubles corporels à obtenir, pour leur propre compte, une sûreté réelle mobilière sur ces biens bénéficiant d'un droit de préférence. Autrement dit, dans ces États, il est possible, pour les prêteurs, d'accéder directement au statut prioritaire auquel ils ne pouvaient auparavant accéder qu'en acquérant le droit préférentiel dont jouissent les vendeurs. Les prêteurs qui octroient à une entreprise un financement qui pourrait être utilisé en fin de compte pour acheter des biens meubles corporels ne pourront toutefois pas tous revendiquer une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition. Pour pouvoir le faire, le prêteur doit consentir le crédit pour permettre à l'acheteur d'acquérir les biens et le crédit doit effectivement être utilisé à cet effet; en tout état de cause, le droit ne peut être revendiqué que sur les biens ainsi acquis.

43. Bien que ce type particulier de sûreté détenue par un prêteur en garantie du paiement d'une acquisition existe dans un certain nombre d'États, l'idée selon laquelle un prêteur pourrait directement faire valoir une sûreté en garantie du paiement d'une acquisition bénéficiant d'un droit de préférence n'est pas largement acceptée. En effet, la plupart des États qui permettent aux vendeurs de garantir le prix d'achat des biens vendus par un droit distinct de réserve de propriété ne permettent pas aux prêteurs de revendiquer des sûretés prioritaires garantissant le paiement d'acquisitions. Dans ces États, les prêteurs et les vendeurs peuvent prendre une sûreté sans dépossession, mais seuls les vendeurs sont en principe autorisés à revendiquer une sûreté prioritaire en garantie du paiement d'une acquisition, ce qu'ils peuvent faire au lieu de retenir la propriété.

4. Approches en matière de financement de l'acquisition de biens meubles corporels

a) *Généralités*

44. Par le passé, les États ont adopté des approches très diverses pour réglementer les opérations de financement d'acquisitions. Généralement, cependant, l'objectif central était de protéger les droits des vendeurs. Jusqu'à une date récente, de surcroît, il n'était pas possible pour un acheteur, dans de nombreux États, d'accorder une sûreté sans dépossession sur des biens meubles corporels, même à un vendeur. Ces deux raisons expliquent que la technique de la réserve de propriété soit devenue une pratique quotidienne dans les systèmes de droit civil, de *common law* et dans d'autres systèmes. Les États ont parfois adopté une législation reconnaissant et réglementant cette technique de

financement d'acquisitions. Le plus souvent, cependant, ils ne l'ont pas fait et leur droit actuel en matière de financement d'acquisitions est le fruit de pratiques contractuelles qui ont ensuite été reconnues officiellement et développées par les tribunaux.

45. Afin de bien comprendre les options fondamentales qui s'offrent actuellement aux États en matière de financement d'acquisitions, il est utile d'examiner brièvement trois des approches courantes qui ont été suivies dans ce domaine: *a)* promouvoir l'offre de financement d'acquisitions par le vendeur; *b)* promouvoir l'offre de financement d'acquisitions par le vendeur et par le prêteur comme mécanismes complémentaires mais distincts; et *c)* adopter une approche pleinement intégrée qui ne fasse pas de distinction conceptuelle entre vendeurs et prêteurs.

b) *Approches consistant à promouvoir le financement d'acquisitions par le vendeur*

46. Comme on l'a vu plus haut, le droit en matière de financement d'acquisitions dans de nombreux États s'est développé avec pour but principal de protéger les vendeurs. Aucun parlement ou tribunal d'un État quel qu'il soit n'a entrepris d'empêcher les institutions financières de financer des acquisitions. Toutefois, dans ces États, parce que ce domaine était perçu comme complémentaire du droit de la vente, la réserve de propriété et les mécanismes économiquement équivalents étaient accessibles aux seuls vendeurs, et non aux institutions financières. De ce fait, ces mécanismes sont devenus les principaux, sinon les seuls, mécanismes de financement d'acquisitions qui permettaient aux acheteurs d'obtenir la possession des biens achetés.

47. Le caractère et les effets de la réserve de propriété varient considérablement d'un État à l'autre. Ces différences sont souvent le produit de l'histoire et des pratiques contractuelles spécifiques adoptées en réponse aux règles juridiques existantes dans chaque État et souvent pour échapper aux restrictions qu'elles imposaient. Dans ce domaine, par conséquent, le droit a eu tendance à se développer de façon désordonnée, de nouveaux contrats et des clauses additionnelles à des types de contrat connus étant inventés au coup par coup, au fil des besoins, faute d'un régime pleinement développé qui régirait les opérations de financement d'acquisitions. Les pratiques contractuelles courantes ne concordent donc pas toujours avec les principes énoncés dans la législation actuelle de l'État et ne correspondent pas à ce que les entreprises feraient si le régime juridique était conçu pour promouvoir un crédit garanti efficace.

48. L'approche selon laquelle les vendeurs sont la principale source de financement d'acquisitions se fonde parfois sur la décision de principe de protéger les petits et moyens fournisseurs de biens meubles corporels contre les grandes institutions financières. Elle prend acte de l'importance que ces fabricants et ces distributeurs revêtent pour l'économie nationale et de la position dominante que les grandes institutions occupent sur le marché du crédit. La décision de principe consistant à accorder un traitement spécial aux vendeurs repose souvent sur plusieurs arguments. L'un d'eux est que, pour accroître leurs ventes, les fournisseurs ont intérêt à proposer un crédit à faible taux. Un autre est que le coût de ce crédit est abordable, car de nombreux fournisseurs ne réclament pas d'intérêts avant la défaillance. Un troisième est que, comme les fournisseurs seront généralement plusieurs à vouloir vendre des biens meubles corporels à un acheteur donné, celui-ci se verra proposer des prix compétitifs.

49. Un État qui envisage de réformer son droit des opérations garanties devra peser soigneusement ces arguments. Certains pourront se justifier, d'autres non. Par exemple, le premier est toujours vrai. Par contre, s'agissant du deuxième, le fait qu'un fournisseur vende des biens sous réserve de propriété ne signifie pas nécessairement que le crédit qu'il consent sera gratuit pour l'acheteur. Pour obtenir les fonds qui lui permettront de consentir ce crédit, le fournisseur doit lui-même acquitter un coût, lequel sera probablement répercuté sur le prix des biens vendus et donc supporté par l'acheteur. Quant au troisième argument, bien qu'il soit possible d'attiser la concurrence entre vendeurs, une dose de concurrence supplémentaire (qui pourrait réduire encore le coûts des biens) pourrait être introduite si les non-vendeurs pouvaient aussi financer l'acquisition de ces biens.

50. Même lorsqu'un État désireux de promouvoir la fabrication et la fourniture de biens meubles corporels souhaite inciter les vendeurs à octroyer du crédit, il n'a pas besoin de le faire, et ne devrait pas le faire, au point que d'autres parties ne puissent plus proposer, à des fins d'acquisition, des financements compétitifs. De la même façon que la concurrence entre vendeurs fait généralement baisser les prix pour les acheteurs, la concurrence entre fournisseurs de crédit réduit normalement le coût de ce dernier pour les acheteurs et en accroît l'offre. Outre qu'elle permettra aux acheteurs d'emprunter aux taux les plus abordables, elle donnera probablement naissance à de nouvelles sources de crédit pour les acheteurs, qui seront davantage en mesure d'acheter des biens meubles corporels sans que les vendeurs aient eux-mêmes à fournir un financement à tous leurs acheteurs potentiels.

51. Les obstacles juridiques qui empêchent les parties autres que les vendeurs et les bailleurs de consentir directement un financement d'acquisitions à des acheteurs ou qui exigent de ces autres parties qu'elles n'accordent un crédit que par l'intermédiaire du vendeur ou du bailleur en se faisant céder le droit de réserve de propriété ou le droit de crédit-bail peuvent également se révéler inefficaces à d'autres égards. Ce qui est très important, c'est qu'en ne traitant le financement d'acquisitions que sous l'angle de la protection des droits réels des vendeurs et des bailleurs, on risque en fait de réduire la portée des droits pouvant être revendiqués par ces derniers. En effet, de nombreux régimes modernes d'opérations garanties offrent aux créanciers garantis un certain nombre de droits qui souvent n'étaient pas ou pas toujours accessibles aux vendeurs qui utilisent la réserve de propriété pour garantir leurs créances. Il s'agit, par exemple: *a)* du droit automatique de revendiquer une sûreté réelle mobilière sur des produits finis fabriqués à partir des biens sur lesquels une sûreté a été consentie et sur tout produit généré par la vente des biens grevés; et *b)* de la possibilité d'utiliser la sûreté réelle mobilière pour garantir toutes les dettes de l'acheteur envers le vendeur.

c) *Approches consistant à promouvoir le financement d'acquisitions par le vendeur et le prêteur*

52. En partie pour élargir l'éventail de ceux qui peuvent financer une acquisition et en partie pour permettre aux vendeurs de disposer d'une panoplie complète de droits dont disposaient auparavant les prêteurs qui prenaient des sûretés réelles mobilières, de nombreux États ont modifié leur régime de financement d'acquisitions de façon à promouvoir l'offre de financement à la fois par le vendeur et le prêteur. Pour obtenir ce résultat, différentes approches ont été adoptées.

53. Dans certains États qui reconnaissent des droits spéciaux reposant sur la réserve de propriété aux vendeurs finançant une acquisition, les vendeurs réservataires peuvent maintenant étendre leurs droits par contrat en introduisant des clauses supplémentaires dans le contrat de vente. Dans ces États, les vendeurs réservataires sont souvent autorisés à insérer une clause qui étend leur droit aux biens fabriqués à partir du bien initialement vendu ou qui permet d'utiliser la réserve de propriété sur certains biens meubles corporels comme une sûreté pour garantir l'ensemble des obligations dues au vendeur par l'acheteur (on parle souvent de clause "toutes sommes"). Il arrive dans de rares cas qu'un État autorise également un vendeur réservataire à insérer dans le contrat de vente une clause étendant son droit aux créances ou aux autres produits provenant de la vente des biens meubles corporels. Néanmoins, dans la plupart des États qui continuent d'accorder aux vendeurs des droits spéciaux reposant sur la réserve de la propriété, seule la réserve simple est traitée comme un mécanisme de transfert de propriété; les réserves plus complexes, ou bien ne sont pas reconnues, ou bien sont traitées comme donnant naissance à des sûretés réelles mobilières, à des droits fiduciaires ou à d'autres droits. Il convient également de noter que certains États ont aussi renforcé les droits de l'acheteur dans le cadre d'une vente sous réserve de propriété en reconnaissant à ce dernier un droit d'expectative sur les biens acquis dans le cadre d'une telle vente et en lui permettant d'accorder une sûreté de rang inférieur sur les biens (ou, dans le cas de biens meubles corporels qui seront acquis dans l'avenir, l'expectative de recevoir ces biens) à un autre créancier.

54. Quelques États ont réformé leur législation sur les opérations garanties pour permettre aux vendeurs de prendre des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'une acquisition bénéficiant d'un droit de préférence, mais continuent de permettre que la réserve de propriété, les crédits-bails et des mécanismes similaires coexistent comme opérations distinctes de financement d'acquisitions. Dans ces États, les divers mécanismes par lesquels la propriété est utilisée pour garantir l'obligation d'un acheteur sont toutefois habituellement régis par des règles pour l'essentiel identiques à celles qui s'appliquent aux sûretés prises par un vendeur en garantie du paiement d'une acquisition. D'autres États encore continuent d'accorder aux vendeurs, parallèlement aux sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions, les droits traditionnels liés au financement de ces dernières tout en permettant également aux prêteurs de revendiquer des sûretés sur les biens vendus. Pour éviter tout risque de coordination imparfaite entre les divers types de financement d'acquisitions, ces États vont souvent plus loin et imposent aux vendeurs d'inscrire un avis relatif à leur droit de réserve de propriété sur le registre des sûretés et de suivre les mêmes procédures de réalisation que celles qui s'appliqueraient aux sûretés réelles mobilières.

55. Cette dernière approche se fonde sur une décision de principe d'assurer, autant que possible, l'égalité de traitement de toutes les opérations utilisées pour financer l'acquisition de biens meubles corporels. Dans ces États, l'objectif est donc d'étendre les bénéfices du régime des sûretés réelles mobilières aux vendeurs qui restent propriétaires et, dans le même temps, de soumettre ces vendeurs au même régime procédural que celui qui s'applique aux prêteurs. On suppose qu'en s'efforçant, de cette manière, de créer des possibilités plus ou moins égales pour tous les fournisseurs de crédit on accroîtra la concurrence entre eux, ce qui augmentera l'offre de crédit et réduira son coût, dans l'intérêt des vendeurs comme des acheteurs. Ces types de régime réformé intègrent donc les droits des vendeurs et des bailleurs dans le régime des opérations garanties, facilitant ainsi le financement garanti par le droit d'expectative de l'acheteur ou du preneur à bail. Dans le même temps, toutefois, ces régimes ne permettent pas aux prêteurs qui financent

l'acquisition de revendiquer directement un droit de premier rang sur les biens achetés. En d'autres termes, bien que ces États aient adopté des régimes qui contribuent largement à la création de possibilités égales pour la fourniture de financements d'acquisitions, un statut prioritaire est encore accordé aux vendeurs par rapport aux prêteurs qui financent l'acquisition.

d) *Approches fondées sur le concept pleinement intégré de sûreté réelle mobilière "en garantie du prix d'achat"*

56. Certains États sont allés encore plus loin. Ils ont adopté non seulement une approche qui permet et encourage l'offre de financement d'acquisitions par le vendeur et le prêteur, mais aussi des régimes qui traitent de manière égale tous les fournisseurs de ce type de financement. Dans ces États, les prêteurs peuvent acquérir le même droit de préférence que les vendeurs qui prennent des sûretés sur les biens qu'ils vendent. À des fins de réglementation, les divers droits liés au financement d'acquisitions que possèdent les propriétaires (réserve de propriété, crédit-bail et mécanismes similaires) sont: *a)* pleinement intégrés dans une sûreté réelle mobilière unique et fonctionnelle; et *b)* traités de la même façon que les sûretés réelles mobilières courantes que peuvent prendre les prêteurs et les vendeurs en garantie du paiement d'une acquisition. Dans de nombreux États qui ont adopté cette approche, ces diverses sûretés en garantie du paiement d'acquisitions sont toutes qualifiées de sûretés réelles mobilières "en garantie du prix d'achat".

57. Dans les États qui ont adopté le concept de sûreté réelle mobilière en garantie du prix d'achat, deux principes importants régissent son application. Le premier est que cette sûreté, appelée, dans le *Guide*, "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition", est un concept générique et global. Il s'applique donc à toute opération par laquelle une personne fournit à un acheteur un crédit pour lui permettre d'acheter des biens meubles corporels et détient sur les biens achetés un droit qui garantira le remboursement du crédit. Le deuxième est que les sûretés en garantie du prix d'achat sont une catégorie de sûreté réelle mobilière. Par conséquent, sauf lorsque les circonstances particulières d'un financement d'acquisition exigent une règle spéciale applicable uniquement à ces sûretés, toutes les règles applicables aux sûretés réelles mobilières en général s'appliquent également aux sûretés en garantie du paiement d'une acquisition (voir le terme "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition", Introduction, sect. B, Terminologie et interprétation).

58. Dans les États qui ont adopté le concept pleinement intégré de sûreté réelle mobilière en garantie du prix d'achat, le régime adopté présente les principales caractéristiques suivantes:

a) La sûreté peut être prise non seulement par les fournisseurs de biens meubles corporels, mais aussi par d'autres fournisseurs de financement d'acquisitions, y compris les prêteurs et les crédit-bailleurs;

b) Le créancier garanti finançant l'acquisition reçoit, à des fins d'opérations garanties, une sûreté réelle mobilière, qu'il reste ou non propriétaire des biens acquis;

c) L'acheteur peut proposer à d'autres créanciers une sûreté de rang inférieur sur les mêmes biens et utiliser ainsi la pleine valeur de ses droits sur les biens acquis pour obtenir un crédit supplémentaire;

d) Que la convention constituant la sûreté en garantie du paiement de l'acquisition soit qualifiée de sûreté réelle mobilière, de droit de réserve de propriété ou de droit de crédit-bail, le créancier garanti finançant l'acquisition doit normalement, comme les autres créanciers garantis, inscrire un avis concernant sa sûreté au registre général des sûretés;

e) Une fois l'avis inscrit, la sûreté est opposable;

f) Lorsque l'avis est inscrit peu de temps après la remise des biens à l'acheteur, ou avant la remise dans le cas de stocks, la sûreté en garantie du paiement de l'acquisition aura normalement priorité sur les réclamants concurrents, y compris sur un créancier titulaire d'une sûreté réelle mobilière antérieure grevant des biens futurs de l'acheteur; et

g) S'il est vendeur ou crédit-bailleur, le créancier garanti finançant l'acquisition peut, dans le cadre ou en dehors d'une procédure d'insolvabilité, exercer ses droits de la même façon que tout autre créancier garanti et ne possède aucun droit de réalisation fondé sur la propriété.

59. Durant les dernières décennies du XX^{e} siècle et la première décennie du XXI^{e} siècle, un nombre croissant d'États ont adopté cette approche pleinement intégrée du financement d'acquisitions. Cette tendance peut également s'observer au niveau international. Par exemple, dans le cas de certains aéronefs et d'autres biens d'équipement mobiles de valeur, la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles[1] régit l'opposabilité des ventes sous réserve de propriété et des crédits-bails par des règles distinctes, mais similaires pour l'essentiel à celles qui régissent les sûretés. Elle étend ainsi au-delà des sûretés le registre international qui y est prévu pour englober les réserves de propriété et les crédits-bails. En outre, dans la Convention des Nations Unies sur la cession[2], les mêmes règles s'appliquent: *a)* au nantissement de créances; *b)* aux cessions de créances effectuées à des fins de garantie; et *c)* aux cessions pures et simples (voir art. 2, al. *a*), ce qui évite d'établir une distinction entre les sûretés et les mécanismes de transfert de la propriété. L'article 22 de la Convention, en effet, qui vise expressément divers conflits de priorité, comprend un conflit entre un cessionnaire de créances et un créancier du cédant dont les droits de réserve de propriété sur des biens meubles corporels s'étendent aux créances nées de la vente de ces biens. Enfin, la Loi modèle sur les sûretés de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement[3], la Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières de l'Organisation des États américains[4] et le *Guide* sur les registres de biens meubles de la Banque asiatique de développement[5] suivent la même approche du financement d'acquisitions.

5. Choix fondamentaux

a) *Généralités*

60. Le chapitre premier, section C, du *Guide* examine les approches fondamentales en matière de sûretés et en recommande une que pourrait adopter un État cherchant à

[1] Voir Introduction, note 8.
[2] Voir Introduction, note 7.
[3] Voir Introduction, note 3.
[4] Voir Introduction, note 9.
[5] Voir Introduction, note 6.

réformer son droit des opérations garanties. Il pose notamment la question fondamentale de savoir comment traiter les opérations qui remplissent la fonction économique d'une sûreté réelle mobilière, mais s'effectuent en utilisant la propriété sur un bien pour garantir le paiement intégral de la somme due à la partie apportant le financement. Cette question se pose aussi bien dans le contexte d'une insolvabilité qu'en dehors. Les États qui ont récemment réformé leur droit des opérations garanties suivent généralement quatre approches différentes.

61. Premièrement, nombre de ces États continuent de maintenir dans toutes les situations une diversité formelle de mécanismes de financement. Ainsi, ils reconnaissent à la fois les sûretés et des mécanismes tels que la réserve de propriété, les transferts fiduciaires de propriété, les hypothèques et les ventes à réméré dans lesquels la propriété des biens d'un emprunteur est transférée pour garantir l'exécution d'une obligation. Dans ces États, chaque opération est régie par sa propre logique conceptuelle particulière, que ce soit en tant que sûreté, vente ou location.

62. Deuxièmement, d'autres États conservent cette diversité formelle des mécanismes de financement en dehors du contexte de l'insolvabilité mais, dans leur régime d'insolvabilité, ils qualifient de sûretés toutes les opérations où le droit de propriété est utilisé pour garantir le paiement d'une obligation due au créancier. Dans ces États, toutes les opérations qui remplissent le rôle économique d'une sûreté sont traitées comme étant fonctionnellement équivalentes dans le contexte de l'insolvabilité.

63. Troisièmement, d'autres États appliquent l'approche de l'"équivalence fonctionnelle" aussi bien dans le contexte de l'insolvabilité qu'en dehors. Ils reconnaissent le caractère spécifique de chacune des différentes opérations utilisant la propriété. Ils continuent de permettre aux vendeurs de pratiquer la réserve de propriété ou la vente sous condition résolutoire, et aux prêteurs de réaliser des opérations garanties ou de vente à réméré. Toutefois, pour bien coordonner ces diverses opérations et afin aussi de leur accorder dans la mesure du possible le même traitement, ils les soumettent toutes, quelle que soit leur appellation, à un cadre réglementaire global qui produit des résultats fonctionnellement équivalents.

64. Quatrièmement, des États de plus en plus nombreux vont au bout de cette logique fonctionnelle et adoptent ce qu'on pourrait appeler une approche fonctionnellement intégrée et "unitaire". Leur régime d'opérations garanties qualifie de sûreté l'ensemble des diverses opérations qui remplissent, quelle que soit leur forme, la fonction économique d'une sûreté et les nomme expressément "sûretés réelles mobilières". Autrement dit, dans ces États, le régime ne se contente pas de maintenir différents mécanismes de propriété traités comme étant fonctionnellement équivalents aux opérations garanties. En réalité, il les requalifie tous d'opérations garanties dans la mesure où ils en remplissent la fonction économique.

65. Le *Guide* recommande aux États d'adopter cette dernière approche en matière d'opérations garanties non liées à une acquisition. Toutes les opérations garanties non liées à une acquisition, dans lesquelles les droits sur les biens du constituant, y compris la propriété, sont utilisés pour garantir une obligation de remboursement ordinaire contractée par un emprunteur envers un fournisseur de crédit, devraient être traitées comme des sûretés et identifiées comme telles, aussi bien dans le contexte d'une insolvabilité qu'en

dehors (voir recommandation 8, chap. I sur le champ d'application). Il s'agit, selon la terminologie du *Guide,* de l'approche "fonctionnelle, intégrée, globale et uniforme" (voir chap. I sur le champ d'application, par. 110 à 114). Cette approche présente principalement trois avantages: *a)* elle encourage de façon plus évidente la concurrence entre fournisseurs de crédit fondée sur le prix et est donc plus à même d'accroître l'offre de crédit garanti; *b)* elle facilite le choix des principes législatifs fondé sur des motifs d'efficacité comparative; et *c)* dans la mesure où toutes les opérations constitutives de sûretés réelles mobilières sont traitées de la même manière, le régime est plus facile à adopter et à appliquer.

66. Lorsque l'obligation garantie est le paiement du prix d'achat d'un bien meuble corporel (c'est-à-dire lorsqu'il y a une opération de financement d'acquisition), la question est plus complexe d'un point de vue conceptuel car les parties concernées ne sont pas toutes des prêteurs. Elles sont également des vendeurs. Par conséquent, pour savoir s'ils doivent adopter l'approche fonctionnellement intégrée, les États devront déterminer: *a)* s'il faudrait que la logique des opérations garanties l'emporte sur celle du droit des ventes et de la location (ou, plus particulièrement, celle du droit régissant la propriété) lorsque des vendeurs et des bailleurs utilisent ces opérations pour garantir le paiement du prix d'achat de biens meubles corporels (ou son équivalent économique); ou *b)* s'il faudrait que la logique de la vente et de la location l'emporte, comme principe fondamental d'organisation, sur celle des opérations garanties. Pour trancher ces questions, les États doivent d'abord examiner s'ils devraient adopter l'approche consistant à produire des résultats fonctionnellement équivalents en tant que moyen le plus efficace d'atteindre l'objectif d'égalité substantielle entre les parties qui financent des acquisitions; ensuite, si tel est le cas, ils doivent examiner s'il leur faudrait adopter l'approche intégrée comme étant la manière la plus efficace d'élaborer un cadre de règles instaurant l'équivalence fonctionnelle des résultats.

b) *L'équivalence fonctionnelle: concept générique du financement d'acquisitions*

67. L'adoption par les États de l'approche fonctionnellement intégrée du financement d'acquisitions se justifie par de bonnes raisons de politique économique. Dans les économies de marché, l'instauration de l'égalité des chances entre les fournisseurs de crédit renforcera la concurrence entre eux, ce qui peut accroître le volume de crédit disponible et en réduire le coût. Il n'y a aucune raison économique impérative pour que le fabricant ou le distributeur de biens meubles corporels ait un monopole sur l'offre de crédit aux acheteurs. Une fois accepté le principe selon lequel les parties accordant des financements devraient pouvoir entrer en concurrence pour proposer un financement d'acquisitions aux acheteurs, il ne faudrait pas que le régime juridique dans lequel s'exerce cette concurrence crée des incitations pour l'un ou l'autre sous-groupe de parties apportant un financement. Le moyen le plus efficace de veiller à ce que la concurrence se fonde uniquement sur les conditions proposées par ces parties est de fixer des règles juridiques qui les traitent toutes d'une manière qui produise des résultats fonctionnellement équivalents.

68. Il s'ensuit que les acheteurs devraient être autorisés à rechercher la meilleure offre possible pour satisfaire leurs besoins en matière de financement d'acquisitions. Ils devraient avoir les mêmes possibilités de négocier, avec les parties susceptibles d'accorder un financement, les conditions du prêt ou de toute autre forme de crédit, y compris les conditions de remboursement, les intérêts qui seront demandés, les événements qui constitueraient une

défaillance et l'assiette de la sûreté. Un régime juridique qui permettrait à certaines de ces parties d'obtenir de meilleures sûretés compromettrait cette égalité de possibilité de négociation. Autrement dit, du point de vue économique, il n'existe, dans le financement d'acquisitions, rien qui doive inciter un État à adopter, en matière de concurrence du crédit, une approche différente de celle qu'il adopte pour les financements ordinaires non liés à une acquisition.

69. La configuration des institutions juridiques est une autre raison pouvant inciter un État à adopter l'approche visant à produire des résultats fonctionnellement équivalents. Comme il a été noté ci-dessus (voir par. 36 à 39), les États ont de tout temps organisé le crédit destiné aux acheteurs de biens meubles corporels en accordant des droits spécifiques aux vendeurs (peut-être en partant de l'hypothèse que ceux-ci fourniraient l'essentiel du financement d'acquisitions et que la plupart des ventes seraient des opérations ponctuelles portant sur des biens uniques). Dans cette hypothèse, la principale préoccupation était simplement de faire en sorte que, si l'acheteur ne payait pas le prix d'achat, le vendeur puisse récupérer le bien vendu rapidement, efficacement et libre de tous droits détenus par des tiers. Autrement dit, le crédit ne faisait que s'adjoindre à la vente et le principal souci du vendeur était de recevoir la valeur du bien fourni à l'acheteur. Deux évolutions, au cours des dernières décennies, ont contraint les États à revoir cette position.

70. Premièrement, avec le développement des économies, les besoins en financement d'acquisitions ont augmenté et les vendeurs ont constaté que, souvent, ils n'étaient pas en mesure de les satisfaire tous. Il est devenu de plus en plus fréquent, en particulier, que des banques, des sociétés de financement et d'autres prêteurs accordent aux fabricants, grossistes et détaillants souhaitant acheter d'importantes quantités de matières premières et de stocks un crédit dans le but précis de leur permettre de le faire. Deuxièmement, les types de matériel nécessaires à la fabrication et la distribution sont devenus de plus en plus perfectionnés et onéreux. Les fournisseurs étaient souvent dans l'impossibilité d'accorder à leurs acheteurs potentiels le financement dont ils avaient besoin. En outre, souvent pour des raisons fiscales, les acheteurs ont découvert qu'il était parfois plus avantageux économiquement d'acquérir le matériel nécessaire par une opération structurée sous la forme d'une location, et ainsi dénommée, plutôt que par une opération d'achat. Par leur structure, ces opérations de location étaient souvent conçues pour représenter l'équivalent économique d'une vente à crédit.

71. Dans ces deux cas, une personne autre que le vendeur direct des biens fournissait un financement d'acquisition à un acheteur (ou, dans le cas d'un preneur à bail, à un acheteur potentiel). Les États ont alors dû décider s'il était justifié de continuer de se référer aux droits du vendeur en tant que paradigme des opérations de financement d'acquisitions. Les principales préoccupations tenaient au fait que: *a)* les vendeurs pouvaient toujours obtenir un droit garanti de premier rang sur les biens du fait qu'ils en restaient propriétaires, alors que les autres parties finançant l'acquisition telles que les prêteurs n'étaient pas autorisées à obtenir un tel droit; et *b)* lorsque l'opération était structurée comme une location et non comme une vente dans laquelle le vendeur transférait la propriété à l'acheteur contre le droit d'annuler la vente en cas de non-paiement du prix d'achat, il était généralement impossible, pour le preneur à bail, d'utiliser le bien loué pour garantir d'autres crédits. Ces préoccupations ont conduit les États à faire un premier choix fondamental, en se demandant si un concept générique global d'opération de financement

d'acquisition ne serait pas une meilleure façon d'organiser cette branche du droit des opérations garanties.

72. De nombreux États ont conclu que le régime juridique serait moins incertain et entraînerait moins de différends s'il n'opérait pas de distinction formelle entre les droits des différents fournisseurs de financement d'acquisitions. Ainsi, même lorsqu'ils ont décidé que les vendeurs devraient continuer à pouvoir protéger leurs droits en restant propriétaires des biens vendus jusqu'à leur paiement intégral par l'acheteur, ces États ont choisi de simplifier le régime en adoptant l'approche qui produit des résultats fonctionnellement équivalents: toutes les opérations utilisées pour financer l'acquisition de biens meubles corporels seraient traitées fondamentalement de la même manière, indépendamment de leur forme et du statut juridique du créancier (vendeur, bailleur ou prêteur).

73. Suivant en cela la recommandation selon laquelle les États devraient adopter l'approche fonctionnellement intégrée pour les opérations garanties non liées à des acquisitions (voir recommandation 8, chap. I sur le champ d'application), le présent chapitre recommande aux États de suivre cette même approche pour toutes les opérations de financement d'acquisitions, quelle que soit leur appellation (voir la recommandation 9, chap. I sur le champ d'application et la définition de l'objet qui précède les recommandations dans les options A et B à la fin du présent chapitre). Le *Guide* leur recommande par conséquent d'adopter des régimes qui produisent des résultats fonctionnellement équivalents, indépendamment du fait qu'ils décident de suivre l'approche unitaire ou non unitaire de l'équivalence fonctionnelle des opérations de financement d'acquisitions et des opérations de financement non liées à des acquisitions (voir recommandation 178 pour l'approche unitaire et recommandation 188 pour l'approche non unitaire).

c) *Approches unitaire et non unitaire de l'équivalence fonctionnelle*

74. Le deuxième choix fondamental que doivent faire les États a trait à la façon de concevoir leur législation pour obtenir des résultats fonctionnellement équivalents. Ici encore, le principal objectif est de faire en sorte que, dans toute la mesure possible, le régime juridique qui crée cette équivalence fonctionnelle facilite l'offre de crédit la plus large possible au prix le plus bas. Ce type d'efficacité dans un régime juridique peut être obtenu de deux façons.

75. Premièrement, les États peuvent choisir d'effacer toute distinction entre les diverses formes d'opération de financement d'acquisitions et adopter une qualification unique pour ces mécanismes. C'est ce que recommande le *Guide* pour les sûretés réelles mobilières en général. Cette méthode pour parvenir à des résultats fonctionnellement équivalents est appelée, dans le présent chapitre, "approche unitaire du financement d'acquisitions". Dans cette approche, toutes les opérations de financement d'acquisitions donneront lieu à des "sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'une acquisition" et toutes les parties apportant un financement seront considérées comme des "créanciers garantis finançant l'acquisition".

76. Deuxièmement, les États peuvent choisir de conserver la forme des opérations de financement d'acquisitions existantes et la qualification donnée par les parties à leur convention (vente, location ou prêt par exemple), sauf si un tribunal compétent déclare dans un cas particulier que cette qualification est un leurre. Pour ce faire cependant, ils

vont devoir ajuster et rationaliser leurs règles techniques pour chaque opération de façon à assurer l'équivalence fonctionnelle dans l'ensemble du régime. Le *Guide* qualifie cette façon d'assurer des résultats fonctionnellement équivalents d'"approche non unitaire". Dans cette approche, les opérations de financement d'acquisitions donneront lieu soit à des "droits de réserve de propriété" et à des "droits de crédit-bail" lorsqu'un mécanisme de transfert de la propriété sera utilisé, soit à des "sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'une acquisition" en faveur de "créanciers garantis finançant l'acquisition" lorsqu'une sûreté (que ce soit en faveur d'un prêteur ou d'un vendeur transférant la propriété à un acheteur) aura été constituée.

77. Selon le droit autre que celui des opérations garanties, la décision d'adopter telle ou telle approche pourrait avoir des conséquences importantes. Par exemple, les droits des tiers, que ce soit dans le cadre ou en dehors de la procédure d'insolvabilité, peuvent être affectés (les questions relatives à l'insolvabilité sont examinées dans la section A.13 ci-dessous et au chapitre XII). En outre, après avoir opté pour l'une ou l'autre de ces approches, les États vont également devoir déterminer exactement la façon dont ils élaboreront les règles particulières qui régiront tous les aspects des opérations de financement d'acquisitions et les intégrer au droit commun de la vente et de la location.

i) *L'approche unitaire*

78. Trois conséquences principales découlent de la décision d'un État d'adopter l'approche unitaire. Premièrement, tous les mécanismes de financement d'acquisitions, quelle que soit leur forme, seront considérés comme des sûretés et soumis aux mêmes règles qui régissent les sûretés réelles mobilières non liées à une acquisition (sauf en ce qui concerne les conflits de priorité). Deuxièmement, les droits détenus par un créancier sur des biens meubles corporels dans le cadre d'une vente avec réserve de propriété, d'une vente sous condition résolutoire, d'un contrat de location-vente, d'un crédit-bail ou d'une opération similaire seront considérés comme une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition et régis par les mêmes règles que celles qui s'appliqueraient à une sûreté en garantie du paiement d'une acquisition accordée à un prêteur. Troisièmement, dans ces cas, l'acheteur sera considéré comme ayant acquis la propriété du bien, indépendamment du fait de savoir si le vendeur ou le bailleur prétend rester propriétaire par contrat.

79. Les États ont deux moyens d'adopter l'approche unitaire lorsque les vendeurs utilisent la réserve de propriété ou un crédit-bail. Ils peuvent prévoir que l'acheteur devient propriétaire à toutes fins, auquel cas ils devraient explicitement modifier d'autres textes de loi (législation fiscale, par exemple, s'ils souhaitaient que les vendeurs dans ces opérations soient taxés comme des propriétaires). Ou bien, ils pourraient prévoir que l'acheteur ne devient propriétaire qu'aux fins du droit des opérations garanties et des branches connexes de ce droit (droit régissant les relations entre débiteurs et créanciers et droit de l'insolvabilité, en particulier). Il est toutefois important de noter que, pour que le régime soit cohérent, les États doivent suivre la même démarche pour les opérations de financement d'acquisitions que pour les opérations de financement non liées à des acquisitions.

ii) *Approche non unitaire*

80. Étant donné que le *Guide* adopte une approche unitaire du financement non lié à des acquisitions, les opérations traditionnellement accomplies par des prêteurs, comme les

ventes à réméré, les cessions-bails et les transferts fiduciaires de propriété, sont toutes considérées comme des sûretés réelles mobilières ordinaires. C'est uniquement dans le cas d'opérations accomplies par des vendeurs (et celles qui leur sont apparentées, comme les crédits-bails) que le *Guide* envisage la possibilité d'adopter une approche non unitaire. Cela dit, même lorsque les États adoptent une approche non unitaire, ils devraient concevoir le régime de façon à intégrer le principe de l'équivalence fonctionnelle (voir recommandation 188). Le régime devrait, par exemple, traiter tous les fournisseurs de financement d'acquisitions de manière fonctionnellement équivalente: les vendeurs qui restent propriétaires; ceux qui ne restent pas propriétaires mais conservent le droit d'annuler la vente; ceux qui ne restent pas propriétaires mais prennent une sûreté ordinaire en garantie du paiement des biens vendus; les bailleurs qui restent propriétaires; et les prêteurs qui prennent une sûreté ordinaire en garantie du paiement des biens vendus ou loués.

81. En principe, les États qui adoptent l'approche non unitaire pourraient obtenir l'équivalence fonctionnelle entre, d'une part, les droits des vendeurs qui restent propriétaires et des crédit-bailleurs et, d'autre part, les droits des créanciers garantis finançant l'acquisition de deux façons. Ils pourraient soit: *a)* calquer les droits accordés aux réclamants réservataires et similaires sur ceux accordés aux créanciers garantis qui financent l'acquisition et qui ne sont ni vendeurs ni bailleurs; soit *b)* calquer les droits accordés à ces derniers sur ceux déjà accordés aux créanciers réservataires. Dans le premier cas, toutes les parties qui financent l'acquisition seraient traitées de la même manière (comme des créanciers garantis finançant l'acquisition), mais ceux qui restent propriétaires auraient des droits légèrement différents de ceux des propriétaires ordinaires. Dans le second cas, les parties et les créanciers garantis qui financent l'acquisition seraient tous traités de la même manière (comme des propriétaires), mais les créanciers garantis finançant l'acquisition et ceux qui possèdent une sûreté non liée à l'acquisition seraient soumis à des règles légèrement différentes. Même si, dans la forme, ces options semblent toutes deux viables, étant donné que l'objectif général est de permettre aux parties d'obtenir un crédit garanti de façon simple et efficace, plusieurs raisons militent en faveur de la première pour assurer l'équivalence fonctionnelle dans un régime non unitaire.

82. Les États devront se demander quelle solution sera la plus à même de promouvoir un crédit transparent au coût le plus faible, indépendamment de la source du crédit. Premièrement, il serait très difficile de concevoir des règles qui traiteraient les prêteurs comme des propriétaires (notamment parce que les prêteurs n'ont généralement pas d'expérience de la vente ou de l'entretien des biens qu'ils financent). Deuxièmement, même si ces prêteurs étaient qualifiés de propriétaires, ils ne jouiraient pas d'une propriété ordinaire puisque leurs droits de réalisation seraient ajustés pour protéger les droits de certains tiers qui pourraient avoir pris des sûretés sur le droit d'expectative de l'acheteur. Troisièmement, il serait très difficile de concevoir des règles qui distingueraient les droits accessoires accordés à deux catégories de prêteurs, à savoir les prêteurs garantis ordinaires et les prêteurs garantis qui financent l'acquisition. Quatrièmement, il est bien plus simple de calquer les droits et obligations d'un vendeur qui possède un droit lié au financement de l'acquisition (par exemple pour ce qui est de la constitution, de l'opposabilité, de la priorité sur des réclamants concurrents et de la réalisation) sur ceux d'un vendeur ou d'un prêteur qui détient une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition (créancier garanti finançant l'acquisition). La raison en est que cette solution améliorerait la cohérence globale du régime des opérations garanties tout en permettant aux États d'apporter les ajustements requis pour maintenir la cohérence de leur régime de

propriété tel qu'il s'exprime dans le droit des ventes et de la location. C'est pourquoi le *Guide* recommande aux États qui choisiront d'adopter une approche non unitaire des opérations de financement d'acquisitions de chercher à obtenir l'équivalence fonctionnelle en calquant les droits de réserve de propriété et les droits de crédit-bail sur les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions, plutôt que l'inverse (voir recommandation 188). Quelle que soit l'approche retenue par un État, il lui sera nécessaire de modifier son régime actuel des droits de réserve de propriété et des droits de crédit-bail comme indiqué dans le présent chapitre afin d'assurer l'équivalence fonctionnelle.

iii) *Comparaison des deux approches*

83. Le *Guide* recommande aux États d'adopter l'approche unitaire pour obtenir l'équivalence fonctionnelle entre financement d'acquisition et opérations de financement non liées à une acquisition. Dans le cadre de cette orientation générale, il leur suggère, dans la mesure où ils peuvent le faire, d'adopter également l'approche unitaire pour obtenir l'équivalence fonctionnelle entre l'ensemble des mécanismes de financement d'acquisitions. Nonobstant cette suggestion, cependant, il reconnaît que certains États pourront éprouver le besoin de conserver, pour les droits des vendeurs, des crédit-bailleurs et d'autres fournisseurs, la forme des mécanismes de transfert de propriété (voir recommandation 9, chap. I sur le champ d'application). C'est pourquoi chacune des sous-sections suivantes du présent chapitre (A.6 à A.13) examine les questions qui se posent dans les systèmes juridiques actuels. Chaque sous-section conclut en examinant comment il faudrait réformer au mieux le droit du financement d'acquisitions en cas d'adoption de l'une ou l'autre de ces approches (unitaire ou non unitaire) pour parvenir à l'équivalence fonctionnelle.

84. Des recommandations parallèles sont présentées en tant qu'option A et option B. L'option A contient des recommandations sur la façon dont les États devraient concevoir point par point une approche fonctionnellement intégrée et unitaire des opérations de financement d'acquisitions. Les États qui adoptent pour la première fois une législation devant régir l'ensemble des opérations garanties jugeront l'option A plus facile à appliquer, quoique les États ayant un régime global d'opérations garanties peuvent certainement aussi en tirer profit. L'option B traite de la façon dont les États qui choisissent l'approche non unitaire devraient définir les règles qui régissent le financement d'acquisitions par des mécanismes de transfert de la propriété, en particulier la réserve de propriété et les opérations de crédit-bail, ainsi que par des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions, de sorte que les avantages économiques d'un régime fonctionnellement intégré puissent également être obtenus par une approche non unitaire.

6. Constitution (efficacité entre les parties)

85. Dans le chapitre II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, le *Guide* examine les conditions à réunir pour rendre une sûreté efficace entre le constituant et le créancier garanti. Comme il est expliqué dans ce chapitre, l'objectif est de rendre ces conditions aussi simples que possible (voir chap. II, par. 6; voir aussi recommandation 1, al. *c*, Introduction). La façon précise dont ces conditions pourront être transposées pour réglementer l'efficacité entre les parties des droits naissant d'une opération de financement d'acquisition variera

selon que l'État adoptera une approche unitaire ou non unitaire. Dans les États qui continuent de considérer les opérations avec réserve de propriété et les crédits-bails comme des sûretés distinctes, il n'est en outre pas certain que le mot "constitution" soit le plus approprié pour décrire la manière dont le vendeur dans une opération avec réserve de propriété et le bailleur dans le cadre d'un crédit-bail "acquièrent" leurs droits. Par exemple, le vendeur qui reste propriétaire ne "constitue" pas un nouveau droit en sa faveur; il ne fait que continuer de faire valoir le droit de propriété qu'il possédait avant de conclure l'accord avec l'acheteur. De même, les droits de propriété du bailleur ne sont pas "constitués" par le contrat de location; le bailleur est déjà propriétaire au moment où il conclut le contrat avec le preneur à bail. Néanmoins, par commodité, les accords en vertu desquels un vendeur ou un bailleur peuvent continuer d'opposer leur droit de propriété à un acheteur ou à un preneur à bail auquel ils auront accordé la possession d'un bien meuble corporel seront parfois décrits comme des accords "constituant" les droits liés au financement d'acquisition en question. On pourra dire, certes, dans les États où l'acheteur acquiert un droit de propriété éventuel dans le cadre d'une opération avec réserve de propriété, qu'un nouveau type de propriété scindée est constitué. Dans une telle analyse, il convient de parler de la "constitution" d'un droit de réserve de propriété car le droit de propriété que conserve le vendeur ne correspond pas exactement à la propriété traditionnelle.

86. Les États qui ne traitent pas toutes les opérations de financement d'acquisitions de la même manière imposent des conditions très diverses pour rendre les droits liés au financement d'acquisition efficaces entre les parties. Pour commencer, ces conditions peuvent varier au sein d'un même État en fonction du type d'opération de financement d'acquisition (réserve de propriété, crédit-bail, sûreté réelle mobilière) dont il est question. En outre, elles peuvent grandement varier d'un État à l'autre, y compris pour le même type d'opération de financement d'acquisition. De fait, les États ne conçoivent pas tous les droits de réserve de propriété et les droits de crédit-bail de la même façon et n'imposent donc pas tous les mêmes conditions pour constituer ou se réserver un tel droit.

87. En tant que droit lié au financement d'une acquisition, la réserve de propriété est généralement considérée comme un droit réel qui naît de l'une des clauses du contrat de vente. Il s'ensuit que, dans de nombreux États, les conditions de forme à réunir pour constituer un droit de réserve de propriété sont celles qui s'appliquent aux contrats de vente en général, sans autre formalité particulière. En conséquence, si un État accepte qu'un contrat de vente de biens meubles corporels soit conclu verbalement, la clause qui prévoit que le vendeur reste propriétaire jusqu'au paiement intégral du prix d'achat pourra également être verbale. Dans ces cas, le droit de réserve de propriété du vendeur pourra être convenu verbalement ou par référence à une correspondance entre les parties, à une commande ou à une facture où les conditions générales figurent en caractères imprimés. Ces documents n'ont même pas besoin de porter la signature de l'acheteur, celui-ci pouvant implicitement accepter les conditions qu'ils énoncent en acceptant la livraison des biens et en payant une fraction du prix d'achat indiqué sur la commande ou sur la facture, par exemple. Dans d'autres États, même si un contrat de vente ordinaire peut être conclu verbalement, un écrit (même minimal), une date certaine, une authentification, voire une inscription peuvent être exigés pour qu'une clause de réserve de propriété figurant dans un contrat de vente soit efficace même entre les parties.

88. Les fournisseurs de crédit qui utilisent des crédits-bails, des contrats de location-vente et des types apparentés d'opérations restent également propriétaires du fait de la

nature de ces contrats. L'efficacité entre les parties du droit du bailleur, par exemple, dépendra du respect par les parties des formalités ordinaires applicables au crédit-bail ou au contrat de location-vente en question.

89. Dans la plupart des États, seul le vendeur ou le crédit-bailleur effectif peut obtenir un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail et être tenu de suivre les formalités qui s'y rattachent. D'autres fournisseurs de financement d'acquisitions, tels les prêteurs, ne peuvent pas obtenir directement un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail. Ils doivent à cette fin se faire céder le contrat de vente par le vendeur ou le contrat de location par le bailleur. Ainsi, les formalités d'efficacité d'un tel droit revendiqué par le prêteur sont, premièrement, celles applicables à l'opération initiale avec l'acheteur ou le preneur à bail et, deuxièmement, celles applicables à la cession de ce type de contrat.

90. Dans de nombreux États qui autorisent des droits de réserve de propriété et des droits de crédit-bail distincts, les vendeurs, bailleurs et prêteurs qui financent une acquisition peuvent aussi prendre une sûreté réelle mobilière sur le bien acquis ou loué. En règle générale, ces États confèrent au vendeur qui prend une telle sûreté un droit de priorité équivalent à celui d'un vendeur. Ils n'autorisent toutefois pas les prêteurs qui financent une acquisition à revendiquer les droits de préférence d'un vendeur qui conserve la propriété ou prend une sûreté sur le bien acheté.

91. Les divers États qui ne traitent pas les ventes sous réserve de propriété ou les crédits-bails comme des sûretés réelles mobilières adoptent également, pour ce qui est de l'extension de ces droits à d'autres biens, des approches différentes. Dans certains, si les biens qui font l'objet d'un droit de réserve de propriété sont mélangés à d'autres biens, le droit s'éteint. Dans quelques autres, en revanche, le droit de réserve de propriété continue de produire effet entre les parties; dans ces États, par exception aux principes généraux du droit des biens, aussi longtemps que des biens similaires se trouvent entre les mains de l'acheteur, le vendeur n'a pas besoin d'entreprendre d'autres formalités pour protéger son droit de propriété. De même, dans la plupart des États, le droit de réserve de propriété ne peut pas s'étendre à des biens transformés en de nouveaux produits finis. Toutefois, dans un petit nombre d'États, ce droit est automatiquement conservé même lorsque les biens sont transformés. Dans certains États qui adoptent cette dernière approche, le vendeur est automatiquement autorisé à revendiquer son droit de réserve de propriété sur le nouveau produit fini, tandis que dans d'autres, le vendeur deviendra simplement un créancier garanti ordinaire dépourvu de la priorité spéciale qu'un vendeur réservataire pourrait revendiquer. Certains États permettent également aux bailleurs de continuer à revendiquer la propriété des biens loués qui ont été légèrement modifiés ou, selon les conditions du bail, du produit d'une disposition autorisée. Dans ces cas également, aucune formalité supplémentaire n'est requise généralement pour conserver l'efficacité entre les parties de la sûreté réelle mobilière sur les biens modifiés ou le produit.

92. Les principes qui régissent les conditions d'efficacité, entre les parties, des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions présentent une plus grande similarité entre les États qui ont adopté une approche pleinement intégrée. Ces conditions ne présentent, en fait, pratiquement aucune différence. Dans chaque État, de surcroît, les conditions de forme à réunir pour rendre efficaces entre les parties des telles sûretés sont identiques, que le financement émane d'un vendeur, d'un crédit-bailleur, d'un prêteur ou

de toute autre personne. En outre, comme le crédit garanti qui finance l'acquisition est traité simplement comme un type particulier de sûreté réelle mobilière, ces conditions de forme seront les mêmes, relativement minimales, que celles requises pour les opérations garanties non liées à une acquisition. Comme mentionné précédemment (voir chap. II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, par. 26 à 29), ces formalités se limitent à un accord écrit et signé identifiant les parties et décrivant suffisamment les biens vendus et leur prix, ou à un accord verbal s'accompagnant du transfert de la possession des biens au créancier garanti (voir recommandations 13 à 15, chap. II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière). Enfin, comme la sûreté en garantie du paiement d'une acquisition est une sûreté réelle mobilière, elle sera automatiquement maintenue sur les biens attachés, les biens transformés et le produit de la disposition (voir recommandations 19 à 22, chap. II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière).

93. La différence entre les deux approches et entre les systèmes juridiques décrits plus haut tient rarement à l'exigence de la forme écrite. De fait, la plupart d'entre eux considèrent qu'une correspondance, une facture, une commande ou tout document similaire où figurent les conditions générales, qu'ils soient sous forme papier ou électronique, satisfont à l'exigence d'un écrit. C'est, de surcroît, la position générale concernant l'exigence d'un écrit recommandée dans le *Guide* (voir recommandations 11 et 12, chap. I sur le champ d'application). La différence semble tenir davantage à l'exigence ou non d'une signature pour l'efficacité entre les parties. Dans certains États, la signature de l'acheteur n'est pas nécessaire tant que le vendeur réservataire, le créancier garanti finançant l'acquisition ou le crédit-bailleur peut prouver par d'autres moyens que l'acheteur ou le crédit-preneur a accepté les conditions de l'accord. Ces éléments de preuve pourraient être simplement l'acquisition et l'utilisation, par l'acheteur ou le crédit-preneur, des biens sans contestation après réception de l'écrit. Enfin, vu le nombre d'opérations d'achat de biens meubles corporels qui sont bien documentées pour d'autres raisons, cette question se pose rarement.

94. Dans l'approche unitaire, les conditions d'efficacité entre les parties sont les mêmes que celles qui s'appliquent aux sûretés réelles mobilières non liées à une acquisition, quelle que soit la forme juridique de l'opération (voir recommandation 178).

95. S'ils adoptent une approche non unitaire, les États qui souhaitent bénéficier d'un régime instaurant une concurrence égale en matière de crédit devraient mettre sur pied des règles pour la constitution d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition qui permettent aux prêteurs d'acquérir le même droit de préférence que celui accordé aux vendeurs réservataires et aux crédit-bailleurs. Pour cela, ils devraient veiller à ce que les règles qui régissent l'efficacité entre les parties soient fonctionnellement équivalentes quelle que soit la forme de l'opération de financement d'acquisition (voir recommandation 188). Il faudrait, en particulier, coordonner étroitement les règles qui régissent: *a)* la capacité des parties au contrat; *b)* le caractère et les modalités de l'obligation garantie; *c)* les biens sur lesquels le droit lié au financement de l'acquisition pourrait être pris; *d)* les exigences en matière de preuve, comme un écrit et une signature; et *e)* la date de prise d'effet de la convention entre les parties, de façon à ne pas favoriser un type d'opération de financement d'acquisitions par rapport à un autre.

7. Opposabilité (efficacité à l'égard des tiers)

a) *Généralités*

96. Le *Guide* établit une distinction entre l'efficacité d'une sûreté réelle mobilière entre le constituant et le créancier garanti et son efficacité à l'égard des tiers ou opposabilité (voir chap. II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, par. 1 à 7, et chap. III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière, par. 6 à 8). Ce point revêt une importance particulière en ce qui concerne les droits liés au financement d'acquisitions, car selon que l'on adopte une approche unitaire ou non unitaire, cette distinction peut en fait ne pas exister.

97. La plupart des États qui ne considèrent pas les droits de réserve de propriété et les droits de crédit-bail comme des sûretés réelles mobilières n'exigent pas l'inscription de ces opérations. Ils n'exigent pas non plus du vendeur ou du bailleur qu'il entreprenne des formalités pour assurer l'opposabilité autres que celles nécessaires pour rendre le droit efficace entre les parties. Au contraire, dans ces États, lorsque le vendeur et l'acheteur concluent une vente sous réserve de propriété, le droit de propriété du vendeur sur le bien meuble corporel qui a été vendu est opposable à tous.

98. À l'inverse, il est obligatoire, dans certains États, d'inscrire un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail soit de manière générale, soit pour certains types de biens meubles corporels. Dans ces États, il est fréquent que l'inscription ne soit requise que pour rendre le droit de réserve de propriété ou le droit de crédit-bail opposable. Il arrive cependant qu'aucune distinction ne soit faite entre l'efficacité du droit de réserve de propriété ou du droit de crédit-bail entre les parties et son opposabilité. Dans certains États, l'inscription de ces droits est une condition nécessaire pour l'efficacité même entre les parties.

99. Dans tous ces régimes de réserve de propriété, le vendeur conserve la propriété des biens vendus et remis à l'acheteur. En conséquence, l'acheteur n'a normalement aucun droit réel sur les biens acquis jusqu'au transfert de la propriété, qui intervient habituellement lorsque le prix d'achat est payé en totalité. En conséquence, sauf dans les systèmes juridiques où l'acheteur a un droit de propriété éventuel qu'il peut grever, aucun autre de ses créanciers ne peut faire valoir de droits sur les biens meubles corporels achetés, aussi longtemps que le vendeur reste propriétaire. Il en serait ainsi même si un autre créancier accordait un crédit à l'acheteur pour l'acquisition des biens et si la valeur des biens de l'acheteur soumis à un droit de réserve de propriété était supérieure au montant de la fraction encore impayée du prix d'achat due au vendeur. En pareil cas, le seul bien de l'acheteur sur lequel un autre créancier pourrait faire valoir une sûreté serait un bien meuble incorporel (le droit de l'acheteur sur la valeur du prix d'achat payé). On obtiendrait également le même résultat dans le cas d'un crédit-bail. À moins que le bail n'accorde au preneur le droit d'acheter le bien loué au terme du contrat et ne lui confère donc un droit de propriété éventuel qu'il peut grever, le seul bien du preneur sur lequel ses créanciers pourraient faire valoir des sûretés serait un bien meuble incorporel (le droit du preneur d'utiliser le bien loué pour le restant du bail).

100. Dans les États qui n'autorisent pas l'acheteur de biens sous réserve de propriété ou le crédit-preneur à accorder une sûreté réelle mobilière sur les biens acquis ou loués, il est

impossible ou difficile pour les emprunteurs d'utiliser toute la valeur des droits qu'ils peuvent avoir acquis sur leurs biens meubles corporels soumis à des droits de réserve de propriété ou des droits de crédit-bail. Ainsi, la logique conceptuelle de la clause de réserve de propriété ou du contrat de crédit-bail empêche l'acheteur ou le preneur de consentir une sûreté réelle mobilière sans dépossession sur les biens acquis ou loués. Il est cependant intéressant de constater que ces mêmes États permettent généralement à l'acheteur d'accorder de multiples droits réels sur des biens immeubles (hypothèques par exemple) dont le rang de priorité est déterminé en fonction du moment de leur inscription, même si les biens immeubles ont été vendus dans le cadre d'une opération avec réserve de propriété et que le prix d'achat n'a pas encore été payé en totalité. Dans les États qui ont adopté une approche pleinement intégrée, la réserve de propriété et ses équivalents économiques doivent faire l'objet d'une inscription au registre général des sûretés ou d'autres formalités destinées à les rendre opposables, tout comme n'importe quelle autre sûreté réelle mobilière. De plus, dans cette approche, le droit du vendeur qui se réserve la propriété par contrat ou du bailleur qui reste propriétaire de par la nature du bail devient le droit d'un créancier garanti finançant l'acquisition. L'acheteur ou le preneur à bail peut donc utiliser son droit sur le bien acheté ou loué pour garantir un nouveau crédit. Ainsi, dans ces États, le droit du vendeur réservataire ou du crédit-bailleur qui est rendu opposable n'est pas un droit de propriété, mais plutôt une sûreté réelle mobilière avec la même opposabilité que dans le cas d'un vendeur qui vend purement et simplement les biens meubles corporels et qui prend une sûreté sur les biens vendus.

101. Dans l'approche unitaire, les conditions de l'opposabilité (sauf dans le cadre de l'acquisition de biens de consommation; voir recommandation 179 et par. 112 à 115 ci-après) sont les mêmes que celles applicables aux sûretés réelles mobilières non liées à des acquisitions et sont identiques quelle que soit la forme juridique de l'opération (voir recommandation 178).

102. Les États qui adopteraient une approche non unitaire devraient veiller à ce qu'il n'y ait pas de différences trop importantes entre les conditions d'opposabilité applicables aux différents types d'opérations de financement d'acquisitions (voir recommandations 188 et 192). Il faudrait coordonner étroitement un certain nombre de règles afin de ne pas favoriser une forme d'opération par rapport à une autre, en particulier les règles qui régissent: *a)* les modalités de l'opposabilité; *b)* le moment où les droits deviennent opposables lorsque les conditions sont réunies; *c)* les conséquences de l'opposabilité pour la faculté qu'a l'acheteur ou le preneur à bail d'accorder des droits sur les biens; et *d)* le régime des biens de consommation. Plus précisément, pour que l'acheteur ou le preneur à bail puisse tirer le maximum de profit des biens meubles corporels en cours d'acquisition dans l'approche non unitaire, les États devraient prévoir que ces derniers ont le pouvoir d'accorder une sûreté sur des biens faisant l'objet d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail (voir recommandation 190).

b) *Opposabilité des opérations de financement d'acquisitions d'un point de vue général*

103. Comme il a déjà été noté (voir chap. III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière, par. 29 à 46), le mécanisme général par lequel les sûretés réelles mobilières ordinaires peuvent être rendues opposables est l'inscription (voir recommandation 32,

chap. III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière). De même qu'avec les sûretés non liées à une acquisition, l'inscription d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition a pour but d'avertir les tiers qu'une telle sûreté pourrait exister et de servir de base à l'établissement du rang de priorité entre un créancier garanti et un réclamant concurrent. Généralement, l'inscription favorise la concurrence sur le marché du crédit en fournissant aux parties qui apportent un financement des informations qui leur permettent de mieux évaluer les risques qu'elles prennent.

104. Pour cette raison, le *Guide* recommande de subordonner, de manière générale, l'opposabilité de tous les types d'opérations de financement d'acquisitions à l'inscription d'un avis au registre général des sûretés. Lorsque le *Guide* recommande aussi d'autres mécanismes destinés à assurer l'opposabilité des sûretés réelles mobilières ordinaires (par exemple la prise de possession, l'inscription sur un registre spécialisé ou l'annotation sur un certificat de propriété), il faudrait également prévoir la possibilité d'utiliser ces mécanismes pour assurer l'opposabilité des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions (voir recommandations 178 et 188).

105. Dans l'approche unitaire, il faudra coordonner l'inscription des avis sur les sûretés en garantie du paiement d'une acquisition et sur celles non liées à des acquisitions au registre général des sûretés afin de lever tout doute quant au rang de priorité de chaque réclamant concurrent (pour un examen de la priorité dans le cas du financement d'acquisitions, voir par. 116 à 182 plus bas et recommandations 180 à 185). Pour un maximum d'efficacité, il est généralement nécessaire que les parties qui accordent déjà un financement et qui proposent de verser des avances dans le futur sachent si une sûreté en garantie du paiement d'une acquisition est revendiquée par un autre créancier garanti. Cela est parfois le cas du fait que le créancier revendiquant une telle sûreté est dans l'obligation d'aviser les créanciers garantis existants avant la remise des biens (voir recommandation 180, variante A, al. *b* ii b. dans le cas des stocks). Parfois, en revanche, il n'est pas nécessaire d'adresser une telle notification (voir recommandation 180, variante A, dans le cas des biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation, et recommandation 180, variante B, dans le cas de tous les biens meubles corporels autres que des biens de consommation). Dans ces cas, et en particulier si la variante B de la recommandation 180 est adoptée, les États pourraient s'ils le souhaitent envisager d'exiger des créanciers revendiquant une sûreté en garantie du paiement d'une acquisition qu'ils indiquent dans l'avis inscrit au registre général des sûretés qu'ils font valoir une telle sûreté.

106. Dans l'approche non unitaire, il faudra également coordonner les règles qui régissent l'inscription d'un avis relatif aux droits de réserve de propriété, aux droits de crédit-bail et aux sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'une acquisition, avec celles générales qui ont trait à l'inscription d'un avis relatif aux sûretés réelles mobilières. Pour cela, il faudra adapter soit les règles sur les droits de réserve de propriété et les droits de crédit-bail aux règles générales régissant l'inscription des sûretés réelles mobilières, soit (ce qui est moins plausible) ces règles générales aux règles régissant l'inscription des droits de réserve de propriété et des droits de crédit-bail, et établir un registre général des sûretés où puissent être inscrits tous les avis relatifs à ces droits. Toutes ces mesures permettront de lever tout doute quant au rang de priorité relatif des réclamants concurrents détenant différents types de droits liés au financement d'acquisitions (voir par. 116 à 182 plus bas et recommandations 191 à 193, 195 et 198). De plus, lorsqu'un créancier revendique un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail,

il sera toujours évident pour les autres créanciers, de par l'emploi des termes "réserve de propriété" ou "crédit-bail", que le droit en question se rattache à l'acquisition d'un bien meuble corporel, que l'État choisisse la variante A ou B de la recommandation 192. Enfin, si un créancier dans l'approche non unitaire revendiquait une sûreté ordinaire en garantie du paiement d'une acquisition, les recommandations sur le contenu de l'avis concernant ce type de sûreté dans l'approche unitaire (recommandation 180, variante A et variante B) seraient applicables (voir recommandation 187, al. *a*). Dans ces cas, et en particulier si la variante B de la recommandation 180 est adoptée, les États pourraient également s'ils le souhaitent envisager d'exiger des créanciers revendiquant une sûreté en garantie du paiement d'une acquisition qu'ils indiquent dans l'avis inscrit au registre général des sûretés qu'ils font valoir une telle sûreté.

107. Les principes qui devraient déterminer quels types de conflits sont à considérer comme des conflits de priorité dans l'approche unitaire, y compris ceux qui surviennent lorsque différentes méthodes ont été utilisées pour assurer l'opposabilité (voir recommandations 180 à 185), et qui relèvent souvent de l'opposabilité dans l'approche non unitaire (voir recommandations 191 à 193, 195 et 198), sont examinés plus loin dans la section A.8.

c) *Délai de grâce pour l'inscription de certaines opérations de financement d'acquisitions*

108. Dans le passé, de nombreux États ne demandaient pas aux vendeurs de prendre des mesures supplémentaires pour rendre leurs droits opposables. De même, si un vendeur restait propriétaire, il n'était le plus souvent pas nécessaire d'inscrire le droit de réserve de propriété. À l'inverse, et conformément à l'approche adoptée par la plupart des États qui ont modernisé récemment leur droit des opérations garanties, le *Guide* recommande que les vendeurs, les crédit-bailleurs ou les prêteurs fournissant un financement d'acquisition procèdent à l'inscription ou prennent d'autres mesures afin d'assurer l'opposabilité (voir recommandations 178 et 192).

109. Parmi les États qui exigent l'inscription dans le cadre du financement d'acquisitions, la plupart s'efforcent de rendre le processus d'inscription plus efficace en accordant aux vendeurs et autres fournisseurs de financement d'acquisitions un bref délai de grâce (de 20 ou 30 jours, par exemple) après la remise des biens vendus ou loués pour inscrire un avis relatif à l'opération de financement d'acquisition en question. On trouve de tels délais de grâce aussi bien dans les États qui ne considèrent pas les droits de réserve de propriété et les droits de crédit-bail comme des sûretés réelles mobilières que dans ceux qui les considèrent tous comme des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions. Le recours au délai de grâce, entre autres avantages, facilite la bonne circulation des biens meubles corporels en permettant aux vendeurs de remettre les biens à l'acheteur sans devoir attendre qu'eux-mêmes ou que d'autres fournisseurs de financement d'acquisitions aient inscrit un avis.

110. Dans l'approche unitaire, si l'avis est inscrit avant l'expiration du délai de grâce, le droit d'un créancier garanti finançant l'acquisition sur des biens autres que des stocks a, par rapport aux autres réclamants, le même rang de priorité que si l'inscription avait eu lieu au moment de la remise ou avant la remise. Cette règle ne peut s'appliquer qu'aux biens autres que des stocks, étant donné que dans le cas de stocks, l'inscription d'un avis

et la notification aux parties inscrites octroyant un financement sur stocks doivent avoir lieu avant la remise des biens meubles corporels afin que les créanciers garantis antérieurs octroyant un financement non lié à une acquisition soient protégés (voir recommandation 180, variantes A et B).

111. Si un État devait adopter l'approche non unitaire, il faudrait que les règles relatives au délai de grâce et à ses effets s'appliquent également à toutes les opérations de financement d'acquisitions quelle que soit leur forme juridique (voir recommandation 192, variantes A et B).

d) *Exceptions à l'inscription pour les opérations de consommateurs*

112. Dans certains États où l'inscription d'un avis relatif aux opérations de financement d'acquisitions serait normalement nécessaire, il est fait exception à cette règle lorsque ces opérations portent sur des biens de consommation. En conséquence, dans le cas de biens meubles corporels achetés pour l'usage personnel, domestique ou familial de l'acquéreur, le vendeur ou tout autre fournisseur du financement de l'acquisition n'est pas tenu de procéder à l'inscription de l'opération; ils ne sont généralement pas non plus tenus d'accomplir les autres formalités normalement nécessaires pour assurer l'opposabilité. Ce type d'opération devient opposable au moment même où elle prend effet entre les parties. L'idée est qu'en pareil cas, la nécessité d'avertir d'éventuels tiers accordant un financement est moins impérieuse, en particulier lorsqu'il s'agit de biens de consommation de faible valeur. Dans d'autres systèmes juridiques qui imposent généralement l'inscription, seules les opérations de consommateurs portant sur des montants relativement peu élevés sont exemptées de l'obligation d'inscription (par exemple jusqu'à une valeur de 3 000 euros ou son équivalent, ou lorsqu'il s'agit d'opérations relevant de la compétence des tribunaux connaissant des litiges mineurs).

113. Dans les deux types de systèmes, l'important marché du crédit à la consommation automobile bénéficie généralement d'un système qui impose l'inscription d'un avis, non au registre général des sûretés, mais dans un registre spécialisé, ou l'annotation sur un certificat de propriété. En outre, on notera que dans les États qui créent une exemption d'inscription pour les biens de consommation, celle-ci ne s'applique qu'aux opérations de consommateurs: elle ne s'applique donc pas à un type particulier de biens à proprement parler (à savoir, les biens de consommation), mais uniquement à un type d'opération se rapportant à ces biens (à savoir la vente de biens meubles corporels à un acheteur à des fins personnelles, domestiques ou familiales). Il demeure nécessaire d'inscrire un avis pour assurer l'opposabilité lorsque des biens normalement vendus à des consommateurs sont vendus à un grossiste ou à un détaillant en tant que stocks.

114. L'exemption d'inscription s'applique aux biens meubles corporels achetés à crédit pour l'usage personnel, domestique ou familial de l'acquéreur. Néanmoins, si un délai de grâce était adopté pour l'inscription au registre général des sûretés d'un avis relatif à une opération de financement d'acquisition de matériel, ce délai pourrait jouer un rôle équivalent à celui de l'exemption pour les opérations de crédit à court terme dans lesquelles le remboursement aurait été effectué en totalité avant l'expiration du délai de grâce car, en pratique, la partie finançant l'acquisition n'aurait pas besoin de procéder à l'inscription avant l'expiration du délai. S'agissant des opérations de financement d'acquisition de matériel dont les délais de remboursement sont plus longs et des

opérations relatives aux stocks en général, il ne serait peut-être pas nécessaire de mettre en place une exemption si la partie qui finance l'acquisition pouvait inscrire au registre des opérations garanties un avis unique pour un ensemble d'opérations à court terme réalisées sur une période plus longue (cinq ans, par exemple) (voir recommandations 178 et 193). Ces questions sont examinées en détail plus loin à la section A.8.

115. Dans l'approche unitaire, l'exemption d'inscription (ou de toute autre méthode d'opposabilité) pour les opérations de consommateurs s'appliquerait, que le créancier garanti finançant l'acquisition soit un vendeur, un bailleur ou un prêteur, puisqu'ils revendiqueraient tous des droits identiques. Dans une approche non unitaire, les règles relatives à l'exemption d'inscription (ou de toute autre méthode d'opposabilité) pour les opérations portant sur des biens de consommation devraient produire les mêmes conséquences quelle que soit la forme juridique de l'opération (voir recommandations 179 et 191).

8. Priorité

a) *Généralités*

116. Le présent *Guide* utilise le terme "priorité" pour les situations de conflit entre un créancier garanti et toute autre personne qui peut avoir des droits sur un bien grevé d'une sûreté réelle mobilière. Ainsi, la notion de priorité s'applique aux situations de conflit opposant un créancier garanti finançant une acquisition à d'autres créanciers (y compris les créanciers garantis finançant ou non une acquisition, les créanciers pouvant se prévaloir d'un privilège légal et les créanciers judiciaires) et à d'autres réclamants (y compris les propriétaires précédents, les acheteurs, preneurs à bail, preneurs de licence et le représentant de l'insolvabilité). Néanmoins, certains États, en particulier certains de ceux qui ne considèrent pas les droits de réserve de propriété et les droits de crédit-bail comme des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions, interprètent la notion de priorité de manière plus restrictive, estimant que seules les situations de conflit entre un créancier garanti et un autre créancier font intervenir des questions de priorité. Les autres conflits possibles (notamment avec les propriétaires antérieurs et les acheteurs postérieurs) sont résolus par référence au droit de propriété. Cela étant, quelle que soit la manière dont on qualifie cette situation de conflit entre différents réclamants potentiels, les droits de chacun doivent être soigneusement définis.

b) *Position prioritaire des fournisseurs de financement d'acquisitions*

117. Le *Guide* recommande, au chapitre II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, que le créancier puisse prendre une sûreté réelle mobilière ordinaire tant sur des biens présents que sur des biens futurs (voir recommandation 13, chap. II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière). Il recommande également, au chapitre V, que la priorité soit généralement déterminée par la date de l'inscription d'un avis concernant la sûreté, même dans le cas des biens futurs (voir recommandations 76 et 99, chap. V sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière). Pour favoriser l'octroi de nouveaux crédits destinés à financer l'acquisition de biens, il faut par conséquent établir des règles spéciales applicables aux situations de conflit entre les vendeurs réservataires, les crédit-bailleurs et les créanciers garantis finançant l'acquisition, d'une part, et les créanciers garantis antérieurs octroyant un financement non lié à l'acquisition qui détiennent des droits sur les biens futurs du constituant, d'autre part.

118. Dans les États qui ne considèrent pas les droits de réserve de propriété et de crédit-bail comme des sûretés réelles mobilières, le rang de priorité relatif des différents droits est déterminé par rapport au droit de propriété du vendeur ou du bailleur. Le vendeur réservataire ou le crédit-bailleur l'emporte en fait sur tous les autres réclamants concurrents dont les droits découlent de l'acheteur ou du preneur à bail (à l'exception de certains acheteurs de bonne foi). De plus, dans la plupart des systèmes de ce type, aucun des autres créanciers de l'acheteur ou du preneur à bail ne peut revendiquer de droits sur le bien vendu ou loué jusqu'à ce que l'acheteur ou le preneur acquière la propriété du bien en payant l'intégralité du prix d'achat ou, dans certains cas, en versant le dernier loyer. En particulier, ni un créancier garanti titulaire d'une sûreté sur des biens futurs ni un prêteur qui a financé l'acquisition ne peuvent revendiquer une sûreté sur les biens acquis. Au mieux, ces créanciers garantis peuvent se prévaloir d'un droit sur la valeur payée par l'acheteur ou le preneur à bail, à condition qu'ils aient inclus ce type de bien meuble incorporel dans la description des biens visés par l'avis inscrit. De même, les créanciers judiciaires et le représentant de l'insolvabilité peuvent revendiquer les droits de l'acheteur ou du preneur, mais ni eux ni les créanciers garantis ne peuvent saisir le bien lui-même, à moins que le système juridique ne permette à l'acheteur ou au crédit-preneur de transférer ou de grever son droit d'expectative.

119. Enfin, dans la plupart de ces États, il ne peut en aucun cas y avoir conflit entre des prêteurs faisant valoir un droit en tant que fournisseurs du financement de l'acquisition et un vendeur réservataire ou un crédit-bailleur. Tout d'abord, pour les raisons données plus haut, l'acheteur ou le preneur à bail ne détient aucun bien sur lequel le prêteur pourrait effectivement faire valoir une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition. Ensuite, il est rare que le prêteur puisse acquérir le droit d'expectative de l'acheteur ou du preneur à bail (par exemple en se faisant céder conditionnellement ce droit sous réserve d'un nouveau transfert à l'acheteur ou au preneur lorsque le prêt est remboursé dans son intégralité); et même s'il le pouvait, ce droit serait normalement considéré comme un type de gage ou une vente à réméré et non comme un droit découlant d'une opération de financement d'acquisition. Dans les systèmes juridiques qui permettent ce type d'opérations, le prêteur qui a acquis le droit de propriété éventuel pourrait l'invoquer à l'encontre des autres réclamants faisant valoir les droits qui leur ont été conférés par l'acheteur ou le preneur, y compris des acheteurs, des créanciers garantis, des créanciers judiciaires et le représentant de l'insolvabilité. Mais ce droit serait toujours subordonné aux droits de propriété du vendeur réservataire ou du crédit-bailleur. Autrement dit, dans ces systèmes juridiques, le principal moyen par lequel un prêteur pourrait acquérir un droit de préférence par rapport aux autres créanciers et réclamants serait d'acheter le droit de réserve de propriété du vendeur ou le droit de crédit-bail du bailleur.

120. Dans les États qui ont adopté l'approche pleinement intégrée, les droits prioritaires d'un vendeur ou d'un bailleur qui financent une acquisition sont également protégés. À condition que le vendeur réservataire, le crédit-bailleur ou un réclamant analogue détenant un droit de propriété inscrive un avis au registre général des sûretés peu de temps après la remise des biens et, dans le cas de stocks, prenne certaines autres mesures présentées plus loin, ils auront priorité sur tous les autres réclamants (à l'exception de certains acheteurs de bonne foi). Dans ces États, en outre, un prêteur qui apporte un financement pour permettre à un acheteur d'acquérir un bien sera également un créancier garanti finançant l'acquisition et aura, à ce titre, priorité sur tous les autres réclamants de la même manière que le vendeur ou le bailleur. Cela signifie que, contrairement aux États

qui n'ont pas adopté l'approche pleinement intégrée, plusieurs créanciers peuvent faire valoir une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition. Par conséquent, dans l'approche pleinement intégrée, une règle de priorité supplémentaire est nécessaire pour traiter ces situations. Tous ces États prévoient que le vendeur qui prétend rester propriétaire, le crédit-bailleur et le vendeur qui transfère la propriété mais qui prend une sûreté ordinaire en garantie du paiement de l'acquisition auront priorité sur toute autre partie finançant l'acquisition, comme une banque, même si cette autre partie a rendu sa sûreté en garantie du paiement de l'acquisition opposable avant le vendeur ou le bailleur. Ainsi, dans les États qui appliquent l'approche pleinement intégrée, le vendeur et le bailleur peuvent s'assurer, par rapport à tous les autres réclamants, la même position prioritaire que le vendeur réservataire ou le crédit-bailleur dans les systèmes qui ne traitent pas ces opérations comme des opérations garanties.

121. Bien que les droits découlant d'opérations de financement d'acquisitions soient normalement rendus opposables par inscription au registre général des sûretés, de nombreux États prévoient également d'autres méthodes pour assurer l'opposabilité. Dans ces États, une de ces méthodes (à savoir la prise de possession par le créancier garanti) produit généralement les mêmes conséquences que l'inscription, dont elle peut être considérée comme une alternative. En conséquence, si une partie qui finance l'acquisition, par exemple un vendeur réservataire, un crédit-bailleur ou un vendeur qui prend une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition, rend ses droits opposables par prise de possession avant l'expiration du délai de grâce prévu, le principe général de priorité s'appliquera. Étant donné les objectifs du financement d'une acquisition, l'idée que la partie finançant l'acquisition conserve la possession est, évidemment, extrêmement improbable, mais théoriquement possible. Dans les États qui permettent également aux prêteurs d'obtenir des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'une acquisition, on obtiendrait le même résultat.

122. Lorsqu'un créancier garanti qui n'a pas financé l'acquisition rend sa sûreté opposable par inscription sur un registre spécialisé, les États prévoient généralement que le créancier qui a procédé à l'inscription au registre spécialisé a priorité sur ceux qui auront, même antérieurement, procédé à une inscription au registre général des sûretés ou assuré l'opposabilité par prise de possession. Pour renforcer l'utilité des registres spécialisés, ces États adoptent une règle analogue en rapport avec les fournisseurs de financement d'acquisitions. Il en découle qu'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition qui a été inscrite au registre spécialisé n'aurait pas priorité sur une sûreté réelle mobilière non liée au financement d'acquisition qui aurait été inscrite antérieurement audit registre spécialisé.

123. Selon l'approche unitaire du *Guide*, tous les créanciers garantis finançant l'acquisition (qu'ils soient vendeurs, bailleurs ou prêteurs) relèvent du même régime de priorité et doivent prendre les mêmes mesures pour s'assurer une position prioritaire (voir recommandation 178). Après quoi, ils peuvent revendiquer la priorité même sur des créanciers antérieurs détenant des sûretés réelles mobilières non liées au paiement d'une acquisition sur les biens futurs du constituant. La sûreté en garantie du paiement d'acquisition échappant à la règle générale selon laquelle les rangs de priorité sont déterminés par la date d'inscription, on dit souvent qu'elle bénéficie d'une "superpriorité". En cas de conflit entre des créanciers garantis finançant une acquisition ayant pris toutes les mesures nécessaires pour rendre leurs droits opposables, la date d'inscription déterminera

généralement leur rang de priorité respectif en vertu des mêmes principes que ceux qui s'appliquent aux sûretés réelles mobilières non liées au paiement d'acquisitions (voir recommandations 178 et 180). La seule différence entre les diverses catégories de créanciers garantis finançant l'acquisition est qu'en cas de conflit entre un fournisseur (vendeur ou bailleur) et un autre créancier faisant tous valoir une sûreté en garantie du paiement de l'acquisition, le fournisseur aurait toujours priorité, quelle que soit la date d'inscription de chacun des droits (voir recommandation 182). Lorsqu'un créancier rend sa sûreté opposable par inscription sur un registre spécialisé ou annotation sur un certificat de propriété, il deviendra néanmoins prioritaire par rapport aux fournisseurs de financement d'acquisitions qui ont procédé à une inscription au registre général des sûretés ou pris possession avant l'expiration du délai de grâce (voir recommandation 181). Bien qu'il soit possible de prévoir qu'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition inscrite dans le registre spécialisé ait priorité, même par rapport à une sûreté non liée à une acquisition inscrite antérieurement dans ce registre spécialisé, le *Guide* ne formule aucune recommandation à cet égard et renvoie cette question à d'autres règles de droit afin de ne pas interférer ave ces registres.

124. Les États qui adoptent l'approche non unitaire devraient probablement pour assurer l'équivalence fonctionnelle procéder à des aménagements mineurs de leur régime existant. Ils devraient, tout d'abord, permettre aux parties qui financent une acquisition, autres que les vendeurs réservataires et les crédit-bailleurs, d'acquérir le droit de préférence des vendeurs et des bailleurs en prenant une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition. En pareil cas, il importe d'établir, pour ce qui est du rang de priorité des droits du vendeur ou du bailleur, des règles équivalentes quelle que soit la forme juridique de l'opération (voir recommandations 187 et 188). Ensuite et parallèlement, en cas de conflit entre, d'un côté, un vendeur réservataire, un crédit-bailleur ou un vendeur ayant pris une sûreté en garantie du paiement d'une acquisition et, de l'autre, une partie finançant l'acquisition sans être le vendeur ou le bailleur, il faudrait prévoir que la priorité va au vendeur ou au bailleur, quelle que soit la date d'inscription de ces différents droits liés au financement d'acquisitions et sûretés en garantie du paiement d'acquisitions (voir recommandations 187, al. *a*, et 192). Il en sera évidemment ainsi dans le cas d'un vendeur réservataire ou d'un crédit-bailleur, mais lorsque le vendeur transfère la propriété à l'acheteur et prend une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition, il serait nécessaire de préciser que la sûreté du vendeur aura toujours la priorité sur toutes les autres sûretés réelles mobilières en garantie du paiement de l'acquisition. Pour ce qui est des registres spécialisés, le vendeur réservataire ou le crédit-bailleur y sera inscrit en tant que propriétaire. Aucun autre créancier de l'acheteur ou du preneur ne peut inscrire une sûreté réelle mobilière audit registre, de sorte que le vendeur ou le crédit-bailleur aura la priorité simplement en vertu du droit de propriété qu'il a inscrit. Le principe selon lequel la priorité est déterminée par l'inscription dans des registres spécialisés ne s'appliquerait que dans les cas où le vendeur transfère la propriété à l'acheteur et prend une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition.

c) *Priorité des droits découlant du financement de l'acquisition de biens de consommation*

125. Les principes généraux de priorité exposés ci-dessus constituent un cadre permettant d'organiser les droits des parties qui financent l'acquisition lorsque plusieurs d'entre

elles peuvent avoir des droits concurrents sur le même bien meuble corporel. Cependant, tous les biens meubles corporels n'ont pas la même finalité économique, et tous ne font pas l'objet des mêmes opérations commerciales. Pour cette raison, de nombreux États ont établi des distinctions entre les différents types de biens (notamment entre le matériel et les stocks, mais souvent aussi entre les biens commerciaux et les biens de consommation) dans le contexte du financement non lié à une acquisition. Par exemple, certains États prévoient des mécanismes de sûreté dont l'appellation varie selon le type de bien (nantissement agricole ou commercial pour le matériel; transfert de stocks ou charge flottante sur les stocks). Dans les États dotés de systèmes pleinement intégrés, où la sûreté réelle mobilière est un concept générique, ces différents mécanismes de sûretés ont disparu. Cependant, même dans ces États, on continue de faire une distinction entre les différents types de biens lorsque des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'une acquisition sont en jeu. C'est pourquoi il est instructif d'examiner la manière dont les États traitent la question du financement d'acquisitions pour les différentes catégories de biens.

126. Qu'ils aient ou non adopté une approche pleinement intégrée des opérations garanties, de nombreux États prévoient des règles spéciales pour les biens de consommation. Par exception au principe général, dans ces États, les droits d'une partie finançant l'acquisition de biens de consommation sont opposables sans inscription dans le registre général des sûretés ni transfert de la possession au créancier. Par conséquent, le moment qui sert de référence pour déterminer l'opposabilité est celui où la convention a pris effet entre le vendeur, le bailleur ou le prêteur et l'acheteur, le preneur à bail ou l'emprunteur, selon le cas. Partant, la priorité d'une sûreté en garantie du paiement de l'acquisition, d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail par rapport à une sûreté réelle mobilière non liée à l'acquisition constituée par l'acheteur, le preneur ou l'emprunteur devrait être automatiquement acquise dès lors que ce droit prend effet entre les parties.

127. Dans l'approche unitaire du *Guide*, les parties qui financent l'acquisition de biens de consommation peuvent revendiquer la priorité sur les créanciers garantis qui ne financent pas l'acquisition sans avoir à rendre leur droit opposable par inscription ou par prise de possession. Sauf si les biens de consommation sont soumis à inscription dans un registre spécialisé ou annotation sur un certificat de propriété, une partie finançant l'acquisition devient prioritaire au moment de la constitution de la sûreté en garantie du paiement de l'acquisition (voir recommandation 179).

128. Les États qui adoptent une approche non unitaire devraient prévoir des règles équivalentes qui accordent la priorité au droit du vendeur ou du bailleur sur les sûretés réelles mobilières qu'un acheteur de biens de consommation pourrait avoir précédemment consenties sur des biens futurs, sans qu'il soit nécessaire de rendre ce droit opposable par inscription ou prise de possession. Cette priorité pourrait découler soit des droits de propriété du vendeur réservataire ou du crédit-bailleur, soit, dans le cas d'un vendeur ou d'un prêteur qui prendrait une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition, du principe général applicable aux sûretés réelles mobilières grevant des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition (voir recommandation 191).

d) *Priorité des droits découlant du financement de l'acquisition de biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation*

129. Dans la plupart des États qui ne considèrent pas le droit de réserve de propriété et le droit de crédit-bail comme des sûretés réelles mobilières, la question du conflit entre les

parties finançant l'acquisition et entre ces parties et d'autres parties octroyant un financement non lié à l'acquisition ne se pose normalement pas. Il est rare que les créanciers garantis préexistants qui ne financent pas l'acquisition puissent acquérir des droits sur des biens dont le constituant n'est pas encore propriétaire, et les autres prêteurs ne peuvent généralement pas faire valoir de priorité spéciale lorsqu'ils financent l'acquisition de biens meubles corporels par un acheteur. Même lorsqu'il est possible de prendre une sûreté réelle mobilière sur un droit de propriété éventuel, ce droit ne se réalisera que lorsque le vendeur ou le bailleur aura été totalement payé. Ce n'est qu'à ce stade qu'il peut y avoir un réel conflit entre les réclamants, comme les créanciers garantis, les créanciers judiciaires, le représentant de l'insolvabilité, les sous-acquéreurs et les sous-locataires qui tiennent leurs droits de l'acheteur ou du preneur à bail. Lorsque, malgré tout, le vendeur lui-même prend une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition au lieu de conserver la propriété du bien, et que son droit se trouve en conflit avec une sûreté préexistante non liée à l'acquisition, il faut prévoir des règles qui déterminent à quel moment cette sûreté prise par le vendeur sera prioritaire. S'agissant de matériel, la vente ou la location concerne généralement un bien unique ou, tout au plus, un nombre relativement faible de biens pouvant être individualisés. En outre, ces biens ne sont généralement pas destinés à être revendus à court terme. C'est pourquoi, dans la plupart des États, les vendeurs réservataires ou les crédit-bailleurs de matériel ne sont pas tenus, pour faire valoir leur droit de propriété, d'accomplir des formalités autres que celles nécessaires pour assurer l'opposabilité.

130. Dans les États qui appliquent une approche pleinement intégrée, tous les créanciers finançant l'acquisition sont tenus de procéder exactement de la même manière afin de revendiquer leur priorité spéciale. À l'inscription, avant l'expiration d'un délai de grâce consécutif à la remise du matériel au constituant, la sûreté réelle mobilière grevant le nouveau matériel en garantie du paiement de son acquisition est prioritaire par rapport aux sûretés qui préexistent sur le matériel futur du constituant. En outre, du fait que, dans ces États, le financement de matériel concerne soit un bien unique, soit un nombre relativement faible de biens pouvant être individualisés, qui ne sont généralement pas destinés à être revendus à court terme, les créanciers garantis finançant l'acquisition ne sont pas normalement tenus, pour faire valoir leur sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition, d'accomplir de formalités autres que celles nécessaires pour la rendre opposable.

131. Dans l'approche unitaire du *Guide*, tous les créanciers garantis finançant l'acquisition de matériel peuvent revendiquer la priorité sur les créanciers garantis qui n'ont pas financé l'acquisition, à condition de procéder, avant l'expiration du délai de grâce prévu, à l'inscription d'un avis au registre général des sûretés (voir recommandation 180, variante A, al. *a*, et variante B).

132. Les États qui adoptent l'approche non unitaire devraient prévoir des règles équivalentes concernant la priorité des droits du vendeur ou du bailleur par rapport aux droits préexistants sur le matériel futur, quelle que soit la forme juridique de l'opération. En d'autres termes, même si l'acheteur ou le preneur à bail est autorisé à consentir une sûreté réelle mobilière sur du matériel sur lequel il n'aura qu'un droit d'expectative jusqu'au complet remboursement du prix d'achat ou jusqu'à la fin de l'accord de crédit-bail, et même si cette sûreté porte sur du matériel futur et est rendue opposable avant la date de la vente, le vendeur réservataire ou le crédit-bailleur sera prioritaire s'il fait inscrire un avis concernant ses droits avant l'expiration du même délai de grâce que celui dont bénéficie

toute partie finançant l'acquisition. De même, dans cette approche, un vendeur qui transfère la propriété mais qui conserve une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition ou un prêteur qui finance l'acquisition et prend une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition sera prioritaire s'il fait inscrire un avis avant l'expiration du délai de grâce indiqué (voir recommandation 192, variante A, al. *a*, et variante B).

e) *Priorité des droits découlant du financement de l'acquisition de stocks*

133. Il arrive fréquemment que le conflit entre les droits d'une partie finançant une acquisition et une sûreté réelle mobilière non liée à l'acquisition porte sur des stocks. En pareil cas, d'autres considérations que celles qui s'appliquent à l'acquisition de matériel entrent en jeu. À la différence des parties octroyant un financement sur du matériel, celles qui octroient un financement sur stocks accordent généralement un crédit en se fondant sur des stocks existants ou futurs pour des périodes courtes, parfois même de l'ordre de la journée. Les stocks peuvent être en évolution constante, certains étant vendus et d'autres fabriqués ou acquis. Pour obtenir de nouveaux fonds sur stocks, le constituant présente généralement au prêteur des factures ou des certificats qui attestent de l'état actuel des stocks qui garantiront le nouveau crédit.

134. Dans les États qui ne considèrent pas les droits de réserve de propriété et les droits de crédit-bail comme des sûretés réelles mobilières, le rang de priorité relatif des différents droits est déterminé par rapport aux droits de propriété du vendeur ou du bailleur. Il est peu plausible que des stocks, qui ont pour principale caractéristique d'être vendus, soient acquis dans le cadre d'un crédit-bail. Lorsque des droits de réserve de propriété sont en jeu, la position du prêteur qui finance l'acquisition des stocks est particulièrement précaire. Il est généralement entendu, lorsque des avances sont faites, que tous les nouveaux stocks sont acquis dans le cadre d'une opération avec réserve de propriété. Il devient alors nécessaire, pour le créancier, de déterminer quels stocks ont été payés en totalité, ce qui a pour effet de rendre plus difficile, pour l'emprunteur, l'obtention d'avances futures garanties par les stocks. Il n'en reste pas moins que le vendeur aura un droit prioritaire du fait qu'il est propriétaire des stocks qui n'auront pas encore été payés et ce n'est qu'à partir du moment où ils l'auront été par l'acheteur que les autres créanciers pourront faire valoir des sûretés réelles mobilières sur ces stocks.

135. Dans les États qui appliquent l'approche pleinement intégrée, les droits de la partie qui octroie un financement sur stocks sont mieux protégés. Lorsque les nouveaux biens acquis par le constituant sont des stocks, la sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition a priorité sur une sûreté grevant les stocks futurs non liée à l'acquisition pour autant qu'un avis ait été inscrit au registre général des sûretés avant la remise des stocks au constituant. En outre, dans certains États qui appliquent l'approche pleinement intégrée, les parties octroyant déjà un financement sur stocks qui ont inscrit leurs droits doivent être avisées directement du fait qu'une sûreté de rang supérieur est revendiquée sur les nouveaux stocks fournis en garantie du paiement de leur acquisition. Cette règle est due au fait qu'il ne serait pas efficace d'imposer aux parties octroyant un financement sur stocks sans rapport avec leur acquisition de consulter le registre général des sûretés chaque fois qu'elles accordent un crédit garanti par des stocks en constante évolution. Pour éviter, cependant, de faire peser une charge trop lourde sur les créanciers garantis

finançant l'acquisition, une notification unique et générale adressée aux parties déjà inscrites octroyant un financement sur stocks sans rapport avec leur acquisition peut produire ses effets pour tous les envois adressés au même acheteur pendant une période significative donnée (par exemple cinq ans, ou la durée d'inscription prévue pour préserver l'opposabilité de la sûreté). Cela signifierait qu'une fois que ces parties auraient été avisées, il ne serait pas nécessaire, pendant la période considérée, d'adresser une nouvelle notification pour chacune des multiples opérations sur stocks entre le créancier garanti finançant l'acquisition et l'acquéreur des stocks.

136. Dans l'approche unitaire, les règles supplémentaires généralement prévues dans les États qui suivent l'approche pleinement intégrée sont adoptées pour les sûretés grevant les stocks en garantie du paiement de leur acquisition. En d'autres termes, les créanciers garantis finançant l'acquisition peuvent revendiquer une superpriorité sur les parties octroyant un financement sur stocks sans rapport avec leur acquisition à condition uniquement, avant la remise des stocks au constituant, d'inscrire un avis au registre général des sûretés et d'aviser par écrit les parties inscrites antérieurement qui octroient un financement non lié à l'acquisition (voir recommandation 180, variante A, al. *b* et *c*. Dans cette approche, les créanciers garantis finançant l'acquisition ne bénéficient pas de délai de grâce après que l'acheteur a obtenu la possession des biens dans lequel ils pourraient inscrire un avis concernant leur sûreté réelle mobilière.

137. Alors que tous les États qui ont suivi l'approche pleinement intégrée adoptent la position exposée ci-dessus, on peut imaginer un régime n'établissant aucune distinction entre les stocks et les biens autres que des stocks ou des biens de consommation. En pareil cas, les principes régissant les biens autres que des stocks s'appliqueraient aussi aux sûretés réelles mobilières grevant des stocks en garantie du paiement de leur acquisition. La même règle vaudrait pour tous les biens meubles corporels, à savoir que l'inscription d'un avis dans un certain délai après remise de ces biens serait suffisante (voir recommandation 180, variante B).

138. Si un État devait adopter l'approche non unitaire, il serait confronté à un choix analogue. D'une part, il lui faudrait établir des règles équivalentes concernant la priorité des droits du vendeur par rapport aux droits préexistants sur les stocks futurs, quelle que soit la forme juridique de l'opération. Ainsi, même si le vendeur réservataire reste propriétaire du bien remis, il faudrait adapter les règles qui régissent la vente de stocks de manière que le droit du vendeur ne soit prioritaire par rapport aux droits préexistants sur les stocks futurs qu'aux conditions auxquelles ses droits l'emporteraient s'ils naissaient d'une sûreté qu'il aurait prise en garantie du paiement de l'acquisition (voir recommandation 192, variante A, al. *b* et *c)*. En d'autres termes, dans cette approche, le vendeur réservataire, le crédit-bailleur ou le vendeur ou prêteur revendiquant une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition serait tenu, avant la remise des stocks à l'acheteur ou au preneur à bail, d'inscrire un avis concernant sa propriété réservée ou sa sûreté, selon le cas, dans le registre général des sûretés et d'aviser par écrit les parties inscrites antérieurement qui octroient un financement non lié à l'acquisition.

139. D'autre part, les États pourraient également décider qu'aucune distinction ne devrait être établie entre le matériel et les stocks. En ce cas, un vendeur réservataire, un crédit-bailleur ou un vendeur ou prêteur qui revendiquerait une sûreté réelle mobilière sur des stocks en garantie du paiement de leur acquisition ne serait tenu que d'inscrire un avis

concernant sa sûreté dans le registre général des sûretés avant l'expiration du délai de grâce consécutif à la prise de possession des biens par l'acheteur ou le preneur à bail (voir recommandation 192, variante B).

f) *Opérations multiples de financement d'acquisitions*

140. Dans bien des cas, un vendeur ou une autre partie finançant l'acquisition apportera un financement permettant d'acheter plusieurs biens. Ce financement pourrait concerner, par exemple, des ventes multiples de stocks remis en plusieurs fois ou des ventes multiples de plusieurs matériels. Il faudra donc décider sur le plan des principes si, dans ce type de situation, les droits de priorité spéciaux conférés à la partie qui finance l'acquisition devraient s'étendre à l'ensemble du matériel ou des stocks qu'elle a financés sans qu'il soit nécessaire de préciser le prix d'achat dû pour chacune des ventes. Dans l'affirmative, on dit que le système juridique permet la constitution de "sûretés multiples" (*cross-collateralization*).

141. Dans de nombreux États qui ne considèrent pas les droits de réserve de propriété et les droits de crédit-bail comme des sûretés réelles mobilières, la question des sûretés multiples ne se pose généralement pas. Dans le cas normal d'une vente sous réserve de propriété ou d'une opération analogue reposant sur la propriété, le contrat de vente ou de location ne s'applique qu'aux biens vendus ou loués qu'il vise. Ainsi, bien que la même convention puisse prévoir la remise des biens en plusieurs fois, elle ne porterait pas sur des ventes multiples. Le droit prioritaire du vendeur ou du bailleur, en tant que propriétaire, serait lié aux conditions particulières de chaque vente ou de chaque location. Certains de ces États permettent toutefois d'élargir le droit de réserve de propriété, par exemple en donnant aux parties la possibilité de convenir, lors de la vente de stocks, de clauses "toutes sommes" ou "compte courant". Ces clauses disposent que le vendeur conserve la propriété des biens vendus jusqu'à ce que toutes les dettes que l'acquéreur a envers lui, et pas seulement celles nées du contrat de vente en question, aient été acquittées. Dans certains États, cependant, les tribunaux qualifient souvent de sûretés les ventes sous réserve de propriété comprenant de telles clauses.

142. Dans les États qui suivent l'approche pleinement intégrée, la règle habituelle veut que la constitution de sûretés multiples ne porte pas atteinte à la priorité spéciale des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions, du moins de celles grevant des stocks. En conséquence, le créancier garanti finançant l'acquisition peut faire valoir son rang de priorité spécial à l'égard des stocks financés sans être obligé de lier expressément tout montant dû à une opération de vente ou de location particulière, ou à un bien grevé particulier. En pareil cas, toutefois, le droit de priorité spécial ne s'étend pas aux autres stocks ou aux autres biens dont il n'a pas financé l'acquisition.

143. Dans l'approche unitaire du *Guide*, l'objectif est d'offrir un maximum de souplesse au créancier garanti finançant l'acquisition de stocks et de réduire au minimum la documentation liée à des opérations d'acquisitions multiples financées par le même créancier garanti. C'est pourquoi une seule inscription suffit pour couvrir plusieurs opérations et un seul avis adressé aux créanciers titulaires de sûretés sur des stocks futurs du même type que les stocks fournis peut concerner des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions découlant de plusieurs opérations conclues entre les mêmes parties, sans qu'il soit nécessaire d'identifier chaque opération (voir

recommandations 68, chap. IV sur le système de registre, 178 et 180, variante A, al. *c*). Si un État décidait de n'établir aucune distinction entre les stocks et le matériel, une seule inscription suffirait et il ne serait pas nécessaire d'envoyer une notification à une partie octroyant un financement sur stocks qui se serait inscrite antérieurement (voir recommandations 68, 178 et 180, variante B, al. *b*).

144. Dans l'approche non unitaire du *Guide*, du fait qu'un contrat de vente ou de location ne s'applique normalement qu'aux biens vendus ou loués en l'espèce, il faudrait modifier les règles relatives aux droits de réserve de propriété et aux droits de crédit-bail afin de permettre la constitution de sûretés multiples. En outre, si un vendeur ou un créancier garanti qui finance l'acquisition sans être le vendeur prenait une sûreté réelle mobilière sur les stocks en garantie du paiement de leur acquisition, il faudrait lui donner la possibilité de constituer des sûretés multiples de la même manière que dans l'approche unitaire (voir recommandations 192, variante A, al. *c*, et 193). Si un État décidait qu'aucune distinction ne devrait être établie entre les stocks et le matériel, une seule inscription suffirait et il ne serait pas nécessaire d'envoyer une notification à une partie octroyant un financement sur stocks qui se serait inscrite antérieurement (voir recommandations 192, variante B, al. *b*, et 193).

g) *Priorité des droits des parties finançant une acquisition sur les droits des créanciers judiciaires*

145. Au chapitre V sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière, le *Guide* recommande que les droits du créancier qui, ayant obtenu une décision de justice, prend les mesures de réalisation nécessaires contre les biens du débiteur judiciaire l'emportent généralement sur les sûretés réelles mobilières garantissant des avances que les créanciers garantis existants ont accordées après avoir été informés des droits du créancier judiciaire (voir recommandation 84, chap. V sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière). Lorsque le droit concurrent en question est un droit de réserve de propriété, un droit de crédit-bail ou une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition, on pourrait tenir compte de considérations légèrement différentes, selon le type de biens meubles corporels concerné. Si, par exemple, ces biens sont des biens de consommation, la partie qui finance l'acquisition n'a pas, pour rendre ses droits opposables, à procéder à l'inscription d'un avis ni à prendre possession des biens. Ainsi, les droits de propriété d'un vendeur réservataire ou d'un crédit-bailleur seront opposables dès le début de l'opération sans qu'aucun conflit de priorité puisse naître avec un créancier judiciaire, lequel n'est tout simplement pas en droit de saisir les biens d'une personne autre que son débiteur. De même, dans le cas des biens de consommation, les conflits entre un créancier garanti finançant leur acquisition et un créancier judiciaire seront rares car les opérations de consommateurs donnent rarement lieu à l'octroi de crédits dans le futur.

146. Si les biens sont des stocks, la partie qui finance leur acquisition doit être en leur possession ou avoir inscrit ses droits et (si la variante A des recommandations 180 et 192 est adoptée) en avoir avisé les créanciers garantis déjà inscrits avant que l'acheteur n'obtienne la possession des stocks. Le créancier judiciaire ne sera donc pas avisé des droits potentiels de la partie ou du créancier garanti qui finance l'acquisition. Lorsque les États autorisent le créancier judiciaire à inscrire un avis concernant le jugement au registre général des sûretés et considèrent les créanciers judiciaires ayant procédé à une

telle inscription comme des créanciers garantis, ceux-ci seront avisés par un créancier garanti ultérieur finançant l'acquisition. Dans certains cas, cependant (comme ceux du matériel dans la variante A des recommandations 180 et 192, ou des stocks et du matériel dans la variante B des recommandations 180 et 192), la partie qui finance l'acquisition bénéficie d'un délai de grâce pour inscrire ses droits. Comme pour les biens de consommation, il est rare qu'une partie finançant l'acquisition de matériel octroie un crédit dans le futur. Cela étant, lorsqu'un créancier judiciaire demande l'exécution du jugement qu'il a obtenu sur les biens du débiteur, ses droits ne devraient généralement pas pouvoir l'emporter sur ceux d'une partie finançant l'acquisition qui confère à la masse du débiteur judiciaire une valeur supplémentaire.

147. Dans l'approche unitaire du *Guide*, dès lors qu'un créancier garanti finançant l'acquisition rend ses droits opposables avant l'expiration du délai de grâce, il a priorité même sur les créanciers judiciaires qui inscrivent leur jugement au cours dudit délai (voir recommandation 183).

148. Dans l'approche non unitaire, il faudrait accorder une protection semblable aux vendeurs réservataires, aux crédit-bailleurs, ainsi qu'aux créanciers garantis finançant l'acquisition qui inscrivent un avis concernant leurs droits avant l'expiration du délai de grâce indiqué. Dans les deux premiers cas, il en est ainsi parce que le vendeur réservataire et le crédit-bailleur conservent tout simplement la propriété du bien. Si, toutefois, la partie finançant l'acquisition est un vendeur ou un prêteur qui revendique une sûreté en garantie du paiement de l'acquisition, la priorité spéciale de cette dernière se maintiendrait s'il était procédé à l'inscription dans le délai de grâce (voir recommandations 187, al. *a*, et 183).

h) *Priorité des droits des parties finançant une acquisition sur des biens attachés à des meubles et des masses ou des produits finis*

149. Le *Guide* recommande, au chapitre V sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière, qu'une sûreté sur un bien attaché à un meuble qui est rendue opposable par inscription sur un registre spécialisé ou annotation sur un certificat de propriété ait priorité sur une sûreté grevant le bien meuble concerné inscrite postérieurement au registre général des sûretés ou annotée sur le certificat de propriété (voir recommandation 89, chap. V sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière). Cette recommandation se justifie par le fait que les sûretés réelles mobilières qui sont opposables le restent même après que les biens qu'elles grèvent ont été attachés à d'autres biens. En pareil cas, si deux sûretés ou plus grèvent les biens au moment de leur rattachement, elles conserveront leur rang de priorité relatif après le rattachement. S'agissant d'une masse ou d'un produit fini (autrement dit, de biens mélangés), le *Guide* recommande que les sûretés réelles mobilières s'y étendent et, s'il y en a deux ou plus, qu'elles conservent leur rang de priorité relatif sur cette masse ou ce produit fini (voir recommandation 90, chap. V sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière).

150. Dans le cas de biens attachés et de biens mélangés, cependant, il est également nécessaire de déterminer le rang de priorité relatif des droits pris sur les différents biens meubles corporels unis par rattachement ou par mélange. Le *Guide* prévoit que les règles de priorité ordinaires s'appliquent, de sorte que le moment de l'inscription au registre général des sûretés déterminerait le rang de priorité, à moins que l'une des sûretés n'ait été constituée en garantie du paiement d'une acquisition: une telle sûreté prise sur

une partie des biens mélangés aurait priorité sur une sûreté antérieurement inscrite non liée à l'acquisition (et probablement même sur une sûreté en garantie du paiement de l'acquisition), accordée par le même constituant sur l'ensemble de la masse ou du produit fini (voir recommandation 92, chap. V sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière). Le *Guide*, toutefois, ne tranche pas la question de savoir si une sûreté sur un bien attaché en garantie du paiement de son acquisition devrait être prioritaire par rapport à une sûreté antérieurement inscrite non liée à l'acquisition (voire prise en garantie du paiement de l'acquisition) accordée par le même constituant sur le bien meuble corporel auquel le bien est attaché.

151. Dans les États qui ne considèrent pas le droit de réserve de propriété et le droit de crédit-bail comme des sûretés réelles mobilières, les règles générales de priorité énoncées au chapitre V sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière ne s'appliqueraient pas directement au financement d'acquisitions. Ce chapitre traite de situations où toutes les formes d'opérations garanties sont considérées comme des sûretés réelles mobilières selon l'approche générale unitaire et fonctionnelle. Or, dans le contexte du financement d'acquisitions, les droits relatifs des parties dépendent des règles générales du droit des biens qui régissent les biens attachés. Normalement, le vendeur réservataire resterait propriétaire du bien attaché, si celui-ci peut être détaché sans endommager le bien auquel il est rattaché. Dans le cas contraire, il est nécessaire de déterminer lequel, du bien attaché ou du bien auquel il est attaché, a le plus de valeur. Si le bien meuble corporel dont le vendeur réservataire est resté propriétaire a plus de valeur, ledit vendeur acquiert un droit de propriété sur l'ensemble, sous réserve seulement d'une obligation de rembourser la valeur de l'autre bien. Si, à l'inverse, le bien meuble corporel dont le vendeur est resté propriétaire est d'une valeur inférieure, le vendeur perd son droit de propriété et ne dispose plus, à l'encontre du nouveau propriétaire, que d'un droit à la valeur de son ancien bien.

152. Selon l'approche unitaire du *Guide*, les créanciers garantis finançant l'acquisition qui ont des droits sur des biens attachés ou des biens mélangés peuvent généralement revendiquer une priorité spéciale sur les créanciers garantis ne finançant pas l'acquisition. En d'autres termes, ils ont priorité sur les autres créanciers garantis qui revendiquent un droit sur les biens attachés ou sur les biens meubles corporels mélangés ou transformés. Ils ont priorité, également, sur les créanciers garantis qui ne financent pas l'acquisition des biens auxquels le bien est attaché, à hauteur au moins de la valeur du bien attaché. Ils ont priorité, enfin, sur les créanciers garantis qui ne financent pas l'acquisition, mais qui ont pris une sûreté réelle mobilière sur l'ensemble de la masse ou du produit fini (voir recommandations 90 à 92, chap. V sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière).

153. Si un État devait adopter l'approche non unitaire, il lui faudrait établir des règles équivalentes concernant la priorité des droits du vendeur par rapport aux autres droits sur les biens attachés ou les biens meubles corporels devant être mélangés ou transformés, quelle que soit la forme juridique de l'opération. En d'autres termes, même s'il risque de perdre son droit de propriété lors du rattachement, le vendeur réservataire d'un bien attaché devrait pouvoir revendiquer sa priorité soit sur la part de la masse ou du produit fini qu'il a vendue, soit sur le bien attaché qu'il a vendu. Le mécanisme précis par lequel les règles relatives aux biens attachés à des biens meubles devraient être adaptées dépendra du contenu du droit dans chacun des États qui aura choisi d'adopter l'approche non unitaire. Le *Guide* recommande un principe général qui permet aux vendeurs réservataires et aux crédit-bailleurs de revendiquer une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition dans les situations où leurs droits de propriété ne sont pas

opposables (voir recommandation 194). Ce principe pourrait être adapté aux situations où, par l'effet de la loi, le droit de propriété du vendeur ou du bailleur est éteint.

i) *Priorité des droits des parties finançant une acquisition sur des biens attachés à des immeubles*

154. Au chapitre V sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière, le *Guide* recommande qu'après le rattachement, une sûreté sur des biens attachés à un immeuble qui a été rendue opposable conformément au droit immobilier ait priorité sur une sûreté grevant ces biens attachés qui a été rendue opposable conformément à la loi sur les opérations garanties. À l'inverse, si la sûreté sur des biens meubles corporels est rendue opposable avant leur rattachement et qu'elle est inscrite au registre immobilier, elle devrait avoir priorité sur les sûretés grevant l'immeuble concerné inscrites ultérieurement (voir recommandations 87 et 88, chap. V sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière). La logique de ces dispositions devrait également s'appliquer aux droits de réserve de propriété, aux droits de crédit-bail et aux sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions.

155. Les droits d'une partie qui finance l'acquisition d'un bien meuble corporel qui sera rattaché devraient avoir priorité sur les droits réels qui existent sur l'immeuble pour autant qu'un avis relatif aux droits de cette partie soit inscrit au registre immobilier dans un délai raisonnable après le rattachement. Dans ce cas, la personne qui revendique sur l'immeuble un droit réel existant s'est fondée, pour octroyer le crédit, sur la valeur qu'avait l'immeuble au moment où elle a consenti celui-ci et n'avait alors probablement pas prévu qu'il y aurait un bien attaché pour satisfaire l'obligation lui étant due. Lorsque le droit réel qui préexiste sur le bien immeuble garantit un prêt destiné à financer des travaux de construction, cette hypothèse n'est toutefois plus valable, et il est moins justifié de préserver le rang de priorité supérieur de la partie qui finance l'acquisition.

156. Selon l'approche unitaire du *Guide*, il est possible, pour régir ces différents cas, d'adopter une règle unique car le droit du créancier garanti finançant l'acquisition sera toujours une sûreté réelle mobilière. Le créancier garanti finançant l'acquisition qui a pris les mesures nécessaires pour rendre ses droits opposables en les inscrivant dans le registre immobilier aura la priorité, sauf face à un prêt pour la construction garanti par le bien immeuble (voir recommandation 184). Bien entendu, s'il n'inscrit pas ses droits au registre général des sûretés dans le délai de grâce, il aurait simplement une sûreté non liée à l'acquisition soumise aux recommandations généralement applicables aux sûretés réelles mobilières.

157. Si un État, cependant, devait adopter l'approche non unitaire, il lui faudrait adapter les règles relatives aux biens attachés pour obtenir un résultat fonctionnellement équivalent, quelle que soit la forme de l'opération. Il lui faudrait donc préciser qu'un droit de réserve de propriété et un droit de crédit-bail demeurent opposables aux tiers ayant des droits sur le bien immeuble, à condition que le vendeur ou le bailleur inscrive son droit dans le registre immobilier dans un bref délai après que le bien a été attaché à l'immeuble. En revanche, le vendeur réservataire et le crédit-bailleur perdraient leur priorité face à la partie qui finance des travaux de construction, même lorsque la propriété du bien attaché ne passe pas automatiquement au propriétaire du bien immeuble (comme dans le cas de biens vendus sous réserve de propriété ou loués dans le cadre d'un crédit-bail et qui seraient totalement incorporés au bien immeuble) (voir recommandation 195). De même,

le vendeur ou prêteur titulaire d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition aurait la priorité s'il réinscrivait ses droits dans le registre immobilier dans ce même bref délai. Enfin, il serait nécessaire de prévoir que le vendeur ou le bailleur qui n'inscrit pas son droit dans le registre général des sûretés avant l'expiration du délai de grâce (voir recommandation 195) sera simplement titulaire d'une sûreté non liée à l'acquisition soumise aux recommandations généralement applicables aux sûretés réelles mobilières (voir recommandation 196).

j) *Priorité des parties finançant l'acquisition sur le produit en général*

158. Dans bien des cas, la partie qui finance l'acquisition sait que l'acheteur revendra le bien qu'il acquiert. C'est évidemment le cas des stocks, mais il peut aussi arriver qu'un fabriquant ou une autre entreprise vende son matériel pour en acquérir un plus moderne. Comme l'explique le chapitre II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, une sûreté ordinaire sur des biens meubles corporels s'étend normalement au produit de leur disposition (voir recommandation 19). Dans le cadre du financement d'acquisitions, ce report soulève trois questions de principe. La première est de savoir s'il devrait être possible d'étendre ainsi une sûreté au produit lorsque l'acquisition est financée au moyen d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail; la deuxième, de savoir si la priorité spéciale des parties finançant l'acquisition devrait aussi s'étendre au produit; et la troisième, de savoir si les règles qui régissent l'exercice de cette priorité doivent être les mêmes, que les biens achetés soient du matériel ou des stocks.

159. Bien que cela soit extrêmement rare, certains États qui ne considèrent pas les droits de réserve de propriété et les droits de crédit-bail comme des sûretés réelles mobilières permettent au vendeur ou au bailleur d'étendre son droit de propriété au produit généré par la vente des biens lorsque ce produit prend la forme de biens meubles corporels du même type que ceux qui ont été vendus, comme lorsque le vendeur reçoit un véhicule dans le cadre de l'achat d'un nouveau véhicule avec reprise. Lorsque le produit de la disposition d'un bien prend la forme de créances, le droit de propriété prend invariablement fin. Il n'en reste pas moins que, dans certains États, le droit de réserve de propriété et le droit de crédit-bail sur des biens initialement grevés sont transformés en une sûreté réelle mobilière sur le produit incorporel, mais, là encore, ce n'est pas la pratique courante.

160. Le *Guide* recommande qu'un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail permette au vendeur ou au bailleur de revendiquer un droit sur le produit et que, comme le prévoient la plupart des rares États qui étendent déjà le droit de réserve de propriété au produit, ce droit soit toujours une sûreté réelle mobilière et non une continuation du droit de propriété (voir recommandation 197). Les deuxième et troisième questions de principe relatives au produit de biens faisant l'objet d'une vente avec réserve de propriété ou d'un crédit-bail sont traitées dans les deux sous-sections ci-après.

k) *Priorité des parties finançant une acquisition sur le produit de biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation*

161. Dans les États qui ne considèrent pas les droits de réserve de propriété et les droits de crédit-bail comme des sûretés réelles mobilières, la question d'éventuels droits spéciaux

du vendeur ou du bailleur sur le produit généré par la vente du matériel, théoriquement envisageable, ne se pose généralement pas car le droit de la vente ou de la location limite généralement le droit de réserve de propriété du vendeur ou le droit de propriété du bailleur au seul bien vendu ou loué. En cas de disposition non autorisée, le vendeur ou le bailleur peut recouvrer le bien en nature entre les mains de la personne à qui il a été transféré. Il arrive cependant que l'on ne puisse retrouver le bien, alors qu'on peut identifier les biens ou les espèces issus de sa disposition. Il arrive aussi que le vendeur ou le bailleur autorise la vente des biens à condition que son droit de propriété s'étende au produit de la vente. Dans ces deux cas, quelques États permettent au vendeur ou au bailleur de revendiquer, conformément au principe de la subrogation réelle, un droit de propriété sur le produit du bien qui a fait l'objet de la vente avec réserve de propriété ou du crédit-bail, à condition que ce produit prenne la forme de biens meubles corporels du même type que le bien initialement grevé. En cas de vente, on désigne fréquemment les droits du vendeur par l'expression "réserve de propriété prolongée". Dans la plupart des cas où une telle extension est possible, cependant, le droit de réserve de propriété ou le droit de crédit-bail ne se maintient pas en tant que droit de propriété mais est transformé en sûreté réelle mobilière sur le produit.

162. Dans certains États qui appliquent l'approche pleinement intégrée, la priorité spéciale de la sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition ne s'étend qu'aux biens dont l'acquisition est ainsi financée mais non au produit de leur disposition. En d'autres termes, tandis que la partie finançant l'acquisition conserve une sûreté sur le produit en vertu du principe général, elle ne peut revendiquer la priorité spéciale d'un droit lié au financement de l'acquisition. Dans d'autres États, la priorité spéciale peut s'étendre au produit identifiable également, du moins dans le cas d'opérations relatives à du matériel. Le constituant n'acquérant généralement pas le matériel en vue de le revendre immédiatement, il y a peu de risques de porter préjudice aux autres créanciers garantis en étendant la priorité spéciale de la sûreté grevant le matériel en garantie du paiement de son acquisition au produit de sa disposition. Si le matériel devient obsolète ou si le constituant n'en a plus besoin et le vend ou en dispose, il demandera souvent au créancier garanti une mainlevée de la sûreté pour pouvoir disposer du bien libre de la sûreté. Sans cette mainlevée, la disposition se ferait sous réserve de la sûreté et il serait improbable qu'un acheteur ou un autre bénéficiaire du transfert soit disposé à payer la valeur totale pour acquérir le matériel. En échange de la mainlevée, le créancier garanti contrôle normalement le paiement du produit de la disposition, par exemple en exigeant qu'il lui soit versé directement afin qu'il puisse l'affecter au paiement de l'obligation garantie. Dans ces conditions, il est improbable qu'un autre créancier compte sur une sûreté grevant directement un bien du constituant qui représente le produit de la disposition du matériel initialement grevé par une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de son acquisition.

163. Dans l'approche unitaire du *Guide*, on part du principe que, contrairement aux stocks, le matériel n'est pas constamment renouvelé. Le contrôle qu'a, sur la disposition des biens, le créancier garanti qui en finance l'acquisition tend à prouver que la priorité spéciale accordée à ce type de créancier devrait être étendue au produit de la disposition et aux produits finis issus des biens grevés par la sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de leur acquisition (voir recommandation 185, variante A, al. *a*). Si un État décide qu'aucune distinction ne devrait être établie entre les stocks et le matériel, il sera nécessaire de déterminer si la priorité de la sûreté garantissant le paiement de l'acquisition devrait s'étendre au produit. Étant donné que ce sont essentiellement les ventes de stocks

qui engendrent un produit, le *Guide* recommande que, dans le cas du matériel, la sûreté sur le produit ait la priorité d'une sûreté non liée à l'acquisition (voir par. 169 et 170 plus bas et recommandation 185, variante B).

164. Dans un État qui adopterait l'approche non unitaire, les règles relatives au maintien de la priorité spéciale sur le produit du matériel devraient produire les mêmes effets à l'égard des autres réclamants quelle que soit la forme juridique de l'opération de financement de l'acquisition. En d'autres termes, le vendeur réservataire ou le crédit-bailleur de matériel devrait pouvoir se prévaloir de la priorité spéciale sur le produit de la disposition, soit du fait de la continuation de son droit de propriété sur le produit, soit en bénéficiant d'une sûreté réelle mobilière de remplacement lui donnant le même rang de priorité qu'un vendeur ou prêteur qui aurait pris une sûreté en garantie du paiement de l'acquisition. Puisqu'il est rare que les États autorisent les vendeurs et les bailleurs à revendiquer leur droit de propriété sur le produit incorporel, afin d'assurer la cohérence concernant toutes les formes de produit, le *Guide* recommande que la sûreté en garantie du paiement de l'acquisition détenue par le vendeur et le bailleur sur les biens initialement grevés soit transformée en sûreté sur le produit (voir recommandation 197).

165. Il serait également nécessaire de prévoir des règles indiquant que cette sûreté sur le produit peut être rendue opposable par l'inscription d'un avis ou par une autre méthode d'opposabilité (voir recommandation 198). Enfin, il serait nécessaire de prévoir que, en pareil cas, elle a le même rang de priorité à l'égard des autres réclamants que s'il s'agissait d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition prise par un vendeur ou un prêteur. Si un État décide qu'une distinction devrait être établie entre les stocks et le matériel, le contrôle du vendeur réservataire ou du crédit-bailleur sur la disposition du bien incite à penser que la priorité spéciale accordée aux créanciers garantis finançant l'acquisition doit être maintenue dans le cas du matériel (voir recommandation 199, variante A, al. *a*). Si un État décide qu'aucune distinction ne devrait être faite entre les stocks et le matériel, il sera nécessaire de déterminer si la priorité du droit de réserve de propriété ou du droit de crédit-bail devrait pouvoir être revendiquée sur le produit. Étant donné que ce sont essentiellement les ventes de stocks qui engendrent un produit, le *Guide* recommande que la sûreté sur le produit ait la priorité d'une sûreté non liée à l'acquisition (voir par. 171 et 172 plus bas et recommandation 199, variante B, première phrase). Un principe similaire devrait s'appliquer pour la même raison au produit de tous les types de biens grevés d'une sûreté en garantie du paiement de leur acquisition (voir recommandation 199, variante B, deuxième phrase).

l) *Priorité des parties finançant une acquisition sur le produit de stocks*

166. Dans le cas du produit des stocks, la situation diffère de celle du produit du matériel, et ce pour trois raisons. Tout d'abord, les stocks ont vocation à être vendus dans le cours normal des affaires d'une entreprise. Ensuite, le produit de leur vente sera essentiellement constitué de créances plutôt que d'une combinaison de biens repris et de créances. Par exemple, un vendeur de meubles ne reprend généralement pas les meubles usagers de l'acheteur à titre de paiement partiel du prix d'achat. Enfin, il est fréquent qu'un créancier garanti préexistant, lorsqu'il accorde au constituant un crédit destiné au fonds de roulement, avance les fonds régulièrement, voire quotidiennement, en se fiant à la sûreté de rang supérieur qu'il détient sur un ensemble de créances existantes et futures en évolution

constante qui constituent les biens initialement grevés. Il peut être impossible ou malaisé, pour le constituant, de séparer les créances qui sont le produit des stocks faisant l'objet d'un droit de réserve de propriété, d'un droit de crédit-bail ou d'une sûreté en garantie du paiement de leur acquisition des autres créances sur lesquelles le créancier préexistant a pris une sûreté. Même s'il pouvait séparer ces différentes créances, le constituant devrait le faire d'une manière qui soit transparente pour les deux parties octroyant un financement et qui ne nécessite qu'un minimum de contrôle de leur part.

167. À défaut d'une telle séparation, le créancier préexistant qui accorde un crédit garanti par ledit ensemble de créances risque fort bien de croire à tort qu'il détient une sûreté de rang supérieur sur toutes les créances du constituant. Un risque de conflit existe aussi entre le créancier garanti préexistant et le vendeur réservataire, le crédit-bailleur ou le créancier garanti finançant l'acquisition quant à la question de savoir qui a la priorité sur quel produit. Tous ces risques et tous les coûts liés au contrôle devant être exercé pourraient donner lieu à des refus de crédit ou à une augmentation du coût du crédit. Si la priorité du droit de la partie qui finance l'acquisition des stocks ne s'étend pas à leur produit, cette partie peut elle-même refuser de consentir le crédit ou ne le consentir qu'à un coût plus élevé.

168. On peut, cependant, considérablement réduire ce risque. Par exemple, si la priorité du droit de réserve de propriété, du droit de crédit-bail ou de la sûreté garantissant le paiement de l'acquisition sur les stocks ne s'étend pas à leur produit sous forme de créances, la partie octroyant déjà un financement par cession de créances qui détient une sûreté antérieure sur les créances futures du constituant pourrait accorder un crédit sur la base de ces créances en sachant qu'elle a sur ces dernières une sûreté de rang supérieur à celle de la partie finançant l'acquisition des stocks. Le montant de l'avance que consent ce créancier garanti préexistant devrait être suffisant pour permettre au constituant de payer au vendeur des stocks le prix d'achat en temps voulu car les taux d'avance sur créances sont généralement bien plus élevés que ceux consentis sur les stocks et le montant des créances correspond à un prix de revente pour l'achat des stocks bien supérieur au coût des stocks pour le vendeur. En réglant ainsi le problème de priorité, on favorise à la fois le financement de l'acquisition de stocks et le financement par cession de créances.

169. Dans l'approche unitaire, la difficulté de déterminer quelles créances naissent de la disposition des biens grevés d'une sûreté en garantie du paiement de leur acquisition et l'usage généralisé des créances comme biens faisant l'objet d'une sûreté distincte constituent deux excellentes raisons de limiter au produit de la disposition qui ne soit ni une créance ni un autre droit à paiement, tel qu'un instrument négociable, un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire ou un droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant, la priorité spéciale accordée aux sûretés grevant des stocks en garantie du paiement de leur acquisition. Par conséquent, lorsque les États établissent une distinction entre le produit du matériel et le produit des stocks, ils établissent généralement aussi une distinction entre les types de produit. Si, dans ces États, le produit des stocks prend la forme de créances et autres droits à paiement, la sûreté a la priorité d'une sûreté non liée à l'acquisition. Si le produit prend une quelconque autre forme, la sûreté continuera à avoir la priorité d'une sûreté en garantie du paiement de l'acquisition, à condition que le créancier garanti finançant l'acquisition ait notifié son droit aux créanciers garantis ayant inscrit un avis concernant une sûreté grevant des biens du même type que le produit avant que ce dernier ne naisse (voir recommandation 185, variante A, al. *b*).

170. Alors que tous les États qui suivent l'approche pleinement intégrée adoptent la position exposée ci-dessus, on peut imaginer qu'aucune distinction ne devrait être établie entre le produit de stocks et le produit de biens autres que des stocks ou des biens de consommation. En pareil cas, les États pourraient prévoir que les principes régissant les biens autres que des stocks et des biens de consommation devraient également s'appliquer aux sûretés réelles mobilières grevant des stocks en garantie du paiement de leur acquisition. Cependant, du fait que le droit sur le produit s'étendrait aussi aux créances et autres droits à paiement en rapport avec les stocks et que, partant, les conflits avec les parties octroyant un financement par cession de créances seraient fréquents, le *Guide* recommande que la sûreté réelle mobilière grevant tous les types de produit n'ait pas la priorité spéciale d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition, mais uniquement celle conforme aux règles générales applicables aux sûretés non liées à une acquisition (voir recommandation 185, variante B).

171. Un État qui adopterait l'approche non unitaire recommandée dans le *Guide* serait confronté au même choix. Lorsqu'une distinction est établie entre le matériel et les stocks, la priorité spéciale accordée au vendeur réservataire, au crédit-bailleur et au créancier garanti finançant l'acquisition de stocks ne devrait pas s'étendre au produit de la disposition sous forme de créances et d'autres droits à paiement et ce, quelle que soit la forme juridique de l'opération de financement de l'acquisition. Les États pourraient toutefois choisir de maintenir la priorité spéciale du vendeur réservataire, du crédit-bailleur ou du créancier garanti finançant l'acquisition sur le produit des stocks prenant la forme d'autres biens meubles corporels, à condition que ces derniers notifient leurs droits aux créanciers garantis ayant inscrit un avis concernant une sûreté grevant des biens du même type que le produit avant que ce dernier ne naisse (voir recommandation 199, variante A, al. *b*).

172. D'autre part, on peut imaginer qu'aucune distinction ne devrait être établie entre le produit de stocks et le produit de biens autres que des stocks ou des biens de consommation. Dans cette hypothèse, les États pourraient prévoir que les principes régissant les biens autres que les stocks devraient aussi s'appliquer aux sûretés réelles mobilières grevant des stocks en garantie du paiement de leur acquisition. Toutefois, étant donné que le droit sur le produit s'étendrait aussi aux créances et autres droits à paiement en relation avec les stocks et que, partant, les conflits avec les parties octroyant un financement par cession de créances seraient fréquents, le *Guide* recommande que la sûreté sur tous les types de produit n'ait pas la priorité spéciale d'une sûreté en garantie du paiement de l'acquisition, mais uniquement la priorité prévue par les règles générales applicables aux sûretés non liées à l'acquisition (voir recommandation 199, variante B).

m) *Priorité entre les droits de fournisseurs de financement d'acquisitions concurrents*

173. Dans les différents conflits de priorité décrits jusqu'ici dans la présente section, les réclamants concurrents font valoir différents droits sur des biens meubles corporels. En d'autres termes, il s'agit de conflits entre, d'une part, les droits d'un vendeur réservataire, d'un crédit-bailleur ou d'un créancier garanti finançant l'acquisition et, d'autre part, principalement, un créancier garanti ne finançant pas l'acquisition. Dans quelques cas, toutefois, le conflit pourrait survenir entre deux réclamants faisant l'un et l'autre valoir des droits nés d'une opération de financement d'acquisition. Selon la loi applicable dans un État donné, il s'agit généralement du cas où un prêteur octroie un crédit à un acheteur

afin qu'il puisse verser un acompte pour un bien, et le vendeur lui propose également un crédit pour le solde du prix d'achat.

174. Dans les États qui ne considèrent pas les droits de réserve de propriété et les droits de crédit-bail comme des sûretés réelles mobilières, le rang de priorité relatif est déterminé par rapport au droit de propriété du vendeur ou du bailleur. À moins que le système ne permette aux autres créanciers de prendre une sûreté sur le droit d'expectative de l'acheteur, les propriétaires et les créanciers garantis n'entreront pas en conflit. En outre, même si un créancier pouvait prendre une sûreté sur le droit d'expectative d'un acheteur ou d'un preneur à bail, ce droit ne se concrétiserait qu'une fois le vendeur ou le bailleur totalement remboursé. Ainsi, dans la plupart des États ayant ce genre de système, il ne peut jamais y avoir de conflit direct entre un prêteur qui revendique des droits découlant d'une opération de financement d'acquisition et un vendeur ou un bailleur. La seule façon, pour un prêteur, d'acquérir un droit lié au financement d'acquisition serait d'obtenir du vendeur réservataire ou du crédit-bailleur la cession de l'obligation garantie.

175. En outre, dans les États qui ne considèrent pas les droits de réserve de propriété et les droits de crédit-bail comme des sûretés réelles mobilières, le vendeur (mais non le bailleur) a souvent la possibilité de transférer la propriété du bien vendu à l'acheteur et de prendre une sûreté. Ces droits du vendeur sont parfois prévus par la loi, mais ils découlent souvent d'une convention qu'il conclut avec l'acheteur. En pareil cas, l'acheteur peut tout à fait consentir des sûretés concurrentes sur le bien qu'il acquiert. Il s'agit parfois de sûretés constituées après l'achat du bien. Mais, plus rarement, elles peuvent aussi être consenties avant, sous la forme d'une sûreté générale portant sur des biens présents et futurs. Néanmoins, même lorsque le prêteur accorde un crédit pour permettre à l'acheteur d'acquérir le bien, la sûreté qu'il prend sur ce bien est toujours considérée comme une sûreté non liée à l'acquisition. Ainsi, dans la plupart des États qui ne considèrent pas les droits de réserve de propriété et les droits de crédit-bail comme des sûretés réelles mobilières, les prêteurs n'ont pas la possibilité d'accéder directement à la position prioritaire spéciale accordée au vendeur qui transfère la propriété à un acheteur et prend une sûreté en garantie du paiement de l'acquisition. Dans la plupart de ces États, également, la seule façon pour un prêteur d'acquérir cette position prioritaire spéciale dont bénéficie la sûreté en garantie du paiement de l'acquisition serait d'obtenir du vendeur qui aurait pris une telle sûreté une cession de l'obligation garantie.

176. Dans les États qui appliquent l'approche pleinement intégrée, la priorité du vendeur et du bailleur est protégée parce que les droits qu'ils feraient valoir normalement en tant que propriétaires sont considérés comme des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions et bénéficient, grâce à la notion de priorité spéciale des "sûretés en garantie du prix d'achat", de la même position prioritaire. Cette position est également accordée aux vendeurs qui prennent simplement une sûreté sur les biens fournis, et aux prêteurs qui avancent une somme à des emprunteurs pour leur permettre d'acquérir ces biens. En d'autres termes, il est possible, avec l'approche pleinement intégrée, que naisse un véritable conflit entre plusieurs sûretés en garantie du paiement de l'acquisition. La règle de priorité normale dans ces États veut que, entre des sûretés concurrentes du même type, la première à être inscrite ou, si une autre méthode d'opposabilité est utilisée, la première à être rendue opposable est prioritaire. Ainsi, entre deux prêteurs qui revendiquent l'un et l'autre une sûreté en garantie du paiement d'une acquisition, le premier à l'inscrire sera prioritaire. Il peut toutefois arriver qu'un vendeur, qui revendique une sûreté en garantie du paiement d'une acquisition, l'enregistre après un prêteur ayant également financé l'acquisition. Dans ce cas, ces systèmes dérogent

à la règle de priorité usuelle afin de protéger le vendeur. Le vendeur qui rend opposable sa sûreté en garantie du paiement de l'acquisition aura priorité même sur des prêteurs ayant des sûretés préexistantes en garantie du paiement de l'acquisition.

177. Dans l'approche unitaire du *Guide*, en cas de conflit entre un vendeur et un prêteur faisant l'un et l'autre valoir une sûreté en garantie du paiement de l'acquisition, celle du vendeur est prioritaire, quelles que soient les dates auxquelles ces deux sûretés ont été rendues opposables (voir recommandation 182). De plus, en cas de conflit entre deux sûretés prises par des prêteurs en garantie du paiement de l'acquisition, les règles de priorité normales s'appliquent. Autrement dit, le moment où les droits respectifs des deux prêteurs sont enregistrés ou sont devenus opposables, selon ce qui intervient en premier, détermine leur rang de priorité respectif (voir recommandation 76, al. *c*, chap. V sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière).

178. Dans les États qui adoptent l'approche non unitaire, la question se pose tout d'abord de savoir s'il faut ou non permettre à une partie qui octroie un financement sans être ni vendeur ni bailleur de prendre sur le bien acquis par l'emprunteur une sûreté pouvant bénéficier du droit de préférence d'une sûreté en garantie du paiement de l'acquisition. Si la réponse est négative, il n'y aura jamais de conflit entre deux parties ou plus qui octroient un financement. Le *Guide* recommande que, même si les biens sont vendus sous réserve de propriété ou font l'objet d'un crédit-bail, l'acheteur puisse consentir une sûreté sur eux (voir recommandation 190, première phrase). Il recommande également que le prêteur qui octroie un financement d'acquisition à un acheteur soit autorisé à revendiquer une sûreté en garantie du paiement de l'acquisition (voir recommandations 187 et 188). En conséquence, les États qui adoptent l'approche non unitaire devront également faire face à de possibles conflits entre les fournisseurs de financement d'acquisitions. Si le conflit survient entre un vendeur réservataire ou un crédit-bailleur et un prêteur, le vendeur ou le bailleur aura toujours la priorité en raison de son droit de propriété. Les droits du prêteur qui finance l'acquisition seront nécessairement subordonnés au droit de propriété du vendeur ou du bailleur. C'est pourquoi le montant maximal que le prêteur pourrait revendiquer au titre de sa sûreté en garantie du paiement de l'acquisition serait la valeur du bien qui dépasse le montant dû au vendeur ou au crédit-bailleur (voir recommandation 190, deuxième phrase). Si le conflit survient entre un vendeur ou un bailleur qui revendique une sûreté en garantie du paiement de l'acquisition et un prêteur qui revendique lui aussi une telle sûreté, les États, pour obtenir le même résultat, devront adopter une règle prévoyant la priorité des sûretés du vendeur ou du bailleur, quelles que soient les dates auxquelles elles ont été rendues opposables. Ils devront en outre prévoir que, entre des sûretés en garantie du paiement de l'acquisition prises par des parties octroyant un financement autres que des vendeurs ou bailleurs, la priorité sera déterminée par la date à laquelle ces sûretés ont été inscrites ou sont devenues opposables selon ce qui intervient en premier, indépendamment de la forme de l'opération. Cette position, à savoir que le régime des sûretés en garantie du paiement de l'acquisition applicable dans le contexte non unitaire devrait être identique au régime adopté dans le contexte de l'approche unitaire, est celle que le *Guide* recommande (voir recommandation 187, al. *a*, incorporant le principe posé à la recommandation 182).

n) *Conséquence de l'inopposabilité des droits liés à une acquisition*

179. Normalement, un vendeur réservataire, un crédit-bailleur ou un vendeur ou prêteur qui obtient une sûreté sur des biens acquis par un acheteur s'assurera qu'il a bien pris

toutes les mesures nécessaires pour rendre ses droits opposables. Dans le cas d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail, il faudra suivre l'une des méthodes pour assurer l'opposabilité et, si cela implique l'inscription dans le registre général des sûretés, respecter les délais prévus (voir recommandation 192). Dans le cas d'une sûreté en garantie du paiement de l'acquisition, qu'il s'agisse de l'approche unitaire ou non unitaire, le créancier garanti doit prendre les mesures nécessaires pour assurer l'opposabilité et, si l'inscription dans le registre général des sûretés est nécessaire, il doit respecter les délais prévus (voir recommandations 180 et 192).

180. Si l'opposabilité n'a pas été assurée dans les délais applicables, des conséquences importantes en découleront pour tous les fournisseurs de financement d'acquisitions. Si un créancier garanti finançant l'acquisition ne procède pas à l'inscription dans les délais (voir par. 108 à 111 ci-dessus), il n'en perd pas pour autant sa sûreté: celle-ci reste efficace entre les parties. S'il prend les mesures nécessaires pour assurer l'opposabilité même après l'expiration du délai de grâce, il sera un créancier garanti ordinaire qui ne finance pas l'acquisition et qui est soumis aux règles générales de priorité applicables aux sûretés réelles mobilières. Il ne pourra donc pas revendiquer une sûreté en garantie du paiement de l'acquisition ou faire valoir la priorité spéciale associée à cette sûreté.

181. La situation est légèrement différente lorsqu'un vendeur réservataire ou un crédit-bailleur ne rend pas ses droits opposables dans les délais. Dans ce cas, le vendeur ou le bailleur perd le bénéfice de la propriété et, s'agissant des droits des tiers, la propriété du bien vendu ou loué est transférée à l'acheteur ou au preneur à bail. La perte complète de droits est une conséquence sévère que subissent ceux qui ne prennent pas les mesures nécessaires pour assurer l'opposabilité en temps voulu. Afin de pallier ces conséquences et de reproduire le résultat atteint pour les sûretés en garantie du paiement d'acquisitions, il est nécessaire de convertir le droit du vendeur ou du bailleur qui n'a pas été rendu opposable dans les délais en une sûreté ordinaire, soumise aux règles générales de priorité applicables aux sûretés réelles mobilières (voir recommandation 194).

182. Un résultat similaire devrait être atteint dans les autres cas où un vendeur réservataire ou un crédit-bailleur est privé de ses droits de propriété. Par exemple, si le vendeur ou le bailleur n'inscrit pas d'avis concernant son droit de réserve de propriété ou son droit de crédit-bail sur un bien meuble corporel qui est attaché à un immeuble après rattachement et dans le délai prévu par la recommandation 195, il perd son droit de propriété sur le bien attaché. Toutefois, une fois l'opposabilité assurée, le vendeur ou le bailleur peut revendiquer une sûreté ordinaire (voir recommandation 196).

9. Droits et obligations des parties avant défaillance

183. Comme il a déjà été dit (voir chap. VI sur les droits et obligations des parties, par. 8 à 13), il existe, dans la plupart des États, très peu de règles impératives qui régissent les droits et obligations des parties avant défaillance. Dans leur vaste majorité, les règles et principes applicables sont de nature non impérative et les parties peuvent librement y déroger. De plus, les droits et obligations des parties avant défaillance dépendent, pour la plupart, de la manière dont est envisagée, dans l'État en question, la nature juridique de l'opération par laquelle le financement de l'acquisition est assuré.

184. Dans les États qui ne considèrent pas les droits de réserve de propriété et les droits de crédit-bail comme des sûretés réelles mobilières, le régime qui régit les droits et obligations

avant défaillance en matière de sûretés non liées à des acquisitions ne peut être purement et simplement transposé dans le régime du financement d'acquisitions. Les règles applicables aux sûretés en garantie du paiement d'acquisitions, que celles-ci soient prises par un vendeur, par un bailleur ou par un prêteur, feront écho à celles qui s'appliquent aux sûretés non liées à des acquisitions. Toutefois, lorsqu'un droit de réserve de propriété, un droit de crédit-bail ou un droit analogue est utilisé, il devient nécessaire d'adapter la manière dont ces règles sont formulées.

185. L'objectif étant d'assurer l'équivalence fonctionnelle de toutes les opérations de financement d'acquisitions, il faudra souvent, pour ce faire, renverser les présomptions normalement applicables aux prérogatives de la propriété. Ainsi, c'est normalement le propriétaire (le vendeur réservataire ou le crédit-bailleur) qui a le droit d'utiliser un bien et d'en recueillir les fruits civils et naturels. C'est lui encore qui, normalement, supporte le risque de perte ou de dommage, et c'est donc principalement sur lui que repose l'obligation de prendre soin du bien, de l'entretenir, de le maintenir en bon état et de l'assurer. C'est lui enfin qui a le droit, normalement, de grever le bien et d'en disposer. Pour obtenir les résultats souhaités en termes d'équivalence fonctionnelle, ces États devront donc prévoir une combinaison de règles impératives et non impératives qui attribuent à l'acheteur et non au vendeur ou au bailleur chacune de ces prérogatives et obligations.

186. Les États qui adoptent l'approche unitaire n'ont pas besoin de se préoccuper directement de cette question, une sûreté en garantie du paiement d'une acquisition n'étant qu'un type de sûreté réelle mobilière. Partant, il suffirait d'appliquer les règles ordinaires relatives aux droits et obligations avant défaillance à toutes les opérations de financement d'acquisitions, indépendamment de la forme de l'opération concernée. Ainsi, il n'y a pas de raison de présumer que les obligations relatives à l'utilisation des biens grevés, l'obligation d'en préserver la valeur, le droit d'en recueillir les fruits civils et naturels ou les revenus, le droit de les grever ou d'en disposer devraient être différents du simple fait que la sûreté concernée est une sûreté en garantie du paiement de l'acquisition. Les créanciers garantis finançant l'acquisition et les constituants qui souhaitent prévoir une répartition différente des droits et obligations devraient pouvoir le faire strictement dans le même cadre que celui qui s'applique aux sûretés non liées à des acquisitions (voir recommandations 110 à 113, chap. VI sur les droits et obligations des parties à la convention constitutive de sûreté).

187. Dans un État qui adopterait l'approche non unitaire, toutefois, il faudrait énoncer plus en détail les droits et obligations spécifiques des parties avant défaillance pour parvenir à l'équivalence fonctionnelle. S'agissant des vendeurs réservataires et des crédit-bailleurs, ces règles devront souvent déroger au régime ordinaire des droits de propriété. Comme il est déjà indiqué (voir chap. VI sur les droits et obligations des parties, par. 14 et 15), la plupart des règles applicables avant défaillance ne seront pas impératives. Cependant, puisque le régime général non impératif devrait poser, s'agissant des droits et obligations avant défaillance, un ensemble de règles que, selon le législateur, les parties choisiraient pour rendre la sûreté la plus efficace possible, les États qui suivent l'approche non unitaire devraient adopter des règles non impératives qui fassent écho à celles adoptées pour les sûretés en garantie du paiement d'acquisitions prises par les vendeurs ou les prêteurs. Cette démarche présenterait l'avantage supplémentaire d'énoncer clairement le droit qu'a l'acheteur de consentir une sûreté sur son droit d'expectative et de confirmer son droit d'utiliser et de transformer le bien de manière raisonnable conformément à sa nature et à sa

destination (voir recommandations 110 à 113, chap. VI sur les droits et obligations des parties à la convention constitutive de sûreté).

10. Réalisation

188. L'analyse développée dans le chapitre VIII sur la réalisation d'une sûreté réelle mobilière montre que, dans la plupart des systèmes juridiques, les règles relatives à l'exercice des droits après défaillance découlent directement de la manière dont le système juridique qualifie ces différents droits. De nombreux systèmes, par exemple, qualifient certains droits de "droits réels" et prévoient des moyens spéciaux pour assurer leur exercice effectif. D'autres droits sont qualifiés de "droits personnels" et sont généralement exercés au moyen d'une action ordinaire intentée contre une personne. Dans ces systèmes, le droit de propriété comme les sûretés réelles mobilières sur des biens meubles corporels sont considérés comme une catégorie de "droits réels", que l'on peut exercer par une action *in rem* ou action réelle ("action contre les biens"). Bien que le mode d'exercice des droits réels par une action *in rem* puisse varier énormément selon le type de droit réel exercé et la configuration particulière des règles de procédure de l'État, ces règles qui régissent l'exercice des droits après défaillance sont, pour la plupart, impératives. Les parties à une opération de financement d'acquisitions ne peuvent donc y déroger.

189. Dans les États qui ne considèrent pas les droits de réserve de propriété et les droits de crédit-bail comme des sûretés réelles mobilières, la procédure de réalisation des droits du vendeur ou du bailleur sera normalement la même que pour toute personne qui revendique la propriété d'un bien meuble corporel. Ainsi, en cas de défaillance de l'acheteur, le vendeur réservataire peut mettre fin au contrat de vente et exiger la restitution du bien dont il est le propriétaire. En pareil cas, et sous réserve de toute clause contraire dans le contrat, il est normalement aussi tenu de rembourser au moins une partie du prix payé par l'acheteur. Le montant du paiement dû par le vendeur est souvent calculé à partir du total des sommes perçues de l'acheteur, dont on déduit la valeur locative du bien pour la durée pendant laquelle il a été en possession de l'acheteur et la valeur qu'il a perdue en raison de son utilisation par ce dernier.

190. Dans ces États, un vendeur qui met fin à la vente n'est généralement pas obligé de remettre à l'acheteur le profit qu'il pourrait réaliser lors de la revente ultérieure du bien, mais il ne peut pas non plus, sauf clause contraire dans le contrat, se retourner contre l'acheteur si celui-ci lui est encore redevable d'argent, si ce n'est pour demander réparation du préjudice qui résulterait directement du manquement au contrat de vente initial. Dans certains systèmes juridiques, la jurisprudence a également considéré dans certains cas qu'il existe, dans les accords de réserve de propriété, une clause tacite selon laquelle le vendeur ne peut reprendre possession d'une partie des biens vendus plus importante que celle nécessaire au remboursement du solde du prix d'achat restant dû. Dans la plupart de ces États, enfin, ni l'acheteur défaillant ni aucun tiers, par exemple un créancier judiciaire ou un créancier qui détient une sûreté grevant le droit d'expectative de l'acheteur sur les biens revendiqués par le vendeur, ne peuvent exiger de ce dernier qu'il abandonne son droit de recouvrer les biens. Étant et ayant toujours été propriétaire des biens revendiqués, le vendeur ne peut être contraint de les vendre comme s'il était simplement un créancier garanti finançant l'acquisition et réalisant une sûreté en garantie du paiement de cette acquisition. Les seuls recours possibles pour des créanciers judiciaires, des créanciers garantis et d'autres créanciers

garantis finançant l'acquisition sont les suivants: *a)* acheter les droits du vendeur ou du bailleur, pour être ainsi subrogés dans les droits de ces derniers, sous réserve de leur accord; ou *b)* payer ce qui reste dû aux termes du contrat, puis exercer leurs droits sur les biens qui, en raison de ce paiement, sont la propriété de l'acheteur ou du preneur à bail.

191. La situation d'un vendeur qui revendique la propriété et la possession du bien en vertu d'une clause qui lui permet, après avoir transféré la propriété à l'acheteur, de résoudre rétroactivement la vente si l'acheteur ne paie pas le prix d'achat convenu (condition résolutoire) est semblable à celle d'un vendeur réservataire: en cas de défaillance, la vente est annulée et le vendeur recouvre la propriété. Il peut ensuite revendiquer la possession en tant que propriétaire, sous réserve qu'il rembourse à l'acheteur ce qui a été payé (calculé de la manière déjà indiquée). En d'autres termes, une fois la condition résolutoire réalisée, les droits et obligations du vendeur qui recouvre la propriété sont identiques à ceux du vendeur réservataire.

192. La situation du crédit-bailleur est, normalement, un peu différente. Le bail est un contrat à exécution successive. Le preneur à bail a la possession et l'usage continus du bien tandis que le bailleur bénéficie d'un droit continu au paiement du loyer. Par conséquent, il n'est mis fin au contrat de location normalement que pour l'avenir. Cela signifie que le preneur à bail perdra le droit que pourrait lui conférer le contrat d'acheter le bien loué à la fin du bail ou d'en acquérir automatiquement la propriété. Cela signifie aussi que le bailleur conserve la totalité des loyers qu'il a perçus et que le preneur à bail est obligé de lui rendre le bien. Cependant, et sous réserve d'une disposition contraire du contrat, le crédit-bailleur ne pourra demander des dommages-intérêts pour la dépréciation normale du bien. Il ne pourra prétendre à une indemnisation qu'en cas de dilapidation ou de dépréciation extraordinaire. En outre, sauf disposition contraire du contrat de bail, le crédit-bailleur ne peut généralement pas demander le paiement de la différence entre les montants qu'il reçoit à titre de loyer et la dépréciation normale du bien loué.

193. Dans l'approche unitaire, le créancier garanti finançant l'acquisition aurait le même droit de reprendre possession du bien, comme n'importe quel autre créancier garanti. Qu'il soit un vendeur, un bailleur ou un prêteur, il pourra, comme l'indique le chapitre VIII sur la réalisation d'une sûreté réelle mobilière (voir par. 57 à 70), soit vendre le bien, soit, si le constituant ou un autre créancier garanti n'y voient pas d'objection, prendre le bien en paiement de l'obligation garantie. Dans le premier cas, le créancier qui procède à la réalisation pourra organiser une vente judiciaire ou une vente privée. Une fois qu'il a vendu le bien, le créancier garanti doit restituer au constituant tout excédent dépassant le montant de l'obligation due généré par la revente, mais il possède également une créance chirographaire en cas d'insuffisance du montant rapporté par la vente (voir recommandations 152 à 155, chap. VIII sur la réalisation d'une sûreté réelle mobilière, et 178).

194. Si un État adopte l'approche non unitaire, il lui faudrait apporter plusieurs adaptations aux règles qui régissent l'exercice du droit de propriété du vendeur réservataire ou du crédit-bailleur pour assurer l'égalité de traitement entre tous les fournisseurs de financement d'acquisitions. Il pourrait par exemple permettre à l'acheteur ou au preneur à bail, et à tout créancier garanti ayant une sûreté sur le droit d'expectative de l'acheteur ou du preneur, de contraindre le vendeur ou le bailleur à vendre le bien sur lequel il a un droit de propriété apparent, au lieu de simplement faire valoir ce droit de propriété pour recouvrer la possession du bien et le garder ou en disposer. Les vendeurs et

les prêteurs avec des sûretés en garantie du paiement de l'acquisition peuvent proposer de prendre le bien en paiement de l'obligation non acquittée de l'acheteur, mais l'acheteur ou toute autre partie intéressée peut contraindre le créancier garanti finançant l'acquisition à vendre le bien à la place. Pour assurer une équivalence fonctionnelle intégrale, il faudrait que les acheteurs et les autres parties intéressées puissent contraindre le vendeur réservataire à renoncer à l'exercice de son droit de propriété et à vendre le bien comme s'il était un créancier garanti finançant l'acquisition. Il faudrait également adapter les droits du vendeur ou du bailleur de sorte qu'ils soient tenus de remettre tout excédent généré par une vente dans le cadre de la réalisation, tout en leur permettant, en cas d'insuffisance, de recouvrer les sommes manquantes comme de simples réclamants contractuels, sans devoir introduire une action distincte en dommages et intérêts.

195. La vente génère bien plus souvent une somme insuffisante qu'un excédent. Il n'en reste pas moins qu'en imposant à tous les fournisseurs de financement d'acquisitions (notamment les vendeurs réservataires et les crédit-bailleurs) de remettre à l'acheteur et aux autres créanciers qui détiennent une sûreté sur le droit d'expectative de l'acheteur tout excédent produit par la réalisation, on incite ces autres créanciers à surveiller de près la réalisation et on améliore ainsi les chances d'en tirer la valeur la plus élevée possible. De même, en accordant au fournisseur de financement d'acquisition le droit de demander paiement en cas d'insuffisance, on permet au créancier de réaliser pleinement ses droits et l'on améliore ainsi les chances de remboursement intégral. Une règle qui ne permettrait pas, en l'absence de clause contractuelle indemnitaire, à certains fournisseurs de financement d'acquisitions (notamment des vendeurs réservataires ou des crédit-bailleurs) de demander le paiement des sommes restant dues après la vente, alors qu'un vendeur ou un prêteur qui réaliserait une sûreté en garantie du paiement de l'acquisition pourrait le faire, serait injuste et contre-performante. Les droits du vendeur, en particulier, ne devraient pas être sensiblement différents (que ce soit à son avantage ou à son désavantage) selon qu'il a choisi de réserver la propriété ou de prendre une sûreté en garantie du paiement de l'acquisition.

196. Du point de vue de la stricte logique juridique, on peut obtenir, en matière de réalisation, des résultats fonctionnellement équivalents, que l'on adopte une approche unitaire ou non unitaire. La nécessité d'apporter ces diverses adaptations aux régimes de réserve de propriété et de crédit-bail existants pour assurer pleinement l'égalité de traitement de toutes les sources de financement de l'acquisition montre également qu'il est peut-être préférable, pour les États qui n'ont pas encore obtenu ce résultat coordonné au moyen d'adaptations législatives, judiciaires ou contractuelles de leurs règles qui régissent les droits de réserve de propriété et les droits de crédit-bail, de le faire en adoptant l'approche unitaire. Néanmoins, l'approche non unitaire, si elle est mise en œuvre conformément aux recommandations du *Guide* (voir recommandation 200) pour obtenir, en matière de réalisation, des résultats fonctionnellement équivalents, permettra d'obtenir un régime de réalisation efficace pour les opérations de financement d'acquisitions.

11. Conflit de lois

197. De nombreux systèmes juridiques, lorsqu'ils présentent les règles relatives à la loi applicable, établissent une distinction entre les droits de propriété découlant d'un contrat de vente ou de bail et les sûretés réelles mobilières. Ainsi, les règles de conflit de lois

relatives aux obligations (par exemple non seulement les ventes et les baux, mais aussi les licences et les créances) peuvent être différentes de celles qui s'appliquent aux conventions portant constitution d'une sûreté sur des biens meubles corporels. L'examen des questions de conflit de lois en relation avec les sûretés réelles mobilières figure dans le chapitre X. La présente analyse s'occupe uniquement de savoir si les droits de réserve de propriété, les droits de crédit-bail et les sûretés en garantie du paiement d'acquisitions devraient faire l'objet de recommandations distinctes.

198. Malgré les différences conceptuelles entre les droits qui découlent de la propriété et les sûretés réelles mobilières, lorsqu'un droit de réserve de propriété est utilisé pour garantir l'exécution d'une obligation de paiement et que la possession a été transférée à l'acheteur, l'opération est en apparence identique à la constitution d'une sûreté réelle mobilière sans dépossession. En outre, le bien concerné est tout aussi mobile et, par conséquent, a autant de chances de traverser des frontières internationales. Comme le *Guide* recommande que des prêteurs puissent acquérir non seulement des sûretés réelles mobilières, mais aussi des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions sur le droit éventuel d'un acheteur, il est possible que, une fois qu'un bien a franchi une frontière, et à moins que les mêmes règles de conflit de lois ne s'appliquent à tous les droits de ce type, différentes lois régissent le droit de réserve de propriété et la sûreté en garantie du paiement de l'acquisition. Les objectifs du *Guide* en matière d'efficacité et de transparence des opérations font que ce type de conflit devrait être évité dans la mesure du possible, et les mêmes règles de conflit de lois devraient régir les deux types d'opérations.

199. Dans l'approche unitaire, le fait qu'une opération de financement d'acquisition repose sur un droit de réserve de propriété, un droit de crédit-bail ou une sûreté en garantie du paiement de l'acquisition n'a aucune importance en matière de conflit de lois. Tous ces mécanismes seront considérés comme des sûretés réelles mobilières et traités comme telles (voir recommandation 178).

200. En revanche, un État qui décide de retenir l'approche non unitaire devra se demander si les règles de conflit de lois applicables à la constitution, l'opposabilité, la priorité et l'exercice des droits de réserve de propriété, des droits de crédit-bail et de mécanismes semblables devraient être les mêmes que celles qui s'appliquent aux sûretés en garantie du paiement d'acquisitions ou, d'une manière plus générale, aux sûretés ordinaires prises sur le même type de biens. L'objectif d'équivalence fonctionnelle est un argument puissant qui devrait inciter les États à qualifier, pour des raisons de conflit de lois, les droits de propriété des vendeurs réservataires et des crédit-bailleurs de sûretés en garantie du paiement d'acquisitions (voir recommandation 201).

12. Transition

201. Les règles recommandées dans le *Guide* relatives au traitement d'opérations qui, dans de nombreux États, n'étaient pas considérées comme des sûretés représentent, pour la plupart des systèmes juridiques, un changement important. En particulier, la qualification des droits de réserve de propriété et des droits de crédit-bail (y compris les droits dans le cadre de contrats de location-vente) en sûretés en garantie du paiement d'acquisitions modifiera de manière importante la portée du droit des opérations garanties

dans les systèmes juridiques qui n'ont pas déjà adopté une approche unitaire et fonctionnelle en matière d'opérations garanties en général. Le chapitre XI sur la transition expose les principes qui devraient régir la transition vers le nouveau régime pour les sûretés réelles mobilières ordinaires recommandé dans le *Guide*. Ces mêmes principes devraient régir la transition pour ce qui est des opérations de financement d'acquisitions.

202. Si un État adopte l'approche unitaire, la fluidité de la transition dépendra de l'attention prêtée aux détails du régime précédent régissant les droits de réserve de propriété et les droits de crédit-bail. Ainsi, s'il était déjà obligatoire, pour les vendeurs réservataires et les crédit-bailleurs, de procéder à l'inscription de leurs droits, il faudrait seulement prévoir un certain délai dans lequel l'inscription devra être renouvelée dans le nouveau registre général des sûretés. Une autre solution serait que la loi dispose que l'inscription existante produira effet suffisamment longtemps (trois à cinq ans, par exemple) pour couvrir la durée de la plupart des mécanismes de réserve de propriété ou de crédit-bail (voir recommandation 231, al. *b*, chap. XI sur la transition).

203. Dans les États où aucune inscription de ces droits n'était nécessaire jusqu'à présent, on pourrait assurer la fluidité de la transition en préservant, conformément aux règles de transition applicables aux opérations de financement non liées à des acquisitions, l'opposabilité des droits des vendeurs réservataires et des crédit-bailleurs ainsi que leur position prioritaire par l'inscription d'un avis adéquat au registre général des sûretés. Une autre solution serait que la loi dispose que l'obligation d'inscription prendra effet suffisamment tard après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi (au bout de trois à cinq ans, par exemple), de sorte que la plupart des conventions qui font appel aux mécanismes de réserve de propriété et de crédit-bail existant au moment de l'entrée en vigueur de la loi soient déjà parvenues à leur terme (voir recommandation 231, al. *b*, chap. XI sur la transition). Afin d'assurer la cohérence de la transition, et conformément à l'approche suivie dans le chapitre XI sur la transition, quelle que soit la longueur de la période transitoire adoptée, elle devrait être identique pour les droits qui devaient être inscrits aux termes de la loi antérieure, les droits qui n'étaient pas soumis à inscription aux termes de la loi antérieure et les sûretés non liées à des acquisitions.

204. Si un État décide d'adopter l'approche non unitaire, il lui faudra, pour mettre en place une loi sur les opérations garanties efficace, modifier un certain nombre de règles relatives aux droits de réserve de propriété et aux droits de crédit-bail. Comme le *Guide* recommande qu'un avis soit inscrit au registre général des sûretés, les règles de transition s'appliquant aux sûretés dans l'approche unitaire pourraient être adoptées dans l'approche non unitaire en ce qui concerne les sûretés, les droits de réserve de propriété et les droits de crédit-bail. Pour ce qui est des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions existantes, la transition devrait être régie par les mêmes principes que ceux qui s'appliquent à la transition dans l'approche unitaire.

205. Afin d'appliquer ces principes de manière à produire des résultats fonctionnellement équivalents à ceux que permet l'approche unitaire, toutefois, il faudrait procéder à diverses adaptations du contenu des règles relatives aux droits de réserve de propriété et aux droits de crédit-bail. Il faudrait, en particulier, déterminer le moment de l'entrée en vigueur des règles relatives aux questions suivantes: *a)* priorité des droits liés au financement d'acquisitions sur le produit; *b)* droits des tiers d'acquérir des sûretés sur des biens faisant l'objet d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail; et *c)* procédures de réalisation de

ces types de mécanismes de financement d'acquisitions, y compris droits des tiers dans ces procédures de réalisation. L'échelle et la portée de la transition nécessaire dans l'approche non unitaire pourraient sembler moindres dans un premier temps, mais les questions qui se posent dans la pratique seront les mêmes que dans l'approche unitaire et les principes généraux qui régissent l'adoption d'un régime unitaire devraient également s'appliquer à la transition vers un régime non unitaire réformé.

13. Insolvabilité

206. L'une des idées centrales du *Guide* est qu'une sûreté n'a pas ou n'a que peu de valeur pour un créancier garanti si elle ne bénéficie pas d'une reconnaissance adéquate dans une procédure d'insolvabilité visant le constituant. C'est pourquoi un régime des opérations garanties efficace doit aller de pair avec un droit de l'insolvabilité efficace. Les deux sont essentiels si l'on veut encourager le crédit garanti. C'est pourquoi le présent *Guide* va de pair avec le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité.

207. L'interaction générale entre le droit de l'insolvabilité et le droit des opérations garanties est traitée dans le chapitre XII du présent *Guide*. Les recommandations de ce dernier à ce sujet sont classées en deux parties: la partie A reproduit les recommandations du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité qui ont une incidence directe sur les opérations garanties, et la partie B comprend des recommandations additionnelles venant compléter celles du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité. Ce dernier s'en remet généralement à une loi autre que la loi sur l'insolvabilité (par exemple la loi sur les opérations garanties d'un État) pour ce qui est de la qualification d'une opération de financement d'acquisition donnée et de ses implications juridiques. En d'autres termes, le fait qu'un État qualifie un certain type d'opération de financement d'acquisition de sûreté en garantie du paiement de l'acquisition ou de droit de propriété, tel qu'un droit de réserve de propriété, relève du droit des opérations garanties et non du droit de l'insolvabilité[6].

208. Le principe selon lequel le droit de l'insolvabilité s'en remet généralement à un autre droit pour les questions de qualification a une conséquence: dans les États où le droit des opérations garanties intègre toutes les formes de droits liés au financement d'acquisitions, les opérations avec réserve de propriété et les crédits-bails seront traités, dans le cas d'une procédure d'insolvabilité visant le constituant, de la même manière qu'une sûreté non liée à l'acquisition, compte tenu de toute priorité spéciale qu'accorde à la sûreté en garantie du paiement de l'acquisition un droit autre que celui de l'insolvabilité. Il s'ensuit que les dispositions du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité applicables aux sûretés réelles mobilières s'appliqueraient aux sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'une acquisition. Par conséquent, si un État adopte l'approche unitaire, la loi sur l'insolvabilité devrait traiter les biens grevés de tout type de sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de leur acquisition de la même manière que les biens grevés de sûretés réelles mobilières en général (recommandation 186).

209. Une analyse légèrement plus compliquée s'impose dans les États qui ne considèrent pas les opérations avec réserve de propriété et les crédits-bails comme des sûretés. Certains d'entre eux conservent, dans une catégorie distincte, les opérations avec réserve de propriété

[6] Voir la note 6 de la recommandation 35 du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité.

et les crédits-bails, mais les soumettent, ainsi que les arrangements similaires, aux mêmes règles que celles applicables aux sûretés réelles mobilières non liées à des acquisitions, tout en reconnaissant le rang de priorité spécial qu'un droit autre que celui de l'insolvabilité accorde aux sûretés en garantie du paiement d'une acquisition. Ainsi, dans ces États, la propriété des vendeurs réservataires et des crédit-bailleurs est convertie en sûreté réelle mobilière par le droit des opérations garanties lorsque le constituant devient insolvable. Par conséquent, en cas de procédure d'insolvabilité, le même résultat est atteint que dans des États avec un régime pleinement intégré. Il en découle que les dispositions du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité qui s'appliquent aux sûretés réelles mobilières s'appliqueront à ces opérations, même si un droit autre que celui de l'insolvabilité ne considère pas que ces opérations donnent lieu à des sûretés réelles mobilières (recommandation 202, variante A).

210. D'autres États qui conservent, dans une catégorie distincte, les opérations avec réserve de propriété et les crédits-bails prévoient néanmoins une certaine équivalence fonctionnelle entre ces droits et les sûretés en garantie du paiement d'acquisitions. Dans ces États, les opérations assorties de clauses de réserve de propriété et les crédits-bails sont traités en tant qu'actifs dont le vendeur ou le bailleur est propriétaire. Il s'ensuit que les dispositions du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité relatives aux actifs appartenant à des tiers s'appliqueraient à ces opérations (voir recommandation 202, variante B).

211. Ces solutions peuvent avoir des conséquences très différentes dans une procédure d'insolvabilité, surtout lorsque le redressement est une possibilité. Dans les États où le droit des opérations garanties intègre toutes les formes de droits liés au financement d'acquisitions, les opérations avec réserve de propriété et les crédits-bails sont traités, dans le cas d'une procédure d'insolvabilité visant le constituant, de la même manière que les sûretés non liées à une acquisition, compte tenu de toute priorité spéciale qu'un droit autre que celui de l'insolvabilité accorde à la sûreté en garantie du paiement de l'acquisition. Dans ces États, le représentant de l'insolvabilité peut normalement utiliser, vendre ou louer les actifs grevés à condition de donner au créancier garanti une sûreté de remplacement ou de protéger contre toute dépréciation la valeur du droit que ce créancier détient sur les biens. Dans de telles situations, toute partie des obligations garanties qui dépasse la valeur du droit que le créancier garanti détient sur les actifs est traitée comme une créance chirographaire ordinaire et, lors du redressement du constituant, la créance du créancier garanti peut, à concurrence de la valeur de la sûreté, être réaménagée (comme c'est le cas d'autres sûretés non liées à des acquisitions) avec, notamment, une échéance, un échéancier et un taux d'intérêt différents (voir chap. XII concernant l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière, par. 64 à 66).

212. L'analyse ci-dessus montre que, dans les États où les opérations assorties de clauses de réserve de propriété et les crédits-bails ne sont pas considérés comme des opérations garanties, le représentant de l'insolvabilité a souvent le droit, pendant une période déterminée et s'il le souhaite et en a la possibilité, d'exécuter le contrat: *a)* en s'acquittant du solde impayé du prix et en intégrant l'actif à la masse; ou *b)* en continuant de verser les loyers dus. Dans certains cas, il peut céder le contrat, assorti du droit d'utiliser les biens (ce qui, dans le cas d'un bail, peut requérir le consentement du bailleur), à un tiers. Il peut également rejeter le contrat, restituer les biens et réclamer le remboursement de la partie du prix d'achat payée par l'acheteur, moyennant une déduction pour dépréciation et utilisation avant la procédure d'insolvabilité. Dans le cas d'un bail, le représentant de l'insolvabilité peut rejeter ce dernier pour l'avenir et restituer l'actif au bailleur. Toutefois, si l'actif est indispensable pour assurer

le succès du redressement de l'acheteur, il ne pourra, dans la pratique, que choisir la première possibilité (exécution du contrat comme convenu). La nécessité d'exécuter le contrat comme convenu pourra, par exemple, si la valeur actuelle du matériel est inférieure au solde du prix d'achat, obliger le représentant de l'insolvabilité à utiliser, pour financer cette exécution, d'autres actifs de la masse au détriment d'autres aspects du redressement du constituant.

213. Dans les États où des actifs faisant l'objet de droits de réserve de propriété et de droits de crédit-bail sont considérés comme des actifs appartenant à des tiers, les vendeurs réservataires et les crédit-bailleurs voient leurs droits renforcés au détriment d'autres créanciers dans la procédure d'insolvabilité. Cela aura inévitablement des incidences sur la capacité du représentant de l'insolvabilité à procéder au redressement. En conséquence, les États qui adoptent l'approche non unitaire du financement d'acquisitions hors des contextes d'insolvabilité doivent également se demander si cette qualification des droits de réserve de propriété, des droits de crédit-bail et d'autres droits similaires doit être maintenue dans les procédures d'insolvabilité. La question est de savoir si la politique visant à encourager la fourniture et le financement de matériel ou de stocks en conférant des droits spéciaux aux vendeurs réservataires et aux crédit-bailleurs devrait l'emporter sur la politique en matière d'insolvabilité visant à favoriser le redressement.

B. Recommandations 178 à 202

Option A: approche unitaire*

Objet

Les dispositions relatives aux sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions ont pour objet:

a) De reconnaître l'importance et de faciliter l'utilisation du financement d'acquisitions en tant que source de crédit abordable, en particulier pour les petites et moyennes entreprises;

b) D'assurer l'égalité de traitement de tous les fournisseurs de financement d'acquisitions; et

c) De faciliter les opérations garanties en général en instaurant la transparence dans le financement d'acquisitions.

La sûreté en garantie du paiement d'une acquisition en tant que sûreté réelle mobilière

178. La loi devrait qualifier de sûreté réelle mobilière toute sûreté garantissant le paiement d'une acquisition. Par conséquent, toutes les recommandations régissant les sûretés réelles mobilières, notamment celles relatives à la constitution, à l'opposabilité (sous réserve des dispositions de la recommandation 179), à l'inscription, à la réalisation et à la loi applicable, s'appliquent aux sûretés en garantie du paiement d'acquisitions. Les recommandations relatives à la priorité s'appliquent également (sous réserve des dispositions des recommandations 180 à 185).

* Un État peut adopter l'option A (approche unitaire), c'est-à-dire les recommandations 178 à 186, ou l'option B (approche non unitaire), c'est-à-dire les recommandations 187 à 202. Les recommandations des autres chapitres sont généralement applicables au financement d'acquisitions, sauf dans la mesure où elles sont modifiées par les recommandations du présent chapitre.

Opposabilité et priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition

179. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière grevant des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition est opposable dès sa constitution et que, sous réserve des dispositions de la recommandation 181, elle a priorité sur une sûreté réelle mobilière concurrente non liée à leur acquisition qui a été créée par le constituant.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un bien meuble corporel en garantie du paiement de son acquisition

180. La loi devrait prévoir que, sous réserve des dispositions de la recommandation 181:

Variante A*

a) Une sûreté réelle mobilière grevant des biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition a priorité sur une sûreté réelle mobilière concurrente non liée à leur acquisition qui a été créée par le constituant (même si un avis concernant la seconde a été inscrit dans le registre général des sûretés avant que le soit un avis concernant la première), à condition:

i) Que le créancier garanti finançant l'acquisition reste en possession desdits biens; ou

ii) Qu'un avis concernant la sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition soit inscrit dans le registre général des sûretés dans un délai de [bref délai, par exemple 20 ou 30 jours, à spécifier] après que le constituant a obtenu la possession des biens;

b) Une sûreté réelle mobilière grevant des stocks en garantie du paiement de leur acquisition a priorité sur une sûreté réelle mobilière concurrente non liée à leur acquisition qui a été créée par le constituant (même si la seconde est devenue opposable avant la première), à condition:

i) Que le créancier garanti finançant l'acquisition reste en possession des stocks; ou

ii) Que, avant la remise des stocks au constituant:

a. Un avis concernant la sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition soit inscrit dans le registre général des sûretés; et

b. Un créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière inscrite antérieurement, qui a été créée par le constituant sur des stocks du même type à des fins autres que la garantie du paiement de leur acquisition, soit avisé par le créancier garanti finançant une acquisition du fait qu'il a une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition ou qu'il a l'intention d'en acquérir une. L'avis doit décrire les stocks de façon suffisante pour que le créancier garanti ne finançant pas l'acquisition puisse identifier les stocks qui font l'objet de la sûreté en garantie du paiement de leur acquisition;

c) Un avis envoyé conformément à l'alinéa *b* ii b. de la présente recommandation peut concerner des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions découlant de plusieurs opérations conclues entre les mêmes parties, sans qu'il soit nécessaire d'identifier

* Un État peut adopter la variante A ou la variante B de la recommandation 180.

chaque opération. L'avis suffit uniquement pour les sûretés sur des biens meubles corporels dont le constituant obtient la possession dans un délai de [spécifier le délai, par exemple cinq ans] après qu'il a été adressé.

Variante B

Une sûreté réelle mobilière grevant des biens meubles corporels autres que des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition a priorité sur une sûreté réelle mobilière concurrente non liée à leur acquisition qui a été créée par le constituant (même si un avis concernant la seconde a été inscrit dans le registre général des sûretés avant que le soit un avis concernant la première), à condition:

a) Que le créancier garanti finançant l'acquisition reste en possession desdits biens; ou

b) Qu'un avis concernant la sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition soit inscrit dans le registre général des sûretés dans un délai de [bref délai, par exemple 20 ou 30 jours, à spécifier] après que le constituant a obtenu la possession des biens.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière inscrite dans un registre spécialisé ou annotée sur un certificat de propriété

181. La loi devrait prévoir que la priorité d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition prévue à la recommandation 179 ou 180 ne l'emporte pas sur celle d'une sûreté réelle mobilière ou d'un autre droit inscrit dans un registre spécialisé ou annoté sur un certificat de propriété conformément aux recommandations 77 et 78 (chap. V sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière).

Priorité entre des sûretés réelles mobilières concurrentes en garantie du paiement d'acquisitions

182. La loi devrait prévoir que la priorité entre des sûretés réelles mobilières concurrentes en garantie du paiement d'acquisitions est déterminée conformément aux règles générales de priorité applicables aux sûretés réelles mobilières non liées à des acquisitions, à moins que l'une des sûretés en concurrence ne soit celle d'un fournisseur qui a été rendue opposable dans le délai indiqué à la recommandation 180, auquel cas celle-ci a priorité sur toutes les sûretés réelles mobilières concurrentes en garantie du paiement d'acquisitions.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition sur le droit d'un créancier judiciaire

183. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition qui est rendue opposable dans le délai indiqué à la recommandation 180 a priorité sur les droits d'un créancier chirographaire qui serait normalement prioritaire en vertu de la recommandation 84 (chap. V sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière).

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un bien attaché à un immeuble en garantie du paiement de son acquisition sur un droit réel inscrit antérieurement sur cet immeuble

184. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière garantissant le paiement de l'acquisition d'un bien meuble corporel qui est attaché à un immeuble a priorité sur les droits détenus par des tiers sur l'immeuble (autres qu'un droit réel garantissant un prêt destiné à financer la construction de l'immeuble), sous réserve qu'un avis concernant la sûreté soit inscrit dans le

registre immobilier dans un délai de [bref délai, par exemple 20 à 30 jours, à spécifier] jours après que ce bien a été attaché.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant le produit d'un bien meuble corporel en garantie du paiement de son acquisition

185. La loi devrait prévoir que:

Variante A*

a) Une sûreté réelle mobilière grevant le produit de biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition a la même priorité que la sûreté réelle mobilière grevant lesdits biens en garantie du paiement de leur acquisition; et

b) Une sûreté réelle mobilière grevant le produit de stocks a la même priorité que la sûreté réelle mobilière grevant ces stocks en garantie du paiement de leur acquisition, sauf lorsque le produit prend la forme de créances, d'instruments négociables, de droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire ou de droits de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant. Toutefois, pour obtenir cette priorité, le créancier garanti finançant l'acquisition doit aviser les créanciers garantis du fait qu'il a, avant que naisse le produit, inscrit un avis concernant une sûreté réelle mobilière sur des biens du même type que le produit.

Variante B

Si une sûreté réelle mobilière grevant un bien meuble corporel en garantie du paiement de son acquisition est opposable, la sûreté réelle mobilière sur le produit a la priorité d'une sûreté non liée à l'acquisition.

La sûreté en garantie du paiement d'une acquisition en tant que sûreté réelle mobilière dans une procédure d'insolvabilité

186. La loi devrait prévoir que, dans le cas d'une procédure d'insolvabilité visant le débiteur, les dispositions qui s'appliquent aux sûretés réelles mobilières s'appliquent également aux sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions.

Option B: approche non unitaire**

Objet

Les dispositions relatives au financement d'acquisitions, qui comprend les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions, les droits de réserve de propriété et les droits de crédit-bail, ont pour objet:

a) De reconnaître l'importance et de faciliter l'utilisation du financement d'acquisitions en tant que source de crédit abordable, en particulier pour les petites et moyennes entreprises;

* Un État peut adopter la variante A de la recommandation 185, s'il adopte la variante A de la recommandation 180, ou la variante B de la recommandation 185, s'il adopte la variante B de la recommandation 180.

** Un État peut adopter l'option A (approche unitaire), c'est-à-dire les recommandations 178 à 186, ou l'option B (approche non unitaire), c'est-à-dire les recommandations 187 à 202.

b) D'assurer l'égalité de traitement de tous les fournisseurs de financement d'acquisitions; et

c) De faciliter les opérations garanties en général en instaurant la transparence dans le financement d'acquisitions.

Méthodes de financement d'acquisitions

187. La loi devrait prévoir que:

a) Le régime des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions dans l'approche non unitaire est identique à celui qui est adopté dans l'approche unitaire;

b) Tous les créanciers, qu'ils soient fournisseurs ou prêteurs, peuvent acquérir une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition conformément au régime qui régit ce type de sûretés;

c) Un financement d'acquisitions fondé sur les droits de réserve de propriété et les droits de crédit-bail peut être fourni conformément à la recommandation 188; et

d) Un prêteur peut bénéficier d'un droit de réserve de propriété et d'un droit de crédit-bail par cession ou subrogation.

Équivalence entre un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail et une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition

188. La loi devrait prévoir que les règles régissant le financement d'acquisitions produisent des résultats économiques fonctionnellement équivalents, que le créancier ait un droit de réserve de propriété, un droit de crédit-bail ou une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition.

Efficacité d'un droit de réserve de propriété et d'un droit de crédit-bail

189. La loi devrait prévoir qu'un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail sur un bien meuble corporel n'a effet que si l'accord de vente ou de bail a été conclu ou constaté par un écrit qui, avec le comportement des parties, exprime la volonté du vendeur ou du bailleur de rester propriétaire. L'écrit doit exister au plus tard au moment où l'acheteur ou le preneur obtient la possession du bien.

Droit de l'acheteur ou du preneur de constituer une sûreté réelle mobilière

190. La loi devrait prévoir qu'un acheteur ou un preneur peut constituer une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel qui fait l'objet d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail. Le montant maximal qui peut être tiré de la réalisation de la sûreté est la valeur du bien qui dépasse le montant dû au vendeur ou au crédit-bailleur.

Opposabilité d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail sur des biens de consommation

191. La loi devrait prévoir qu'un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail sur des biens de consommation est opposable dès la conclusion de la vente ou du bail, sous réserve que ce droit soit constaté conformément à la recommandation 189.

Opposabilité d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail sur un bien meuble corporel

192. La loi devrait prévoir que:

Variante A*

a) Un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail sur des biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation n'est opposable que:

i) Si le vendeur ou le bailleur reste en possession desdits biens; ou

ii) Si un avis concernant ce droit est inscrit dans le registre général des sûretés dans un délai de [bref délai, par exemple 20 ou 30 jours, à spécifier] jours après que l'acheteur ou le preneur a obtenu la possession des biens;

b) Un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail sur des stocks n'est opposable que:

i) Si le vendeur ou le bailleur reste en possession desdits stocks; ou

ii) Si, avant la remise des stocks à l'acheteur ou au preneur:

a. Un avis concernant ce droit est inscrit dans le registre général des sûretés; et

b. Un créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière inscrite antérieurement, qui a été constituée par l'acheteur ou le preneur sur des stocks du même type à des fins autres que la garantie du paiement de leur acquisition, est avisé par le vendeur ou le bailleur de son intention de faire valoir un droit de réserve de propriété ou un droit du crédit-bail. L'avis devrait décrire les stocks de façon suffisante pour que le créancier garanti puisse identifier les stocks soumis au droit de réserve de propriété ou au droit du crédit-bail;

c) Un avis envoyé conformément à l'alinéa *b* ii b de la présente recommandation peut concerner des droits de réserve de propriété et des droits de crédit-bail découlant de plusieurs opérations conclues entre les mêmes parties sans qu'il soit nécessaire d'identifier chaque opération. L'avis ne produit d'effet que pour les droits sur des biens meubles corporels dont l'acheteur ou le preneur obtient la possession dans un délai de [spécifier le délai, par exemple cinq ans] ans après qu'il a été adressé.

Variante B

Un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail sur des biens meubles corporels autres que des biens de consommation n'est opposable que:

a) Si le vendeur ou le bailleur reste en possession desdits biens; ou

b) Si un avis concernant ce droit est inscrit dans le registre général des sûretés dans un délai de [bref délai, par exemple 20 ou 30 jours, à spécifier] jours après que l'acheteur ou le preneur a obtenu la possession des biens.

La règle énoncée dans la présente recommandation s'applique également à une sûreté réelle mobilière grevant des biens meubles corporels autres que des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition.

* Un État peut adopter la variante A ou la variante B de la recommandation 192.

Une seule inscription suffit

193. La loi devrait prévoir que l'inscription d'un seul avis dans le registre général des sûretés suffit pour assurer l'opposabilité d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail dans le cadre de plusieurs opérations entre les mêmes parties, qu'elles aient été conclues avant ou après l'inscription, sur des biens meubles corporels qui entrent dans la description figurant sur l'avis. Les dispositions relatives au système de registre s'appliquent, avec les modifications appropriées concernant la terminologie, à l'inscription d'un droit de réserve de propriété et d'un droit de crédit-bail.

Conséquence de l'inopposabilité d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail

194. La loi devrait prévoir que, si un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail n'est pas opposable, la propriété du bien à l'égard des tiers est transférée à l'acheteur ou au preneur, et le vendeur ou le bailleur détient une sûreté réelle mobilière sur le bien, sous réserve des recommandations applicables aux sûretés réelles mobilières.

Opposabilité d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail sur un bien attaché à un immeuble

195. La loi devrait prévoir qu'un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail sur un bien meuble corporel qui est attaché à un immeuble n'est opposable aux tiers ayant des droits sur l'immeuble qui sont inscrits dans le registre immobilier que s'il est lui-même inscrit dans ce registre dans un délai de [bref délai, par exemple 20 à 30 jours, à spécifier] jours après que le bien a été attaché.

196. La loi devrait prévoir que, si le vendeur ou le bailleur n'inscrit pas d'avis concernant son droit de réserve de propriété ou son droit de crédit-bail sur un bien meuble corporel qui a été attaché à un immeuble dans le délai prévu par la recommandation 195, ce droit de réserve de propriété ou ce droit de crédit-bail est considéré comme une sûreté réelle mobilière.

Existence d'une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un bien meuble corporel soumis à un droit de réserve de propriété ou à un droit de crédit-bail

197. La loi devrait prévoir qu'un vendeur ou un bailleur titulaire d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail sur un bien meuble corporel a une sûreté réelle mobilière sur le produit de ce bien.

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un bien meuble corporel soumis à un droit de réserve de propriété ou à un droit de crédit-bail

198. La loi devrait prévoir que:

a) Une sûreté réelle mobilière sur le produit mentionnée dans la recommandation 197 n'est opposable que si ce produit est décrit en termes génériques dans l'avis inscrit par lequel le droit de réserve de propriété ou le droit de crédit-bail a été rendu opposable ou si le produit prend la forme d'espèces, de créances, d'instruments négociables ou de droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire;

b) Si le produit n'est pas décrit en termes génériques dans l'avis inscrit ou ne prend pas la forme des types de biens mentionnés à l'alinéa *a* de la présente recommandation, la sûreté

réelle mobilière sur le produit est opposable pendant [brève durée à spécifier] jours après que naît le produit et de manière continue par la suite, à condition qu'elle ait été rendue opposable par l'une des méthodes mentionnées dans la recommandation 32 ou 34 (chap. III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière) avant l'expiration de cette période.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un bien meuble corporel

199. La loi devrait prévoir que:

Variante A [*]

a) Si un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail est opposable, la sûreté réelle mobilière sur le produit mentionnée dans la recommandation 197 a priorité sur une autre sûreté réelle mobilière grevant le même bien; et

b) Si un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail est opposable, la sûreté réelle mobilière sur le produit de stocks mentionnée dans la recommandation 197 a la même priorité qu'un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail sur ces stocks, sauf lorsque le produit prend la forme de créances, d'instruments négociables, de droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire ou de droits de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant. Toutefois, pour obtenir cette priorité, le vendeur ou le bailleur doit aviser les créanciers garantis qui ont inscrit un avis concernant une sûreté réelle mobilière sur des biens du même type que le produit avant que naisse le produit.

Variante B

Si un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail sur un bien meuble corporel est opposable, la sûreté réelle mobilière sur le produit mentionnée dans la recommandation 197 a la priorité d'une sûreté réelle mobilière non liée à l'acquisition si elle est opposable conformément à la recommandation 198. La présente règle s'applique également au produit d'un bien meuble corporel grevé d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de son acquisition.

Réalisation d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail

200. La loi devrait prévoir que:

a) Les règles relatives à la réalisation après défaillance d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail sur un bien meuble corporel indiquent:

i) Comment le vendeur ou le bailleur peut obtenir la possession du bien;

ii) Si le vendeur ou le bailleur est tenu de disposer du bien et, dans l'affirmative, comment;

iii) Si le vendeur ou le bailleur peut conserver tout excédent; et

iv) Si le vendeur ou le bailleur peut demander à l'acheteur ou au preneur le paiement du solde restant dû;

[*] Un État peut adopter la variante A de la recommandation 199, s'il adopte la variante A de la recommandation 192, ou la variante B de la recommandation 199, s'il adopte la variante B de la recommandation 192.

b) Le régime qui s'applique à la réalisation après défaillance d'une sûreté réelle mobilière s'applique à la réalisation après défaillance d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail, sauf dans la mesure nécessaire pour préserver la cohérence du régime applicable à la vente et au bail.

Loi applicable à un droit de réserve de propriété ou à un droit de crédit-bail

201. La loi devrait prévoir que les dispositions relatives au conflit de lois qui s'appliquent aux sûretés réelles mobilières s'appliquent également aux droits de réserve de propriété et aux droits de crédit-bail.

Droit de réserve de propriété ou droit de crédit-bail dans une procédure d'insolvabilité

202. La loi devrait prévoir que, dans le cas d'une procédure d'insolvabilité visant le débiteur,

Variante A [*]

les dispositions qui s'appliquent aux sûretés réelles mobilières s'appliquent également aux droits de réserve de propriété et aux droits de crédit-bail.

Variante B

les dispositions du droit de l'État adoptant qui s'appliquent aux droits de propriété des tiers s'appliquent également aux droits de réserve de propriété et aux droits de crédit-bail.

[*] Un État peut adopter la variante A ou la variante B de la recommandation 202.

X. Conflit de lois

A. Remarques générales

1. Introduction

1. L'objet principal du *Guide* est d'aider les États à élaborer des lois modernes sur les opérations garanties afin de promouvoir l'offre de crédit garanti et favoriser ainsi la croissance des entreprises nationales et, d'une façon générale, accroître les échanges (voir Introduction, par. 1 à 14). Afin d'atteindre cet objectif, il faut qu'une loi sur les opérations garanties incite les prêteurs et d'autres fournisseurs de crédit nationaux et étrangers à octroyer des crédits. Le droit des opérations garanties vise principalement les constituants, les créanciers garantis, les tiers débiteurs et les tiers créanciers qui se trouvent dans un même État, ainsi que les conventions constitutives de sûretés portant sur des biens grevés situés dans ce même État, que ce soit lorsque la sûreté est constituée ou à tout moment par la suite. Or, une grande partie de l'activité commerciale actuelle échappe à cette configuration. De plus en plus, le droit des opérations garanties s'applique à des conventions qui sont conclues entre des parties, ou qui affectent des parties, situées dans plusieurs États, ou qui portent sur des biens destinés à l'exportation ou à l'importation situés ou habituellement utilisés dans plusieurs États. Afin d'être le plus complet possible, le *Guide* doit donc aborder un large éventail de questions qui découlent des différents types d'opérations internationales.

2. Le présent chapitre examine les règles qui déterminent la loi applicable à la constitution d'une sûreté réelle mobilière, à son opposabilité, à sa priorité sur les droits des réclamants concurrents et à sa réalisation. Ces règles, généralement appelées "règles de conflit de lois", déterminent également le champ d'application territorial des règles substantielles prévues dans le *Guide* (autrement dit, quand s'appliquent les règles matérielles de l'État adoptant le régime envisagé dans le *Guide*). Par exemple, si un État a adopté les règles substantielles prévues dans le *Guide* concernant la priorité d'une sûreté, celles-ci ne s'appliqueront à un conflit de priorité survenant dans cet État que si la règle de conflit de lois qui entre en jeu pour les questions de priorité désigne les lois de ce dernier. Si la règle renvoie à la loi d'un autre État, le rang de chaque réclamant concurrent sera alors déterminé conformément aux règles matérielles de cet autre État. Lorsqu'une question est déjà portée devant un tribunal ou devant une autre autorité d'un État (le "for"), la règle de conflit de lois qui entre en jeu est celle qui est en vigueur dans cet État. Si aucune procédure judiciaire n'est encore engagée et si la question est de savoir quelle règle de conflit de lois s'appliquerait en cas d'ouverture d'une telle procédure, il faut pour déterminer la loi applicable examiner les règles de conflit en vigueur dans tous les États où la sûreté pourrait être réalisée. Ces règles pourraient renvoyer à des règles matérielles complètement différentes régissant la question posée.

3. Les règles de conflit de lois proposées ici ne s'appliqueront que si l'État du for a adopté les règles que recommande le *Guide*. Elles ne peuvent s'appliquer dans un État qui n'a pas adopté ces règles. En effet, un État ne peut pas légiférer sur les règles de conflit de lois qui doivent être appliquées dans un autre État. Les tribunaux ou autres autorités de l'autre État utilisent leurs propres règles de conflit de lois pour déterminer s'ils doivent appliquer le droit substantiel de leur propre État ou celui d'un autre État.

4. Les règles de conflit de lois désignent l'État dont le droit substantiel s'appliquera à une situation en identifiant les facteurs qui rattachent la situation à cet État ("facteurs de rattachement"). Les principaux facteurs de rattachement recommandés par le *Guide* sont le lieu de situation des biens grevés et le lieu de situation du constituant. Ainsi, lorsque le facteur de rattachement est le lieu de situation des biens, la loi applicable sera celle de l'État où se trouvent les biens.

5. Une fois qu'une sûreté réelle mobilière a été constituée et rendue opposable, il est possible que la localisation d'un ou de plusieurs facteurs de rattachement change. Par exemple, si l'opposabilité d'une sûreté grevant des stocks situés dans l'État A est régie, en vertu des règles de conflit de lois de cet État, par la loi du lieu de situation des stocks, la question est de savoir ce qu'il advient lorsqu'une partie des stocks est transférée par la suite dans l'État B (dont les règles de conflit de lois prévoient également que l'opposabilité des sûretés sur des biens meubles corporels est soumise à la loi du lieu de situation des biens). Une solution serait que la sûreté reste opposable dans l'État B sans qu'il soit nécessaire de prendre d'autres mesures dans cet État. Une autre solution serait d'exiger qu'une nouvelle sûreté soit obtenue conformément aux lois de l'État B. Une autre encore serait de préserver la sûreté préexistante du créancier garanti sous réserve de l'accomplissement, dans l'État B, de certaines formalités dans un délai déterminé (par exemple, dans les 30 jours qui suivent le transfert des biens meubles corporels dans cet État). Étant donné que la question relève du droit substantiel et non du conflit de lois, elle est examinée dans le chapitre III du *Guide* (voir chap. III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière, par. 117 à 119, et recommandation 45). Le présent chapitre traite seulement du point de savoir à la loi de quel État sera soumise la question.

6. Dans un régime efficace en matière d'opérations garanties, les règles de conflit de lois applicables à ces opérations répondent normalement aux objectifs de ce régime. Cela signifie que la loi applicable aux aspects réels d'une sûreté devrait être facile à déterminer. La sécurité juridique est un objectif essentiel de l'élaboration de règles — tant de droit substantiel que de conflit de lois — concernant les opérations garanties. Un autre objectif est la prévisibilité. Comme l'illustre l'exemple donné au paragraphe précédent, les règles de conflit de lois devraient répondre à la question de savoir si une sûreté obtenue conformément à la loi de l'État A reste régie par la loi de cet État ou tombe sous l'empire de la loi de l'État B si, suite au changement de localisation du facteur de rattachement, la loi de l'État B était désignée pour une sûreté du même type. Un troisième objectif essentiel d'un bon système de conflit de lois est que les règles de ce système devraient correspondre aux attentes raisonnables des parties intéressées (en l'occurrence, du créancier, du constituant, du débiteur et des tiers). À cette fin, le facteur de rattachement qui indique la loi applicable à une sûreté devra avoir un véritable lien avec la situation de fait que cette loi sera appelée à régir.

7. L'utilisation du *Guide* (y compris du présent chapitre) pour l'élaboration de lois sur les opérations garanties aidera à réduire les risques et les coûts résultant de différences

entre les régimes actuels de conflit de lois. Dans une opération garantie, le créancier souhaite normalement que ses droits soient reconnus dans tous les États où il pourrait réaliser sa sûreté, y compris dans un État où est administrée une procédure d'insolvabilité visant le constituant et ses biens. Si ces États ont des règles de conflit de lois différentes pour le même type de bien grevé, le créancier devra se conformer à plusieurs régimes afin d'être pleinement protégé, ce qui est de toute évidence susceptible de nuire à l'offre et au coût du crédit. Le fait que différents États harmonisent leurs règles de conflit de lois présente un avantage: un créancier peut se fonder sur la même règle de conflit (aboutissant aux mêmes résultats) pour déterminer la situation de sa sûreté dans tous ces États. C'est un des objectifs atteints par la Convention des Nations Unies sur la cession[1] pour ce qui est des créances.

8. Des règles de conflit de lois seraient nécessaires même si tous les États avaient harmonisé leurs règles substantielles sur les opérations garanties. Il subsisterait en effet des cas où les parties devraient déterminer l'État dont les règles s'appliqueront. Par exemple, si les lois de tous les États prévoyaient qu'une sûreté sans dépossession est rendue opposable par inscription sur un registre public, il faudrait encore savoir sur le registre de quel État la sûreté doit être inscrite.

9. Le présent chapitre examine dans ses différentes sections: les règles de conflit de lois concernant la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière en général (sect. A.2), la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels (sect. A.3), la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles incorporels (sect. A.4), la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit (sect. A.5), la loi applicable aux droits et obligations des parties à la convention constitutive de sûreté (sect. A.6), la loi applicable aux droits et obligations des tiers débiteurs (sect. A.7), la loi applicable à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière (sect. A.8), les règles et le moment devant servir de référence pour déterminer le lieu de situation (sect. A.9), l'ordre public et les lois de police (sect. A.10) et l'incidence de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sur la loi applicable à une sûreté (sect. A.11). La section B traite des règles spéciales lorsque la loi applicable est celle d'un État à plusieurs unités. Le chapitre se conclut, à la section C, par une série de recommandations.

2. Champ d'application des règles de conflit de lois

10. Le présent chapitre ne définit pas les sûretés réelles mobilières auxquelles s'appliqueront les règles de conflit de lois. Ce sont normalement les règles substantielles régissant les opérations garanties dans un État donné qui déterminent si un droit peut être qualifié de "sûreté réelle mobilière" aux fins du conflit de lois. En principe, un tribunal ou une autre autorité appliquera le droit de son État chaque fois qu'il lui faudra qualifier une question pour choisir la règle de conflit de lois appropriée. La question est toutefois de savoir si les règles de conflit de lois d'un État concernant les sûretés réelles mobilières devraient également s'appliquer à d'autres opérations fonctionnellement similaires, même si elles ne sont pas régies par les règles substantielles de cet État sur les opérations garanties (par exemple les ventes sous réserve de propriété, les crédits-bails et d'autres

[1] Voir Introduction, note 7.

opérations analogues). Le fait que ces autres opérations ne soient pas soumises auxdites règles substantielles ne devrait pas empêcher l'État de les soumettre aux règles de conflit de lois applicables aux sûretés réelles mobilières. Le *Guide* recommande cette solution aux États qui adoptent l'approche non unitaire du financement d'acquisitions (voir recommandation 201, chap. IX sur le financement d'acquisitions).

11. Une question similaire se pose à propos de certains transferts qui ne sont pas effectués à titre de garantie. Dans ce cas, il est souhaitable que la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité et à la priorité du transfert soit la même que pour une sûreté réelle mobilière grevant le même type de bien. C'est ce que prévoit par exemple la Convention des Nations Unies sur la cession, dont les dispositions substantielles et les règles de conflit de lois s'appliquent tant aux transferts purs et simples de créances qu'aux sûretés sur des créances (voir art. 2, al. *a*, de la Convention). Ce choix de principe est motivé notamment par la nécessité de se référer à une seule loi pour déterminer la priorité entre réclamants concurrents revendiquant un droit sur la même créance. Le *Guide* recommande le même principe (voir recommandation 208). Autrement, en cas de conflit de priorité entre l'acquéreur d'une créance et un créancier détenant une sûreté sur cette même créance, il serait plus difficile (et parfois impossible) de déterminer qui a la priorité si le rang de l'acquéreur était régi par la loi de l'État A et celui du créancier garanti par la loi de l'État B.

12. Quelle que soit la décision d'un État concernant les catégories d'opérations qui seront régies par les règles de conflit de lois, la portée de ces règles concernant la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière se limitera aux aspects réels de ces opérations. Ainsi, une règle concernant la loi applicable à la constitution d'une sûreté détermine uniquement quelle loi régit les conditions à remplir pour la constitution d'un droit réel sur les biens grevés. Elle ne s'appliquera pas aux obligations personnelles des parties dans le cadre de leur contrat. Dans la plupart des États, les obligations purement contractuelles qui découlent d'une opération commerciale sont habituellement soumises à la loi choisie par les parties dans leur convention constitutive de sûreté ou, en l'absence d'un tel choix, à la loi régissant cette convention telle qu'elle est déterminée par les règles de conflit de lois de l'État concerné (par exemple, la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, conclue à Rome en 1980, dénommée ci-après la "Convention de Rome"). Le *Guide* recommande la même approche pour la loi applicable à la détermination des droits et obligations réciproques du constituant et du créancier garanti concernant une sûreté (voir recommandation 216).

13. Si l'autonomie des parties est reconnue pour ce qui est des obligations personnelles, les règles de conflit de lois applicables aux aspects réels des opérations garanties échappent en revanche à la liberté contractuelle. Par exemple, le constituant et le créancier garanti ne sont normalement pas autorisés à choisir la loi applicable aux questions de priorité, car cela pourrait non seulement avoir une incidence sur les droits des tiers mais également entraîner un conflit de priorité entre deux sûretés concurrentes soumises à deux lois différentes aboutissant à des résultats opposés.

14. Les règles de conflit de lois de nombreux États prévoient désormais que toute référence à la loi d'un autre État en tant que loi régissant une question désigne la loi applicable dans cet État à l'exception de ses règles de conflit de lois. Le renvoi (principe

selon lequel la loi d'un État inclut ses règles de conflit) est exclu par souci de prévisibilité et aussi parce qu'il peut avoir des conséquences contraires aux attentes des parties. Le *Guide* recommande la même approche (voir recommandation 221).

3. Règles de conflit de lois concernant la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière

15. La détermination de l'étendue des droits conférés par une sûreté réelle mobilière exige généralement une analyse en trois étapes:

a) En premier lieu, il faut déterminer si la sûreté a été constituée (pour les questions de constitution, voir chap. II);

b) Ensuite, il faut déterminer si la sûreté est opposable (pour les questions d'opposabilité et d'inscription, voir chap. III et IV); et

c) Enfin, il faut établir le rang de priorité du droit d'un créancier garanti par rapport au droit d'un réclamant concurrent, par exemple un autre créancier ou le représentant de l'insolvabilité du constituant (pour les questions de priorité, voir chap. V).

16. Il est indéniable qu'une sûreté n'est guère utile en pratique si elle ne peut être réalisée efficacement. La question de la réalisation est toutefois sans rapport avec l'étendue des droits du créancier garanti sur les biens grevés. Les règles de conflit de lois relatives à la réalisation seront examinées dans une autre section du présent chapitre (voir par. 64 à 72 plus loin).

17. Tous les États ne font pas de distinction entre les trois questions mentionnées au paragraphe 15 ci-dessus. Dans nombre d'entre eux, une sûreté (ou tout autre droit réel) qui a été constituée est, par définition, efficace à l'égard de tous (*erga omnes*) sans qu'aucune formalité supplémentaire ne soit nécessaire. Dans ces États, la même règle de conflit de lois s'applique à la constitution d'une sûreté et à son efficacité à l'égard des tiers. La priorité peut aussi être analysée comme une question d'efficacité. Les États qui en revanche distinguent clairement l'efficacité entre les parties (ou constitution), l'efficacité à l'égard des tiers (ou opposabilité) et la priorité ne prévoient cependant pas toujours une règle de conflit de lois distincte pour chacune de ces questions; la même règle peut donc s'appliquer et aboutir à ce que la règle de droit substantiel du même État régisse toutes ces questions.

18. Par conséquent, l'essentiel est de savoir si une règle de conflit de lois unique devrait être appliquée aux trois questions. Des considérations d'ordre pratique, telles que la simplicité et la sécurité juridique, militent en faveur de l'application d'une règle unique. Comme cela a été indiqué plus haut, la distinction entre ces trois questions n'est pas toujours établie ou comprise de la même manière dans tous les États, de sorte que l'élaboration de règles de conflit de lois différentes les concernant risque de compliquer l'analyse ou de créer une incertitude. Cependant, il y a des cas où le choix d'une loi différente pour les questions de priorité tiendrait mieux compte des intérêts des tiers, tels que les personnes détenant des sûretés légales, les créanciers judiciaires ou le représentant de l'insolvabilité.

19. Une autre question importante est de savoir si, pour l'une quelconque de ces trois questions (constitution, opposabilité ou priorité), la règle de conflit de lois applicable devrait être la même pour les biens meubles corporels et incorporels. Une réponse affirmative militerait en faveur soit d'une règle reposant sur la loi du lieu de situation des biens grevés (*lex rei sitae*), soit d'une règle reposant sur la loi du lieu de situation du constituant.

20. Pour ce qui est des créances, une approche reposant sur la *lex rei sitae* ne serait pas conforme à la Convention des Nations Unies sur la cession (dont l'article 22 fait référence à la loi de l'État dans lequel est situé le cédant). En outre, les biens meubles incorporels ne pouvant pas faire l'objet d'une possession physique, si la *lex rei sitae* était adoptée comme règle de conflit de lois applicable, il faudrait élaborer des règles spéciales et des fictions juridiques pour déterminer le lieu de situation effectif des différents types de biens meubles incorporels. Pour cette raison, le *Guide* ne considère pas le lieu de situation du bien comme le facteur de rattachement approprié pour les biens meubles incorporels et préconise une approche globalement fondée sur la loi du lieu de situation du constituant (voir recommandation 208).

21. En outre, par souci de cohérence avec la Convention des Nations Unies sur la cession, il faudrait définir le lieu de situation du constituant de la même manière que dans la Convention (voir recommandation 219). Aux termes de cette dernière, le lieu de situation du constituant est son établissement ou, s'il a des établissements dans plus d'un État, celui où s'exerce son administration centrale. Si le constituant n'a pas d'établissement, il est fait référence à sa résidence habituelle (voir art. 5, al. *h*, de la Convention). Cette définition a été adoptée dans la Convention principalement parce que ce lieu était considéré comme le lieu de situation véritable du constituant et aussi parce qu'il conduit à la loi de l'État dans lequel la procédure d'insolvabilité principale à l'encontre du constituant serait le plus susceptible d'être ouverte (pour la signification du terme "procédure principale", voir, par exemple, les articles 2, alinéa *b*, et 16, paragraphe 3, de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale).

22. Des considérations de simplicité et de sécurité pourraient même inciter à adopter la même règle de conflit de lois (à savoir la loi du lieu de situation du constituant) non seulement pour les biens meubles incorporels, mais aussi pour les biens meubles corporels, surtout si la même loi s'appliquait à la constitution, à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière. Suivant cette approche, une seule recherche suffirait pour s'assurer de l'étendue des sûretés grevant tous les biens d'un constituant. En outre, il ne serait pas nécessaire de donner des indications en cas de changement du lieu de situation des biens grevés ni d'établir de distinction entre la loi applicable aux sûretés avec dépossession et celle applicable aux sûretés sans dépossession (ni de déterminer celle qui prime lorsqu'une sûreté avec dépossession régie par la loi de l'État A entre en conflit avec une sûreté sans dépossession sur les mêmes biens régie par la loi de l'État B).

23. Cependant, les États ne considèrent pas tous la loi du lieu de situation du constituant comme suffisamment rattachée aux sûretés sur des biens meubles corporels, du moins en ce qui concerne les biens "non mobiles" (voire sur certains biens meubles incorporels, tels que les droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire ou la propriété intellectuelle). En outre, dans de nombreux cas, l'adoption de la loi du lieu de situation du

constituant aboutirait à ce qu'une loi régisse une opération garantie et une autre un transfert de propriété portant sur les mêmes biens. Pour éviter ce résultat, les États devraient adopter la loi du lieu de situation du constituant pour tous les transferts de propriété.

24. De plus, il est presque universellement admis qu'une sûreté avec dépossession devrait être régie par la loi du lieu où les biens sont détenus. L'adoption de la loi du lieu de situation du constituant pour ce type de sûreté irait donc à l'encontre des attentes raisonnables des créanciers garantis. En conséquence, même si la loi du lieu de situation du constituant était la règle générale, il faudrait faire une exception pour les sûretés avec dépossession.

25. Pour toutes ces raisons, le *Guide* recommande deux règles générales de conflit de lois sur la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière, à savoir:

a) Pour les biens meubles corporels, la loi applicable devrait être celle du lieu de situation des biens (voir recommandation 203);

b) Pour les biens meubles incorporels, la loi applicable devrait être celle du lieu de situation du constituant (voir recommandation 208).

26. Comme les règles de conflit de lois varieront généralement selon qu'il s'agit de biens meubles corporels ou incorporels, la question se pose de savoir quelle est la règle de conflit appropriée lorsque des biens meubles incorporels sont susceptibles d'être grevés d'une sûreté avec dépossession. À cet égard, la plupart des États assimilent certaines catégories de droits représentés par un document (par exemple un instrument négociable) à des biens meubles corporels, reconnaissant ainsi la possibilité de constituer sur ces biens une sûreté réelle mobilière avec dépossession par la remise de ce document au créancier. Le *Guide* considère ces types de biens meubles incorporels comme des biens meubles corporels, de sorte que la règle de conflit de lois pour les biens meubles corporels s'applique généralement à ces biens meubles incorporels. En conséquence, la loi de l'État dans lequel l'instrument négociable est détenu régira la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur l'instrument, son opposabilité et sa priorité (voir recommandation 203).

27. Un problème similaire se pose lorsque des biens meubles corporels sont représentés par un document négociable formant titre (tel qu'un connaissement). Il est généralement admis qu'un document négociable formant titre est également assimilé à un bien meuble corporel et peut faire l'objet d'une sûreté avec dépossession. La loi du lieu de situation du document, et non des biens meubles corporels qu'il représente, régirait alors la sûreté. La question est toutefois de savoir quelle loi s'appliquerait à un conflit de priorité entre un créancier ayant une sûreté sur un document formant titre et un autre créancier auquel le débiteur aurait consenti une sûreté sans dépossession sur les biens eux-mêmes, si le document et les biens ne se trouvent pas dans le même État. Dans un tel cas, les règles de conflit de lois devraient donner préséance à la loi gouvernant la sûreté sur le document, au motif que cette solution répondrait davantage aux attentes légitimes des parties intéressées (voir recommandation 206), ce qui serait également conforme aux règles de droit substantiel proposées dans le *Guide* en ce qui concerne la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable (voir recommandations 28, 52 et 108, chap. II, III et V).

4. Loi applicable à la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel

28. Les considérations de principe militant en faveur des règles générales de conflit de lois exposées ci-dessus ne s'appliquent pas nécessairement dans toutes circonstances et d'autres règles peuvent entrer en jeu concernant certains types déterminés de biens pour lesquels le lieu de situation du bien ou du constituant n'est pas le facteur de rattachement le plus approprié. En outre, par souci d'efficacité, d'autres règles s'appliquent aux biens en transit et aux biens destinés à l'exportation. Ces biens ne sont pas censés rester dans leur lieu de situation initial et peuvent franchir les frontières de plusieurs États avant d'atteindre leur destination finale. Les paragraphes ci-après exposent les deux règles générales de conflit de lois énoncées plus haut ainsi que leurs exceptions.

a) *Règle générale: loi du lieu de situation du bien grevé* (lex rei sitae)

29. Comme il a été indiqué plus haut, la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels, son opposabilité et sa priorité sont généralement régies par la loi de l'État dans lequel se trouve le bien grevé (voir recommandation 203). Un exemple fréquent d'application de cette règle est celui des sûretés réelles mobilières grevant des stocks. Si un constituant est propriétaire de stocks situés dans un État qui applique cette règle (État A), la loi de cet État régira ces questions. La règle signifie également que, si le constituant est également propriétaire d'autres stocks situés dans un autre État (État B), les conditions requises dans l'État B devront être remplies pour que les tribunaux de l'État A reconnaissent que les stocks situés dans l'État B sont soumis aux droits du créancier garanti.

30. La règle générale de conflit de lois concernant les biens meubles corporels ne fait pas de distinction entre sûretés réelles mobilières avec dépossession et sans dépossession. En conséquence, la loi du lieu de situation du bien est généralement appliquée, que le créancier garanti soit ou non en possession du bien. Ainsi qu'il a déjà été vu (par. 26 et 27 ci-dessus), cela est particulièrement important pour les biens meubles incorporels assimilés à des biens meubles corporels, tels que des instruments et des documents négociables. Par exemple, la loi du lieu de situation de l'instrument ou du document négociable régira les questions de priorité même si la sûreté est rendue opposable autrement que par prise de possession.

b) *Règle supplémentaire pour la constitution et l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens en transit ou destinés à l'exportation*

31. S'agissant des biens en transit ou destinés à l'exportation, l'application de la loi du lieu de situation des biens conduit à appliquer la loi de l'État où se trouvent les biens au moment où la question se pose. L'une des conséquences de cette règle est que les créanciers garantis doivent suivre les biens et satisfaire aux conditions imposées par chaque État où se trouvent les biens pour s'assurer que leur sûreté produit ses effets à tout moment. Pour éviter une telle charge, une solution serait que l'État de destination finale et de chaque destination intermédiaire reconnaisse l'efficacité d'une sûreté constituée et rendue opposable en vertu de la loi du lieu de situation initial. Cette approche répondrait aux attentes des parties au lieu de situation initial des biens, mais contrarierait les attentes

des parties qui ont octroyé un crédit au constituant conformément aux conditions requises par la loi du lieu de destination finale de ces biens.

32. Une autre solution serait que l'État du lieu de destination finale reconnaisse pendant une durée limitée une sûreté constituée et rendue opposable conformément à la loi du lieu de situation initial des biens. Les parties du lieu de situation initial disposeraient ainsi d'un délai pour remplir les conditions d'opposabilité requises par la loi de l'État de destination finale pour conserver l'opposabilité obtenue au lieu de situation initial. Cette solution permettrait de concilier les intérêts des parties situées dans les différents pays (et est, de fait, recommandée par le *Guide* pour la plupart des types de biens meubles corporels; voir recommandations 45, chap. III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière, et 203).

33. Une troisième solution consisterait à donner au créancier garanti la possibilité de constituer sa sûreté et de la rendre opposable conformément à la loi de l'État où les biens se trouvent initialement ou conformément à la loi de l'État de leur destination finale à condition, dans ce dernier cas, que les biens y parviennent dans un délai spécifié (voir recommandation 207). Cette approche permettrait à un créancier garanti assuré que les biens arriveront à leur lieu de destination prévu de se fonder sur la loi de ce lieu pour constituer sa sûreté et la rendre opposable. Une règle prévoyant cette possibilité est particulièrement utile lorsque les biens sont susceptibles de transiter rapidement par d'autres États et d'arriver à leur destination finale peu de temps après avoir été expédiés. Autrement, si une sûreté est constituée alors que les biens se trouvent dans leur lieu initial, il faudrait, pour maintenir son opposabilité, que le créancier garanti remplisse les conditions d'opposabilité dans le lieu initial des biens, ainsi que dans chaque État à travers lequel ils pourraient transiter et dans leur lieu de destination finale. En tout état de cause, la priorité resterait soumise à la loi du lieu où sont situés les biens au moment où survient un conflit de priorité.

c) *Règle spéciale pour l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable*

34. Comme il a été indiqué plus haut, il est généralement admis que la loi de l'État dans lequel est situé un instrument négociable (*lex rei sitae*) devrait régir la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur cet instrument (voir recommandation 203). Toutefois, dans certains États, l'opposabilité d'une sûreté sur un instrument négociable peut également être assurée par inscription dans le lieu de situation du constituant. Dans ce cas, il est logique de se fonder sur la loi de l'État dans lequel se trouve le constituant pour déterminer si l'opposabilité a été assurée par inscription (voir recommandation 211). Il est intéressant de noter que cette possibilité ne concerne que l'opposabilité. La loi du lieu de situation de l'instrument négociable régira toujours la constitution et la priorité d'une sûreté sur cet instrument.

d) *Exceptions à l'application de la* lex rei sitae *pour les biens mobiles et les biens meubles corporels soumis à un système d'inscription sur un registre spécialisé*

35. La règle générale de conflit de lois concernant les sûretés réelles mobilières sur des biens meubles corporels fait normalement l'objet de certaines exceptions, lorsque le lieu de situation des biens ne constituerait pas un facteur de rattachement efficace (par exemple

biens habituellement utilisés dans plusieurs États) ou ne correspondrait pas aux attentes raisonnables des parties (par exemple biens dont la propriété doit être inscrite dans un registre spécial).

i) *Biens mobiles*

36. Les biens mobiles, par exemple les aéronefs, les navires, les véhicules automobiles et parfois les machines, sont des biens qui dans le cours normal des affaires franchissent les frontières des États. Ainsi, un constituant ayant des activités de construction dans plusieurs États peut avoir besoin de constituer des sûretés sur des machines qui sont régulièrement déplacées d'un État à un autre; ou un constituant qui exploite une entreprise de transport peut avoir besoin de constituer des sûretés sur les véhicules de transport utilisés (quoique les véhicules automobiles ne peuvent normalement pas franchir les frontières d'États insulaires). Si la règle générale de conflit de lois pour les biens meubles corporels (à savoir la *lex rei sitae*) était appliquée aux biens mobiles, le créancier garanti serait tenu de déterminer le lieu de situation exact de chaque machine ou de chaque véhicule au moment de la constitution de la sûreté. Pour maintenir l'opposabilité de sa sûreté, il devrait aussi se renseigner sur les conditions requises dans tous les États où chacun de ces biens pourrait se trouver à un moment donné et remplir ces conditions. En outre, il ne serait pas possible de déterminer dans quel État se trouverait le bien au moment où un conflit de priorité se produirait dans l'avenir et donc de déterminer le régime à appliquer pour résoudre ce conflit. Pour éviter ces problèmes ainsi que les coûts et incertitudes qui en résultent, dans certains États, la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur les biens meubles corporels du type habituellement utilisé dans plusieurs États sont régies par la loi de l'État où se trouve le constituant (sauf si la propriété de ce type de biens est soumise à inscription sur un registre spécialisé, qui permet aussi l'inscription des sûretés réelles mobilières; voir par. 37 et 38 ci-dessous). Le *Guide* recommande cette approche (voir recommandation 204).

ii) *Biens meubles corporels, dans le cas desquels les droits s'y rapportant sont soumis à inscription sur un registre spécialisé ou à annotation sur un certificat de propriété*

37. La propriété de certaines catégories de biens meubles corporels est parfois inscrite sur des registres spécialisés ou attestée par un certificat de propriété, ce qui est généralement le cas des aéronefs et des navires et, dans certains États, des véhicules automobiles. Si le registre, ou le système d'annotation, concerné permet également l'inscription ou l'annotation des sûretés réelles mobilières, il peut être fait référence à la loi de l'État sous l'autorité duquel le registre est tenu, ou le certificat de propriété délivré, pour déterminer la loi régissant la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté sur un bien lorsque les droits se rattachant à ce bien sont soumis à inscription sur un tel registre spécialisé ou à annotation sur un certificat de propriété. Ainsi, une recherche dans le registre, ou un examen du certificat de propriété, ferait apparaître à la fois la propriété de ces biens et les sûretés dont ils sont grevés. Une telle règle peut s'appuyer sur le droit national (voir recommandation 205) ou des conventions internationales, qui prévalent (par exemple la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et les protocoles s'y rapportant).

38. Pour que la règle soit efficace, cependant, il faut que les droits sur le bien en question soient généralement reconnus comme étant soumis à un système d'inscription sur un

registre spécialisé ou d'annotation sur un certificat de propriété facile à situer. Dans le cas contraire, un prêteur potentiel devrait étudier le droit substantiel de tous les États dans lesquels un bien pourrait avoir été situé par le passé pour déterminer si l'un quelconque de ces États tient un tel système. En outre, la règle ne devrait pas s'appliquer à un bien, lorsque les droits s'y rattachant peuvent être soumis à des systèmes d'inscription sur registre spécialisé ou d'annotation sur certificat de propriété dans plusieurs États, car dans ce cas, elle ne donnerait aucune indication quant à la loi applicable à un conflit. Pour ces raisons, certains États pourraient préférer s'abstenir d'adopter cette règle dans les cas non régis par des conventions internationales.

5. Loi applicable à la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble incorporel

a) *Règle générale: loi du lieu de situation du constituant*

39. Dans certains États, la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles incorporels, son opposabilité et sa priorité sont régies par la loi de l'État dans lequel est situé le constituant. Par exemple, si un exportateur qui se trouve dans l'État A constitue une sûreté sur des créances dues par des clients se trouvant dans les États B et C, la loi de l'État A régira les aspects réels de la sûreté. Cette règle est conforme à l'approche adoptée dans la Convention des Nations Unies sur la cession pour ce qui touche à la loi applicable à la cession de créances (voir art. 22 et 30 de la Convention).

40. Dans d'autres États, la loi du lieu de situation du bien (*lex rei sitae*) régit encore la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles incorporels, son opposabilité et sa priorité. Dans ces États, il est nécessaire de déterminer le lieu de situation d'un bien meuble incorporel (par exemple, pour une créance, le lieu de situation de son débiteur).

41. La loi du lieu de situation du constituant présente plusieurs avantages par rapport à la *lex rei sitae*, en particulier lorsque les biens meubles incorporels grevés sont des créances. Une loi unique s'applique, même si la cession porte sur plusieurs créances dues par différents débiteurs. En outre, il est facile de déterminer la loi du lieu de situation du constituant au moment de la cession, même s'il s'agit de la cession de créances futures ou d'une cession globale de créances. De plus, la loi du lieu de situation du constituant (lieu de l'administration centrale, si le constituant a des établissements dans plus d'un État) est la loi de l'État dans lequel la procédure d'insolvabilité principale à l'encontre du constituant sera probablement administrée (pour la signification du terme "procédure principale", voir, par exemple, les articles 2, alinéa *b*, et 16, paragraphe 3, de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale).

42. Alors que la loi du lieu de situation du bien grevé (*lex rei sitae*) fonctionne bien dans la plupart des cas pour les biens meubles corporels, il arrive que son application aux biens meubles incorporels pose de grands problèmes tant sur le plan conceptuel que dans la pratique. Sur le plan conceptuel, le lieu de situation d'une créance ne fait l'objet ni d'un consensus ni d'une réponse claire. Pour certains, c'est le lieu où le paiement doit être effectué. Ce lieu n'est pas, cependant, toujours facile à identifier, le contrat donnant naissance à la créance pouvant être silencieux sur ce point (et quand bien même le contrat

traiterait expressément la question, il ne serait pas facile pour les tiers de déterminer le lieu de paiement); la loi devrait alors prévoir d'autres moyens d'identification. Pour d'autres, c'est le domicile légal, l'établissement ou la résidence principale du débiteur de la créance. Quelle que soit l'option retenue, il appartiendrait à un cessionnaire potentiel de procéder à un examen détaillé de la situation factuelle et juridique. De plus, dans de nombreux cas, il pourrait être impossible pour le cessionnaire de déterminer avec certitude le lieu de situation exact d'une créance puisque les critères de détermination peuvent dépendre des pratiques commerciales ou de la volonté des parties au contrat d'où naît la créance. Par conséquent, faire de la *lex rei sitae* la loi applicable aux sûretés réelles mobilières sur des créances ne favoriserait ni la sécurité juridique ni la prévisibilité qui sont des objectifs fondamentaux d'un régime de conflit de lois solide en matière d'opérations garanties.

43. Par ailleurs, même si un État avait des dispositions détaillées permettant à un créancier garanti potentiel ou existant de déterminer facilement et objectivement la loi du lieu de situation d'une créance, des problèmes d'ordre pratique se poseraient tout de même lors de nombreuses opérations commerciales parce qu'une sûreté peut porter non seulement sur une créance existante et identifiée avec précision, mais aussi sur beaucoup d'autres. Une sûreté peut donc couvrir un ensemble de créances présentes et futures. Dans un tel cas, choisir la *lex rei sitae* comme loi régissant la priorité ne serait pas une décision efficace, étant donné que des règles de priorité différentes pourraient s'appliquer pour les diverses créances cédées. En outre, lorsque des créances futures sont grevées d'une sûreté, le créancier garanti ne pourrait pas déterminer l'étendue de ses droits de priorité au moment de la cession, puisque le lieu de situation de ces futures créances lui est encore inconnu.

44. Certains États tournent la difficulté qu'il y a à appliquer la *lex rei sitae* aux créances en utilisant la loi qui régit la créance elle-même (par exemple la loi qui régit le contrat donnant naissance à la créance). Ce faisant, ces États ont principalement à l'esprit les opérations des marchés des capitaux et des opérations similaires. L'un des avantages de cette approche réside dans le fait que la même loi s'appliquerait non seulement à la constitution de la sûreté, à son opposabilité et à sa priorité, mais aussi aux effets de cette sûreté sur le débiteur de la créance. Elle évite également d'avoir à s'interroger sur le fait de savoir si une créance non cessible en vertu de la loi qui la régit pourrait néanmoins être grevée d'une sûreté en vertu d'une loi différente qui permettrait de constituer une sûreté sur une créance non cessible. Elle écarte, enfin, le risque d'un changement ultérieur du lieu de situation du constituant, ce qui se produirait si ce dernier effectuait une cession, changeait de lieu de situation, puis effectuait une autre cession.

45. Une règle fondée sur la loi qui régit la créance fonctionnerait bien pour une sûreté portant sur une créance bien identifiée, ainsi que pour une sûreté sur une créance née de valeurs mobilières, d'un contrat financier ou d'une opération de change, où l'on exerce habituellement une diligence raisonnable pour chaque créance devant être cédée. En revanche, dans une cession globale portant sur un grand nombre de créances (où il serait soit trop coûteux, soit impossible d'exercer une diligence raisonnable pour chaque créance), une telle règle poserait les mêmes difficultés qu'une approche fondée sur la *lex rei sitae*, en particulier lorsque la cession porterait sur des créances futures; dans ce cas, un créancier garanti n'aurait aucun moyen de déterminer à l'avance les conditions à respecter pour protéger ses droits sur ces créances.

46. Compte tenu de ce qui précède, le *Guide* recommande que, à l'exception des sûretés sur certains biens meubles incorporels pour lesquels il recommande des règles de conflit différentes (voir par. 48 à 54 ci-après), la constitution d'une sûreté sur un bien meuble incorporel, son opposabilité et sa priorité soient, d'une manière générale, régies par la loi de l'État dans lequel se trouve le constituant (voir recommandation 208). Les critères définissant le lieu de situation du constituant sont conformes à ceux énoncés dans la Convention des Nations Unies sur la cession (voir par. 21 ci-dessus et 74 ci-dessous; voir aussi recommandation 219). La règle fondée sur la loi du lieu de situation du constituant ne s'applique pas aux sûretés grevant des valeurs mobilières et des droits à paiement naissant de contrats financiers régis par des conventions de compensation globale ou d'opérations de change, mais pour une raison différente: le *Guide* ne s'applique pas aux sûretés sur ces types de biens (voir recommandation 4, al. *c* à *e*, chap. I sur le champ d'application).

47. Le but d'une règle fondée sur le lieu de situation du constituant étant d'accroître la sécurité juridique en ce qui concerne la loi applicable, les États qui adoptent le *Guide* doivent se préoccuper de l'effet d'un changement de ce lieu. Dans ce cas, la loi du nouveau lieu de situation s'appliquerait pour déterminer la loi applicable à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté, à l'exception d'un conflit de priorité qui concernerait uniquement des réclamants concurrents dont les droits seraient devenus opposables avant le changement de lieu (voir par. 78 ci-après).

b) *Exceptions à la règle fondée sur la loi du lieu de situation du constituant pour certains types de biens meubles incorporels*

48. Il y a trois catégories de biens meubles incorporels auxquelles s'appliquent différentes considérations et pour lesquelles le lieu de situation du constituant n'est pas le facteur de rattachement le plus (ou le seul) approprié pour déterminer la loi applicable: le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire; le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant; et une créance née d'une opération concernant des biens immeubles.

i) *Droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire*

49. S'agissant de la constitution, de l'opposabilité, de la priorité et de la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, des approches différentes ont été adoptées dans divers États. Dans un souci de simplicité, et parce que le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire constitue une créance, certains États considèrent que la loi régissant les créances d'une manière générale devrait aussi s'appliquer à un compte bancaire. D'autres États suivent une approche différente, qui est de se référer à la loi de l'État où se trouve la succursale qui tient le compte (voir recommandation 210, variante A). Cette approche permettrait d'améliorer la sécurité juridique et la transparence en ce qui concerne la loi applicable, puisque le lieu de situation de la succursale concernée serait facile à déterminer dans une relation bilatérale entre la banque et son client, et répondrait de plus aux attentes normales

des parties aux opérations bancaires actuelles. Elle conduirait en outre à ce que la loi régissant une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire soit la même que celle applicable aux questions réglementaires. Le lieu de situation de la succursale est souvent considéré comme étant le lieu de situation d'un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire aux fins des questions réglementaires ou autres pour lesquelles ce lieu doit être déterminé.

50. Une autre approche consiste à se référer à la loi spécifiée dans la convention de compte comme régissant celle-ci ou à toute autre loi expressément indiquée dans la convention de compte, sous réserve que la banque dépositaire ait une succursale dans l'État dont la loi est ainsi désignée. Si la convention de compte est silencieuse sur ce point, la loi applicable est déterminée conformément aux mêmes règles de rattachement subsidiaire que celles énoncées à l'article 5 de la Convention de La Haye sur les titres (voir recommandation 210, variante B). La loi applicable répondrait ainsi aux attentes des parties à la convention. Les tiers pourraient savoir quelle loi a été désignée dans la convention de compte, étant donné que le constituant (titulaire du compte) communiquerait normalement des informations sur cette convention pour obtenir un prêt sur la base des fonds crédités sur le compte.

51. Comme pour les instruments négociables, et pour les mêmes raisons, la loi de l'État où se trouve le constituant pourrait s'appliquer à l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire lorsque l'opposabilité peut être assurée par inscription dans le lieu de situation du constituant (voir par. 34 ci-dessus et recommandation 211).

ii) *Droits de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant*

52. Dans de nombreux États, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté sur un droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant sont régies par la loi spécifiée dans l'engagement de garantie (pour cette approche, voir recommandation 212). Si l'engagement de garantie est silencieux sur ce point, la loi qui régit ces questions est celle de l'État où se trouve l'établissement de la personne qui a émis l'engagement (ou qui a accepté de s'exécuter au titre de l'engagement, selon le cas) (voir recommandation 213). On estime que cette loi est celle qui présente le lien le plus étroit avec l'engagement. Son application correspond également aux attentes normales des parties à de telles opérations. S'agissant de la constitution d'une sûreté sur un tel bien, la règle générale de conflit de lois pour les sûretés sur les biens meubles incorporels (à savoir la loi du lieu de situation du constituant) continue à s'appliquer compte tenu du fait que la constitution entraîne seulement l'efficacité de la sûreté entre les parties à la convention constitutive de sûreté et n'a pas d'incidence sur les droits des autres parties.

53. Toutefois, si un engagement de garantie indépendant est émis pour garantir l'exécution d'une obligation au titre d'une créance ou d'un instrument négociable, la loi régissant la constitution et l'opposabilité d'une sûreté sur la créance ou l'instrument négociable déterminera si la sûreté s'étend automatiquement à l'engagement (voir recommandation 214). Cette approche se justifie par la nécessité d'appliquer, dans un souci de cohérence, la même loi à la constitution et à l'opposabilité d'une sûreté grevant une créance ou un instrument négociable et un droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant qui en garantit le paiement ou une autre forme d'exécution.

iii) *Créances liées à des biens immeubles*

54. Lorsqu'une créance naît de la vente ou de la location d'un immeuble ou qu'elle est garantie par un immeuble, la loi de l'État où se trouve le constituant devrait normalement, comme pour toute autre créance, régir les aspects réels d'une sûreté réelle mobilière sur la créance. Cependant, le *Guide* recommande qu'un conflit de priorité où au moins l'un des réclamants concurrents a inscrit son droit dans le registre immobilier de l'État dans lequel est situé l'immeuble soit régi par la loi de l'État sous l'autorité duquel le registre est tenu (voir recommandation 209). Cette dernière règle a pour objet de faire en sorte que la loi de l'État dans lequel est tenu le registre s'applique effectivement aux parties auxquelles elle permet d'utiliser le registre. Pour la même raison, cette règle ne s'applique qu'à la situation où, conformément à la loi de l'État du registre, l'inscription joue un rôle pour l'opposabilité et la priorité.

6. Loi applicable à la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit

55. Il y a généralement trois approches en ce qui concerne la loi applicable à la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit.

56. La première consiste à renvoyer à la loi applicable à la sûreté sur les biens initialement grevés pour déterminer la loi applicable à la sûreté sur le produit. Si, par exemple, les biens initialement grevés sont des stocks situés dans l'État A, le produit revêt la forme de créances et le constituant se trouve dans l'État B, la loi de l'État A s'appliquerait à la constitution d'une sûreté sur les créances, à son opposabilité et à sa priorité. Un conflit de priorité entre une sûreté sur les créances en tant que produit découlant des stocks et une sûreté sur les créances en tant que biens initialement grevés serait donc régi par la loi de l'État A (c'est-à-dire la loi du lieu de situation des stocks). Ainsi, la sécurité juridique quant à la loi applicable serait améliorée au profit des parties octroyant un financement sur stocks sur la base des créances en tant que produit.

57. Cette approche a toutefois des inconvénients majeurs pour les parties octroyant un financement par cession de créances. Elle conduirait par exemple à l'application d'une autre loi que celle qui, selon ces parties, devrait s'appliquer à leurs droits sur les créances en tant que biens initialement grevés. Un autre inconvénient est que ces parties seraient incapables de prévoir la loi applicable, étant donné qu'elle dépendrait de la question de savoir si le conflit naît avec les parties octroyant un financement sur stocks (auquel cas s'appliquerait la loi du lieu de situation de ces stocks) ou avec un autre réclamant concurrent (auquel cas s'appliquerait la loi du lieu de situation du constituant). Cette approche n'apporte pas non plus de solution aux conflits tripartites entre la partie octroyant un financement par cession de créances, la partie octroyant un financement sur stocks et un autre réclamant concurrent. De plus, elle compromettrait le choix de la loi du lieu de situation du constituant comme loi applicable à une sûreté sur des créances car les créances découlent souvent de la vente de biens meubles corporels. La partie octroyant un financement par cession de créances ne pourrait alors, dans bien des cas, s'appuyer sur la loi du lieu de situation du constituant.

58. Une deuxième approche consiste à renvoyer à la loi applicable aux sûretés réelles mobilières sur les biens de même type que le produit. Dans l'exemple donné ci-dessus, la

loi de l'État B (la loi du lieu de situation du constituant) s'appliquerait à la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté sur des créances. Des considérations de simplicité et de sécurité militeraient en faveur de cette approche qui permettrait toujours de déterminer la loi applicable indépendamment des parties en conflit.

59. Une troisième approche encore consiste à combiner les deux approches ci-dessus, en retenant la deuxième pour l'opposabilité et la priorité d'une sûreté sur le produit et la première pour la constitution d'une telle sûreté. Ainsi, la question de savoir si une sûreté s'étend au produit serait régie par la loi applicable à la constitution d'une sûreté sur les biens initialement grevés dont découle le produit, tandis que l'opposabilité et la priorité d'une sûreté sur le produit seraient soumises à la loi qui leur aurait été applicable si le produit avait été le bien initialement grevé.

60. Cette approche répondrait aux attentes d'un créancier qui obtient une sûreté sur des stocks conformément au droit interne prévoyant le report automatique de cette sûreté sur le produit. Elle répondrait aussi aux attentes des parties octroyant un financement par cession de créances quant à la loi applicable à la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté sur des créances en tant que biens initialement grevés. Enfin, elle permettrait à la partie octroyant un financement sur stocks de s'appuyer sur la loi régissant sa sûreté pour savoir si la sûreté s'étend au produit et permettrait à tous les réclamants concurrents d'identifier avec certitude la loi qui régira un éventuel conflit de priorité. Pour toutes ces raisons, cette approche est celle que le *Guide* recommande (voir recommandation 215).

7. Loi applicable aux droits et obligations des parties à la convention constitutive de sûreté

61. Comme il a été indiqué (voir par. 12 ci-dessus), les règles sur la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière ne portent que sur les aspects réels (*in rem*) de la sûreté. Elles ne s'appliquent pas aux droits et obligations réciproques des parties à la convention constitutive de sûreté, qui sont régis par la loi qu'elles ont choisie et, en l'absence de choix, par la loi régissant cette convention conformément aux règles de conflit de lois généralement applicables aux obligations contractuelles. Telle est l'approche recommandée par le *Guide* (voir recommandation 216). Il existe plusieurs règles de conflit de lois applicables aux obligations contractuelles. Par exemple, dans un État où s'applique la Convention de Rome, faute pour les parties à la convention constitutive de sûreté d'avoir choisi la loi applicable, leurs droits et obligations réciproques seront régis par la loi qui présente les liens les plus étroits avec ladite convention (voir art. 4, par. 1, de la Convention de Rome). On peut présumer qu'une convention de prêt par laquelle est aussi consentie une sûreté présente les liens les plus étroits avec l'État dans lequel la partie devant fournir la prestation caractéristique a son administration centrale ou sa résidence habituelle (voir art. 4, par. 2, de la Convention de Rome). Dans ladite convention, cette partie peut être le prêteur. Dans une vente sous réserve de propriété, ce peut être le vendeur.

8. Loi applicable aux droits et obligations des tiers débiteurs

62. Les sûretés sur des biens meubles incorporels font généralement intervenir des tiers tels que le débiteur d'une créance, un débiteur dans le cadre d'un instrument négociable,

la banque dépositaire dans le cas d'un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée dans un engagement de garantie indépendant ou l'émetteur d'un document négociable. Les règles de conflit de lois régissant les aspects réels ou la réalisation d'une sûreté ne sont pas nécessairement appropriées pour déterminer la loi applicable aux obligations des tiers à l'encontre desquels le créancier garanti peut vouloir exercer les droits découlant de sa sûreté. L'application de ces règles irait à l'encontre des attentes des parties qui ont une obligation de paiement, ou autre, découlant du bien grevé mais qui ne participent pas à l'opération visée dans la convention constitutive de sûreté.

63. En particulier, le fait qu'une créance ait été grevée d'une sûreté ne devrait pas emporter soumission des obligations du débiteur de la créance à une loi différente de celle régissant ladite créance. Des considérations similaires valent pour les obligations du débiteur dans le cadre d'un instrument négociable, de la banque dépositaire, du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée dans un engagement de garantie indépendant ou de l'émetteur d'un document négociable lorsqu'une sûreté a été constituée sur l'instrument négociable, le droit au paiement des fonds crédités sur le compte bancaire, le droit de recevoir le produit de l'engagement ou le document négociable. D'une manière générale, il est admis que l'existence de la sûreté ne devrait pas évincer la loi applicable à la relation entre toutes ces parties et le constituant et que cette loi devrait aussi régir la relation de ces parties avec le créancier garanti. Les règles de conflit de lois que le *Guide* recommande suivent cette approche (voir recommandation 217).

9. Loi applicable à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière

64. Dans la plupart des États, les questions de procédure sont régies par la loi de l'État dans lequel est prise la mesure procédurale considérée. Or, la réalisation peut soulever des questions de fond ou de procédure. En général, l'État du for se réfère à sa propre loi pour déterminer ce qui relève du fond et ce qui relève de la procédure. On trouvera ci-après des exemples de questions généralement considérées comme étant de fond: la nature et la portée des voies de droit qui s'offrent au créancier pour réaliser sa sûreté sur les biens grevés; la possibilité d'utiliser ou non ces voies de droit (ou certaines d'entre elles) sans saisir de tribunal; les conditions auxquelles le créancier garanti doit satisfaire pour pouvoir prendre possession des biens et en disposer (ou en obtenir la disposition judiciaire); le pouvoir qu'a le créancier garanti de recouvrer des créances grevées; et les obligations du créancier garanti envers d'autres créanciers du constituant.

65. Pour ce qui est des questions de fond concernant la réalisation, lorsqu'une sûreté a été constituée et rendue opposable conformément à la loi d'un État mais que sa réalisation est demandée dans un autre État, il s'agit de savoir quelle est la loi applicable pour déterminer les voies de droit qui s'offrent au créancier garanti. Cette question revêt une grande importance pratique lorsque les règles matérielles de réalisation des deux États diffèrent considérablement. Par exemple, la loi régissant la sûreté pourrait autoriser la réalisation par le créancier garanti sans recours préalable au système judiciaire, alors que la loi du lieu de réalisation pourrait exiger une intervention judiciaire préalable. Chacune des solutions possibles à cette question comporte des avantages et des inconvénients.

66. Une possibilité serait de soumettre les moyens de réalisation de la sûreté à la loi du lieu de réalisation, c'est-à-dire à la loi de l'État du for (*lex fori*). Le lieu de réalisation

d'une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel serait dans la plupart des cas l'État où se trouve ce bien, tandis qu'une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble incorporel, telle une créance, pourrait être réalisée dans l'État où se trouve le débiteur de la créance. Les raisons militant pour cette approche sont notamment les suivantes:

a) La loi applicable aux moyens de réalisation coïnciderait avec celle généralement applicable aux questions de procédure;

b) La loi applicable aux moyens de réalisation coïnciderait, dans de nombreux cas, avec la loi de l'État où se trouvent les biens qui font l'objet de la réalisation (et pourrait aussi coïncider avec la loi régissant la priorité si les règles de conflit de lois de l'État concerné renvoient à ce lieu pour les questions de priorité); et

c) Les règles seraient les mêmes pour tous les créanciers ayant l'intention d'exercer des droits au lieu de réalisation contre les biens d'un constituant, que ces droits soient d'origine nationale ou étrangère.

67. Choisir la *lex fori*, cependant, peut être source d'incertitude si les biens grevés sont des biens meubles incorporels. Par exemple, quel sera le lieu de réalisation lorsque le bien grevé est une créance? La réponse à cette question risque d'être très problématique, car elle exigerait de définir dans la loi les critères permettant de déterminer le lieu de situation de la créance (voir par. 41 ci-dessus). En outre, le créancier garanti pourrait se trouver dans un autre État au moment où les premières étapes de la réalisation sont engagées. Dans le cas d'une cession globale de créances dues par des débiteurs situés dans plusieurs États, de multiples lois peuvent s'appliquer à la réalisation. Le problème serait le même si une mesure de réalisation devait être exécutée dans un État (par exemple la notification au débiteur de la créance) et une autre dans un État différent (par exemple le recouvrement ou la vente de la créance). Dans le cas de créances futures, le créancier garanti peut ignorer au moment de la cession quelle loi régira ses moyens de réalisation. Toutes ces incertitudes quant à la loi applicable pourraient avoir un impact négatif sur l'offre et le coût du crédit.

68. Un autre problème est que la *lex fori* pourrait ne pas répondre aux attentes des parties. Celles-ci s'attendront sans doute que leurs droits et obligations respectifs en cas de réalisation soient ceux prévus par la loi sous l'empire de laquelle la priorité de la sûreté sera déterminée. Par exemple, si la réalisation extrajudiciaire est permise par la loi régissant la priorité de la sûreté, elle devrait également être possible dans l'État où le créancier garanti doit réaliser sa sûreté même si elle n'est généralement pas autorisée par le droit interne de cet État.

69. Une autre possibilité serait donc de soumettre les questions de fond concernant la réalisation à la loi régissant la priorité d'une sûreté. L'avantage de cette approche serait de lier étroitement les questions de réalisation aux questions de priorité (par exemple, la manière dont un créancier garanti réalisera sa sûreté peut avoir une incidence sur les droits des réclamants concurrents). Elle pourrait également présenter un autre avantage: la loi régissant la priorité étant souvent aussi celle qui régit la constitution et l'opposabilité de la sûreté, il en résulterait en fin de compte que les questions de constitution, d'opposabilité, de priorité et de réalisation seraient généralement soumises à la même loi.

70. Une troisième possibilité serait une règle en vertu de laquelle la loi régissant la relation contractuelle des parties s'appliquerait également aux questions de réalisation, ce

qui permettrait de faire en sorte que la loi applicable corresponde souvent à l'attente des parties. De cette manière, cette loi coïnciderait en outre dans bien des cas avec la loi applicable à la constitution de la sûreté, étant donné que cette loi est fréquemment retenue comme étant également la loi régissant les obligations contractuelles des parties. Cependant, selon cette approche, les parties pourraient librement choisir, en ce qui concerne les questions de réalisation, une loi autre que celle de l'État du for ou autre que la loi régissant la priorité. Cette solution serait défavorable aux tiers, qui n'auraient probablement aucun moyen de déterminer la nature des voies de droit susceptibles d'être utilisées par un créancier garanti contre les biens de leur débiteur commun. En conséquence, la règle consistant à soumettre les questions de réalisation à la loi régissant la relation contractuelle des parties devrait comporter des exceptions visant à tenir compte des intérêts des tiers, ainsi que des règles impératives de l'État du for ou de la loi régissant la constitution, l'opposabilité et la priorité.

71. Une quatrième possibilité serait d'essayer de concilier les avantages des approches fondées sur la loi du lieu de réalisation (*lex fori*) et sur la loi régissant la priorité. La réalisation d'une sûreté sur des biens meubles corporels pourrait alors être régie par la *lex fori*, tandis que la réalisation d'une sûreté sur des biens meubles incorporels tomberait sous l'empire de la loi applicable à la priorité. C'est la solution recommandée par le *Guide* car elle préserve les avantages de l'utilisation de la *lex fori* pour les biens meubles corporels, tout en évitant les difficultés qui pourraient survenir si cette loi devait s'appliquer aux biens meubles incorporels (voir recommandation 218).

72. On notera que les règles de conflit de lois ci-dessus relatives à la réalisation ne régissent pas la relation entre un créancier garanti et des tiers débiteurs. Comme on l'a vu (par. 62 et 63 ci-dessus), les obligations de ces derniers envers le créancier garanti sont généralement régies par la même loi que celle qui est applicable à leur relation avec le constituant. En outre, les règles de conflit de lois relatives à la réalisation n'ont pour objet que de régir les questions de fond et ne s'appliquent pas aux questions de procédure (qui, dans certains États, ne pourraient se poser que dans le cas d'une réalisation judiciaire).

10. Règles et moment devant servir de référence pour déterminer le lieu de situation

73. Étant donné que les règles générales de conflit de lois concernant les sûretés réelles mobilières sur des biens meubles corporels et incorporels désignent le lieu de situation des biens grevés et le lieu de situation du constituant, respectivement, il est essentiel de pouvoir identifier aisément ces lieux. Pour les biens meubles corporels, il s'agit généralement du lieu où ils se trouvent physiquement et il n'est donc pas nécessaire de prévoir une règle spécifique à cet égard. Pour déterminer le lieu de situation du constituant, en revanche, une telle règle est nécessaire. Le domicile légal et la résidence d'une personne physique pourraient se trouver dans des États différents. De même, une personne morale peut avoir son siège statutaire dans un autre État que celui où se trouve son établissement principal ou son centre de décision.

74. Comme il a été indiqué plus haut, la Convention des Nations Unies sur la cession définit le lieu de situation du constituant comme suit: le constituant est situé dans l'État où il a son établissement ou, s'il a des établissements dans plus d'un État, dans l'État où

s'exerce son administration centrale. Si le constituant n'a pas d'établissement, il est fait référence à l'État où il a sa résidence habituelle (voir art. 5, al. *h*, de la Convention). La définition du *Guide* est identique (voir recommandation 219).

75. Quel que soit le critère de rattachement retenu afin de déterminer la règle de conflit de lois la plus appropriée pour une question donnée, le lieu de situation servant de critère peut changer après la constitution d'une sûreté. Par exemple, quand la loi applicable est celle de l'État où se trouve le siège social du constituant, ce dernier pourrait transférer par la suite son siège dans un autre État. De même, lorsque la loi applicable est celle de l'État où les biens grevés sont situés, ces biens peuvent être déplacés vers un autre État. Il faut donc aussi définir le moment devant servir de référence pour déterminer le lieu de situation.

76. Si cette question n'est pas réglée de façon expresse, les règles générales de conflit de lois concernant la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté pourraient être interprétées comme suit: en cas de changement du lieu de situation, la loi initialement applicable continue de régir les questions de constitution (parce qu'elles se sont posées avant ce changement), tandis que la loi applicable ultérieurement régirait les événements postérieurs qui soulèvent des questions d'opposabilité ou de priorité. Par exemple, lorsque la loi applicable à l'opposabilité est celle du lieu de situation du constituant, l'opposabilité de la sûreté au représentant de l'insolvabilité du constituant serait déterminée par application de la loi de l'État du nouveau lieu où se trouve le constituant au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

77. Cependant, le silence de la loi sur ces questions pourrait donner lieu à d'autres interprétations. Par exemple, une interprétation possible serait que la loi applicable ultérieurement régit également la constitution entre les parties en cas de conflit de priorité survenant après le changement du lieu de situation au motif que les tiers concluant des opérations avec le constituant ont le droit de déterminer la loi applicable à toutes les questions en se fondant sur le lieu effectif de l'élément de rattachement, à savoir le lieu où celui-ci se trouve au moment de leurs opérations.

78. Par conséquent, il est nécessaire de formuler des orientations sur ces questions pour permettre aux parties intéressées de déterminer avec certitude si un changement de lieu de situation conduirait à l'application d'une loi autre que celle initialement escomptée par les parties dans le cas où l'État du nouveau lieu de situation des biens ou du constituant posséderait une règle de conflit de lois différente. Aussi, le *Guide* recommande-t-il ce qui suit: *a)* pour déterminer la loi applicable à la constitution, le lieu de référence devrait normalement être le lieu dans lequel se situe le bien grevé ou le constituant au moment de la constitution présumée (prétendue ou affirmée) (ainsi, en cas de cessions des mêmes créances dans des lieux de situation différents, les deux auraient effet entre les parties); et *b)* pour déterminer la loi applicable à l'opposabilité et à la priorité, le lieu de référence devrait être le lieu de situation au moment où la question se pose (ainsi, la loi du nouveau lieu de situation du constituant-cédant régirait l'opposabilité et la priorité). Toutefois, en cas de conflit concernant uniquement des créanciers concurrents dont les droits sont devenus opposables avant que le lieu de situation du bien ou du constituant ne change, les questions d'opposabilité et de priorité devraient être régies par la loi du lieu de situation initial (voir recommandation 220). Le *Guide* recommande également qu'un créancier garanti (cessionnaire dans le cas d'une créance)

qui satisfait aux conditions d'opposabilité au premier lieu de situation du constituant (cédant dans le cas d'une créance) dispose d'un bref délai pour rendre sa sûreté opposable en vertu de la loi du nouveau lieu de situation du constituant pour maintenir ainsi son opposabilité et sa priorité (de sorte que le premier constituant-cédant serait protégé; voir recommandation 45, chap. III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière).

11. Ordre public et lois de police

79. Selon les règles de conflit de lois de nombreux États, l'État du for ne peut refuser d'appliquer la loi désignée par ses règles de conflit de lois que si elle conduit à un résultat manifestement contraire à son ordre public ou aux dispositions de son droit qui, même dans les situations internationales, sont impératives. Cette règle vise à préserver les principes fondamentaux de justice de l'État du for. Si, par exemple, la loi de l'État du for n'autorise pas la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur des prestations de retraite pour des raisons d'ordre public, cet État peut refuser d'appliquer une disposition de la loi applicable qui reconnaîtrait la constitution d'une telle sûreté (voir recommandation 222). Ce principe ne devrait toutefois pas autoriser l'État du for à appliquer ses propres règles d'opposabilité et de priorité à la place de celles de la loi applicable (voir recommandation 222, al. *c*). Il doit appliquer les autres dispositions de cette loi pour déterminer l'opposabilité et la priorité. Cette approche se justifie par la nécessité d'assurer la sécurité juridique quant à la loi applicable à l'opposabilité et à la priorité. On trouve la même approche au paragraphe 2 de l'article 23, au paragraphe 2 de l'article 30 et à l'article 31 de la Convention des Nations Unies sur la cession, ainsi qu'au paragraphe 3 de l'article 11 de la Convention de La Haye sur les titres.

12. Incidence de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sur la loi applicable aux sûretés réelles mobilières

80. La détermination de la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté et aux droits du créancier garanti après défaillance peut poser des problèmes supplémentaires lorsqu'une procédure d'insolvabilité est ouverte dans un État et que certains des actifs ou créanciers du débiteur se trouvent dans un autre État, ou lorsque des procédures d'insolvabilité sont ouvertes dans deux États différents du fait de la nature multinationale de l'entreprise du débiteur. Toutefois, dans un cas comme dans l'autre, la plupart des États prévoient que les règles générales de conflit de lois applicables en dehors de ces procédures régiraient ces questions, sous réserve des limitations examinées ci-dessous. Cela est conforme à la recommandation 30 du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, selon laquelle l'État où une procédure d'insolvabilité est ouverte (c'est-à-dire l'État du for) devrait appliquer ses règles de conflit de lois pour déterminer la loi qui régit des questions telles que la validité et l'opposabilité des droits et créances (et des sûretés) qui existent au moment de l'ouverture de la procédure (voir aussi la recommandation 223 du présent *Guide*).

81. Une fois la validité et l'opposabilité d'une sûreté déterminées conformément à la loi autre que celle sur l'insolvabilité qui s'applique en dehors des procédures d'insolvabilité en vertu des règles de conflit de lois de l'État du for, il se pose une deuxième question, qui concerne les effets de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sur la priorité des

sûretés. Il est généralement admis que la loi sur l'insolvabilité de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité (*lex fori concursus*) s'applique à l'ouverture, au déroulement, y compris le classement des créances, à l'administration et à la conclusion de cette procédure (on parle des "effets de l'insolvabilité") (voir recommandation 31 du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité). Ce principe risque de modifier la priorité relative qu'une sûreté aurait en vertu du droit des opérations garanties et d'établir des catégories de créances qui primeraient, lors de la répartition, une sûreté dans une procédure d'insolvabilité. En outre, indépendamment des questions de priorité, il se peut qu'une sûreté soit soumise aux dispositions d'annulation de la loi sur l'insolvabilité de l'État du for (voir recommandation 88 du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité).

82. Si les effets de l'insolvabilité sur les sûretés sont habituellement régis par la *lex fori concursus*, certains États n'en ont pas moins adopté des exceptions. Ainsi, un État du for peut s'en remettre, pour ce qui est des effets de l'insolvabilité sur les sûretés grevant des biens attachés à des immeubles, à la loi sur l'insolvabilité de l'État dans lequel les biens immeubles sont situés (*lex rei sitae*). Le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité traite de ces exceptions plus en détail (voir deuxième partie, chap. I, par. 85 à 91), mais ne recommande pas d'appliquer une règle fondée sur la *lex rei sitae* aux effets de l'insolvabilité sur des biens attachés à des immeubles, voire, généralement, à des biens meubles. Au lieu de cela, il recommande, d'une manière générale, que toutes exceptions à l'applicabilité de la *lex fori concursus* aux effets de l'insolvabilité soient limitées en nombre et clairement énoncées dans la loi sur l'insolvabilité (voir Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, deuxième partie, chap. I, par. 88, et recommandation 34).

B. Remarques particulières concernant les États à plusieurs unités

83. Le terme "État", dans le présent *Guide*, désigne un État souverain. La question se pose toutefois de savoir quelle loi s'appliquera lorsque, pour une question donnée, les règles de conflit de lois renvoient à un État qui comprend plusieurs unités territoriales ayant chacune son propre système juridique en la matière, ce qui pourrait être le cas dans des États fédéraux où le droit des opérations garanties relève généralement de la compétence législative des unités territoriales. Pour que les règles de conflit de lois fonctionnent lorsque la loi applicable est la loi d'un tel État (même si l'État du for n'est pas un État à plusieurs unités), il est nécessaire de déterminer l'unité territoriale dont la loi s'appliquera.

84. Normalement, lorsque l'on renvoie à la loi d'un État à plusieurs unités, on désigne la loi en vigueur dans l'unité territoriale concernée, déterminée en fonction du facteur de rattachement applicable (tel que le lieu de situation du bien ou du constituant). Par exemple, si la loi applicable est la loi d'un État à trois unités (A, B et C), la référence à la loi du lieu de situation du constituant comme loi applicable à une sûreté sur une créance revient à désigner la loi de l'unité A si le lieu où le constituant exerce son administration centrale se situe dans l'unité A (voir recommandation 224).

85. Pour préserver la cohérence des règles internes de conflit de lois d'un État comprenant plusieurs unités, le *Guide* adopte une approche suivie par de nombreuses conventions

internationales et recommande que ces règles continuent de s'appliquer, mais seulement sur le plan interne (voir recommandation 225). Si on prend l'exemple donné dans le paragraphe précédent, lorsque le constituant se trouve dans l'unité A, la loi de l'unité B s'appliquerait si les règles de conflit internes de l'unité A désignent la loi de l'unité B comme étant applicable, ce qui pourrait être le cas si les règles de conflit de l'unité A prévoient (comme dans le *Guide*) que la loi du lieu de situation du constituant régit l'opposabilité et la priorité d'une sûreté sur une créance mais définissent le lieu de situation différemment. Si le lieu de situation du constituant tel qu'il est défini dans le *Guide* (autrement dit le lieu de son administration centrale) se situe dans l'unité A, mais que la loi de l'unité A définit le lieu de situation du constituant comme le lieu où se situe son siège social et que celui-ci se trouve dans l'unité B, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté sur la créance seront régies par la loi de l'unité B, ce qui semble déroger à la règle générale sur l'exclusion du renvoi (voir recommandation 221). Cependant, cette dérogation concerne seulement le renvoi interne, ce qui ne compromet pas la sécurité juridique quant à la loi applicable. Dans l'exemple cité ci-dessus, il n'y aurait pas de référence à une loi autre que celle de l'unité A, si le siège social du constituant était situé dans un autre État que dans l'État dont l'unité A fait partie.

86. Ces règles sur les États à plusieurs unités ne concernent que les questions qui, dans un État de ce type, sont régies par les lois des unités territoriales. Ainsi, elles n'ont aucune incidence dans un État fédéral dont la constitution prévoit que les questions relatives aux opérations garanties sont régies par les lois fédérales.

87. Pour ce qui est de la loi applicable à une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, le *Guide* propose plusieurs variantes à titre de recommandations (voir par. 49 à 51 plus haut). Dans la variante A, la loi applicable lorsqu'une banque qui tient le compte a des établissements dans plus d'un État est la loi de l'État où se trouve la succursale qui tient le compte (voir recommandation 210, variante A). En conséquence, le fait que l'État se compose d'une ou de plusieurs unités n'aura aucune incidence sur la détermination de la loi applicable. Dans la variante B, par contre, les parties peuvent, dans certains cas, choisir la loi qui s'applique au compte. Dans le cas d'un État à plusieurs unités, par conséquent, les références à "l'État" figurant dans la recommandation 210 renverront à l'unité territoriale et il faudra prévoir des règles supplémentaires pour régir la détermination de cette unité territoriale (voir recommandations 226 et 227).

C. Recommandations 203 à 227*

Objet

Les dispositions relatives au conflit de lois ont pour objet de déterminer la loi applicable aux questions suivantes: la constitution d'une sûreté réelle mobilière, son opposabilité et sa priorité; ainsi que les droits et obligations du constituant, du créancier garanti et des tiers, avant et après défaillance[2].

* Les recommandations relatives au conflit de lois ont été élaborées en étroite collaboration avec le Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé.

[2] Les questions de conflit de lois se posant dans le cadre du financement d'acquisitions sont traitées dans le chapitre IX. Celles se posant dans le cadre de l'insolvabilité le sont dans le présent chapitre et au chapitre XII.

1. Recommandations générales

Loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel

203. La loi[3] devrait prévoir que, sous réserve des dispositions des recommandations 204 à 207 et 211, la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel est celle de l'État dans lequel est situé le bien.

204. La loi devrait prévoir que la loi applicable aux questions mentionnées dans la recommandation 203 concernant une sûreté réelle mobilière sur un type de bien meuble corporel habituellement utilisé dans plusieurs États est la loi de l'État où est situé le constituant.

205. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière grevant un bien meuble corporel est soumise à inscription dans un registre spécialisé ou à annotation sur un certificat de propriété, la loi applicable aux questions mentionnées dans la recommandation 203 est la loi de l'État sous l'autorité duquel le registre est tenu ou le certificat de propriété est émis.

206. La loi devrait prévoir que la loi applicable à la priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un bien meuble corporel rendue opposable par transfert de la possession d'un document négociable sur une sûreté réelle mobilière concurrente rendue opposable par une autre méthode est la loi de l'État dans lequel est situé le document.

Loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel en transit ou destiné à l'exportation

207. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel (autre qu'un instrument ou document négociable) en transit ou devant être exporté depuis l'État où il se situe au moment de la constitution de la sûreté peut être constituée et rendue opposable conformément à la loi de l'État où le bien se situe au moment de la constitution, comme le prévoit la recommandation 203 ou conformément à la loi de l'État de sa destination finale, à condition que ce bien parvienne dans cet État dans un délai de [bref délai à spécifier] jours à compter de la date de la constitution.

Loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble incorporel

208. La loi devrait prévoir que la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble incorporel est la loi de l'État dans lequel se situe le constituant.

Loi applicable à une sûreté réelle mobilière grevant des créances nées d'une vente, d'une location ou d'une opération garantie par une convention constitutive de sûreté se rapportant à un bien immeuble

209. La loi devrait prévoir que la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur une créance née d'une vente, d'une location ou d'une opération garantie par une convention constitutive de sûreté se rapportant à un bien immeuble, est la loi de l'État dans lequel est situé le cédant. Toutefois, la loi applicable à un conflit de priorité avec le droit d'un réclamant concurrent qui est inscrit dans un registre immobilier est la loi de l'État sous l'autorité duquel le registre est tenu. La règle énoncée dans la phrase précédente s'applique uniquement si l'inscription sert, dans cette loi, à déterminer la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur la créance.

[3] Le terme "loi" dans le présent chapitre désigne la loi sur les opérations garanties ou toute autre règle de droit dans laquelle un État peut inclure des dispositions relatives au conflit de lois.

Loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire

210. La loi devrait prévoir que la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, ainsi qu'aux droits et obligations de la banque dépositaire concernant la sûreté, est

Variante A[*]

la loi de l'État où la banque qui tient le compte bancaire a son établissement. Si celle-ci a des établissements dans plusieurs États, il est fait référence au lieu où se situe la succursale qui tient le compte.

Variante B

la loi de l'État expressément indiquée dans la convention de compte comme régissant celle-ci ou, si la convention de compte désigne expressément une autre loi applicable à toutes ces questions, cette autre loi. Toutefois, la loi désignée conformément à la phrase précédente ne s'applique que si la banque dépositaire a, au moment de la conclusion de la convention de compte, un établissement dans cet État qui exerce à titre habituel une activité de tenue de comptes bancaires. Si la loi applicable n'est pas déterminée conformément aux deux phrases précédentes, elle doit l'être conformément à des règles de rattachement subsidiaire fondées sur l'article 5 de la Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire[4].

La présente recommandation est soumise à l'exception prévue dans la recommandation 211.

Loi applicable à l'opposabilité par inscription d'une sûreté réelle mobilière sur certains types de biens

211. La loi devrait prévoir que, si l'État où se situe le constituant reconnaît l'inscription comme une méthode permettant de rendre opposable une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable ou un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, sa loi est celle qui est applicable pour déterminer si l'opposabilité a été assurée par inscription conformément à ses lois.

Loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant

212. La loi devrait prévoir que la loi de l'État spécifiée dans l'engagement de garantie indépendant d'un garant/émetteur, d'un confirmateur ou d'une personne désignée est la loi applicable:

a) Aux droits et obligations du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée qui a reçu une demande d'acceptation ou qui a effectué ou pourrait effectuer un paiement, ou qui s'est exécutée ou pourrait s'exécuter d'une autre manière, au titre de l'engagement;

[*] Un État peut adopter la variante A ou la variante B de la recommandation 210.

[4] Un État qui adopte la variante B de la recommandation 210 doit aussi adopter les recommandations 226 et 227.

b) Au droit de réaliser une sûreté réelle mobilière sur le droit de recevoir le produit de l'engagement de garantie indépendant à l'encontre du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée; et

c) Sous réserve des dispositions de la recommandation 213, à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur le droit de recevoir le produit de l'engagement de garantie indépendant.

213. La loi devrait prévoir que, si la loi applicable n'est pas spécifiée dans l'engagement de garantie indépendant du garant/émetteur ou du confirmateur, la loi applicable aux questions mentionnées dans la recommandation 212 est celle de l'État où se trouve la succursale ou l'établissement du garant/émetteur ou du confirmateur qui est indiqué dans l'engagement. Cependant, dans le cas d'une personne désignée, la loi applicable est celle de l'État où se trouve la succursale ou l'établissement de la personne désignée qui effectue un paiement ou qui s'exécute d'une autre manière au titre de l'engagement.

214. La loi devrait prévoir que la loi applicable à la constitution et à l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur une créance, un instrument négociable ou un autre droit, dont un engagement de garantie indépendant garantit le paiement ou une autre forme d'exécution, est également la loi applicable à la question de savoir si une sûreté réelle mobilière sur le droit de recevoir le produit de cet engagement est constituée et est devenue opposable automatiquement, comme envisagé dans les recommandations 25 (chap. II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière) et 48 (chap. III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière).

Loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur le produit

215. La loi devrait prévoir que:

a) La loi applicable à la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur le produit est la loi applicable à la constitution de la sûreté sur le bien initialement grevé dont découle le produit; et

b) La loi applicable à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit est la loi applicable à l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur un bien du même type que le produit.

Loi applicable aux droits et obligations du constituant et du créancier garanti

216. La loi devrait prévoir que la loi applicable aux droits et obligations réciproques du constituant et du créancier garanti, qui découlent de leur convention constitutive de sûreté, est la loi qu'ils ont choisie et, en l'absence de choix, la loi régissant cette convention.

Loi applicable aux droits et obligations des tiers débiteurs et des créanciers garantis

217. La loi devrait prévoir que la loi applicable à une créance, un instrument négociable ou un document négociable est également la loi applicable:

a) À la relation entre le débiteur de la créance et le cessionnaire de la créance et à la relation entre un débiteur dans le cadre d'un instrument négociable et le titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur cet instrument;

b) Aux conditions dans lesquelles une cession de la créance, une sûreté réelle mobilière sur l'instrument négociable ou une sûreté réelle mobilière sur le document négociable peut être opposée au débiteur de la créance, au débiteur dans le cadre de l'instrument négociable ou à l'émetteur du document négociable (y compris le point de savoir si une convention d'incessibilité peut être invoquée par ces derniers); et

c) À la question de savoir si le débiteur de la créance, le débiteur dans le cadre de l'instrument négociable ou l'émetteur du document négociable a été libéré de ses obligations.

Loi applicable à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière

218. La loi devrait prévoir que, sous réserve des dispositions de la recommandation 223, la loi applicable aux questions touchant la réalisation d'une sûreté réelle mobilière:

a) Sur un bien meuble corporel est la loi de l'État où a lieu la réalisation; et

b) Sur un bien meuble incorporel est la loi applicable à la priorité de la sûreté réelle mobilière.

Signification du "lieu de situation" du constituant

219. La loi devrait prévoir que, aux fins des dispositions sur le conflit de lois, le constituant est situé dans l'État où il a son établissement. Si le constituant a des établissements dans plus d'un État, l'établissement pertinent est celui où s'exerce son administration centrale. S'il n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.

Moment devant servir de référence pour déterminer le lieu de situation

220. La loi devrait prévoir que:

a) Sous réserve de l'alinéa *b* de la présente recommandation, le lieu de situation des biens ou du constituant dans les dispositions relatives au conflit de lois désigne, pour les questions de constitution, leur lieu de situation au moment de la constitution présumée de la sûreté réelle mobilière et, pour les questions d'opposabilité et de priorité, leur lieu de situation au moment où ces questions se posent;

b) Si les droits de tous les réclamants concurrents sur un bien grevé ont été constitués et rendus opposables avant que le lieu de situation du bien ou du constituant ne change, le lieu de situation du bien ou du constituant dans les dispositions relatives au conflit de lois désigne, pour les questions d'opposabilité et de priorité, leur lieu de situation avant ce changement.

Exclusion du renvoi

221. La loi devrait prévoir que la référence dans les dispositions relatives au conflit de lois à la "loi" d'un autre État en tant que loi applicable à une question désigne la loi en vigueur dans cet État à l'exclusion de ses dispositions relatives au conflit de lois.

Ordre public et lois de police

222. La loi devrait prévoir que:

a) L'application de la loi déterminée conformément aux dispositions relatives au conflit de lois ne peut être écartée que si elle conduit à un résultat manifestement contraire à l'ordre public du for;

b) Les dispositions relatives au conflit de lois ne portent pas atteinte aux dispositions de la loi du for dont l'application s'impose même aux situations internationales quelle que soit la loi désignée par les dispositions relatives au conflit de lois; et

c) Les dispositions de la loi du for ne peuvent être appliquées à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière en vertu des alinéas *a* et *b* de la présente recommandation.

Incidence de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sur la loi applicable à une sûreté réelle mobilière

223. La loi devrait prévoir que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité n'écarte pas les dispositions relatives au conflit de lois qui déterminent la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière (et, dans le contexte de l'approche non unitaire, d'un droit de réserve de propriété et d'un droit de crédit-bail). Toutefois, la présente disposition devrait être soumise aux effets, sur ces questions, de l'application de la loi de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité (*lex fori concursus*) à des questions telles que l'annulation, le traitement des créanciers garantis, le classement des créances ou la répartition du produit[5].

2. Recommandations spéciales lorsque la loi applicable est celle d'un État à plusieurs unités

224. La loi devrait prévoir que, dans les situations où la loi applicable à une question est celle d'un État à plusieurs unités, sous réserve de la recommandation 225, les références à la loi d'un État à plusieurs unités visent la loi de l'unité territoriale concernée (déterminée en fonction du lieu de situation du constituant ou d'un bien grevé ou autrement conformément aux dispositions relatives au conflit de lois) et, dans la mesure où elle est applicable dans ladite unité, la loi de l'État à plusieurs unités concerné.

225. La loi devrait prévoir que si, conformément à ses dispositions sur le conflit de lois, la loi applicable est la loi d'un État à plusieurs unités ou de l'une de ses unités territoriales, les dispositions internes sur le conflit de lois en vigueur dans cet État ou cette unité territoriale détermineront si ce sont les dispositions de droit matériel de cet État ou d'une unité territoriale particulière de cet État qui s'appliquent.

226. La loi devrait prévoir que, si le titulaire du compte et la banque dépositaire ont choisi la loi d'une unité territoriale d'un État à plusieurs unités en tant que loi applicable à la convention de compte:

a) La référence à "l'État" dans la première phrase de la recommandation 210 (variante B) vise cette unité territoriale;

b) La référence à "cet État" dans la deuxième phrase de la recommandation 210 (variante B) vise l'État à plusieurs unités concerné.

227. La loi devrait prévoir que la loi d'une unité territoriale est la loi applicable si:

a) Dans les recommandations 210 (variante B) et 226, la loi désignée est celle d'une unité territoriale d'un État à plusieurs unités;

b) Conformément au droit de cet État, la loi d'une unité territoriale est la loi applicable uniquement si la banque dépositaire a un établissement dans cette unité territoriale qui remplit la condition prévue à la deuxième phrase de la recommandation 210 (variante B); et

c) La disposition énoncée à l'alinéa *b* de la présente recommandation est en vigueur au moment où la sûreté réelle mobilière sur le compte bancaire est constituée[6].

---

[5] Voir la recommandation 31 du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité.

[6] Seul un État qui adopte la variante B de la recommandation 210 a besoin d'adopter les recommandations 226 et 227.

XI. Transition

A. Remarques générales

1. Introduction

1. Le précédent chapitre avait pour thème le "conflit de lois", à savoir l'ensemble des règles visant à déterminer, dans les cas où le droit substantiel de deux systèmes juridiques ou plus pourrait s'appliquer à une opération particulière, quel droit s'appliquera en fait. On considère généralement que ces règles régissent le conflit de lois "dans l'espace", afin de les distinguer d'un autre type de règles, à savoir celles régissant le conflit de lois "dans le temps". L'adoption d'une loi soulève des questions de conflit de lois dans le temps. C'est pourquoi la plupart des États disposent de principes élaborés pour déterminer, par exemple, le moment où une nouvelle loi entre en vigueur, les effets qu'elle produit sur les droits acquis sous l'empire de la loi antérieure et la mesure dans laquelle elle s'applique aux relations juridiques existantes. Lorsque, cependant, une réforme majeure du droit est envisagée, les États incorporent habituellement dans la nouvelle loi un ensemble de règles précises pour résoudre les conflits de lois dans le temps qui se posent avec son entrée en vigueur. Ces règles sont le plus souvent dénommées "dispositions transitoires". Compte tenu de la portée des précédents chapitres, le *Guide* recommande aux États d'introduire une série de dispositions transitoires de ce type qui soient spécialement adaptées à la nouvelle loi qu'ils adoptent.

2. La nouvelle loi sur les opérations garanties reflétant les recommandations du *Guide* sera sans doute sensiblement différente de la loi antérieure. Une telle différence aura un impact évident sur les conventions que les constituants et les créanciers garantis concluront après son adoption. Toutefois, de nombreuses opérations conclues dans le cadre de la loi antérieure seront toujours en cours lorsque la nouvelle loi entrera en vigueur. Compte tenu des différences entre le régime juridique antérieur et le nouveau et en raison de la continuité des opérations conclues et des sûretés réelles mobilières constituées sous l'empire du régime antérieur, il importe, pour le succès de la nouvelle loi, que celle-ci énonce des règles équitables et efficaces de transition. Des dispositions transitoires sont également nécessaires lorsque les règles de conflit de lois du régime antérieur désignaient, aux fins de la constitution, de l'opposabilité ou de la priorité d'une sûreté, la loi d'un État autre que celui auquel renvoient pour ces questions les règles de conflit de lois du nouveau régime. Ainsi, il se pourrait que les règles de conflit de lois du régime antérieur renvoient à la loi du lieu de situation du débiteur d'une obligation pour les questions d'opposabilité, et que celles du nouveau régime désignent la loi du lieu de situation du constituant.

3. Deux questions fondamentales liées à la transition entre la loi antérieure et la nouvelle loi doivent être examinées. La nouvelle loi devrait préciser, premièrement (voir sect. A.2), à quelle date elle-même ou ses divers éléments entreront en vigueur ("date d'entrée en vigueur") et, deuxièmement (voir sect. A.3), dans quelle mesure elle s'applique, après

la date d'entrée en vigueur, aux opérations ou aux sûretés antérieures à cette date. Les principes particuliers qui régissent diverses situations de transition sont exposés à la section A.4. On trouvera enfin à la section B du chapitre une série de recommandations.

2. Date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi

4. Il faut prendre un certain nombre de facteurs en considération pour déterminer la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi. L'exploitation rapide des avantages économiques que procure cette dernière est l'une des raisons pour lesquelles les États lui donnent effet le plus tôt possible après son adoption. Ces avantages devront toutefois être mis en balance avec la nécessité de ne pas déstabiliser ou perturber les marchés qui seront régis par la nouvelle loi. Il faut laisser aux acteurs de ces marchés suffisamment de temps pour se préparer à réaliser, dans le cadre de cette loi, des opérations qui pourront être très différentes, sur la forme comme sur le fond, de celles régies par la loi antérieure. De ce fait, et selon la mesure dans laquelle la nouvelle loi aura fait l'objet d'un débat public, un État peut décider que celle-ci n'entrera pas en vigueur immédiatement après son adoption. En d'autres termes, pour que ces marchés et leurs acteurs adaptent leur conduite en vue des nouvelles règles et pour que des programmes appropriés visant à informer les juges, les arbitres, les avocats et les milieux d'affaires puissent être élaborés et présentés, les États pourront raisonnablement différer la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi après son adoption.

5. Lorsqu'ils choisiront une date d'entrée en vigueur, les États pourront prendre en considération divers facteurs, dont: *a)* l'impact de cette date sur les décisions d'octroyer des crédits; *b)* la maximisation des avantages pouvant être retirés de la nouvelle loi; *c)* les mesures qu'ils doivent adopter en matière notamment de réglementation, d'institutions et d'information ou les améliorations qu'ils doivent apporter aux infrastructures; *d)* l'état de la loi préexistante et d'autres infrastructures; *e)* l'harmonisation de la nouvelle loi sur les opérations garanties avec d'autres lois; *f)* les limites constitutionnelles éventuelles à la rétroactivité de la nouvelle loi; et *g)* la pratique suivie habituellement ou par commodité pour l'entrée en vigueur de la nouvelle loi (par exemple le premier jour du mois).

6. En général, les États appliquent l'une des trois techniques ci-après pour faire entrer en vigueur une loi à une date ultérieure à son adoption. Premièrement, parfois, le droit général ou la loi adoptant les recommandations du *Guide* prévoit simplement que celle-ci entrera en vigueur à une date future fixée par "décret" ou "proclamation". Deuxièmement, dans d'autres cas, cette date est précisée dans la loi elle-même. Par exemple, si une loi a été adoptée le 17 janvier d'une année donnée, elle peut expressément disposer qu'elle entrera en vigueur le 1er septembre de cette même année. Troisièmement, souvent, la loi contient une formule précise pour déterminer la date de son entrée en vigueur. Il existe de nombreux exemples de formules. Selon l'une d'elles, la date d'entrée en vigueur sera le premier jour du mois civil suivant l'expiration d'un délai de six mois après la date d'adoption. Une autre formule pourrait consister à fixer comme date d'entrée en vigueur le 1er janvier ou le 1er juillet, la date la plus rapprochée étant retenue, suivant l'expiration d'un délai de six mois après la date d'adoption. On utilise souvent, encore, un autre type de formule lorsqu'il faut différer la date d'entrée en vigueur pour laisser le temps de mettre en place une infrastructure technique, par exemple un registre informatisé. Dans ce cas, les États procèdent généralement par "décret" de sorte que, par exemple, la date à

laquelle le registre sera opérationnel servira de point de départ au délai de six mois. Le *Guide* n'indique pas laquelle de ces techniques un État devrait utiliser, car celles-ci relèvent inévitablement de la pratique nationale. Il recommande néanmoins aux États soit de spécifier la date d'entrée en vigueur, dans la loi ou dans une proclamation l'accompagnant, soit d'énoncer une formule pour déterminer cette date dans la loi sur les opérations garanties même (voir recommandation 228).

3. Approche générale concernant les droits acquis

7. Comme le remboursement des obligations garanties s'échelonne souvent sur une certaine période, de nombreux droits constitués avant la date d'entrée en vigueur continueront probablement d'exister après cette date, garantissant ainsi des dettes qui n'ont pas encore été intégralement payées. C'est pourquoi les États doivent également se demander si la nouvelle loi devrait s'appliquer à des questions qui se posent après la date d'entrée en vigueur mais qui ont trait à des opérations conclues avant cette date.

8. Une solution consisterait à n'appliquer la nouvelle loi que pour l'avenir: celle-ci ne régirait donc aucun aspect des opérations conclues avant sa date d'entrée en vigueur. Bien que cette solution présente un certain attrait, en particulier pour les questions qui se posent entre le constituant et le créancier garanti, elle créerait d'importants problèmes lorsque les droits de tiers sont en jeu, notamment en matière de priorité. Le principal de ces problèmes serait de devoir régler un conflit de priorité entre un créancier garanti ayant obtenu sa sûreté avant la date d'entrée en vigueur et un créancier garanti concurrent ayant obtenu sa sûreté sur les mêmes biens grevés après cette date. Comme le concept de priorité implique une comparaison, la même règle de priorité doit s'appliquer aux deux sûretés qui sont comparées. Il n'est donc pas possible que les règles anciennes régissent le rang de priorité de la sûreté antérieure à la date d'entrée en vigueur et que les nouvelles règles régissent celui de la sûreté postérieure à cette date.

9. La détermination de la règle de priorité qui devrait s'appliquer aux conflits entre les sûretés antérieures et postérieures à la date d'entrée en vigueur ne va pas sans difficulté. L'application des règles anciennes en l'espèce aurait essentiellement pour conséquence de retarder l'effet de certains des principaux aspects de la nouvelle loi, si bien que les avantages économiques importants qu'offre cette dernière pourraient tarder considérablement à se matérialiser. Ce retard aurait des répercussions sur toutes les nouvelles opérations, même s'il n'est nécessaire que pour certaines des opérations antérieures. En outre, il empêcherait les parties à une convention constitutive de sûreté visant des biens futurs de mettre à profit la nouvelle loi pour des biens acquis ou produits après sa date d'entrée en vigueur. L'application, en revanche, des nouvelles règles à ces conflits de priorité pourrait injustement léser les parties qui se sont fondées sur l'ancienne loi, en particulier celles qui l'ont fait sans savoir qu'elle pourrait être modifiée. En outre, le fait d'appliquer les règles de priorité rétroactivement risquerait d'inciter les parties à des conventions constitutives de sûretés existantes à contester la nouvelle loi ou à préconiser une date d'entrée en vigueur trop éloignée.

10. Selon une autre solution, on pourrait assurer une plus grande sécurité juridique et une concrétisation plus rapide des avantages de la nouvelle loi en appliquant cette dernière à toutes les opérations à compter de la date d'entrée en vigueur, tout en prévoyant

cependant des dispositions transitoires appropriées pour les sûretés antérieures à cette date. Ces dispositions transitoires permettraient l'intégration de ces sûretés dans la nouvelle loi sans qu'elles perdent le rang de priorité qu'elles occupaient à cette date. Cette solution éviterait d'avoir à choisir entre l'une ou l'autre des solutions (à savoir "tout ou rien") décrites au paragraphe précédent. En prévoyant un mécanisme pour protéger la priorité acquise, elle concilierait, de manière équitable et efficace, les intérêts des parties qui ont observé la loi antérieure avec les intérêts des parties qui se conforment à la nouvelle loi.

11. La priorité n'est pas la seule question qui intéressera les personnes détentrices de sûretés antérieures à la date d'entrée en vigueur. Une action en justice peut être en cours au moment où la loi entre en vigueur. Cette procédure pourrait concerner une réalisation après défaillance, voire un différend avant défaillance entre le constituant et un créancier garanti, ou entre un réclamant concurrent et le constituant. Conformément à la logique générale consistant à protéger les droits acquis, il faudrait donner au créancier garanti, au constituant ou au réclamant concurrent qui a engagé une action en justice mais ne l'a pas conclue avant la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi, la possibilité de choisir la façon de continuer de régler le différend. Il faudrait permettre à la personne qui a engagé la procédure soit de poursuivre cette dernière sous l'empire de la loi antérieure, soit de l'abandonner et d'en engager une nouvelle sous l'empire de la nouvelle loi.

12. Compte tenu de ces considérations, le *Guide* recommande aux États d'adopter l'approche générale suivante: *a)* application immédiate de la nouvelle loi à toutes les opérations conclues après sa date d'entrée en vigueur; *b)* pas d'application rétroactive générale de la nouvelle loi aux opérations conclues avant sa date d'entrée en vigueur; *c)* application de la nouvelle loi aux questions et procédures (par exemple conflits de priorité et mécanismes de réalisation) intervenant après sa date d'entrée en vigueur, même pour les conventions conclues en vertu de la loi antérieure; et *d)* inclusion, dans la nouvelle loi, de dispositions transitoires précises protégeant les droits des parties acquis dans le cadre d'opérations conclues avant la date d'entrée en vigueur (voir la recommandation 228, deuxième phrase).

4. Questions devant être traitées par les dispositions transitoires

a) *Généralités*

13. De nombreuses sûretés constituées avant la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi continueront d'exister après cette date et risquent d'entrer en conflit avec des sûretés constituées en vertu de la nouvelle loi. Des dispositions transitoires claires sont donc nécessaires pour déterminer dans quelle mesure la nouvelle loi s'appliquera à ces sûretés préexistantes. Ces dispositions transitoires devraient répondre de manière appropriée tant aux attentes établies des parties qu'à la nécessité d'assurer la sécurité et la prévisibilité dans les opérations futures. Elles devront indiquer dans quelle mesure les nouvelles règles s'appliqueront, après la date d'entrée en vigueur, dans les relations entre les parties à une opération ayant emporté constitution d'une sûreté avant cette date. Elles devront également préciser dans quelle mesure les nouvelles règles s'appliqueront, après la date d'entrée en vigueur, au règlement des conflits de priorité entre le titulaire d'une sûreté et

un réclamant concurrent, lorsque la sûreté ou le droit de ce dernier a été constitué avant cette date.

14. Il n'est pas possible d'établir une règle ou une formule unique pour régir tous les cas en présence, car même si tous les États appliquaient le *Guide* de façon identique, chacun d'eux partirait d'un régime préexistant différent. En outre, les particularités du régime préexistant auront une incidence sur les décisions prises aux fins de la transition. Les États, par exemple, devront prendre en considération les aspects suivants: dans quelle mesure il sera facile de déterminer que les biens étaient grevés d'une sûreté en vertu du régime antérieur, combien de temps les opérations existantes devront rester "intouchées" par la nouvelle loi et, dans les cas où la loi antérieure obligeait un créancier garanti à renouveler une inscription ou à prendre d'autres mesures pour maintenir l'opposabilité, comment et à quelle date ce renouvellement devrait intervenir en vertu de la nouvelle loi. La discussion ci-après porte sur les principales questions que les États doivent traiter lorsqu'ils élaborent ces dispositions transitoires.

b) *Différends soumis à une juridiction étatique ou à un tribunal arbitral*

15. Lorsqu'un différend fait déjà l'objet d'une procédure judiciaire à la date d'entrée en vigueur, les droits des parties ont suffisamment cristallisé, de sorte que l'entrée en vigueur du nouveau régime juridique ne devrait pas modifier l'issue de ce différend. Le même principe devrait s'appliquer lorsque le différend est soumis à un système de règlement des litiges comparable, tel que l'arbitrage, dont les décisions qui déterminent les droits s'imposent aux parties. Il ne devrait pas, en revanche, s'appliquer lorsque les parties ont recours à un mode de règlement non contraignant comme la conciliation (également appelée médiation). Le caractère non contraignant de la procédure indique que les droits des parties n'ont pas suffisamment cristallisé. Un différend en cours ne devrait donc pas être réglé en vertu du nouveau régime juridique (voir recommandation 229, première phrase). En outre, dans le cadre d'une procédure de réalisation en cours, les parties au différend ne devraient généralement pas pouvoir se prévaloir de mécanismes ou de droits prévus dans la nouvelle loi qui portent spécifiquement sur les points litigieux. Tous les aspects de la réalisation devraient, en principe, continuer d'être régis par la loi antérieure (voir recommandation 229, deuxième phrase).

16. La procédure judiciaire pourra, bien entendu, porter sur des questions autres que la réalisation. Des différends avant défaillance peuvent survenir entre le constituant et le créancier garanti ou entre un réclamant concurrent, tel qu'un acheteur du bien grevé, et le créancier garanti. Dans ce cas, une procédure judiciaire en cours sur un aspect d'une opération garantie ne devrait pas empêcher l'application de la nouvelle loi à des aspects de l'opération qui ne sont pas soumis à ladite procédure. Elle ne devrait pas non plus empêcher les parties d'engager une procédure judiciaire visant un de ces aspects en vertu de la nouvelle loi. Ainsi, le constituant peut avoir engagé une action en justice pour contester le droit du créancier garanti à utiliser un bien grevé en sa possession. Cette procédure en cours sous l'empire de la loi antérieure ne devrait pas empêcher le créancier garanti d'engager une action en réalisation en vertu de la nouvelle loi une fois celle-ci entrée en vigueur. Enfin, comme cela a déjà été mentionné (voir par. 11 ci-dessus), si une procédure a été engagée sous l'empire de la loi antérieure, il faudrait permettre à l'initiateur de cette procédure soit de la poursuivre sous l'empire de la loi antérieure, soit de l'abandonner et d'en engager une nouvelle sous l'empire de la nouvelle loi.

c) *Efficacité entre les parties des droits antérieurs à la date d'entrée en vigueur*

17. Lorsqu'une sûreté a été constituée avant la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi, deux questions se posent en ce qui concerne l'efficacité de cette sûreté entre le constituant et le créancier. La première est de savoir si une sûreté qui avait été valablement constituée en vertu de la loi antérieure mais qui ne remplit pas les conditions requises pour être constituée en vertu de la nouvelle cesse d'être efficace à la date d'entrée en vigueur de celle-ci. La seconde est de savoir si une sûreté qui n'était pas valablement constituée en vertu de la loi antérieure mais qui remplit toutes les conditions requises pour être constituée en vertu de la nouvelle devient efficace à la date d'entrée en vigueur de celle-ci.

18. S'agissant de la première question, différentes solutions sont possibles. Par exemple, il pourrait être établi une période transitoire pendant laquelle la sûreté resterait efficace entre les parties, afin que le créancier puisse prendre les mesures nécessaires pour constituer cette sûreté conformément à la nouvelle loi. À l'expiration de cette période, si les mesures nécessaires n'ont pas été prises, la sûreté cesserait d'être efficace conformément à la nouvelle loi. Une solution plus simple, cependant, qui est celle recommandée dans le *Guide*, est de prévoir que, si une sûreté est constituée et rendue efficace entre les parties avant la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi, elle reste efficace entre elles après l'entrée en vigueur (voir recommandation 230).

19. S'agissant de la seconde question, il faudrait envisager de rendre efficace la sûreté antérieurement inefficace à compter de la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi, puisqu'il est permis de supposer que les parties souhaitaient que la sûreté soit efficace entre elles au moment où elles ont conclu leur convention. Néanmoins, certains États exigent du constituant qu'il confirme expressément sa volonté de rendre efficace, en vertu de la nouvelle loi, la sûreté qui jusque-là ne l'était pas. Toutefois, une telle exigence est difficile à mettre en pratique, car elle suppose, ce qui est peu vraisemblable, qu'une des parties au moins avait connaissance du vice, n'a rien fait pour le corriger en vertu de la loi antérieure mais veut maintenant rendre la sûreté efficace. La situation la plus vraisemblable serait que le vice soit découvert après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, auquel cas une règle prévoyant l'efficacité automatique au moment de l'entrée en vigueur est justifiée. C'est l'approche recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 228, deuxième phrase).

d) *Opposabilité des droits antérieurs à la date d'entrée en vigueur*

20. Différentes questions se posent en ce qui concerne l'opposabilité d'un droit constitué avant la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Étant donné que la nouvelle loi contiendra des dispositions d'ordre public sur les mesures appropriées à prendre pour rendre une sûreté opposable, il est préférable qu'elle s'applique aussi largement que possible. Cependant, il peut être déraisonnable d'exiger d'un créancier dont le droit était opposable en vertu du régime juridique antérieur de l'État adoptant (ou du droit de l'État dont la loi régissait l'opposabilité conformément aux règles de conflit de lois du régime antérieur) qu'il se conforme immédiatement à toute prescription supplémentaire de la nouvelle loi. Cette exigence serait particulièrement difficile à satisfaire pour les créanciers institutionnels, qui seraient tenus de se conformer simultanément aux prescriptions

supplémentaires de la nouvelle loi pour une multitude d'opérations antérieures à la date d'entrée en vigueur.

21. Il serait préférable qu'une sûreté qui était opposable en vertu du régime juridique antérieur mais qui ne le serait pas en vertu des dispositions nouvelles demeure opposable pendant une période raisonnable (fixée dans les dispositions transitoires de la nouvelle loi) afin que le créancier ait le temps de se conformer aux prescriptions de cette dernière. À l'expiration de la période transitoire, la sûreté ne serait plus opposable, sauf si elle l'était devenue conformément à la nouvelle loi. C'est l'approche recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 231). Pour déterminer la durée de la période pendant laquelle les créanciers sont autorisés à rendre leurs sûretés existantes opposables, les États devraient examiner un certain nombre de questions pratiques. Par exemple, lorsqu'il existe déjà un système de registre des sûretés réelles mobilières, une période plus longue pourrait être envisagée. Tant que l'ancien registre reste opérationnel, les tiers continueraient de disposer d'un moyen de déterminer si une sûreté grève un bien particulier. En revanche, lorsqu'il n'existe pas de registre pour les sûretés, une période plus courte pourrait être prévue, du moins en ce qui concerne les sûretés pour lesquelles il n'était pas nécessaire d'inscrire un avis en vertu de la loi antérieure. En l'absence d'inscription ou d'avis, les tiers ne disposeraient pas de moyen facile de déterminer si une sûreté préexistante grève les biens d'un constituant potentiel.

22. Si la sûreté n'était pas opposable en vertu du régime juridique antérieur, mais est opposable en application de la nouvelle loi, elle devrait l'être dès la date d'entrée en vigueur. Comme mentionné plus haut (voir par. 19 ci-dessus), on peut supposer que les parties avaient l'intention que la sûreté soit efficace entre elles sous l'empire de la loi antérieure, même si elle ne l'était pas. Puisqu'une sûreté ne peut être opposable que si elle est d'abord constituée et efficace entre les parties, dans l'éventualité où la sûreté qui était auparavant inopposable deviendrait opposable en vertu de la nouvelle loi, les tiers sont protégés dans toute la mesure prévue par la nouvelle loi. C'est l'approche recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 228, deuxième phrase).

e) *Conflits de priorité*

23. Des questions tout à fait autres se posent dans le cas des conflits de priorité. Ceux-ci impliquent en effet nécessairement l'application d'une série de règles à deux droits différents (ou plus) constitués à des dates différentes en vertu de régimes différents. Un système juridique ne saurait prévoir simplement que la règle de priorité en vigueur à la date de constitution d'une sûreté régit la priorité de cette dernière, car une telle règle n'apporterait pas de réponse cohérente lorsqu'un des droits que l'on compare a été constitué sous l'empire de la loi antérieure et l'autre en vertu de la nouvelle loi. Il doit plutôt prévoir des règles pour chacune des situations suivantes: *a)* lorsque les deux droits sont constitués et rendus opposables après la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi; *b)* lorsque les deux droits sont constitués et rendus opposables avant cette date; et *c)* lorsqu'un droit est constitué et rendu opposable avant la date d'entrée en vigueur et l'autre après.

24. La situation la plus simple est celle où il y a conflit de priorité entre des réclamants concurrents dont les droits ont été constitués et rendus opposables après la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Il est évident dans ce cas que les règles de priorité prévues

dans la nouvelle loi devraient s'appliquer au règlement de ce conflit. C'est l'approche recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 232).

25. Si, en revanche, les deux droits concurrents ont été constitués et rendus opposables avant la date d'entrée en vigueur, d'autres éléments doivent être pris en considération. Il importe non seulement que le rang de chaque droit sur les biens grevés ait été établi avant cette date, mais aussi qu'aucun événement, autre que l'entrée en vigueur, de nature à modifier ce rang ne soit survenu. Dans ce cas, la stabilité des relations conduit à penser qu'il ne faudrait pas, au seul motif que la nouvelle loi est entrée en vigueur, modifier la priorité établie avant la date d'entrée en vigueur. Si, en revanche, il se produit après la date d'entrée en vigueur un événement qui aurait eu un effet sur la priorité sous l'empire du régime juridique antérieur (par exemple si une sûreté devient ou cesse d'être opposable), il y a moins de raisons de continuer à appliquer l'ancienne loi à un conflit de priorité qui a été modifié par une action ou un événement postérieur à cette date. Il est beaucoup plus justifié d'appliquer les nouvelles dispositions à une telle situation. En d'autres termes, les droits existants des parties tels qu'ils se présentaient lorsque la nouvelle loi est entrée en vigueur sont protégés, mais les parties ne devraient pas être déchargées de l'obligation de s'abstenir de tout acte ou omission qui ferait que leurs droits ne seraient plus protégés en vertu de la nouvelle loi. C'est l'approche recommandée dans le *Guide* (voir recommandations 232 à 234).

26. La situation la plus complexe est celle où il y a conflit de priorité entre un droit constitué et rendu opposable avant la date d'entrée en vigueur et un autre droit constitué et rendu opposable après. Dans ce cas, s'il est préférable que les règles nouvelles s'appliquent à terme (en fait, mieux vaudrait qu'elles s'appliquent plus tôt que plus tard), il convient de prévoir une disposition transitoire protégeant le rang du créancier qui a obtenu son droit en vertu du régime antérieur. Sous réserve que ce créancier prenne toutes les mesures nécessaires pour maintenir cette protection dans le cadre du nouveau régime dans les délais prescrits par la disposition transitoire, la nouvelle loi devrait octroyer au créancier la même priorité que celle qu'il aurait eue si les nouvelles règles avaient été en vigueur lors de l'opération initiale et si ces mesures avaient été prises en temps voulu en vertu de la loi antérieure. C'est l'approche recommandée dans le *Guide* (voir recommandation 232). Voici un exemple qui illustrera cette idée. Un créancier garanti a acquis une sûreté opposable sans l'avoir inscrite en vertu de la loi antérieure, et la nouvelle loi dispose que la sûreté, pour rester opposable, doit être inscrite dans les 60 jours à compter de son entrée en vigueur. Dans l'éventualité où ce créancier garanti inscrirait sa sûreté 50 jours après la date d'entrée en vigueur, il aurait priorité sur un créancier garanti qui aurait acquis une sûreté après la date d'entrée en vigueur et l'aurait rendue opposable en l'inscrivant 30 jours après cette date. Autrement dit, le premier créancier conserverait son rang de priorité car sa sûreté n'a jamais cessé d'être opposable et il avait acquis sa première priorité en vertu de la loi antérieure.

f) *Réalisation*

27. Un différend peut déjà faire l'objet d'une procédure judiciaire ou d'un mode alternatif de règlement des litiges, tel qu'un arbitrage, à la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Comme noté plus haut (voir par. 15 et 16 plus haut), dans ce cas, les droits des parties ont suffisamment cristallisé, de sorte que l'entrée en vigueur d'un nouveau régime juridique ne devrait pas modifier l'issue de ce différend. C'est l'approche que recommande le

Guide (voir recommandation 229). De surcroît, les parties au différend ne devraient pas, en général, pouvoir se prévaloir des mécanismes ou des droits prévus dans la nouvelle loi. Par exemple, si la réalisation extrajudiciaire est interdite par l'ancienne loi, mais autorisée par la nouvelle, les parties procédant à la réalisation ne devraient pas pouvoir transformer un processus de réalisation judiciaire en cours en un processus de réalisation extrajudiciaire. De même, dans le cadre d'une procédure de réalisation en cours, les parties ne devraient normalement pas être autorisées à invoquer des exceptions ou d'autres droits énoncés uniquement dans la nouvelle loi. Cela étant, le champ d'application de ce principe est sujet à interprétation. Selon un point de vue, dès lors qu'un créancier a engagé une procédure de réalisation en vertu de l'ancienne loi, il devrait être réputé avoir choisi de se référer à cette loi et il ne peut par la suite tenter de se prévaloir des moyens offerts par la nouvelle loi. Selon un autre point de vue, ce principe signifie uniquement que le créancier ne peut être contraint de transformer la procédure engagée en vertu de l'ancienne loi en procédure relevant de la nouvelle loi. Il peut poursuivre la procédure de réalisation comme si la nouvelle loi n'était pas encore entrée en vigueur. Si toutefois le créancier procédant à la réalisation devait abandonner la procédure de réalisation judiciaire ou arbitrale engagée, selon ce point de vue, rien ne pourrait l'empêcher d'engager une autre procédure de réalisation (y compris une procédure de réalisation non judiciaire) en vertu de la nouvelle loi. Pour des raisons déjà mentionnées (voir par. 11 ci-dessus), le *Guide* recommande que le créancier garanti puisse poursuivre la réalisation sous l'empire de la loi antérieure (voir recommandation 229, deuxième phrase) ou puisse abandonner cette procédure et en engager une nouvelle en vertu de la nouvelle loi.

28. La plupart des différends portant sur des opérations conclues avant la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi surgiront toutefois après cette date. Deux situations peuvent se produire. D'une part, il se peut que les créanciers garantis soient autorisés à exercer certaines voies de droit et les constituants à invoquer certaines exceptions que la nouvelle loi n'autorise plus. De l'autre, il se peut que la nouvelle loi permette aux créanciers d'user de nouvelles voies de droit et aux débiteurs d'invoquer de nouvelles exceptions qui jusque-là n'étaient pas autorisées. Les deux exemples ci-après illustrent ce point.

29. On estime que, lorsque la nouvelle loi supprime certaines voies de droit ou les soumet à une procédure nouvelle plus contraignante, elle ne devrait pas porter préjudice aux créanciers. Par exemple, dans certains États, les créanciers en possession du bien grevé peuvent, en cas de défaillance, simplement conserver un bien engagé sans avoir à en aviser le constituant ou les tiers. En revanche, le *Guide* prévoit qu'un créancier devrait donner notification de son intention d'accepter le bien à titre d'exécution de l'obligation garantie (voir recommandations 156 à 159, chap. VIII sur la réalisation d'une sûreté réelle mobilière).

30. Un raisonnement analogue vaut lorsque les constituants sont privés des exceptions ou des droits procéduraux qu'ils auraient pu exercer conformément à la loi antérieure. Dans certains États, par exemple, les constituants défaillants peuvent suspendre la procédure de réalisation en réparant l'omission à l'origine de la défaillance, ce qui leur permet de régulariser l'inexécution de l'obligation garantie et d'arrêter la réalisation. En revanche, le *Guide* prévoit que les constituants ont le droit de libérer le bien de sa sûreté en s'acquittant du montant de l'obligation restant dû, mais n'ont pas le droit de remédier à la défaillance et de régulariser l'inexécution de l'obligation (voir recommandation 140, chap. VIII sur la réalisation d'une sûreté réelle mobilière).

31. Dans les deux cas, on avance l'argument selon lequel le préjudice que l'entrée en vigueur de la nouvelle loi peut causer à un créancier garanti ou à un constituant est suffisant pour justifier que les droits découlant de la loi antérieure ne soient pas supprimés, même dans le cas d'une réalisation engagée après la date d'entrée en vigueur. L'un comme l'autre devraient pouvoir exécuter la convention initiale conformément à la loi applicable lorsque cette convention a été conclue. D'un autre côté, on avance un argument tout aussi fort selon lequel, dans la mesure où le nouveau régime de réalisation est le fruit d'une réflexion attentive de l'État sur la meilleure façon d'établir un équilibre entre les droits de toutes les parties, il devrait s'appliquer à tous les moyens de réalisation exercés après la date d'entrée en vigueur. Cet argument est particulièrement convaincant lorsque la réalisation a une incidence sur les droits des tiers qui ont pris une sûreté sur les biens après la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi. En outre, étant entendu que l'équilibre relatif qui doit être établi dépend de la configuration particulière des droits de réalisation des créanciers garantis et des exceptions des constituants dans les différents États en vertu de la loi antérieure, le *Guide* recommande le principe général de l'application immédiate (voir recommandation 228).

32. Cela étant dit, d'autres règles de droit dans un État donné (par exemple le droit général des obligations ou les principes constitutionnels relatifs aux effets rétroactifs sur les droits réels) peuvent influer sur la mesure précise dans laquelle la procédure de réalisation engagée après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi est affectée par le principe d'application immédiate.

33. S'agissant du cas contraire où la nouvelle loi donne aux créanciers garantis de nouvelles voies de droit ou aux constituants de nouveaux droits procéduraux, l'argument en faveur de l'application de la nouvelle loi aux opérations existant avant son entrée en vigueur est convaincant. Le créancier garanti en vertu de la loi antérieure qui a pris les mesures nécessaires pour assurer l'opposabilité en vertu de la nouvelle loi ne devrait pas être dans une situation différente de celle d'un créancier qui a pris initialement une sûreté conformément à la nouvelle loi. De même, toute nouvelle exception ou tout nouveau droit procédural accordé aux constituants et aux tiers par la nouvelle loi devrait pouvoir être utilisé dans le cadre de la procédure de réalisation engagée par tous les créanciers garantis, y compris ceux qui exercent des droits découlant d'opérations qui existaient avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. En effet, le nouveau régime de réalisation est supposé refléter l'idée que se fait un État sur la meilleure façon de concevoir un régime équitable et efficace de réalisation des sûretés. Par conséquent, si la nouvelle loi convient pour les sûretés qui ont été constituées et rendues opposables après sa date d'entrée en vigueur, elle devrait également s'appliquer à la réalisation postérieure à cette date des sûretés constituées et rendues opposables avant cette date. C'est l'approche que recommande le *Guide* (voir recommandation 228, deuxième phrase).

B. Recommandations 228 à 234

Objet

Les dispositions relatives à la transition ont pour objet d'assurer une transition équitable et efficace entre le régime en vigueur avant la date d'entrée en vigueur de la présente loi et cette dernière.

Date d'entrée en vigueur

228. La loi devrait spécifier soit une date, postérieure à son adoption, à compter de laquelle elle entrera en vigueur ("date d'entrée en vigueur"), soit un mécanisme permettant de déterminer cette date. À partir de cette date, la loi s'applique à toutes les opérations entrant dans son champ d'application, qu'elles aient été conclues avant ou après cette date, sous réserve des dispositions des recommandations 229 à 234.

Inapplicabilité de la loi aux actions intentées avant la date d'entrée en vigueur

229. La loi devrait prévoir qu'elle ne s'applique pas à une question qui fait l'objet d'une procédure judiciaire, ou d'une procédure alternative de règlement des litiges dont l'issue s'impose aux parties, ouverte avant la date d'entrée en vigueur. Si la réalisation d'une sûreté réelle mobilière a commencé avant la date d'entrée en vigueur, elle peut se poursuivre conformément à la loi en vigueur avant cette date ("loi antérieure").

Constitution d'une sûreté réelle mobilière

230. La loi devrait prévoir que la loi antérieure détermine si une sûreté réelle mobilière a été constituée avant la date d'entrée en vigueur.

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière

231. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière qui est opposable conformément à la loi antérieure le reste:

a) jusqu'à ce qu'elle cesse d'être opposable en vertu de la loi antérieure; ou

b) jusqu'à expiration d'une période de [spécifier la durée] mois après la date d'entrée en vigueur ("la période transitoire"), selon ce qui intervient en premier.

Si les conditions d'opposabilité prévues par la présente loi sont satisfaites avant que la sûreté cesse d'être opposable conformément à la phrase précédente, l'opposabilité est continue.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière

232. Sous réserve des dispositions des recommandations 233 et 234, la loi devrait prévoir qu'elle régit la priorité d'une sûreté réelle mobilière. La date à laquelle une sûreté réelle mobilière mentionnée dans la recommandation 231 a été rendue opposable ou a fait l'objet d'un avis inscrit en vertu de la loi antérieure est la date devant servir de référence pour déterminer la priorité de cette sûreté.

233. La loi devrait prévoir que la priorité d'une sûreté réelle mobilière est déterminée par la loi antérieure si:

a) La sûreté et les droits de tous les réclamants concurrents sont nés avant la date d'entrée en vigueur; et

b) Le rang de priorité n'a changé pour aucun d'eux depuis la date d'entrée en vigueur.

234. La loi devrait prévoir que le rang de priorité d'une sûreté réelle mobilière a changé si:

a) Elle était opposable à la date de l'entrée en vigueur conformément à la recommandation 231 et a cessé de l'être ensuite; ou

b) Elle n'était pas opposable à la date de l'entrée en vigueur et l'est devenue ensuite.

XII. Incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière

A. Remarques générales

1. Introduction

1. Les chapitres précédents du *Guide* présentent des commentaires et des recommandations visant à aider les États à élaborer des lois efficaces et effectives sur les opérations garanties. Leur objectif est d'établir un cadre pour réglementer les droits du constituant, du créancier garanti et des tiers lorsque le constituant veut grever des biens d'une sûreté réelle mobilière. Le *Guide* n'aborde pas en général les questions liées au droit fondamental des obligations et des biens, et ne traite pas non plus directement des questions de procédure civile ni du régime régissant l'exécution des jugements. Ces questions relèvent d'un autre droit. Il est cependant un domaine, celui du droit de l'insolvabilité, avec lequel le régime des opérations garanties interagit profondément dans la pratique. Il faut donc l'aborder directement dans le présent *Guide*.

2. La loi sur les opérations garanties et la loi sur l'insolvabilité visent des aspects et des objectifs différents, dont certains peuvent se recouper lorsque les droits régis par la première sont affectés par l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. La loi sur les opérations garanties a pour objet de promouvoir le crédit garanti, car une sûreté réduit le risque de non-paiement de l'obligation qu'elle garantit ("défaillance"). Elle permet au débiteur de tirer parti de toute la valeur de ses biens pour obtenir un crédit et développer son activité commerciale. En cas de défaillance de sa part, elle vise à faire en sorte que la valeur des biens grevés protège le créancier garanti. Elle s'intéresse à l'exercice effectif, par chaque créancier, du droit d'accroître au maximum les chances de réaliser la valeur économique des biens grevés à titre d'exécution des obligations garanties lorsque celles-ci ne sont pas satisfaites.

3. La loi sur l'insolvabilité, en revanche, porte principalement sur des questions commerciales et économiques collectives. Elle vise, entre autres objectifs, à préserver et maximiser la valeur des actifs du débiteur au profit collectif des créanciers et à faciliter une répartition équitable entre les créanciers. Pour favoriser la réalisation de ces objectifs, il faut empêcher que les créanciers se précipitent pour exercer leurs droits individuellement à l'encontre d'un débiteur commun et faciliter le redressement des entreprises commerciales viables et la liquidation de celles qui ne le sont pas. C'est pourquoi la loi sur l'insolvabilité peut affecter les droits d'un créancier garanti de différentes manières lorsque s'ouvre une procédure d'insolvabilité.

4. Étant donné que la réforme d'une loi risque d'obliger les parties concernées par l'autre loi à assumer des coûts imprévus pour réaliser leurs opérations et se conformer aux règles et de créer une tension entre les deux lois, le législateur qui révise une loi existante

ou en adopte une nouvelle dans le domaine soit de l'insolvabilité, soit des opérations garanties devra ce faisant tenir dûment compte de toute loi existante ou proposée dans l'autre domaine. Dans certains cas, la révision de la loi dans un domaine peut faire apparaître la nécessité de réviser la loi ou d'en adopter une nouvelle dans l'autre domaine. En tout état de cause, dans la mesure où une loi sur l'insolvabilité a des effets sur les droits des créanciers garantis, ces effets devraient résulter de principes soigneusement conçus et être clairement spécifiés dans cette loi, comme le recommande le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, que la CNUDCI a adopté le 25 juin 2004[1].

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

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

2. Terminologie

7. Le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité et le présent *Guide* emploient un certain nombre de termes (voir le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, Introduction, sect. B, Glossaire, et le présent *Guide*, Introduction, sect. B, Terminologie et interprétation). Outre les termes qui viennent d'être mentionnés, le présent chapitre reprend quelques termes du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, qui permettent de mieux en comprendre les recommandations.

---

[1] La décision de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et la résolution de l'Assemblée générale (résolution 59/40 du 2 décembre 2004) figurent dans le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, annexe II. Ce guide, dont l'annexe III reproduit la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et le Guide pour son incorporation, peut être consulté à l'adresse: http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/insolvency/2004Guide.html.

8. Certains termes expliqués dans le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité ne le sont pas à nouveau dans le présent *Guide*, où ils ont donc le même sens[2]. D'autres, en revanche, soit ont été légèrement modifiés, soit sont expliqués différemment dans le présent *Guide* et ont donc un sens différent dans le présent chapitre, ainsi qu'il est indiqué ci-dessous.

9. Le terme "sûreté réelle mobilière" est expliqué dans le présent *Guide*. Tel qu'il est employé dans le présent chapitre, il n'est pas synonyme du terme "sûreté réelle". Ce dernier terme est défini dans le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, où son acception est plus large en ce qu'il désigne généralement un droit sur un actif garantissant le paiement ou autre exécution d'une ou de plusieurs obligations. Il peut donc englober les sûretés sur les biens immeubles (qui n'entrent pas dans le champ d'application du présent *Guide*; voir recommandation 5, chap. I sur le champ d'application) et les sûretés non conventionnelles (que ne recouvre pas le terme "sûreté réelle mobilière" dans le présent *Guide,* Introduction, sect. B, Terminologie et interprétation).

10. De même, le terme "priorité", tel qu'il est employé dans le présent chapitre, a le sens qui lui est donné dans le présent *Guide*, et non dans le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité. Dans ce dernier, sa signification est plus restreinte puisqu'elle ne concerne que la priorité des créances dans le contexte de l'insolvabilité ("droit d'une créance de primer une autre créance, lorsque ce droit naît par l'effet de la loi"; voir terminologie ci-après dans la section B.1). Dans le présent *Guide*, le terme "priorité" désigne "le droit d'une personne de jouir des effets économiques de sa sûreté réelle mobilière par préférence à un réclamant concurrent" (voir Introduction, sect. B, Terminologie et interprétation). Pour évoquer la "priorité" dans une procédure d'insolvabilité, le présent chapitre parle de "classement des créances" ou de "rang" (voir, par exemple, par. 59 à 63 ci-après).

11. Dans le présent *Guide*, le terme "débiteur" désigne la personne qui doit exécuter l'obligation garantie (voir Introduction, sect. B, Terminologie et interprétation). Comme cette définition ne fonctionnerait pas bien dans le présent chapitre, le terme "débiteur" y a le sens que lui donne le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité et désigne donc une personne qui remplit les conditions d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité (voir Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, deuxième partie, chap. I, par. 1 à 11, et recommandation 8, chap. I sur le champ d'application).

12. En outre, comme les autres chapitres du présent *Guide* emploient le terme "constituant" (personne qui constitue une sûreté réelle mobilière; voir Introduction, sect. B, Terminologie et interprétation) plutôt que "débiteur" (personne qui doit exécuter l'obligation garantie), ce dernier terme, tel qu'il est employé dans le présent chapitre, doit être interprété comme renvoyant à des situations où le constituant est le débiteur dans la procédure d'insolvabilité.

3. Principes généraux applicables aux sûretés réelles mobilières en cas d'insolvabilité

13. Le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité reconnaît en principe la constitution, l'opposabilité, le caractère réalisable (voir recommandation 4 du Guide de la CNUDCI

[2] Le terme "contrat financier", par exemple, est employé dans le présent *Guide* de la même manière que dans le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, à savoir comme à l'alinéa *k* de l'article 5 de la Convention des Nations Unies sur la cession. La note qui fait suite à ce terme dans le présent *Guide* ne fait que l'expliquer.

sur l'insolvabilité) et la priorité (voir recommandation 1 du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité) d'une sûreté réelle mobilière tels qu'ils sont établis par une loi autre que celle de l'insolvabilité (voir recommandations 238 et 239 du présent *Guide*). Toutefois, pour atteindre les objectifs de la procédure d'insolvabilité, il faudra parfois, à l'ouverture de cette procédure, modifier les droits dont jouit le créancier garanti en dehors de celle-ci. Il est souhaitable, dans ce cas, qu'une loi sur l'insolvabilité prévoie également des mesures de protection appropriées pour le créancier garanti. Ainsi qu'il est indiqué dans le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, l'important, pour l'offre de crédit garanti, est que la loi sur l'insolvabilité contienne des règles claires quant aux effets de la procédure d'insolvabilité sur les droits du créancier garanti, de façon que ce dernier puisse quantifier les risques associés à l'insolvabilité et en tenir compte pour déterminer s'il doit accorder ou non un crédit, et à quelles conditions.

4. Loi applicable dans la procédure d'insolvabilité

14. Il peut être difficile de déterminer la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière et aux droits du créancier garanti après défaillance lorsque la procédure d'insolvabilité est ouverte dans un État et que certains des actifs ou créanciers du débiteur se trouvent dans un autre État, ou lorsque des procédures sont ouvertes dans deux États différents du fait de la nature multinationale de l'entreprise du débiteur. Dans un cas comme dans l'autre, les règles générales de conflit de lois applicables en dehors des procédures d'insolvabilité régiraient ces questions, sous réserve des limites exposées aux sections 4 *a* et 4 *b* ci-dessous et de l'application des dispositions d'annulation de la loi sur l'insolvabilité (voir recommandation 223 du présent *Guide*, chap. X sur le conflit de lois). C'est ce qui ressort clairement de la recommandation 30 du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, selon laquelle l'État où une procédure d'insolvabilité est ouverte (c'est-à-dire l'État du for) devrait appliquer ses règles de conflit de lois pour déterminer la loi qui régit des questions telles que la constitution et l'opposabilité d'une sûreté existant au moment de l'ouverture de la procédure.

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

15. Une fois que la constitution et l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière ont été déterminées conformément au droit autre que celui de l'insolvabilité qui s'applique en dehors des procédures d'insolvabilité en vertu des règles de conflit de lois de l'État du for, une deuxième question se pose, qui concerne l'effet de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sur la sûreté. Il faut se demander, par exemple, si la réalisation de la sûreté est soumise à l'arrêt des poursuites et si la sûreté sera reconnue dans la procédure d'insolvabilité et, dans l'affirmative, quel sera son rang par rapport à d'autres droits. Il est généralement admis que le droit de l'insolvabilité de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité (*lex fori concursus*) s'applique à l'ouverture, au déroulement (y compris au classement des créances), à l'administration et à la conclusion de cette procédure (les "effets de l'insolvabilité"; voir recommandation 31 du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité).

16. Le droit de l'insolvabilité qui régit le classement de la sûreté peut modifier la priorité relative que celle-ci aurait en vertu du droit des opérations garanties et établir des catégories

de créances qui primeraient la sûreté au moment de la répartition dans la procédure d'insolvabilité. Pour établir ces catégories de créances, il faudrait se référer au droit des opérations garanties pour ce qui concerne la constitution, l'opposabilité, la priorité et la réalisation de la sûreté avant d'examiner dans quelle mesure, le cas échéant, sa priorité devrait être affectée par l'ouverture et l'administration d'une procédure d'insolvabilité. Indépendamment des questions de classement des droits, une sûreté pourrait être soumise aux dispositions d'annulation du droit de l'insolvabilité (voir recommandation 88 du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité).

b) *Exceptions à la* lex fori concursus

17. Si les effets de l'insolvabilité sur les sûretés réelles mobilières sont habituellement régis par la *lex fori concursus*, certains États ont adopté des exceptions. Par exemple, un État du for peut s'en remettre, pour ce qui est des effets de l'insolvabilité sur une sûreté grevant un bien attaché à un immeuble, au droit de l'insolvabilité de l'État dans lequel le bien immeuble est situé (*lex rei sitae*). Le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité traite de ces exceptions plus en détail (voir deuxième partie, chap. I, par. 85 à 90, de ce guide). Il ne recommande toutefois pas d'appliquer la règle de la *lex rei sitae* aux effets de l'insolvabilité sur des biens attachés à des immeubles, voire à des biens meubles en général. Au lieu de cela, il recommande que toutes exceptions à l'applicabilité de la *lex fori concursus* pour les effets de l'insolvabilité soient limitées en nombre et clairement énoncées dans la loi sur l'insolvabilité (voir Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, recommandation 34 et deuxième partie, chap. I, par. 88).

5. Traitement des actifs grevés

18. Une sûreté réelle mobilière peut être affectée, après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, par les dispositions du droit de l'insolvabilité qui délimitent ou traitent d'une autre manière plusieurs questions. Ces questions concernent, par exemple: les actifs du débiteur qui font l'objet de la procédure d'insolvabilité; l'arrêt des poursuites contre le débiteur; le financement postérieur à l'ouverture de la procédure; l'annulation des opérations qui ont eu lieu avant l'ouverture; l'approbation d'un plan de redressement; et le classement des créances.

a) *Identification des actifs qui font l'objet de la procédure d'insolvabilité*

19. L'identification des actifs du débiteur qui feront l'objet de la procédure d'insolvabilité est déterminante pour la bonne conduite de cette dernière. Les actifs dont le représentant de l'insolvabilité a le contrôle et qui font l'objet de la procédure constituent la "masse" (voir le terme "actifs du débiteur" au paragraphe 20 ci-après). Ainsi, le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité recommande que la masse constituée à l'ouverture de la procédure comprenne, en règle générale, l'ensemble des biens et droits du débiteur, notamment les droits sur des biens, corporels (meubles ou immeubles) ou incorporels, où qu'ils se trouvent (dans le pays ou à l'étranger), et qu'ils soient en sa possession ou non au moment de l'ouverture de la procédure. La masse devrait aussi englober les droits du débiteur sur des actifs grevés et sur des actifs appartenant à des tiers, ainsi que les actifs

acquis par le débiteur ou le représentant de l'insolvabilité après l'ouverture de la procédure et les actifs recouvrés au moyen d'une action en annulation (voir Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, recommandation 35).

i) *Actifs grevés*

20. Le fait d'inclure dans la masse les droits du débiteur sur des actifs grevés peut aider non seulement à garantir l'égalité de traitement des créanciers qui se trouvent dans la même situation, mais également à atteindre les objectifs de la procédure d'insolvabilité lorsque, par exemple, les actifs en question sont essentiels pour le redressement du débiteur ou la vente de son entreprise en vue de la poursuite de l'activité en cas de liquidation. Le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité examine les actifs du débiteur qui entrent dans la masse (ainsi que ceux qui en sont exclus) et les effets de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sur les actifs grevés. Il souligne, en particulier, qu'il importe, pour le succès du redressement, d'inclure dans la masse les droits du débiteur sur les actifs grevés et sur les actifs appartenant à des tiers (pour la signification du terme "actifs du débiteur", voir sect. B.1 ci-dessous; pour une discussion sur la masse, voir Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, deuxième partie, chap. II, par. 7 à 9) et d'arrêter, à l'ouverture, certaines actions concernant les sûretés (voir Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, deuxième partie, chap. II, par. 36 à 40, 56, 57 et 59 à 69, et recommandation 46, ainsi que par. 26 et 27 ci-après).

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

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

22. Par conséquent, même si le créancier garanti est titulaire d'une sûreté sur les actifs futurs du débiteur, la sûreté ne devrait pas s'étendre aux actifs acquis par ce dernier après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (voir aussi la recommandation 235 du présent *Guide*), à moins que le créancier ne fournisse un financement supplémentaire. Si la sûreté s'étendait généralement aux actifs acquis par le débiteur après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, le créancier garanti bénéficierait injustement, sans accorder de crédit supplémentaire au débiteur, de l'accroissement — résultant de cette acquisition — des actifs grevés pouvant servir à satisfaire l'obligation garantie. À l'inverse, les autres créanciers de la masse seraient injustement lésés si les actifs non grevés de cette masse étaient utilisés après l'ouverture de la procédure pour acquérir des actifs supplémentaires sur lesquels la sûreté du créancier garanti porterait automatiquement et qui serviraient à satisfaire l'obligation garantie.

23. Toutefois, si les actifs acquis par le débiteur après l'ouverture de la procédure sont le produit d'actifs sur lesquels le créancier garanti détenait une sûreté opposable avant l'ouverture de la procédure (ou rendue opposable après l'ouverture de la procédure mais pendant le délai de grâce applicable), la sûreté devrait s'étendre à ce produit (voir recommandation 236 du présent *Guide*). Dans le cas contraire, le créancier garanti ne tirerait pas parti de sa sûreté sur un actif grevé dont il est disposé ou sur lequel il est reçu paiement après l'ouverture de la procédure et serait, compte tenu de ce risque, moins enclin à accorder des crédits au débiteur, même si les perspectives d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre de ce dernier étaient inexistantes.

24. On pourrait, pour illustrer ces points, donner un exemple. Soit un créancier garanti titulaire d'une sûreté non annulable sur l'ensemble des stocks existants et futurs du débiteur. Après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, le débiteur vend un bien immeuble qui n'est grevé d'aucune sûreté et utilise le produit en espèces de la vente pour acheter des stocks. La sûreté ne devrait pas s'étendre à ces stocks acquis postérieurement à l'ouverture de la procédure. Le créancier garanti n'a accordé aucun crédit qui serait garanti par une sûreté sur les nouveaux stocks. En étendant la sûreté aux nouveaux stocks, on léserait les autres créanciers de la masse puisque le bien immeuble, actif non grevé qui aurait autrement pu servir à rembourser les créances de ces créanciers, aurait servi à accroître les actifs disponibles pour satisfaire l'obligation garantie.

25. Par contre, si les nouveaux stocks étaient acquis grâce au produit en espèces de la vente, par le débiteur, de stocks qui existaient à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et sur lesquels le créancier garanti détenait une sûreté non annulable, cette dernière devrait s'étendre aux stocks acquis après l'ouverture de la procédure. Les nouveaux stocks remplacent en fait les stocks vendus. Le créancier garanti n'est pas injustement favorisé et les autres créanciers ne sont pas injustement lésés.

b) *Protection de la masse grâce à l'arrêt des poursuites*

26. Une loi sur l'insolvabilité efficace a deux objectifs essentiels: premièrement, éviter que la valeur de la masse de l'insolvabilité ne subisse une dépréciation due aux actions des diverses parties et, deuxièmement, permettre que la masse soit administrée d'une manière équitable et ordonnée (voir Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, recommandation 1). Nombre de lois sur l'insolvabilité y parviennent en imposant un arrêt des poursuites qui empêche les créanciers d'engager des actions individuelles ou collectives pour recouvrer leurs créances ou exercer toute voie de droit contre le débiteur ou les biens de la masse, et qui suspend toute action de ce type qui pourrait être en cours. Lorsque l'arrêt des poursuites s'applique à compter de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (voir Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, recommandation 46), il peut être complété par des mesures provisoires ordonnées par le tribunal pour protéger les actifs du débiteur et l'intérêt collectif des créanciers entre le moment où la demande d'ouverture de la procédure est déposée et celui où le tribunal y donne suite (voir Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, recommandations 39 à 45). Le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité examine le type d'actions auxquelles un arrêt impératif ou provisoire des poursuites s'applique (voir Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, deuxième partie, chap. II, par. 30 à 40); le moment à partir duquel s'applique l'arrêt des poursuites et la durée (y compris la prorogation) de l'arrêt (voir deuxième partie, chap. II, par. 41 à 53 et 58); et les mesures destinées à protéger les intérêts des créanciers garantis (voir deuxième partie, chap. II, par. 59 à 69; voir aussi Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, recommandations 39 à 51).

i) *Portée de l'arrêt des poursuites*

27. Un certain nombre d'États appliquent l'arrêt des poursuites à toutes les actions contre le débiteur, qu'elles soient judiciaires ou non, y compris celles des créanciers garantis et des tiers propriétaires. L'arrêt s'étend habituellement aux actions tendant à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière par prise de possession et vente, location ou autre mode de disposition des actifs grevés (ou par un autre moyen de réalisation exposé au

chapitre VIII du présent *Guide* sur la réalisation d'une sûreté réelle mobilière). Il s'étend aussi aux actions tendant à constituer une sûreté ou à la rendre opposable (voir Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, recommandation 46). Dans certains États, le droit de l'insolvabilité opère une distinction entre liquidation et redressement pour ce qui concerne l'application de l'arrêt des poursuites aux actions des créanciers garantis ou des tiers propriétaires et sa durée. Le droit de l'insolvabilité d'un nombre croissant d'États reconnaît que, si le fait de limiter la réalisation des sûretés risque d'influer négativement sur le coût du crédit et l'offre de crédit, le fait de ne pas arrêter les actions des créanciers garantis pourrait contrarier les objectifs fondamentaux de la procédure d'insolvabilité. Cela est particulièrement vrai en cas de redressement, puisqu'il est bien souvent indispensable que le débiteur puisse continuer à utiliser des actifs grevés pour faire fonctionner et, par conséquent, redresser l'entreprise. Tous les effets néfastes de l'arrêt des poursuites peuvent être atténués par des mesures visant à protéger la valeur économique des actifs grevés contre toute dépréciation (voir par. 31 à 34 ci-après).

28. Si une sûreté réelle mobilière était opposable au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, il faut exclure de l'arrêt des poursuites toute action que le créancier garanti devra peut-être engager pour maintenir l'opposabilité. Par exemple, le droit des opérations garanties peut prévoir un délai de grâce pour l'inscription de certaines sûretés réelles mobilières, comme celles en garantie du paiement d'acquisitions, sur le registre général des sûretés (voir les recommandations 180 et 192 du présent *Guide*, chap. IX sur le financement d'acquisitions); en règle générale, l'arrêt des poursuites ne devrait pas empêcher l'inscription dans ce délai (même si ce dernier expire après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité).

ii) *Durée de l'arrêt des poursuites*

29. Dans les procédures de redressement, sous réserve des mesures de protection examinées ci-dessous, il est souhaitable que l'arrêt des poursuites s'applique aux sûretés réelles mobilières pendant une période suffisante, pour assurer la bonne administration du redressement et empêcher que des actifs grevés ne soient soustraits de la masse avant qu'on puisse déterminer s'ils sont nécessaires au redressement.

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

iii) *Protection des créanciers garantis*

31. Une loi sur l'insolvabilité devrait prévoir des mesures destinées à protéger les créanciers garantis titulaires de sûretés réelles mobilières dont la valeur économique pâtit de l'arrêt des poursuites (voir Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, recommandation 50). Ces mesures peuvent prendre la forme notamment d'un aménagement de l'arrêt

des poursuites ou d'une remise des actifs grevés. Même si l'aménagement de l'arrêt des poursuites n'est pas demandé, il est souhaitable de prévoir dans la loi sur l'insolvabilité qu'un créancier garanti a le droit d'être protégé contre la dépréciation des actifs grevés et que le tribunal peut prononcer les mesures de protection appropriées.

32. Le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité recommande qu'un aménagement de l'arrêt des poursuites ou la remise de l'actif grevé puissent être demandés notamment pour les motifs suivants: cet actif n'est pas nécessaire à un éventuel redressement ou à une éventuelle cession de l'entreprise débitrice; sa valeur diminue du fait de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et le créancier garanti n'est pas protégé contre cette diminution; et, dans le cas d'un redressement, aucun plan n'a été approuvé dans le délai applicable (voir Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, recommandation 51). Dans certains États, le droit de l'insolvabilité prévoit également qu'une fois l'aménagement accordé et l'arrêt des poursuites levé vis-à-vis d'un actif grevé, cet actif peut être remis au créancier garanti, qui serait libre alors de réaliser sa sûreté conformément à la loi applicable. Tout excédent restant après paiement de l'obligation garantie entrerait dans la masse.

33. Au centre de la notion de protection de la valeur des actifs grevés contre toute dépréciation se trouve le mécanisme qui permet de déterminer à la fois la valeur de ces actifs et le moment auquel ils seront évalués, en fonction du but dans lequel ces deux éléments doivent être déterminés. Il peut être nécessaire d'évaluer les actifs à différents moments de la procédure d'insolvabilité, par exemple à l'ouverture, la valeur étant ensuite revue au fil de la procédure. Il faut également savoir sur quelle base cette évaluation devrait être faite (par exemple valeur d'exploitation ou valeur de liquidation). La valeur d'un actif grevé peut, du moins dans un premier temps, être déterminée d'un commun accord entre les parties avant l'ouverture de la procédure ou devoir l'être par le tribunal sur la base de certains éléments (étude des marchés, situation du marché et témoignages d'experts, notamment).

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

c) *Utilisation et disposition des actifs grevés*

35. Les créanciers garantis seront toujours préoccupés par la manière dont les actifs grevés sont traités après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Le traitement de ces actifs dépend des dispositions du droit de l'insolvabilité en ce qui concerne, par exemple, les questions suivantes: l'application de l'arrêt des poursuites, la constitution d'une nouvelle sûreté sur les actifs grevés, l'utilisation des actifs au cours de la procédure d'insolvabilité, la vente ou la disposition des actifs, la renonciation à des actifs et la vente des actifs grevés libres de toute sûreté.

36. Le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité recommande que la loi sur l'insolvabilité permette d'utiliser des actifs grevés, d'en disposer ou de les grever de nouveau dans la procédure d'insolvabilité. Il énonce des recommandations sur les conditions dans lesquelles des actifs grevés peuvent être vendus libres de toute sûreté (par exemple, sous réserve que la sûreté sur un actif se reporte sur le produit de la vente de cet actif) et les

mesures de protection dont doivent bénéficier les créanciers garantis en cas de vente des actifs grevés, notamment la nécessité d'aviser ces créanciers de tout projet de vente ou autre acte de disposition et de leur donner la possibilité de s'y opposer (voir Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, deuxième partie, chap. II, par. 74 à 89, et recommandations 52 à 59).

6. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure

37. Dans les procédures de liquidation et de redressement, un représentant de l'insolvabilité aura peut-être besoin de fonds pour continuer à faire fonctionner l'entreprise. Les actifs liquides de la masse, sous la forme d'espèces ou d'autres actifs convertibles en espèces (tels que le produit attendu de créances) et libres de toute sûreté antérieure opposable, peuvent être insuffisants pour couvrir les dépenses prévues. Si les actifs liquides non grevés ou la trésorerie attendue sont insuffisants, le représentant de l'insolvabilité doit obtenir un financement auprès de tiers. Ces derniers, qui sont souvent les prêteurs qui ont accordé un crédit au débiteur avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, ne seront généralement disposés à accorder le financement nécessaire que s'ils reçoivent l'assurance (sous forme de droit ou de sûreté prioritaire sur les actifs de la masse) qu'ils seront remboursés.

38. Pour tous ces arrangements de financement (dénommés collectivement "financement postérieur à l'ouverture de la procédure"), il est essentiel que les droits qu'ont les créanciers garantis antérieurs à l'ouverture de la procédure sur la valeur économique des actifs grevés soient dûment protégés contre toute dépréciation. Alors que certains États autorisent, dans des cas limités, pour garantir un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, la constitution d'une sûreté primant une sûreté antérieure, le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité recommande que la constitution de ce type de sûreté (parfois dénommé "privilège") ne soit permise que lorsque certaines conditions sont remplies, notamment que les droits des créanciers garantis antérieurs à l'ouverture de la procédure sur la valeur économique des actifs grevés soient dûment protégés contre toute dépréciation. La question du financement postérieur à l'ouverture de la procédure est examinée en détail dans la deuxième partie, chap. II, par. 94 à 107, et les recommandations 63 à 68, du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité.

7. Traitement des contrats

a) *Clauses de résiliation automatique ou de déchéance du terme*

39. Les parties à une convention constitutive de sûreté s'intéressent au traitement, dans une procédure d'insolvabilité, des clauses qui définissent les cas de défaillance donnant lieu à la résiliation automatique de la convention ou à l'exigibilité immédiate des paiements dus dans le cadre de la convention. Dans certains États, le droit de l'insolvabilité autorise l'annulation de ce type de clauses à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, mais cette approche ne s'est pas encore généralisée. L'impossibilité de remettre ainsi en question des principes généraux du droit des contrats peut toutefois rendre impossible le redressement lorsque le contrat porte, par exemple, sur un actif nécessaire au redressement ou à la cession de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité. Le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité recommande que de telles clauses soient inopposables au

représentant de l'insolvabilité et au débiteur (voir Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, recommandation 70).

40. On peut contrebalancer les effets négatifs de l'annulation de ce type de clauses en prévoyant le dédommagement des créanciers pouvant démontrer qu'ils ont subi un préjudice en raison de la continuation du contrat après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou en prévoyant une exception à l'annulation générale de ces clauses pour certains types de contrats. Le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité recommande que les contrats échappant à la règle de l'annulation comprennent les contrats financiers et que des règles spéciales s'appliquent dans le cas des contrats de travail (voir Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, recommandations 70 et 71).

41. La loi sur l'insolvabilité pourrait aussi prévoir, par exemple, qu'une telle clause ne rend pas inopposable ni n'invalide une clause contractuelle libérant un créancier d'une obligation de consentir un prêt ou d'octroyer un crédit ou d'autres facilités financières au profit du débiteur après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Il ne serait pas équitable d'exiger d'un prêteur qu'il accorde des prêts ou d'autres facilités de crédit à une partie insolvable lorsque les chances de remboursement sont considérablement réduites. Il serait particulièrement inéquitable d'exiger l'octroi de crédits après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité si, comme cela est décrit au paragraphe 22 ci-dessus, aucun actif grevé supplémentaire n'est accordé au créancier garanti après l'ouverture (voir recommandation 237 du présent *Guide*).

b) *Continuation ou rejet des contrats*

42. Les États adoptent dans leur droit de l'insolvabilité des solutions différentes en ce qui concerne la poursuite de l'exécution ou le rejet des contrats. Le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité fait un certain nombre de recommandations relatives au traitement des contrats à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, notamment des recommandations sur la manière de déterminer s'il convient de poursuivre l'exécution des contrats ou de les rejeter, le traitement des contrats lorsque le débiteur est défaillant à l'ouverture de la procédure, les effets de la poursuite de l'exécution ou du rejet, les baux, les cessions de contrats, les types de contrat pour lesquels des exceptions pourraient être nécessaires et les contrats postérieurs à l'ouverture de la procédure (voir Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, deuxième partie, chap. II, par. 108 à 147, et recommandations 69 à 86). En tout état de cause, ce qui importe, pour un créancier garanti, c'est que le rejet d'une convention constitutive de sûreté ne met pas fin ni ne porte atteinte d'aucune autre manière aux obligations garanties déjà souscrites, ni n'éteint la sûreté, et que les contrats financiers et les engagements de prêt sont fréquemment exclus du champ d'application des dispositions du droit de l'insolvabilité qui régissent le traitement des contrats de manière plus générale (voir Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, deuxième partie, chap. II, par. 208 à 215, et recommandation 101).

8. Action en annulation

43. Comme mentionné ci-dessus, la loi sur l'insolvabilité devrait reconnaître en principe les effets d'une sûreté réelle mobilière qui est efficace en vertu de la loi sur les opérations garanties. Dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité, toutefois, la sûreté peut être

annulée pour les mêmes motifs que n'importe quelle autre opération. Par exemple, une opération réalisée pendant une période déterminée précédant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (généralement appelée "période suspecte") peut être annulée au motif qu'il s'agit d'une opération préférentielle, d'une opération à un prix sous-évalué ou d'une opération qui vise à faire échouer, à entraver ou à retarder le recouvrement des créances par les créanciers (voir Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, recommandation 87). Par conséquent, si le débiteur grevait ses actifs pour privilégier un créancier par rapport à un autre à la veille de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou, sans obtenir de contrepartie, au détriment d'autres créanciers, l'opération serait susceptible d'annulation en tant qu'opération préférentielle ou opération à un prix sous-évalué. Le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité examine les types d'opérations susceptibles d'annulation, la période suspecte, la conduite de l'action en annulation et la responsabilité des autres parties à une opération annulée (voir deuxième partie, chap. II, par. 148 à 203, et recommandations 87 à 99 de ce guide).

44. Parmi les sûretés réelles mobilières susceptibles d'annulation, on peut citer, par exemple, une sûreté constituée peu de temps avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité pour garantir une dette antérieure; une sûreté pour laquelle une ou plusieurs des mesures requises pour la rendre opposable ont été prises après sa constitution et après l'expiration du délai de grâce applicable (voir les recommandations 180 et 192 du présent *Guide*, chap. IX sur le financement d'acquisitions), mais pendant la période suspecte; et l'acquisition d'un actif grevé par le créancier garanti à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie (voir les recommandations 156 à 159 du présent *Guide*, chap. VIII sur la réalisation d'une sûreté réelle mobilière) à un prix nettement inférieur à sa valeur réelle.

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

45. Lorsque des actifs grevés font partie de la masse de l'insolvabilité et que les droits des créanciers garantis sont affectés par la procédure d'insolvabilité, ces créanciers devraient avoir le droit de participer à la procédure (voir Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, recommandation 126). Cette participation peut prendre différentes formes. Dans certains États, elle comprend le droit d'être entendu et de comparaître pendant la procédure, tandis que, dans d'autres, elle inclut le droit de se prononcer par vote sur des questions déterminées, comme la sélection (et la révocation) du représentant de l'insolvabilité et l'approbation d'un plan de redressement, le droit de donner des conseils au représentant de l'insolvabilité sur demande ou sur des questions spécifiées dans le droit de l'insolvabilité, et d'exercer d'autres devoirs et fonctions déterminés par le droit de l'insolvabilité, les tribunaux ou le représentant de l'insolvabilité. Dans certains cas, l'étendue du droit de se prononcer par vote sur certaines questions peut varier selon que l'obligation garantie excède ou non la valeur de l'actif grevé; si le créancier garanti n'a pas une sûreté suffisante, il pourrait participer comme créancier chirographaire dans la mesure où l'actif grevé ne permet pas de satisfaire son obligation.

46. Le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité examine d'une manière générale les questions liées à la participation des créanciers et les mécanismes qui peuvent être utilisés pour faciliter cette participation (voir Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, deuxième partie, chap. III, par. 75 à 115, et recommandations 126 à 137).

10. Procédure de redressement

a) *Approbation d'un plan de redressement*

47. La question de savoir si un créancier garanti est autorisé ou non à participer à l'approbation d'un plan de redressement dépendra de la manière dont le droit de l'insolvabilité traite les créanciers garantis et, en particulier, de la mesure dans laquelle un plan de redressement peut modifier ou affecter leurs sûretés ainsi que de la mesure dans laquelle la valeur de l'actif grevé sera suffisante pour rembourser l'obligation garantie. Lorsque la valeur de l'actif grevé n'est pas suffisante, le créancier peut participer à la fois en tant que créancier garanti et créancier chirographaire.

48. Lorsqu'un plan de redressement propose d'affecter ou de modifier les droits des créanciers garantis, ces derniers devraient avoir la possibilité de se prononcer par vote sur l'approbation de ce plan (voir Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, recommandation 146). À cet effet, certains États prévoient dans leur droit de l'insolvabilité l'établissement de classes de créanciers, y compris de créanciers garantis, en fonction de la nature de leurs droits et intérêts. Certains prévoient que les créanciers garantis votent ensemble en tant que classe distincte de celle des créanciers chirographaires. D'autres prévoient que chaque créancier garanti constitue une classe en soi.

49. Lorsque les créanciers garantis participent à l'approbation du plan, la question se pose de savoir s'ils sont liés par le plan même s'ils s'y sont opposés ou se sont abstenus. Lorsque les créanciers garantis votent par classe, le droit de l'insolvabilité dans certains États prévoit que, si la majorité requise au sein de la classe vote en faveur du plan, les membres de cette classe qui ont voté contre seront liés par le plan, sous réserve de certaines protections (ils recevront, par exemple, au moins autant dans le cadre du plan que ce qu'ils auraient reçu en cas de liquidation ou se verront, dans un certain délai, rembourser la totalité de leur créance majorée d'intérêts au taux du marché). Le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité examine la procédure de redressement de manière assez détaillée (voir deuxième partie, chap. IV, par. 26 à 75, et recommandations 139 à 159), y compris le vote des créanciers garantis (voir deuxième partie, chap. IV, par. 34 à 39, et recommandations 146, 150 et 151).

50. Plusieurs exemples illustrent la façon dont on peut, dans un plan de redressement, préserver la valeur économique des sûretés réelles mobilières, même si elles sont affectées ou modifiées par ce plan. Si le plan prévoit, à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie, un versement en espèces ou des paiements échelonnés en espèces à un créancier garanti, ce versement ou la valeur actualisée de ces paiements ne devraient pas être inférieurs à ce que le créancier garanti aurait reçu en cas de liquidation. Pour déterminer cette valeur, il faudrait tenir compte de l'utilisation des actifs et de l'objectif de l'évaluation. Une telle évaluation peut se fonder non seulement sur la valeur de liquidation stricte de l'actif, mais aussi sur sa valeur d'exploitation. Par exemple, si le débiteur reste en possession de l'actif et continue de l'utiliser dans le cadre du plan de redressement en vue de poursuivre son activité ou s'il vend l'entreprise à un repreneur, l'évaluation devrait se faire par rapport à la valeur de l'actif dans le cadre de l'entreprise en exploitation et non à celle de l'actif en tant que bien séparé de l'entreprise.

51. Si le plan oblige le créancier garanti à libérer une partie des actifs grevés, il pourrait également prévoir la possibilité de soumettre à sa sûreté des actifs de remplacement d'une valeur au moins égale, à moins que la disposition des actifs grevés restants ne permette de le rembourser intégralement.

b) *Évaluation des actifs grevés*

52. Les recommandations 49, alinéa *c* ii, 50, 51, alinéa *b*, 54, alinéa *a*, 58, alinéa *d*, 59, alinéa *c*, et 67, alinéa *c*, du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité prévoient, de manière générale, la protection de la valeur des actifs grevés dans les procédures d'insolvabilité. L'alinéa *b* de la recommandation 152 du même Guide prévoit que chaque créancier, y compris un créancier garanti, devrait recevoir au moins autant dans le cadre d'un plan homologué par un tribunal que ce qu'il aurait reçu en cas de liquidation. Les questions à prendre en compte pour déterminer la valeur des actifs grevés sont examinées dans le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité (voir Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, deuxième partie, chap. II, par. 66 à 69, et par. 33 ci-dessus du présent chapitre).

53. Pour déterminer la valeur de liquidation des actifs grevés dans une procédure de redressement (aux fins de l'application de la recommandation 152, alinéa *b*, du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité), il faudrait tenir compte de l'utilisation des actifs grevés, des objectifs de l'évaluation et d'autres aspects. La valeur de liquidation des actifs pourra se fonder, par exemple, sur leur valeur dans le cadre de la poursuite de l'activité (voir recommandation 242 du présent *Guide*), qui représente peut-être de façon plus exacte la valeur des actifs grevés compte tenu de l'utilisation qui en sera faite.

11. Procédure de redressement accélérée

54. Ces dernières années, une attention particulière a été accordée au développement de la procédure de redressement accélérée (procédure ouverte pour donner effet à un plan négocié et convenu par les créanciers concernés lors de négociations volontaires de restructuration qui ont eu lieu avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, lorsque le droit de l'insolvabilité autorise le tribunal à accélérer la conduite de cette procédure). Les négociations volontaires de restructuration menées avant l'ouverture de la procédure font généralement intervenir les créanciers, y compris garantis, dont la participation est requise pour assurer un redressement efficace ou dont les droits seront affectés par le redressement.

55. Les règles de fond applicables à la procédure de redressement accélérée prévoient pour l'essentiel les mêmes garanties et les mêmes protections que celles applicables aux procédures de redressement ordinaires supervisées par un tribunal. Étant donné, toutefois, que le plan de redressement a déjà été négocié et convenu par la majorité requise des créanciers au moment de l'ouverture de la procédure accélérée, plusieurs des dispositions procédurales du droit de l'insolvabilité concernant la procédure ordinaire supervisée par un tribunal peuvent être modifiées ou n'ont pas besoin de s'appliquer (voir Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, deuxième partie, chap. IV, par. 87 à 92, et recommandations 160 à 168).

12. Traitement des créances garanties

56. Une question importante pour les créanciers garantis est de savoir s'ils seront tenus de déclarer leurs créances dans la procédure d'insolvabilité. Lorsque le droit de l'insolvabilité n'inclut pas les actifs grevés dans la masse de l'insolvabilité et autorise les créanciers garantis à réaliser librement leur sûreté sur ces actifs, ces créanciers peuvent être dispensés de l'obligation de déclarer leur créance. Dans de tels cas, ils ne doivent le faire que dans la mesure où leur créance n'a pas été entièrement couverte par la valeur de vente de l'actif grevé (voir Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, deuxième partie, chap. V, par. 1 à 50, et recommandations 169 à 184).

57. Une autre approche consiste à exiger des créanciers garantis qu'ils déclarent une créance pour la valeur totale de leur sûreté, indépendamment du fait qu'une partie de leur créance soit ou non chirographaire. Cette obligation ne vaut, dans le droit de certains États, que pour les détenteurs de types particuliers de sûreté, tels que les charges flottantes, les actes de vente ou les hypothèques mobilières. Certains États dans leur droit de l'insolvabilité autorisent aussi les créanciers garantis à remettre leur sûreté au représentant de l'insolvabilité et à déclarer une créance d'un montant correspondant à la valeur totale de l'obligation garantie. L'obligation de déclaration imposée aux créanciers garantis a pour but de renseigner le représentant de l'insolvabilité sur l'existence de toutes les créances, sur le montant de l'obligation garantie et sur la description des actifs grevés. Quelle que soit la solution retenue, il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité énonce des règles claires sur le traitement des créanciers garantis en matière de déclaration de créances.

58. Lorsque le montant de la créance ne peut être déterminé, ou ne l'a pas été, au moment où celle-ci doit être déclarée, le droit de l'insolvabilité de nombreux États autorise l'admission provisoire de la créance, sous réserve que lui soit attribuée une valeur théorique (voir Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, recommandation 178). La détermination de la valeur d'une telle créance soulève un certain nombre de questions, comme celle de savoir à quelle date la valeur doit être déterminée et si elle doit être liquide (auquel cas elle devra être examinée par un tribunal) ou estimative (auquel cas le représentant de l'insolvabilité, le tribunal ou quelque autre personne désignée à cet effet pourrait se charger de l'estimation) (voir Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, recommandation 179). Lorsqu'un tribunal est tenu de trancher, une question connexe est de savoir quel tribunal sera compétent (le tribunal de l'insolvabilité ou autre) et quel effet tout retard dans la décision aura sur la conduite de la procédure d'insolvabilité. Pour ce qui est du moment de l'évaluation, de nombreux États exigent dans leur droit de l'insolvabilité que ce soit la date effective de l'ouverture de la procédure (voir Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, deuxième partie, chap. V, par. 38, et recommandation 179).

13. Classement des créances garanties

59. Le droit des opérations garanties établit la priorité des sûretés réelles mobilières par rapport aux droits des réclamants concurrents (pour la signification des termes "réclamant concurrent" et "priorité", voir Introduction, sect. B, Terminologie et interprétation, du présent *Guide*), y compris des autres créanciers garantis et chirographaires d'un débiteur, des créanciers judiciaires qui détiennent un droit sur les actifs grevés et des acheteurs des

actifs grevés. Le droit de l'insolvabilité de nombreux États reconnaît la priorité des sûretés antérieure à l'insolvabilité et classe ces sûretés avant d'autres créances, telles que les dépenses afférentes à l'administration de la procédure et autres (créances fiscales ou créances salariales, par exemple). Il prévoit que les créances garanties devraient être payées sur le produit de la vente des actifs grevés concernés ou sur les fonds généraux, suivant la manière dont sont traités les actifs grevés dans la procédure d'insolvabilité (voir Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, recommandation 188). Cependant, lorsque le représentant de l'insolvabilité a dépensé les ressources non grevées de la masse pour maintenir ou préserver la valeur des actifs grevés, ces dépenses pourront se voir attribuer un rang plus élevé que les créances garanties. En conséquence, elles devront peut-être être recouvrées sur le produit de la vente des actifs grevés ou sur une autre valeur qui peut leur être attribuée (voir la recommandation 241 du présent *Guide*).

60. Dans d'autres États, le droit de l'insolvabilité classe les créances garanties après les dépenses afférentes à l'administration et d'autres créances déterminées (généralement non garanties) (créances salariales ou fiscales, par exemple) ou limite le montant pour lequel une créance garantie se verra accorder un rang plus élevé à un certain pourcentage de cette dernière. L'octroi d'un rang plus élevé à certaines créances non garanties, qui se fonde souvent sur des considérations de politique sociale, a des répercussions sur l'offre et sur le coût du crédit garanti. On limite parfois le montant que recouvre un créancier garanti sur la valeur des actifs grevés en cas de sûreté constituée sur la totalité des actifs du débiteur afin d'accorder une certaine protection aux créanciers chirographaires (souvent à hauteur d'un montant limité).

61. Selon une autre approche, les créanciers garantis postérieurs à l'ouverture de la procédure peuvent primer les créanciers garantis existant au moment de l'ouverture (voir par. 37 et 38 ci-dessus) à condition que les sûretés de ces derniers puissent être protégées (voir Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, recommandations 66 et 67).

62. Dans les situations où le droit de l'insolvabilité confère des privilèges spéciaux à certains types de créances primant les sûretés réelles mobilières (privilège pour le paiement d'une créance fiscale ou d'autres créances non garanties, par exemple), il est souhaitable de limiter au minimum ces privilèges et de les énoncer ou de les mentionner clairement dans la loi sur l'insolvabilité (voir la recommandation 83 du présent *Guide*, chap. V sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière). Ainsi, le régime de l'insolvabilité sera transparent et prévisible pour ce qui est de son impact sur les créanciers, et permettra aux créanciers garantis d'évaluer plus précisément les risques auxquels ils s'exposent en octroyant des crédits. Ces questions sont examinées plus avant dans le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité (deuxième partie, chapitre V, paragraphes 51 à 79, et recommandations 185 à 193).

63. Comme on l'a vu plus haut, le droit de l'insolvabilité respecte en général la priorité des sûretés réelles mobilières antérieure à l'ouverture de la procédure (lorsque la sûreté a été rendue opposable avant l'ouverture de la procédure ou après, mais pendant un délai de grâce), sous réserve des privilèges qu'il pourrait accorder à d'autres créances. Il en va de même pour la priorité des sûretés réelles mobilières établie par cession de rang (autrement dit la modification du rang de priorité d'une sûreté par convention, ordre du tribunal ou même décision unilatérale; voir la recommandation 240 du présent *Guide*). Cette modification ne devrait toutefois pas avoir pour effet d'accorder, à un créancier garanti, un rang supérieur à celui qui lui aurait été accordé en tant que créancier individuel ou en tant que membre d'une classe de créanciers garantis, par la loi applicable. Ce principe signifie que

si les créanciers garantis A, B et C se classent de sorte que A est premier, B est deuxième et C est troisième, et A accepte de subordonner sa créance garantie à celle de C, B ne bénéficiera pas d'un rang supérieur à celui que A aurait eu par rapport au montant de sa créance. En d'autres termes, C ne peut exercer la priorité de A qu'à hauteur du montant de la créance de ce dernier. Ce principe signifie en outre que, si le créancier garanti A dans la classe X subordonne sa créance garantie à celle du créancier garanti B de la même classe, ce dernier ne peut bénéficier d'un rang supérieur à celui de cette classe. En d'autres termes, B ne peut exercer la priorité de A qu'à concurrence du montant de la créance de ce dernier.

14. Financement d'acquisitions

64. Le traitement, en cas d'insolvabilité, des sûretés réelles mobilières et d'autres droits garantissant l'exécution d'une obligation est un sujet de préoccupation majeur pour les créanciers d'un acheteur, d'un preneur à bail ou d'un emprunteur. Ce traitement peut parfois varier selon la manière dont un droit particulier est qualifié par le droit des opérations garanties; la manière dont ces sûretés et autres droits sont traités dans le droit des opérations garanties détermine en général la manière dont ils le seront dans l'insolvabilité. En conséquence, le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité n'aborde pas la question de savoir comment ceux-ci sont qualifiés dans le droit des opérations garanties mais seulement leur traitement dans l'insolvabilité, compte tenu de cette qualification.

65. Les États qui intègrent dans leur droit des opérations garanties toutes les formes de droits découlant du financement d'acquisitions (ce que le présent *Guide* nomme l'"approche unitaire" du financement d'acquisitions) traitent les opérations sous réserve de propriété et les crédits-bails, en cas d'insolvabilité du débiteur, de la même manière qu'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition, en tenant compte de toute priorité spéciale qu'accorde à cette sûreté un droit autre que celui de l'insolvabilité (voir la recommandation 186 du présent *Guide*, chap. IX sur le financement d'acquisitions). Le même résultat se produirait, dans ce que le présent *Guide* nomme l'"approche non unitaire" du financement d'acquisitions, toutes les fois que le droit des opérations garanties qualifie une opération de sûreté réelle mobilière (voir recommandation 202, variante A, chap. IX sur le financement d'acquisitions). Il s'ensuit que les dispositions du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité applicables aux sûretés réelles mobilières s'appliqueraient à ces diverses sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions. Lorsque les États traitent séparément les opérations sous réserve de propriété et les crédits-bails, les actifs qui font l'objet de ces opérations ne sont souvent pas traités par le droit des opérations garanties comme des actifs grevés d'une sûreté réelle mobilière, mais comme des actifs appartenant au vendeur ou au bailleur. Par conséquent, les dispositions du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité relatives aux actifs appartenant à des tiers s'appliqueraient à ces opérations (voir recommandation 202, variante B, du présent *Guide*, chap. IX sur le financement d'acquisitions).

66. En tout état de cause, qu'un droit découlant du financement d'une acquisition soit traité, dans la procédure d'insolvabilité, conformément aux règles applicables aux sûretés réelles mobilières ou conformément à celles applicables aux contrats et aux actifs appartenant à des tiers, tous les droits liés au financement d'une acquisition devraient être soumis aux effets de l'insolvabilité spécifiés dans le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité.

Avec l'une ou l'autre variante de l'approche non unitaire (voir variantes A et B de la recommandation 202 du présent *Guide*, chap. IX sur le financement d'acquisitions), il importera peut-être de noter que le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité recommande souvent d'appliquer le même traitement aux détenteurs de sûretés réelles mobilières et aux actifs appartenant à des tiers. C'est le cas par exemple de la recommandation 88 du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité (application des pouvoirs d'annulation, notamment, aux sûretés réelles); de la recommandation 35 (inclusion des droits du débiteur sur les actifs grevés dans la masse de l'insolvabilité); des recommandations 39 à 51 (application de mesures provisoires et de l'arrêt des poursuites aux actifs grevés et aménagement de l'arrêt des poursuites); de la recommandation 52 (utilisation et disposition des actifs de la masse, y compris les actifs grevés); de la recommandation 54 (utilisation d'actifs appartenant à des tiers); et des recommandations 69 à 86 (traitement des contrats).

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

67. Un transfert pur et simple d'une créance entre dans le champ d'application du présent *Guide*, bien qu'il ne soit pas effectué pour garantir l'exécution d'une obligation (voir recommandations 3 et 167 du présent *Guide*, chap. I et VIII). En tout état de cause, quelle que soit la manière dont il est traité dans un droit autre que celui de l'insolvabilité, le droit de l'insolvabilité traite le transfert pur et simple d'une créance comme tout autre transfert par le débiteur d'un actif avant l'ouverture de la procédure (voir, d'une façon générale, Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, recommandation 35, al. *a*).

B. Recommandations

Objet

Les recommandations du présent chapitre traitent de l'incidence de l'insolvabilité sur les sûretés réelles mobilières d'une manière globale qui soit compatible avec le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité. C'est pourquoi les recommandations fondamentales de ce dernier qui ont trait tout particulièrement aux sûretés sont incluses dans le présent chapitre. Pour un examen plus complet de l'incidence d'une procédure d'insolvabilité sur les sûretés, cependant, il faudrait lire le présent chapitre en parallèle avec le commentaire et les recommandations du Guide sur l'insolvabilité. Le présent chapitre examine aussi plusieurs recommandations supplémentaires portant sur des questions abordées dans le Guide sur l'insolvabilité, où elles n'ont cependant pas fait l'objet de recommandations.

***1. Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*: terminologie et recommandations**

a) *Terminologie*

12. *c)* "Actifs du débiteur": biens et droits du débiteur, notamment les droits sur des biens, en sa possession ou non, corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, y compris les droits sur des actifs grevés ou sur des actifs appartenant à des tiers;

* Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.10. Convention des Nations Unies sur la cession, art. 5, al. *l.*

12. *j)* "Compensation globale" (*netting*): compensation d'obligations monétaires ou non monétaires en vertu de contrats financiers;

12. *k)* "Contrat financier": toute opération au comptant, à terme, sur option ou de contrat d'échange portant sur des taux d'intérêt, matières premières, devises, actions, obligations, indices ou tout autre instrument financier, toute opération de rachat ou de prêt sur valeurs mobilières, et toute autre opération analogue à l'une des précédentes effectuée sur les marchés financiers et toute combinaison des opérations visées ci-dessus;

12. *l)* "Convention de compensation globale" (*netting*): forme de contrat financier entre deux parties ou plus prévoyant une ou plusieurs des modalités suivantes:

i) Le règlement net des paiements dus dans la même monnaie à la même date par novation ou autrement;

ii) Lors de l'insolvabilité d'une partie ou autre défaillance de sa part, la liquidation de toutes les opérations à leur valeur de remplacement ou à leur juste valeur de marché, la conversion des sommes correspondantes dans une seule monnaie et la compensation globale sous forme d'un paiement unique effectué par une partie à l'autre; ou

iii) La compensation (*set-off*) des montants calculés comme prévu à l'alinéa ii de la présente définition au titre de deux conventions de compensation globale, ou plus[3].

12. *q)* "Créance prioritaire": créance qui est payée avant le désintéressement de l'ensemble des créanciers chirographaires;

12. *bb)* "*Lex fori concursus*": loi de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité;

12. *cc)* "*Lex rei sitae*": loi de l'État où se trouve l'actif;

12. *ii)* "Partie intéressée": toute partie sur les droits, obligations ou intérêts de laquelle une procédure d'insolvabilité ou des aspects particuliers d'une procédure d'insolvabilité ont des incidences, notamment le débiteur, le représentant de l'insolvabilité, un créancier, un actionnaire, un comité des créanciers, une autorité publique ou toute autre personne ainsi concernée. Ne devraient pas être considérées comme des parties intéressées les personnes ayant un intérêt lointain ou diffus sur lequel la procédure d'insolvabilité aurait des incidences;

12. *mm)* "Priorité": droit d'une créance de primer une autre créance, lorsque ce droit naît par l'effet de la loi;

12. *pp)* "Protection de la valeur": mesures visant à maintenir la valeur économique des actifs grevés et des actifs appartenant à des tiers pendant la procédure d'insolvabilité (certaines législations parlent de "protection adéquate"). Une protection peut être assurée par des versements en espèces, la constitution d'une sûreté réelle sur des actifs de remplacement

[3] Convention des Nations Unies sur la cession, art. 5, al. *l*.

ou des actifs supplémentaires ou par d'autres moyens qui, de l'avis du tribunal, sont de nature à apporter la protection nécessaire;

12. *ss)* "Sûreté réelle": droit sur un actif garantissant le paiement ou autre exécution d'une ou de plusieurs obligations;

12. *tt)* "Traitement préférentiel": opération au terme de laquelle un créancier obtient un avantage ou bénéficie d'un paiement irrégulier.

b) *Recommandations*

Principaux objectifs d'une loi sur l'insolvabilité efficace et effective

1. Pour élaborer et développer une loi sur l'insolvabilité efficace, il faudrait prendre en compte les principaux objectifs suivants:

a) Sécuriser le marché pour promouvoir la stabilité et la croissance économiques;

b) Maximiser la valeur des actifs;

c) Établir un équilibre entre liquidation et redressement;

d) Garantir le traitement équitable des créanciers se trouvant dans la même situation;

e) Prévoir le règlement rapide, efficace et impartial de l'insolvabilité;

f) Préserver la masse de l'insolvabilité pour permettre une répartition équitable entre les créanciers;

g) Élaborer une loi sur l'insolvabilité transparente et prévisible qui contienne des mesures d'incitation pour la collecte et la diffusion d'informations; et

h) Reconnaître les droits des créanciers existants et établir des règles claires pour classer les créances prioritaires.

4. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, si une sûreté réelle est opposable et réalisable en vertu d'une autre loi, elle sera reconnue comme telle dans la procédure d'insolvabilité.

7. Pour concevoir une loi sur l'insolvabilité efficace et effective, il faudrait prendre en considération les éléments communs suivants:

a) à *d)* …

e) Protection de la masse de l'insolvabilité contre les actions des créanciers, contre le débiteur lui-même et contre le représentant de l'insolvabilité et, lorsque les mesures de protection s'appliquent aux créanciers garantis, manière dont la valeur économique de leurs sûretés réelles sera protégée pendant la procédure d'insolvabilité;

f) à *r)* …

Loi applicable à la validité et à l'opposabilité des droits et créances

30. La loi applicable à la validité et à l'opposabilité des droits et créances existant au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité devrait être déterminée par les règles de droit international privé de l'État où est ouverte cette procédure.

Loi applicable dans la procédure d'insolvabilité: lex fori concursus

31. La loi de l'État où est ouverte la procédure d'insolvabilité (*lex fori concursus*) devrait s'appliquer à tous les aspects de l'ouverture, du déroulement, de l'administration et de la conclusion de cette procédure et à ses effets, à savoir notamment:

a) à *i)* …

j) Le traitement des créanciers garantis;

k) à *n)* …

o) Le classement des créances;

p) à *s)* …

Exceptions à l'application de la loi de la procédure d'insolvabilité

…

34. Toutes exceptions en sus de celles prévues dans les recommandations 32 et 33 devraient être limitées en nombre et clairement énoncées ou notées dans la loi sur l'insolvabilité.

Actifs constituant la masse de l'insolvabilité

35. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la masse devrait comprendre notamment:

a) Les actifs du débiteur[4], y compris ses droits sur des actifs grevés et sur des actifs appartenant à des tiers;

b) Les actifs acquis après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité; et

c) …

Mesures provisoires[5]

39. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le tribunal peut prononcer, à la demande du débiteur, de créanciers ou de tiers, des mesures provisoires, lorsque celles-ci sont nécessaires pour protéger et préserver la valeur des actifs du débiteur[6] ou les intérêts des créanciers, entre le moment du dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et l'ouverture de la procédure[7]. Ces mesures peuvent notamment être les suivantes:

a) Interdire ou suspendre les mesures d'exécution contre les actifs du débiteur, y compris les mesures visant à rendre des sûretés réelles opposables aux tiers et la réalisation de sûretés réelles;

b) à *d)* …

---

[4] La propriété des actifs serait déterminée conformément à la loi applicable en l'espèce, le terme "actifs" étant ici défini de manière large comme désignant des biens et des droits du débiteur, y compris des droits sur des actifs appartenant à des tiers.

[5] Le présent texte suit les dispositions correspondantes de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, voir art. 19 (annexe III du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité).

[6] Les actifs visés aux alinéas *a* à *c* sont uniquement ceux qui entreraient dans la masse de l'insolvabilité une fois la procédure ouverte.

[7] La loi sur l'insolvabilité devrait indiquer à partir de quand prend effet une décision d'accorder des mesures provisoires, par exemple au moment où la décision est rendue, rétroactivement à partir du début du jour où la décision a été rendue ou à un autre moment précis (voir Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, deuxième partie, chap. II, par. 44).

Indemnisation en rapport avec les mesures provisoires

40. La loi sur l'insolvabilité peut habiliter le tribunal:

a) À exiger de la personne demandant les mesures provisoires une indemnisation et, s'il y a lieu, le paiement de frais ou droits; ou

b) À imposer des sanctions en rapport avec une demande de mesures provisoires.

Répartition des droits entre le débiteur et le représentant de l'insolvabilité

41. La loi sur l'insolvabilité devrait indiquer clairement comment les droits et obligations se répartissent entre le débiteur et tout représentant de l'insolvabilité nommé à titre de mesure provisoire. Entre le moment du dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et l'ouverture de la procédure, le débiteur est autorisé à continuer d'exploiter son entreprise ainsi qu'à utiliser les actifs et à en disposer dans le cours normal des affaires, sauf restrictions imposées par le tribunal.

Notification

42. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, sauf si le tribunal en limite ou en exclut la nécessité, une notification appropriée doit être adressée aux parties intéressées qui sont concernées:

a) Par une demande de mesures provisoires ou une décision du tribunal d'accorder des mesures provisoires (y compris une demande de réexamen et de modification ou de mainlevée); et

b) Par une décision du tribunal d'accorder des mesures supplémentaires applicables à l'ouverture.

Mesures provisoires ex parte

43. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, s'ils ne sont pas avisés de la demande de mesures provisoires, le débiteur ou une autre partie intéressée touchée par ces mesures ont le droit, s'ils en font la demande d'urgence, d'être entendus rapidement[8] sur le maintien ou non des mesures.

Modification ou mainlevée des mesures provisoires

44. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le tribunal, agissant d'office ou à la demande du représentant de l'insolvabilité, du débiteur, d'un créancier ou de toute autre personne touchée par les mesures provisoires, peut réexaminer et modifier ou lever ces mesures.

Fin des mesures provisoires

45. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les mesures provisoires prennent fin:

a) Lorsque la demande d'ouverture est rejetée;

b) Lorsqu'une décision ordonnant des mesures provisoires est contestée avec succès conformément à la recommandation 43; et

c) Lorsque les mesures applicables à l'ouverture de la procédure prennent effet, sauf si elles sont maintenues par le tribunal.

[8] Tout délai fixé dans la loi sur l'insolvabilité devrait être bref pour éviter la dépréciation de l'entreprise débitrice.

Mesures applicables à l'ouverture de la procédure

46. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité[9]:

a) L'engagement d'actions ou de procédures individuelles[10] visant les actifs, les droits ou les obligations du débiteur est interdit et la poursuite desdites actions ou procédures est suspendue;

b) Les actions visant à rendre des sûretés réelles opposables aux tiers et à réaliser des sûretés réelles sont interdites ou suspendues[11];

c) Les mesures d'exécution ou autres voies de droit contre les actifs de la masse sont interdites ou suspendues;

d) Le droit d'un cocontractant de mettre fin à tout contrat conclu avec le débiteur est suspendu[12]; et

e) Le droit de transférer tout actif de la masse, de le grever ou d'en disposer autrement est suspendu[13].

Durée des mesures automatiquement applicables à l'ouverture de la procédure

49. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les mesures applicables à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité auront effet pendant toute cette procédure:

a) Jusqu'au prononcé de leur aménagement par le tribunal[14];

b) Dans une procédure de redressement, jusqu'à la prise d'effet d'un plan de redressement[15]; ou

c) S'agissant des créanciers garantis dans une procédure de liquidation, jusqu'à expiration d'une période fixe spécifiée par la loi[16], à moins que le tribunal ne proroge cette période s'il est montré que:

i) Une prorogation est nécessaire pour maximiser la valeur des actifs dans l'intérêt des créanciers; et

ii) Les créanciers garantis seront protégés contre une dépréciation de l'actif grevé sur lequel ils détiennent une sûreté réelle.

---

[9] Ces mesures prendraient généralement effet au moment où est rendue la décision d'ouverture.

[10] Voir l'article 20 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (annexe III du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité). Les actions et procédures individuelles mentionnées à l'alinéa *a* de la recommandation 46 sont censées englober également les actions devant un tribunal arbitral. Il ne sera pas toujours possible, toutefois, d'arrêter automatiquement une procédure arbitrale, par exemple lorsque celle-ci se déroule à l'étranger.

[11] Si une loi autre que la loi sur l'insolvabilité autorise l'accomplissement des formalités d'opposabilité dans un certain délai, il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité reconnaisse ce délai et autorise l'accomplissement des formalités en question si la procédure d'insolvabilité est ouverte avant l'expiration desdits délais. Lorsque la loi autre que la loi sur l'insolvabilité ne prévoit pas de tel délai, l'arrêt des poursuites applicable à l'ouverture aurait pour effet d'empêcher l'accomplissement des formalités d'opposabilité (pour plus de détails, voir Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, deuxième partie, chap. II, par. 32, et présent *Guide*).

[12] Voir Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, deuxième partie, chap. II, par. 114 à 119. Cette recommandation ne vise pas à interdire qu'il soit mis fin à un contrat si celui-ci doit arriver à expiration à une date postérieure à celle de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

[13] S'agissant de la limitation du droit de transférer des actifs de la masse, de les grever ou d'en disposer autrement, une exception peut être prévue dans les cas où le débiteur est autorisé à continuer d'exploiter l'entreprise et peut transférer des actifs, les grever ou en disposer autrement dans le cours normal des affaires.

[14] L'aménagement devrait être prononcé pour les motifs indiqués dans la recommandation 51 du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité.

[15] Un plan peut prendre effet dès son approbation par les créanciers ou après son homologation par le tribunal, selon les conditions posées par la loi sur l'insolvabilité (voir Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, deuxième partie, chap. IV, par. 54 et suiv.).

[16] L'arrêt des poursuites ne devrait s'appliquer aux créanciers garantis que pendant une courte période, de l'ordre de 30 à 60 jours, période qui devrait être clairement spécifiée dans la loi sur l'insolvabilité.

Protection contre la dépréciation des actifs grevés

50. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, sur demande faite au tribunal, un créancier garanti devrait avoir droit à la protection de la valeur des actifs sur lesquels il détient une sûreté réelle. Le tribunal peut prononcer les mesures de protection appropriées, qui peuvent notamment prendre la forme:

a) De versements en espèces effectués par la masse;

b) De la constitution de sûretés réelles supplémentaires; ou

c) D'autres moyens déterminés par le tribunal.

Aménagement des mesures applicables à l'ouverture de la procédure

51. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'un créancier garanti peut demander au tribunal de prononcer un aménagement des mesures applicables à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité pour certains motifs, dont notamment les suivants:

a) L'actif grevé n'est pas nécessaire à un éventuel redressement ou à une éventuelle cession de l'entreprise débitrice;

b) La valeur de l'actif grevé diminue du fait de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et le créancier garanti n'est pas protégé contre cette diminution; et

c) Dans le cas d'un redressement, aucun plan n'a été approuvé dans tout délai applicable.

Pouvoir d'utiliser les actifs de la masse et d'en disposer

52. La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser:

a) L'utilisation et la disposition des actifs de la masse (y compris des actifs grevés) dans le cours normal des affaires, à l'exception du produit en espèces; et

b) L'utilisation et la disposition des actifs de la masse (y compris des actifs grevés) en dehors du cours normal des affaires, sous réserve des conditions prévues dans les recommandations 55 et 58.

Constitution d'une nouvelle sûreté réelle sur des actifs grevés

53. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les actifs grevés peuvent être grevés d'une nouvelle sûreté réelle, sous réserve des conditions prévues dans les recommandations 65 à 67.

Utilisation d'actifs appartenant à des tiers

54. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le représentant de l'insolvabilité peut utiliser des actifs appartenant à des tiers et se trouvant en possession du débiteur sous réserve que soient remplies certaines conditions, notamment:

a) Que les droits des tiers soient protégés contre la diminution de la valeur des actifs; et

b) Que les frais, prévus au contrat, qui sont liés à la poursuite de l'exécution de ce dernier et à l'utilisation des actifs soient assimilés à une dépense afférente à l'administration de la procédure.

Faculté de vendre des actifs de la masse libres de toutes sûretés et autres droits réels

58. La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser le représentant de l'insolvabilité à vendre des actifs qui sont grevés de sûretés ou soumis à d'autres droits réels libres de ces sûretés et autres droits en dehors du cours normal des affaires, à condition:

a) Qu'il notifie la vente proposée aux titulaires des sûretés ou autres droits réels;

b) Que les titulaires aient la possibilité d'être entendus par le tribunal s'ils s'opposent à la vente proposée;

c) Qu'aucun aménagement de l'arrêt des poursuites n'ait été prononcé; et

d) Que la priorité des droits sur le produit de la vente des actifs soit préservée.

Utilisation du produit en espèces

59. La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser le représentant de l'insolvabilité à utiliser le produit en espèces et à en disposer si:

a) Le créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle sur ce produit en espèces consent à cette utilisation ou disposition; ou

b) Le créancier garanti a été avisé de l'utilisation ou de la disposition proposées et a eu la possibilité d'être entendu par le tribunal; et

c) Les droits du créancier garanti seront protégés contre la diminution de la valeur du produit en espèces.

Actifs constituant une charge

62. La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser le représentant de l'insolvabilité à décider du traitement des actifs constituant une charge pour la masse. En particulier, elle peut l'autoriser à renoncer à de tels actifs après que les créanciers en ont été avisés et ont eu la possibilité de s'opposer à l'action proposée, sauf lorsque le montant d'une créance garantie excède la valeur de l'actif grevé et que l'actif n'est pas nécessaire au redressement ou à la cession de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité, auquel cas la loi sur l'insolvabilité peut permettre au représentant de l'insolvabilité de renoncer à l'actif en faveur du créancier garanti sans en aviser les autres créanciers.

Attirer et autoriser un financement postérieur à l'ouverture de la procédure

63. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir des mesures de facilitation et d'incitation pour permettre au représentant de l'insolvabilité d'obtenir un financement postérieur à l'ouverture de la procédure lorsqu'il juge un tel financement nécessaire pour la poursuite de l'exploitation ou la survie de l'entreprise du débiteur ou pour préserver ou augmenter la valeur de la masse. La loi sur l'insolvabilité peut exiger que le tribunal autorise ou que les créanciers approuvent l'octroi de ce financement.

Garantie d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure

65. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre la constitution d'une sûreté réelle en garantie du remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, notamment d'une sûreté sur des actifs non grevés, y compris des actifs acquis après l'ouverture de la procédure, ou d'une sûreté de rang inférieur sur des actifs de la masse déjà grevés.

66. La loi[17] devrait spécifier qu'une sûreté réelle constituée sur des actifs de la masse pour garantir le remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure ne prime pas une sûreté réelle antérieure sur les mêmes actifs, sauf si le représentant de l'insolvabilité obtient l'accord du ou des créanciers garantis antérieurs ou s'il applique la procédure décrite dans la recommandation 67.

[17] Cette règle peut figurer dans une loi autre que la loi sur l'insolvabilité, auquel cas cette dernière devrait en mentionner l'existence.

67. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsque le créancier garanti antérieur ne donne pas son accord, le tribunal peut autoriser la constitution d'une sûreté réelle primant les sûretés réelles antérieures, sous réserve que soient remplies certaines conditions, notamment:

a) Que la possibilité ait été donnée au créancier garanti antérieur d'être entendu par le tribunal;

b) Que le débiteur puisse prouver qu'il ne peut obtenir le financement par aucun autre moyen; et

c) Que les droits du créancier garanti antérieur soient protégés[18].

Effet de la conversion de la procédure sur le financement postérieur à son ouverture

68. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsqu'une procédure de redressement est convertie en liquidation, toute priorité accordée, dans le cadre du redressement, à un financement postérieur à l'ouverture de la procédure devrait continuer à être reconnue dans le cadre de la liquidation[19].

Clauses de résiliation automatique et de déchéance du terme

70. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que toute clause contractuelle prévoyant la résiliation automatique ou l'exécution anticipée d'un contrat dans l'un quelconque des cas suivants est inopposable au représentant de l'insolvabilité et au débiteur:

a) Demande d'ouverture ou ouverture d'une procédure d'insolvabilité;

b) Nomination d'un représentant de l'insolvabilité[20].

71. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les contrats qui sortent du champ d'application de la recommandation 70, comme les contrats financiers, ou sont soumis à des règles spéciales, comme les contrats de travail.

Continuation ou rejet

72. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le représentant de l'insolvabilité peut décider de poursuivre l'exécution d'un contrat dont il a connaissance lorsque la continuation serait profitable à la masse de l'insolvabilité[21]. Elle devrait spécifier que:

a) Le droit de continuation s'applique au contrat dans son intégralité; et

b) La continuation a pour effet de rendre toutes les clauses du contrat exécutoires.

---

[18] Voir Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, deuxième partie, chap. II, par. 63 à 69.

[19] Il n'est pas nécessaire que soit reconnu le même ordre de priorité. Par exemple, le financement postérieur à l'ouverture peut être primé par les créances afférentes à l'administration de la liquidation.

[20] Cette recommandation ne s'appliquerait qu'aux contrats dans lesquels de telles clauses pourraient être annulées (voir Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, deuxième partie, chap. II, par. 143 à 145, sur les exceptions) et n'entend pas être exclusive, mais établir un minimum: le tribunal devrait être en mesure d'examiner d'autres clauses contractuelles qui auraient pour effet de résilier un contrat lorsque surviennent des événements similaires.

[21] Sous réserve que l'arrêt automatique des poursuites s'applique pour empêcher la résiliation (consécutive à une clause de résiliation automatique) des contrats avec le débiteur, tous les contrats devraient être maintenus pour que le représentant de l'insolvabilité puisse examiner la possibilité de les poursuivre, à moins que la date d'expiration du contrat ne tombe après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

73. La loi sur l'insolvabilité peut autoriser le représentant de l'insolvabilité à décider de rejeter un contrat[22]. Elle devrait spécifier que ce droit de rejet s'applique au contrat dans son intégralité.

Continuation d'un contrat en cas de manquement du débiteur

79. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'en cas de manquement du débiteur à ses obligations contractuelles, le représentant de l'insolvabilité peut poursuivre l'exécution du contrat, à condition que le manquement soit réparé, que le cocontractant non défaillant retrouve pour l'essentiel la situation économique qui était la sienne avant le manquement et que la masse soit en mesure de s'acquitter des obligations découlant du contrat poursuivi.

Exécution avant la continuation ou le rejet du contrat

80. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le représentant de l'insolvabilité peut accepter ou exiger du cocontractant qu'il exécute le contrat avant sa continuation ou son rejet. Les créances du cocontractant découlant de cette exécution devraient être assimilées à une dépense afférente à l'administration de la procédure:

a) Si le cocontractant a exécuté le contrat, le montant de cette dépense devrait correspondre au prix contractuel de l'exécution; ou

b) Si le représentant de l'insolvabilité utilise des actifs appartenant à un tiers qui sont en possession du débiteur soumis au contrat, ce tiers devrait être protégé contre la dépréciation de ces actifs et avoir une créance afférente à l'administration de la procédure conformément à l'alinéa *a*.

Dommages-intérêts pour inexécution ultérieure d'un contrat poursuivi

81. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'en cas de décision de continuer un contrat, les dommages-intérêts dus pour inexécution ultérieure de ce contrat devraient être assimilés à une dépense afférente à l'administration de la procédure.

Dommages-intérêts pour rejet du contrat

82. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que tous dommages-intérêts dus pour rejet d'un contrat antérieur à l'ouverture de la procédure seraient déterminés conformément à la loi applicable et devraient être traités comme une créance ordinaire non garantie. Elle peut limiter les créances liées au rejet d'un contrat de longue durée.

Cession des contrats

83. La loi sur l'insolvabilité peut spécifier que le représentant de l'insolvabilité peut décider de céder un contrat, nonobstant les restrictions énoncées dans celui-ci, à condition que la cession soit bénéfique pour la masse.

84. Lorsque le cocontractant est opposé à la cession d'un contrat, la loi sur l'insolvabilité peut habiliter le tribunal à approuver néanmoins la cession à condition que:

a) Le représentant de l'insolvabilité continue le contrat;

b) Le cessionnaire puisse s'acquitter des obligations contractuelles cédées;

[22] Une solution autre que la faculté de rejeter les contrats est de prévoir, comme le font certains pays, que l'exécution d'un contrat cesse purement et simplement sauf si le représentant de l'insolvabilité décide de poursuivre celle-ci.

c) Le cocontractant ne soit pas fortement désavantagé par la cession; et

d) Le manquement du débiteur au contrat soit réparé avant la cession.

85. La loi sur l'insolvabilité peut spécifier que, lorsque le contrat est cédé, le cessionnaire se substituera au débiteur comme partie contractante avec effet à compter de la date de la cession et la masse n'aura plus d'obligation au regard du contrat.

Opérations annulables[23]

87. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir des dispositions qui s'appliquent rétroactivement et qui visent à défaire des opérations impliquant le débiteur ou des actifs de la masse et ayant pour effet soit de réduire la valeur de la masse, soit d'enfreindre le principe du traitement équitable des créanciers. Elle devrait spécifier que les types d'opérations ci-après sont annulables:

a) Les opérations visant à faire échouer, à retarder ou à entraver le recouvrement des créances par les créanciers lorsque l'opération a eu pour effet de mettre des actifs hors de portée des créanciers ou des créanciers potentiels ou de léser d'une autre manière les intérêts des créanciers;

b) Les opérations dans lesquelles le débiteur a transféré un droit sur un bien ou a souscrit une obligation à titre gratuit ou pour une contrepartie symbolique, inférieure ou insuffisante et qui sont intervenues à un moment où il était insolvable ou qui l'ont rendu insolvable (opérations à un prix sous-évalué); et

c) Les opérations intervenues à un moment où le débiteur était insolvable, dans lesquelles un créancier a obtenu une part des actifs de ce dernier supérieure à la proportion qui lui revient ou en a reçu le bénéfice (opérations préférentielles).

Sûretés réelles

88. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, bien qu'elle soit opposable et réalisable en vertu d'une autre loi, une sûreté réelle peut être soumise aux dispositions d'annulation qu'elle prévoit pour les mêmes motifs que d'autres opérations.

Opérations échappant aux actions en annulation

92. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les opérations qui échappent aux actions en annulation, notamment les contrats financiers.

Contrats financiers et compensation globale

103. Une fois les contrats financiers du débiteur résiliés, la loi sur l'insolvabilité devrait permettre aux cocontractants de réaliser leurs sûretés réelles garantissant les obligations découlant de ces contrats. Les contrats financiers ne devraient pas être soumis à un éventuel arrêt des poursuites appliqué à la réalisation des sûretés par la loi sur l'insolvabilité.

Participation des créanciers

126. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les créanciers, tant garantis que chirographaires,

[23] Le terme "opération" est employé dans la présente section pour désigner généralement un des nombreux actes juridiques — ou la combinaison de plusieurs d'entre eux — permettant de disposer d'actifs ou de contracter des obligations, notamment un transfert, un paiement, la constitution d'une sûreté réelle ou d'une garantie, la conclusion d'un prêt, la renonciation à un droit ou une action visant à rendre une sûreté réelle opposable aux tiers.

ont le droit de participer à la procédure d'insolvabilité et indiquer quelles fonctions ils peuvent remplir dans le cadre de cette participation.

Droit d'être entendu et de former un recours

137. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une partie intéressée a le droit d'être entendue dans le cadre de la procédure d'insolvabilité sur toute question qui porte atteinte à ses droits, obligations ou intérêts. Par exemple, une partie intéressée devrait être fondée:

a) À contester tout acte soumis à l'approbation du tribunal;

b) À demander au tribunal d'examiner tout acte pour lequel son approbation n'était pas nécessaire ou requise; et

c) À demander toute mesure dont elle peut se prévaloir dans la procédure d'insolvabilité.

Droit de faire appel[24]

138. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une partie intéressée peut faire appel de toute décision du tribunal prise dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité si cette décision porte atteinte à ses droits, obligations ou intérêts.

Plan de redressement

Mécanismes de vote

145. La loi sur l'insolvabilité devrait établir, pour l'approbation du plan, un mécanisme de vote indiquant les créanciers et les actionnaires qui ont le droit de se prononcer sur le plan par un vote; les modalités de vote, à savoir lors d'une assemblée convoquée à cet effet ou par correspondance ou par d'autres moyens, notamment par voie électronique et par procuration; et si les créanciers et les actionnaires devraient ou non voter par classe en fonction de leurs droits respectifs.

146. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'un créancier ou un actionnaire dont les droits sont modifiés ou affectés par le plan ne devrait pas être lié par les stipulations de ce dernier sauf s'il lui a été donné la possibilité de voter sur le plan.

147. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsque le plan prévoit que les droits d'un créancier, d'un actionnaire ou d'une classe de créanciers ou d'actionnaires ne seront ni modifiés ni affectés par ses stipulations, ce créancier ou cet actionnaire ou cette classe de créanciers ou d'actionnaires ne sont pas habilités à voter sur le plan.

148. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les créanciers habilités à voter sur le plan devraient être rangés dans des classes séparées selon leurs droits respectifs et que chaque classe devrait voter séparément.

[24] Conformément à ses principaux objectifs, la loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que les appels formés dans le cadre de la procédure d'insolvabilité ne devraient pas avoir d'effet suspensif sauf si le tribunal en décide autrement, afin que l'insolvabilité puisse être traitée et réglée de manière ordonnée, rapide et efficace sans interruption inutile. Les délais d'appel devraient être conformes à la loi généralement applicable, mais doivent être plus courts dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité pour éviter toute interruption de cette dernière.

149. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que tous les créanciers et les actionnaires d'une même classe devraient se voir offrir le même traitement.

Approbation par classe

150. Lorsque, pour l'approbation du plan, il est procédé à un vote par classe, la loi sur l'insolvabilité devrait spécifier comment seront traités, aux fins de cette approbation, les résultats obtenus dans chaque classe. Différentes solutions sont possibles: par exemple, exiger l'approbation par toutes les classes ou l'approbation par une majorité spécifiée de classes, à condition toutefois qu'au moins une classe de créanciers dont les droits sont modifiés ou affectés approuve le plan.

151. Lorsque la loi sur l'insolvabilité n'exige pas l'approbation du plan par toutes les classes, elle devrait indiquer le traitement à réserver à celles qui ne votent pas en faveur du plan qui par ailleurs est approuvé par les classes requises. Ce traitement devrait être conforme aux conditions énoncées dans la recommandation 152.

Homologation d'un plan approuvé

152. Lorsque la loi sur l'insolvabilité exige qu'un plan approuvé soit homologué par le tribunal, elle devrait exiger que celui-ci homologue ce plan si les conditions suivantes sont remplies:

a) Les approbations requises ont été obtenues et le processus d'approbation a été régulier;

b) Les créanciers recevront au moins autant dans le cadre du plan que ce qu'ils auraient reçu en cas de liquidation, à moins qu'ils n'aient expressément accepté un traitement moins favorable;

c) Le plan ne comporte pas de disposition contraire à la loi;

d) Les créances et dépenses afférentes à l'administration de la procédure seront intégralement payées, sauf dans la mesure où le créancier concerné accepte un traitement différent; et

e) Sauf dans la mesure où les classes concernées en sont convenues autrement, si une classe de créanciers a voté contre le plan, elle se verra reconnaître pleinement par celui-ci le rang que la loi sur l'insolvabilité lui accorde et la part qui lui revient en vertu du plan devrait être conforme à ce rang.

Contestation de l'approbation (lorsque aucune homologation n'est exigée)

153. Lorsqu'un plan devient contraignant après son approbation par les créanciers, sans qu'il doive être homologué par le tribunal, la loi sur l'insolvabilité devrait permettre aux parties intéressées, notamment au débiteur, d'en contester l'approbation. Elle devrait spécifier les critères permettant d'apprécier le bien-fondé de la contestation, parmi lesquels devraient figurer:

a) Le respect des conditions énoncées dans la recommandation 152; et

b) La fraude, auquel cas les dispositions de la recommandation 154 devraient s'appliquer.

Créances garanties

172. La loi sur l'insolvabilité devrait préciser si les créanciers garantis sont tenus de déclarer leurs créances.

Créances non liquides

178. La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser l'admission provisoire des créances non liquides, en attendant que leur montant soit déterminé par le représentant de l'insolvabilité.

Évaluation des créances garanties

179. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que le représentant de l'insolvabilité peut déterminer la fraction garantie et la fraction non garantie de la créance d'un créancier garanti en évaluant l'actif grevé.

Créances garanties

188. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les créances garanties devraient être remboursées sur les actifs grevés dans le cadre d'une liquidation ou d'un plan de redressement, sous réserve des créances ayant éventuellement un rang de priorité supérieur. Les créances ayant un rang de priorité supérieur à celui des créances garanties devraient être limitées au minimum et clairement indiquées dans la loi sur l'insolvabilité. Lorsque la valeur de l'actif grevé est insuffisante pour rembourser la créance du créancier garanti, ce dernier peut participer en tant que créancier chirographaire ordinaire.

2. Recommandations supplémentaires concernant l'insolvabilité

Actifs acquis après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité

235. Sous réserve des dispositions de la recommandation 236, la loi sur l'insolvabilité devrait prévoir qu'un actif de la masse acquis après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité n'entre pas dans l'assiette d'une sûreté réelle mobilière constituée par le débiteur avant l'ouverture de la procédure.

236. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir qu'un actif de la masse acquis après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité visant le débiteur entre dans l'assiette d'une sûreté réelle mobilière constituée par ce dernier avant l'ouverture de la procédure si cet actif est le produit (en espèces ou sous une autre forme) d'un actif grevé en tant qu'actif du débiteur avant l'ouverture de la procédure.

Clauses de résiliation automatique dans une procédure d'insolvabilité

237. Si la loi sur l'insolvabilité prévoit l'inopposabilité au représentant de l'insolvabilité ou au débiteur d'une clause contractuelle qui, à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou lors d'un autre événement lié à l'insolvabilité, met automatiquement fin à toute obligation découlant d'un contrat ou en accélère l'échéance, elle devrait prévoir aussi qu'une telle disposition ne rend pas inopposable ni n'invalide une clause contractuelle libérant un créancier d'une obligation de consentir un prêt ou d'octroyer une autre forme de crédit ou d'autres facilités financières au profit du débiteur.

Opposabilité d'une sûreté réelle dans une procédure d'insolvabilité

238. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, si une sûreté réelle est opposable au moment de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, des dispositions peuvent être prises après l'ouverture de la procédure pour conserver, préserver ou maintenir cette opposabilité dans la mesure et de la manière autorisées par la loi sur les opérations garanties.

Priorité d'une sûreté réelle dans une procédure d'insolvabilité

239. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, si une sûreté réelle est prioritaire en vertu d'une autre loi, cette priorité reste intacte dans une procédure d'insolvabilité sauf si, conformément à la loi sur l'insolvabilité, un autre droit se voit accorder la priorité. De telles exceptions devraient être limitées au minimum et clairement énoncées dans la loi sur l'insolvabilité. La présente recommandation est soumise à la recommandation 188 du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité.

Effet d'un accord de cession de rang dans une procédure d'insolvabilité

240. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, si le titulaire d'une sûreté réelle sur un actif entrant dans la masse de l'insolvabilité renonce unilatéralement ou conventionnellement à sa priorité en faveur de tout réclamant concurrent existant ou futur, cette renonciation a force obligatoire dans une procédure d'insolvabilité visant le débiteur de la même manière qu'elle a effet en vertu d'une autre loi.

Frais et dépenses liés au maintien de la valeur de l'actif grevé dans une procédure d'insolvabilité

241. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que le représentant de l'insolvabilité est en droit de recouvrer de manière prioritaire sur la valeur d'un actif grevé les frais et les dépenses raisonnables qu'il a exposés en vue de maintenir, de préserver ou d'accroître la valeur de l'actif grevé au profit du créancier garanti.

Évaluation des actifs grevés dans une procédure de redressement

242. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, pour déterminer la valeur de liquidation d'actifs grevés dans une procédure de redressement, il faudrait tenir compte de l'utilisation de ces actifs et des objectifs de l'évaluation. La valeur de liquidation de ces actifs peut être fondée sur leur valeur d'exploitation.

Annexe I

Terminologie et recommandations du *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties*

Table des matières

		Recommandations	*Page*
Terminologie			474
Principaux objectifs d'une loi sur les opérations garanties efficace et effective		1	481
I.	Champ d'application, approches fondamentales en matière d'opérations garanties et thèmes généraux communs à tous les chapitres du *Guide*	2-12	482
II.	Constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties)	13-28	486
	A. Recommandations générales	13-22	486
	B. Recommandations sur des biens particuliers	23-28	488
III.	Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière (efficacité à l'égard des tiers)	29-53	491
	A. Recommandations générales	29-47	491
	B. Recommandations sur des biens particuliers	48-53	495
IV.	Le système de registre	54-75	496
V.	Priorité d'une sûreté réelle mobilière	76-109	501
	A. Recommandations générales	76-100	502
	B. Recommandations sur des biens particuliers	101-109	507
VI.	Droits et obligations des parties à la convention constitutive de sûreté	110-116	509
	A. Recommandations générales	110-113	509
	B. Recommandations sur des biens particuliers	114-116	510
VII.	Droits et obligations des tiers débiteurs	117-130	511
	A. Droits et obligations du débiteur de la créance	117-123	512
	B. Droits et obligations du débiteur dans le cadre d'un instrument négociable	124	514

		Recommandations	*Page*
VIII.	Réalisation d'une sûreté réelle mobilière	131-177	517
	A. Recommandations générales	131-166	517
	B. Recommandations sur des biens particuliers	167-177	524
IX.	Financement d'acquisitions	178-202	526
	Option A: approche unitaire	178-186	526
	Option B: approche non unitaire	187-202	530
X.	Conflit de lois	203-227	535
	A. Recommandations générales	203-223	536
	B. Recommandations spéciales lorsque la loi applicable est celle d'un État à plusieurs unités	224-227	540
XI.	Transition	228-234	541
XII.	Incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière	235-242	543
	A. Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité: terminologie et recommandations		543
	B. Recommandations supplémentaires concernant l'insolvabilité	235-242	558

Terminologie*

Le terme “acceptation” en ce qui concerne le droit de recevoir le produit d’un engagement de garantie indépendant signifie que le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée qui effectuera un paiement ou s’exécutera de toute autre manière suite à une demande de paiement (“tirage”) de l’engagement, a unilatéralement ou conventionnellement:

a) Accepté la constitution d’une sûreté réelle mobilière sur ce droit (que cette sûreté soit appelée cession ou autrement) en faveur du créancier garanti, ou y a consenti (quelle que soit la façon dont cette acceptation ou ce consentement sont constatés); ou

b) Pris l’engagement de payer le créancier garanti ou de s’exécuter d’une autre manière en sa faveur suite à un tirage de l’engagement;

Le terme “accord de contrôle” désigne l’accord entre une banque dépositaire, un constituant et un créancier garanti, constaté par un écrit signé[1], dans lequel la banque est convenue de suivre les instructions du créancier concernant le paiement de fonds crédités sur le compte bancaire sans que le constituant ait à donner son consentement;

Le terme “avis” désigne une communication par écrit[2];

Le terme “bien attaché à un immeuble” désigne le bien meuble corporel qui est physiquement attaché à un immeuble au point que, même s’il n’a pas perdu son identité distincte, il est traité comme un immeuble par le droit de l’État où est situé l’immeuble;

Le terme “bien attaché à un meuble” désigne le bien meuble corporel qui est physiquement attaché à un autre bien meuble corporel, sans perdre toutefois son identité distincte;

Le terme “bien grevé” désigne le bien meuble corporel ou incorporel sur lequel porte une sûreté réelle mobilière. Il inclut aussi une créance qui a fait l’objet d’un transfert pur et simple[3];

Le terme “bien meuble corporel” désigne notamment les stocks, le matériel, les biens de consommation, les biens attachés, les instruments négociables, les documents négociables et les espèces;

Le terme “bien meuble incorporel” désigne notamment les droits incorporels, les créances et les droits à l’exécution d’obligations autres que des créances;

---

*La terminologie fait partie du commentaire (voir Introduction, section B, sur la terminologie et l’interprétation). Pour la signification des mots “la loi” ou “la présente loi”, voir la recommandation 1.

[1]Pour la signification de l’expression “écrit signé” dans le contexte des communications électroniques, voir les recommandations 11 et 12.

[2]Pour les équivalents électroniques des termes “écrit” et “écrit signé”, voir les recommandations 11 et 12.

[3]Voir le terme “sûreté réelle mobilière”, ainsi que la recommandation 3 et le commentaire correspondant.

Le terme “biens de consommation” désigne les biens meubles corporels que le constituant utilise ou entend utiliser à des fins personnelles, familiales ou domestiques;

Le terme “cédant” désigne la personne qui cède une créance[4];

Le terme “cession” désigne la constitution d’une sûreté réelle mobilière sur une créance en garantie du paiement ou d’une autre forme d’exécution d’une obligation. Pour plus de commodité, il englobe aussi le transfert pur et simple d’une créance, bien que cette forme de cession ne garantisse pas le paiement ou une autre forme d’exécution d’une obligation[5];

Le terme “cession subséquente” désigne la cession effectuée par le cessionnaire initial ou tout autre cessionnaire[6]. Dans une cession subséquente, la personne qui effectue la cession est le cédant et la personne à qui la cession est effectuée est le cessionnaire;

Le terme “cessionnaire” désigne la personne à laquelle une créance est cédée;

Le terme “compte bancaire” désigne le compte tenu par une banque sur lequel des fonds peuvent être crédités. Il inclut le compte chèque ou autre compte courant, le compte d’épargne ou le compte à terme. Il inclut aussi un droit au paiement de fonds transférés à la banque à titre de remboursement anticipé d’une obligation de paiement futur que la banque a contractée et un droit au paiement de fonds transférés à la banque à titre de sûreté en espèces garantissant une obligation due à cette dernière dans la mesure où l’auteur du transfert a un droit sur ces fonds si, en vertu du droit national, l’obligation de la banque est un compte bancaire. Il n’inclut pas un droit à paiement contre la banque constaté par un instrument négociable;

Le terme “confirmateur” désigne la banque ou une autre personne qui ajoute son propre engagement de garantie indépendant à celui du garant/émetteur[7];

Le terme “connaissance” désigne la connaissance effective et non la connaissance supposée;

Le terme “constituant” désigne la personne qui constitue une sûreté réelle mobilière pour garantir sa propre obligation ou celle d’une autre personne[8]. Dans l’approche unitaire du financement d’acquisitions, le terme “constituant” d’une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d’une acquisition inclut l’acheteur dans le cadre d’une vente avec réserve de propriété ou le crédit-preneur. Pour plus de commodité, il inclut aussi le cédant dans le cadre du transfert pur et simple d’une créance, bien que celui-ci ne cède pas la créance dans le but de garantir l’exécution d’une obligation[9];

---

[4] Pour les termes “cédant”, “cession” et “cessionnaire”, voir aussi l’article 2, alinéa *a*, de la Convention des Nations Unies sur la cession.

[5] Voir le terme “sûreté réelle mobilière”, ainsi que la recommandation 3 et le commentaire correspondant.

[6] Voir l’article 2, alinéa *b*, de la Convention des Nations Unies sur la cession.

[7] Comme à l’alinéa *e* de l’article 6 de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.97.V.12), une confirmation donne au bénéficiaire la possibilité de demander paiement au confirmateur, au lieu du garant/émetteur, conformément aux conditions de l’engagement confirmé.

[8] Voir le terme “débiteur”.

[9] Voir le terme “sûreté réelle mobilière”, ainsi que la recommandation 3 et le commentaire correspondant.

Le terme “contrat financier” désigne toute opération au comptant, à terme, sur option ou de contrat d’échange portant sur des taux d’intérêt, matières premières, devises, actions, obligations, indices ou tout autre instrument financier, toute opération de rachat ou de prêt sur valeurs mobilières, et toute autre opération analogue à l’une des précédentes effectuée sur les marchés financiers, et toute combinaison des opérations visées ci-dessus[10];

Le terme “contrat initial” désigne, dans le cas d’une créance créée contractuellement, le contrat entre le cédant et le débiteur de la créance d’où naît la créance;

Le “contrôle”, en ce qui concerne le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, existe:

a) Automatiquement dès la constitution d’une sûreté réelle mobilière si le créancier garanti est la banque dépositaire;

b) Si la banque dépositaire a conclu un accord de contrôle avec le constituant et avec le créancier garanti; ou

c) Si le créancier garanti est le titulaire du compte;

Le “contrôle”, en ce qui concerne le droit de recevoir le produit d’un engagement de garantie indépendant, existe:

a) Automatiquement dès la constitution d’une sûreté réelle mobilière si le créancier garanti est le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée; ou

b) Si le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée a émis une acceptation en faveur du créancier garanti;

Le terme “convention constitutive de sûreté” désigne la convention, quelle qu’en soit la forme ou l’appellation, entre un constituant et un créancier par laquelle est créée une sûreté réelle mobilière. Pour plus de commodité, il inclut aussi une convention en vue du transfert pur et simple d’une créance, bien que ce type de transfert ne garantisse pas l’exécution d’une obligation[11];

Le terme “convention de compensation globale” désigne la convention entre deux parties ou plus prévoyant une ou plusieurs des modalités suivantes:

a) Le règlement net des paiements dus dans la même monnaie à la même date par novation ou autrement;

b) Lors de l’insolvabilité d’une partie ou autre défaillance de sa part, la liquidation de toutes les opérations à leur valeur de remplacement ou à leur juste valeur

[10] Voir l’article 5, alinéa *k*, de la Convention des Nations Unies sur la cession ainsi que la définition du terme dans le Guide de la CNUDCI sur l’insolvabilité. La référence dans cette définition à “toute autre opération analogue à l’une des précédentes effectuée sur les marchés financiers” englobe l’ensemble des opérations réalisées sur les marchés financiers. Le terme est souple. Il inclut toute opération effectuée sur les marchés financiers où les droits à paiement sont déterminés par référence à: *a*) des catégories de biens sous-jacents; ou *b*) des mesures quantitatives du risque ou de la valeur économique ou financière, associée à un événement ou à une éventualité, par exemple en fonction de statistiques climatiques, de taux de fret, de droits d’émissions ou de statistiques économiques.

[11] Voir le terme “sûreté réelle mobilière”, ainsi que la recommandation 3 et le commentaire correspondant.

de marché, la conversion des sommes correspondantes dans une seule monnaie et la compensation globale sous forme d'un paiement unique effectué par une partie à l'autre; ou

c) La compensation des montants calculés comme prévu à l'alinéa *b* précédent au titre de deux conventions de compensation globale, ou plus[12];

Le terme "créance" désigne le droit au paiement d'une obligation monétaire à l'exclusion d'un droit à paiement constaté par un instrument négociable, d'un droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant et d'un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire[13];

Le terme "créancier garanti" désigne le créancier titulaire d'une sûreté réelle mobilière. Pour plus de commodité, il inclut aussi le cessionnaire d'une créance transférée purement et simplement, bien que ce type de transfert ne garantisse pas l'exécution d'une obligation[14];

Le terme "créancier garanti finançant l'acquisition" (employé tant dans l'approche unitaire que dans l'approche non unitaire du financement d'acquisitions) désigne le créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition. Il englobe, dans l'approche unitaire, le vendeur réservataire et le crédit-bailleur (termes employés dans l'approche non unitaire);

Le terme "débiteur" désigne la personne qui doit exécuter une obligation garantie et inclut un débiteur subsidiaire, tel qu'un garant de l'obligation. Le débiteur peut être ou non la personne qui constitue la sûreté réelle mobilière (voir le terme "constituant" plus haut);

Le terme "débiteur de la créance" désigne la personne tenue de payer une créance et inclut un garant ou une autre personne tenue au paiement de la créance à titre subsidiaire[15];

Le terme "document négociable" désigne le document représentatif d'un droit à la remise de biens meubles corporels, tel qu'un récépissé d'entrepôt ou un connaissement, qui satisfait aux conditions de négociabilité prévues par le droit régissant les documents négociables;

Le terme "droit de crédit-bail" (employé uniquement dans l'approche non unitaire du financement d'acquisitions) désigne le droit du bailleur sur un bien meuble corporel (autre qu'un instrument ou un document négociable) faisant l'objet d'un bail à la fin de la durée duquel:

---

[12] Voir également l'article 5, alinéa *l*, de la Convention des Nations Unies sur la cession.

[13] Voir l'article 2, alinéa *a*, de la Convention des Nations Unies sur la cession. On notera que cette convention s'applique uniquement aux créances contractuelles, alors que le *Guide* s'applique également aux créances non contractuelles (voir chapitre I sur le champ d'application, par. 6). Pour l'exclusion des dépôts bancaires, des lettres de crédit et des instruments négociables, voir les paragraphes 2 *f*, 2 *g* et 3 de l'article 4, respectivement, de cette même convention.

[14] Voir le terme "sûreté réelle mobilière", ainsi que la recommandation 3 et le commentaire correspondant.

[15] Voir aussi l'article 2, alinéa *a*, de la Convention des Nations Unies sur la cession. Un garant dans le cadre d'une sûreté personnelle accessoire n'est pas seulement débiteur de la créance principale dont il a garanti le paiement, mais aussi débiteur de sa propre créance découlant de la sûreté, étant donné que cette dernière fait naître un engagement personnel du garant envers le créancier (autrement dit, il y a deux créances).

a) Le preneur devient automatiquement propriétaire du bien objet du bail;

b) Le preneur peut acquérir la propriété du bien en payant tout au plus un prix symbolique; ou

c) Le bien a tout au plus une valeur résiduelle symbolique.

Le terme inclut un accord de location-vente, même s'il n'est pas appelé "bail" ou "location" pour autant qu'il satisfasse aux conditions énoncées à l'alinéa *a*, *b* ou *c*;

Le terme "droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant" désigne le droit de recevoir un paiement dû, une traite acceptée, un paiement différé contracté ou un autre article de valeur, que doit dans chaque cas payer ou remettre le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée s'exécutant au titre du tirage de l'engagement. Il inclut également le droit de recevoir un paiement en rapport avec l'achat par une banque négociatrice d'un instrument négociable ou d'un document suivant une présentation conforme. Il ne désigne pas:

a) Le droit de tirer un engagement de garantie indépendant; ni

b) Ce qui est reçu après que l'engagement de garantie indépendant a été honoré[16];

Le terme "droit de réserve de propriété" (employé uniquement dans l'approche non unitaire du financement d'acquisitions) désigne le droit du vendeur sur un bien meuble corporel (autre qu'un instrument ou un document négociable) découlant d'un arrangement avec l'acheteur en vertu duquel la propriété du bien n'est pas transférée (ou transférée irrévocablement) à l'acheteur tant que n'a pas été remboursée la fraction non payée de son prix d'achat;

Le terme "émetteur" d'un document négociable désigne la personne qui est tenue de remettre les biens meubles corporels représentés par le document conformément au droit régissant les documents négociables, que cette personne ait convenu ou non de s'acquitter de toutes les obligations découlant du document;

Le terme "engagement de garantie indépendant" désigne une lettre de crédit (commerciale ou stand-by), une confirmation de lettre de crédit, une garantie indépendante (y compris une garantie bancaire sur demande ou à première demande ou une contre-garantie) ou tout autre engagement de garantie considéré comme indépendant par les règles de droit ou de pratique, telles que la Convention des Nations Unies sur les garanties et les stand-by, les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires, les Règles et pratiques internationales relatives aux stand-by et les Règles uniformes relatives aux garanties sur demande;

Le terme "espèces" désigne la monnaie fiduciaire actuellement autorisée par un État comme ayant cours légal. Il n'englobe pas les fonds crédités sur un compte bancaire ni les instruments négociables tels que les chèques;

---

[16] Une sûreté réelle mobilière sur le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant (en tant que bien initialement grevé) diffère d'une sûreté sur le "produit" (concept clef du *Guide*) de biens visés par le *Guide* (voir le terme "produit" et la recommandation 19). Ainsi, ce qui est reçu après que l'engagement de garantie indépendant a été honoré (en d'autres termes du fait d'une présentation conforme en vertu de cet engagement) est le "produit" du droit de recevoir le produit de cet engagement.

Le terme “garant/émetteur” désigne la banque ou une autre personne qui émet un engagement de garantie indépendant;

Le terme “instrument négociable” désigne l’instrument représentatif d’un droit à paiement, tel qu’un chèque, une lettre de change ou un billet à ordre, qui satisfait aux conditions de négociabilité prévues par le droit régissant les instruments négociables[17];

Le terme “masse de l’insolvabilité” désigne les actifs du débiteur qui font l’objet de la procédure d’insolvabilité;

Les termes “masse ou produit fini” désignent les biens meubles corporels autres que des espèces qui sont physiquement associés ou unis à d’autres biens meubles corporels au point de perdre leur identité distincte;

Le terme “matériel” désigne le bien meuble corporel utilisé par une personne dans le cadre de son entreprise ou toute autre activité professionnelle;

Le terme “notification de la cession” désigne une communication par écrit qui identifie suffisamment la créance cédée et le cessionnaire[18];

Le terme “obligation garantie” désigne l’obligation garantie par une sûreté réelle mobilière;

Le terme “opération garantie” désigne l’opération par laquelle est constituée une sûreté réelle mobilière. Pour plus de commodité, il inclut aussi le transfert pur et simple d’une créance, bien que ce type de transfert ne garantisse pas l’exécution d’une obligation[19];

Le terme “personne désignée” désigne la banque ou une autre personne qui est identifiée dans un engagement de garantie indépendant par un nom ou type (par exemple, “une banque quelconque dans un pays X”) comme étant la personne désignée pour exécuter l’engagement et qui agit conformément à cette désignation et, dans le cas d’un engagement de garantie indépendant librement réalisable, toute banque ou autre personne;

Le terme “possession” (sauf tel qu’il est employé dans les recommandations 28 et 51 à 53 en ce qui concerne l’émetteur d’un document négociable) désigne uniquement la possession effective d’un bien meuble corporel par une personne, ou un mandataire ou un salarié de cette personne, ou encore un tiers indépendant qui accepte de le détenir pour cette personne. Il n’inclut pas la possession non effective qualifiée de virtuelle, fictive, supposée ou symbolique;

---

[17] Pour élaborer le *Guide*, on s’est fondé sur les instruments et les documents négociables sous forme papier étant donné qu’il serait particulièrement difficile de créer un équivalent électronique pour ces instruments et documents. Cela étant, le *Guide* ne devrait pas être interprété comme décourageant l’utilisation de tels équivalents électroniques. Ainsi, un État adoptant qui souhaite traiter cette question devra formuler des règles spéciales. La Convention des Nations Unies sur l’utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux ne traite pas non plus de l’équivalent électronique des instruments et documents négociables sous forme papier pour la même raison (voir publication des Nations Unies, numéro de vente: F.07.V.2, note explicative, par. 7).

[18] Pour savoir quand la notification de la cession produit effet, voir la recommandation 118.

[19] Voir le terme “sûreté réelle mobilière”, ainsi que la recommandation 3 et le commentaire correspondant.

Le terme “priorité” désigne le droit d’une personne de jouir des effets économiques de sa sûreté réelle mobilière par préférence au droit d’un réclamant concurrent;

Le terme “procédure d’insolvabilité” désigne la procédure collective, soumise à la supervision d’un tribunal de l’insolvabilité, en vue d’un redressement ou d’une liquidation;

Le terme “produit” désigne tout ce qui est reçu en relation avec un bien grevé, notamment ce qui est reçu de la vente ou d’un autre acte de disposition, du recouvrement, de la location ou de la mise sous licence du bien grevé, le produit du produit, les fruits naturels et civils ou les revenus, les dividendes, les indemnités d’assurance et les droits nés d’un vice, de l’endommagement ou de la perte du bien grevé[20];

Le terme “propriété intellectuelle” désigne les droits d’auteur, les marques de produits, les brevets, les marques de services, les secrets d’affaires, les dessins et modèles et tout autre bien considéré comme de la propriété intellectuelle par le droit interne de l’État adoptant ou par un accord international auquel il est partie[21];

Le terme “réclamant concurrent”[22] désigne un créancier du constituant qui est en concurrence avec un autre créancier de ce constituant titulaire d’une sûreté réelle mobilière sur un bien grevé du constituant. Il englobe:

a) Un autre créancier titulaire d’une sûreté réelle mobilière sur le même bien grevé (qu’il s’agisse du bien initialement grevé ou du produit);

b) Dans l’approche non unitaire du financement d’acquisitions, le vendeur ou le crédit-bailleur du même bien grevé qui en est resté propriétaire;

c) Un autre créancier du constituant ayant un droit sur le même bien grevé;

d) Le représentant de l’insolvabilité dans la procédure d’insolvabilité visant le constituant[23]; ou

e) Tout acheteur ou autre bénéficiaire du transfert (y compris un preneur à bail ou un preneur de licence) du bien grevé;

---

[20] Voir l’article 5, alinéa *j*, de la Convention des Nations Unies sur la cession.

[21] La définition du terme “propriété intellectuelle” est conçue de sorte que le *Guide* soit conforme au droit et aux traités régissant la propriété intellectuelle, tout en laissant au législateur d’un État adoptant les recommandations du *Guide* la faculté d’aligner la signification du terme sur son droit interne et ses obligations internationales. Un État adoptant peut ajouter à la liste ou en supprimer des types de propriété intellectuelle pour se conformer à son droit interne. Les accords internationaux visés sont, par exemple, la Convention instituant l’Organisation mondiale de la propriété intellectuelle et l’Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (“Accord sur les ADPIC”). Dans les définitions des termes “sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d’une acquisition”, “droit de réserve de propriété” et “droit de crédit-bail”, on parle de “biens meubles corporels” pour bien montrer que ces termes ainsi que les recommandations qui s’y réfèrent visent uniquement ce type de biens (et non les biens meubles incorporels tels que la propriété intellectuelle). Dans la définition du terme “créance”, il n’est pas fait référence à l’“exécution d’une obligation non monétaire” pour bien montrer que, comme il en a été convenu, ce terme et les recommandations relatives aux “créances” se rapportent uniquement aux créances “de sommes d’argent” et non, par exemple, aux droits d’un preneur de licence ou aux obligations d’un donneur de licence découlant d’un contrat de licence de propriété intellectuelle.

[22] Pour le terme “réclamant concurrent”, voir aussi l’article 5, alinéa *m*, de la Convention des Nations Unies sur la cession.

[23] Dans le chapitre concernant l’incidence de l’insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière (chapitre XII du présent *Guide*), il est fait référence à “l’insolvabilité du débiteur” afin de suivre la terminologie employée dans le Guide de la CNUDCI sur l’insolvabilité.

Le terme “représentant de l’insolvabilité” désigne la personne ou l’organe, même nommé(e) à titre provisoire, habilité(e) dans une procédure d’insolvabilité à administrer le redressement ou la liquidation de la masse de l’insolvabilité;

Le terme “stocks” désigne les biens meubles corporels destinés à être vendus ou loués dans le cours normal des affaires d’une personne, ainsi que les matières premières et les produits semi-finis (produits en cours de fabrication);

Le terme “sûreté réelle mobilière” désigne le droit réel sur un bien meuble constitué par une convention en garantie du paiement ou d’une autre forme d’exécution d’une obligation, que les parties aient ou non appelé ce droit “sûreté réelle mobilière”. Dans l’approche unitaire du financement d’acquisitions, ce terme englobe à la fois les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d’acquisitions et les sûretés réelles mobilières non liées au paiement d’acquisitions. Dans l’approche non unitaire, il n’inclut pas le droit de réserve de propriété ni le droit de crédit-bail. Pour plus de commodité, il inclut aussi le droit du cessionnaire dans le transfert pur et simple d’une créance, bien que ce type de transfert ne garantisse pas le paiement ou une autre forme d’exécution d’une obligation[24]. Il ne désigne pas un droit personnel contre un garant ou contre une autre personne tenue au paiement de l’obligation garantie;

Le terme “sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d’une acquisition” (employé tant dans l’approche unitaire que dans l’approche non unitaire du financement d’acquisitions) désigne la sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel (autre qu’un instrument ou un document négociable) qui garantit l’obligation de rembourser toute fraction non payée de son prix d’achat ou encore une obligation contractée ou un crédit octroyé pour permettre au constituant d’acquérir ce bien. Une “sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d’une acquisition” ne doit pas nécessairement être désignée comme telle. Dans l’approche unitaire, ce terme englobe le droit de réserve de propriété et le droit de crédit-bail (termes employés dans l’approche non unitaire);

Le terme “tribunal de l’insolvabilité” désigne l’autorité, judiciaire ou autre, compétente pour contrôler ou superviser une procédure d’insolvabilité.

Principaux objectifs d’une loi sur les opérations garanties efficace et effective*

1. Une loi sur les opérations garanties efficace et effective (la “loi sur les opérations garanties” est dénommée ci-après “la loi” ou “la présente loi”) devrait viser les objectifs suivants, qui constituent le cadre général dans lequel elle devrait s’inscrire:

a) Promouvoir le crédit bon marché en augmentant l’offre de crédit garanti;

b) Permettre aux débiteurs d’utiliser la valeur intrinsèque totale de leurs biens à titre de garantie pour obtenir des crédits;

---

[24] Voir chapitre I, recommandation 3 et commentaire correspondant du *Guide*.

* Les principaux objectifs pourraient être insérés dans un préambule ou une autre déclaration accompagnant la loi sur les opérations garanties adoptant les recommandations du *Guide* afin de donner des indications sur les principes législatifs fondamentaux à prendre en considération pour interpréter et appliquer celle-ci.

c) Permettre aux parties d'obtenir des sûretés réelles mobilières de manière simple et efficace;

d) Assurer l'égalité de traitement des diverses sources de crédit et des diverses formes d'opérations garanties;

e) Valider les sûretés réelles mobilières sans dépossession sur tous les types de biens;

f) Renforcer la sécurité et la transparence en prévoyant l'inscription d'un avis concernant une sûreté réelle mobilière dans un registre général des sûretés;

g) Établir des règles de priorité claires et prévisibles;

h) Aider les créanciers garantis à exercer leurs droits efficacement;

i) Laisser aux parties le maximum de latitude pour négocier les conditions de leur convention constitutive de sûreté;

j) Concilier les intérêts de toutes les personnes concernées par une opération garantie; et

k) Harmoniser les lois sur les opérations garanties, y compris les règles de conflit de lois concernant les opérations garanties.

I. Champ d'application, approches fondamentales en matière d'opérations garanties et thèmes généraux communs à tous les chapitres du *Guide*

Objet

Les dispositions relatives au champ d'application de la loi ont pour objet d'établir un régime unique et global pour les opérations garanties. Elles spécifient les sûretés réelles mobilières et les autres droits auxquels la loi s'applique. Les dispositions relatives aux approches fondamentales en matière d'opérations garanties visent à faire en sorte que la loi:

a) S'applique à tous les droits créés contractuellement sur des biens meubles en garantie du paiement ou d'une autre forme d'exécution d'une obligation ("approche fonctionnelle"); et

b) Permette d'appliquer de façon appropriée l'approche fonctionnelle de sorte que toutes les parties octroyant un financement garanti soient traitées conformément à des règles qui produisent des résultats fonctionnellement équivalents.

Champ d'application

2. Sous réserve des recommandations 3 à 7[25], la loi devrait s'appliquer à tous les droits sur des biens meubles constitués par convention en garantie du paiement ou d'une autre forme d'exécution d'une obligation, quels que soient la forme de l'opération, le type de bien meuble, le statut du constituant ou du créancier garanti ou la nature de l'obligation garantie. Elle devrait donc s'appliquer:

[25] Lorsqu'une recommandation renvoie à des recommandations figurant dans le même chapitre, elle n'indique que le numéro de ces recommandations. Lorsqu'elle renvoie à des recommandations d'un autre chapitre, elle indique aussi le numéro et le sujet de ce chapitre.

a) Aux sûretés réelles mobilières grevant tous les types de biens meubles corporels ou incorporels, présents ou futurs, notamment les stocks, le matériel et autres biens meubles corporels, les créances contractuelles et non contractuelles, les droits contractuels à l'exécution d'une obligation non monétaire, les instruments négociables, les documents négociables, les droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, les droits de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant et la propriété intellectuelle;

b) Aux sûretés réelles mobilières constituées ou acquises par toutes personnes morales ou physiques, y compris les consommateurs, sans toutefois avoir d'incidence sur les droits découlant de la législation sur la protection des consommateurs;

c) Aux sûretés réelles mobilières garantissant tous les types d'obligations, présentes ou futures, déterminées ou déterminables, y compris les obligations dont le montant fluctue et les obligations décrites en termes génériques; et

d) À tous les droits réels créés contractuellement pour garantir le paiement ou une autre forme d'exécution d'une obligation, notamment le transfert de la propriété de biens meubles corporels à titre de garantie, la cession de créances à titre de garantie, ainsi que les différentes formes de clauses de réserve de propriété et de crédits-bails.

La loi devrait aussi s'appliquer aux sûretés réelles mobilières grevant le produit de biens grevés.

Transferts purs et simples de créances

3. La loi devrait s'appliquer aux transferts purs et simples de créances bien qu'ils ne garantissent pas le paiement ou une autre forme d'exécution d'une obligation. La présente recommandation est soumise à l'exception prévue dans la recommandation 167 (chapitre VIII sur la réalisation d'une sûreté réelle mobilière).

Limitation du champ d'application

4. Nonobstant la recommandation 2, la loi ne devrait pas s'appliquer:

a) Aux aéronefs, au matériel roulant ferroviaire, aux objets spatiaux, aux navires ni à d'autres catégories de matériels d'équipement mobiles dans la mesure où ces biens sont régis par le droit national ou un accord international auquel l'État adoptant une législation fondée sur les présentes recommandations (ci-après "l'État" ou "le présent État") est partie et où les matières régies par la présente loi le sont aussi par ce droit national ou cet accord international;

b) À la propriété intellectuelle dans la mesure où les dispositions de la présente loi sont incompatibles avec le droit national contenant des dispositions ayant trait à la propriété intellectuelle ou avec des accords internationaux concernant la propriété intellectuelle auxquels l'État est partie;

c) Aux valeurs mobilières;

d) Aux droits à paiement naissant de contrats financiers régis par des conventions de compensation globale, sauf dans le cas d'une créance due après la liquidation de toutes les opérations; ni

e) Aux droits à paiement naissant d'opérations de change.

5. La loi ne devrait pas s'appliquer aux biens immeubles. Toutefois, les recommandations 21, 25 (chapitre II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière), 43, 48 (chapitre III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière), 87 et 88 (chapitre V sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière), 164 et 165 (chapitre VIII sur la réalisation d'une sûreté réelle mobilière), 184, 195 et 196 (chapitre IX sur le financement d'acquisitions) peuvent concerner les biens immeubles.

6. La loi devrait prévoir que si, en vertu d'un autre droit, une sûreté réelle mobilière sur un type de bien exclu (par exemple un bien immeuble) s'étend à un type de produit (par exemple, une créance) auquel la présente loi s'applique, cette dernière s'applique à la sûreté sur le produit sauf dans la mesure où l'autre droit s'y applique.

7. La loi ne devrait pas prévoir d'autres limites à son champ d'application. Si d'autres limites sont néanmoins prévues, elles devraient être énoncées dans la loi de manière claire et précise.

Approche fonctionnelle

8. La loi devrait adopter une approche fonctionnelle et s'appliquer ainsi à tous les droits sur des biens meubles créés par convention en garantie du paiement ou d'une autre forme d'exécution d'une obligation, quelle que soit la forme de l'opération ou la terminologie employée par les parties (y compris les droits du bénéficiaire d'un transfert de la propriété de biens meubles corporels à titre de garantie, d'un cessionnaire dans le cadre d'une cession de créances à titre de garantie ainsi que des vendeurs ou des crédit-bailleurs dans le cadre de diverses formes de clauses de réserve de propriété et de crédits-bails respectivement). Sauf dans le contexte du financement d'acquisitions, l'approche fonctionnelle devrait être mise en œuvre de manière à qualifier de sûretés réelles mobilières tous les droits qui garantissent l'exécution d'une obligation et à les soumettre à un ensemble de règles communes.

9. Dans le contexte du financement d'acquisitions, l'approche fonctionnelle peut être mise en œuvre:

a) Soit de manière à qualifier de sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions tous les droits sur des biens meubles qui garantissent le paiement ou une autre forme d'exécution d'une obligation et à les soumettre à un ensemble de règles communes ("approche unitaire");

b) Soit (suivant une "approche non unitaire") de manière à qualifier:

i) De sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions tous les droits sur des biens meubles qui garantissent le paiement ou une autre forme d'exécution d'une obligation, à l'exclusion des droits d'un vendeur découlant d'une clause de réserve de propriété et d'un bailleur découlant d'un crédit-bail; et

ii) De droits de propriété les droits d'un vendeur découlant d'une clause de réserve de propriété et d'un bailleur découlant d'un crédit-bail, tout en

soumettant ces droits de propriété à des règles qui produisent des résultats fonctionnellement équivalents à ceux que produit le régime régissant les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions, de sorte que toutes les parties finançant des acquisitions bénéficient du même traitement.

Autonomie des parties

10. La loi devrait prévoir que, sauf disposition contraire des recommandations 14 et 15 (chapitre II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière), 111 et 112 (chapitre VI sur les droits et obligations des parties à la convention constitutive de sûreté), 132 à 136 (chapitre VIII sur la réalisation d'une sûreté réelle mobilière), 178 à 186 (chapitre IX sur le financement d'acquisitions, option A: approche unitaire), 187 à 202 (chapitre IX sur le financement d'acquisitions, option B: approche non unitaire), 203 à 215 et 217 à 227 (chapitre X sur le conflit de lois), le créancier garanti et le constituant ou le débiteur peuvent, par convention, déroger à ses dispositions relatives à leurs droits et obligations respectifs ou les modifier. Une telle convention n'a pas d'incidence sur les droits de quiconque n'y est pas partie[26].

Communications électroniques

11. La loi devrait prévoir que, lorsqu'elle exige qu'une communication ou un contrat soit sous forme écrite, ou prévoit des conséquences juridiques en l'absence d'un écrit, une communication électronique satisfait à cette exigence si l'information qu'elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement.

12. La loi devrait prévoir que, lorsqu'elle exige qu'une communication ou un contrat soit signé par une personne, ou prévoit des conséquences en l'absence d'une signature, cette exigence est satisfaite dans le cas d'une communication électronique:

a) Si une méthode est utilisée pour identifier la personne et pour indiquer la volonté de cette personne concernant l'information contenue dans la communication électronique; et

b) Si la méthode utilisée est:

i) Soit une méthode dont la fiabilité est suffisante au regard de l'objet pour lequel la communication électronique a été créée ou transmise, compte tenu de toutes les circonstances, y compris toute convention en la matière;

ii) Soit une méthode dont il est démontré dans les faits qu'elle a, par elle-même ou avec d'autres preuves, rempli les fonctions visées à l'alinéa *a* ci-dessus[27].

[26] Voir l'article 6 de la Convention des Nations Unies sur la cession.

[27] Pour les recommandations 11 et 12, voir l'article 9, paragraphes 2 et 3, de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux.

II. Constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties)

Objet

Les dispositions relatives à la constitution d'une sûreté réelle mobilière ont pour objet d'énoncer les exigences à satisfaire pour qu'une sûreté produise effet entre les parties.

A. Recommandations générales[*]

Constitution d'une sûreté réelle mobilière

13. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un bien est constituée par une convention conclue entre le constituant et le créancier garanti. La sûreté est constituée au moment de la conclusion de la convention si le constituant a des droits sur ce bien ou le pouvoir de grever ce bien à ce moment. S'il acquiert ces droits ou ce pouvoir ultérieurement, elle est constituée au moment de l'acquisition de ces droits ou de ce pouvoir.

Contenu minimal de la convention constitutive de sûreté

14. La loi devrait prévoir que la convention constitutive de sûreté doit:

a) Exprimer la volonté des parties de constituer une sûreté réelle mobilière;

b) Identifier le créancier garanti et le constituant;

c) Décrire l'obligation garantie;

d) Décrire les biens grevés de façon à ce qu'ils soient suffisamment identifiables; et

e) Indiquer le montant monétaire maximal pour lequel la sûreté peut être réalisée si l'État estime qu'il serait utile de le mentionner pour faciliter les prêts subordonnés.

Forme de la convention constitutive de sûreté

15. La loi devrait prévoir que la convention constitutive de sûreté peut être verbale si elle s'accompagne d'un transfert de la possession du bien grevé au créancier garanti. Dans le cas contraire, elle doit être conclue ou constatée par un écrit qui exprime, par lui-même ou compte tenu du comportement des parties, la volonté du constituant de créer une sûreté réelle mobilière.

Obligations garanties par une sûreté réelle mobilière

16. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière peut garantir tout type d'obligation, qu'elle soit présente ou future, déterminée ou déterminable, conditionnelle ou inconditionnelle, et que son montant soit fixe ou fluctuant.

---

[*] Les recommandations générales s'appliquent aux sûretés réelles mobilières sur tous les types de biens visés par le *Guide*, telles qu'elles sont modifiées par les recommandations sur des biens particuliers.

Biens pouvant être grevés d'une sûreté réelle mobilière

17. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière peut grever tout type de bien, y compris des fractions de biens et des droits indivis sur des biens. Elle peut grever des biens qui, au moment de la conclusion de la convention constitutive de sûreté, n'existent pas encore ou dont le constituant n'est pas encore propriétaire ou qu'il n'a pas encore le pouvoir de grever. Elle peut aussi grever tous les biens d'un constituant. Les exceptions à ces règles devraient être limitées et décrites dans la loi de manière claire et précise.

18. La loi devrait prévoir que, sous réserve des dispositions des recommandations 23 à 25, elle ne prévaut pas sur les dispositions d'un autre droit si celles-ci limitent la constitution ou la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur des types de biens particuliers ou la transférabilité de tels biens.

Extension d'une sûreté réelle mobilière au produit

19. La loi devrait prévoir que, sauf accord contraire des parties à une convention constitutive de sûreté, une sûreté réelle mobilière sur un bien grevé s'étend à son produit identifiable (y compris au produit du produit).

Produit mélangé

20. La loi devrait prévoir que, lorsque le produit sous forme d'espèces ou de fonds crédités sur un compte bancaire a été mélangé avec d'autres biens du même type de sorte qu'il n'est plus identifiable, son montant immédiatement avant qu'il ait été mélangé doit être traité comme un produit identifiable après qu'il a été mélangé. Toutefois, si à un moment quelconque après le mélange, le montant total du bien est inférieur au montant du produit, ce montant total au moment où il est le plus faible, plus le montant de tout produit ultérieurement mélangé au bien, doit être traité comme un produit identifiable.

Constitution et continuation d'une sûreté réelle mobilière sur un bien attaché

21. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière peut être constituée sur un bien meuble corporel déjà attaché au moment de sa constitution ou qu'elle se maintient sur un bien meuble corporel qui est attaché par la suite. Une sûreté sur un bien attaché à un immeuble peut être constituée en vertu de la présente loi ou du droit régissant les biens immeubles.

Report d'une sûreté réelle mobilière sur une masse ou un produit fini

22. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière constituée sur des biens meubles corporels avant qu'ils ne soient mélangés pour former une masse ou un produit fini se reporte sur cette masse ou ce produit fini. Le montant garanti par une sûreté qui se reporte sur la masse ou le produit fini se limite à la valeur des biens grevés immédiatement avant qu'ils ne soient incorporés dans la masse ou le produit fini.

B. Recommandations sur des biens particuliers

Efficacité d'une cession globale de créances et d'une cession de créance future, de fraction de créance ou de droit indivis sur une créance

23. La loi devrait prévoir que:

a) La cession de créances contractuelles non identifiées précisément, d'une créance future, d'une fraction de créance ou d'un droit indivis sur une créance a effet entre le cédant et le cessionnaire et à l'égard du débiteur de la créance à condition que celle-ci soit identifiable, à la date de la cession ou, dans le cas d'une créance future, à la date où elle naît, comme étant celle qui fait l'objet de la cession; et

b) Sauf convention contraire, la cession d'une ou plusieurs créances futures a effet sans qu'un nouvel acte de transfert soit nécessaire pour chacune des créances[28].

Efficacité d'une cession de créance faite en dépit d'une clause d'incessibilité

24. La loi devrait prévoir que:

a) La cession d'une créance a effet entre le cédant et le cessionnaire et à l'égard du débiteur de la créance nonobstant toute convention entre le cédant initial ou tout cédant subséquent et le débiteur de la créance ou tout cessionnaire subséquent, limitant d'une quelconque manière le droit du cédant de céder ses créances;

b) Aucune disposition de la présente recommandation n'a d'incidences sur les obligations ou la responsabilité du cédant découlant de la violation de la convention mentionnée à l'alinéa *a* de la présente recommandation, mais l'autre partie à la convention ne peut, au seul motif de cette violation, résoudre le contrat initial ou le contrat de cession. Une personne qui n'est pas partie à une telle convention n'est pas responsable au seul motif qu'elle en avait connaissance;

c) La présente recommandation s'applique uniquement aux cessions de créances:

i) Nées d'un contrat initial visant la fourniture ou la location de biens meubles corporels, la prestation de services autres que des services financiers ou la réalisation de travaux de construction ou encore la vente ou la location d'immeubles;

ii) Nées d'un contrat initial de vente, de location ou de concession de licence d'un droit de propriété industrielle ou autre propriété intellectuelle ou d'informations protégées ayant une valeur commerciale;

iii) Représentant l'obligation de paiement au titre d'une opération sur carte de crédit; ou

iv) Exigibles par le cédant lors du règlement net des sommes dues en vertu d'une convention de compensation regroupant plus de deux parties.

[28] Pour les recommandations 23 à 25, voir les articles 8 à 10 de la Convention des Nations Unies sur la cession.

Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une sûreté personnelle ou réelle garantissant une créance, un instrument négociable ou un autre bien meuble incorporel

25. La loi devrait prévoir que:

a) Un créancier garanti détenant une sûreté réelle mobilière sur une créance, un instrument négociable ou un autre bien meuble incorporel entrant dans le champ de la présente loi bénéficie automatiquement de toute sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement ou une autre forme d'exécution de cette créance, de cet instrument ou de cet autre bien meuble incorporel, sans que ni lui ni le constituant aient à accomplir d'autres actes;

b) Si la sûreté personnelle ou réelle est un engagement de garantie indépendant, la sûreté réelle mobilière s'étend automatiquement au droit de recevoir le produit de l'engagement, mais non au droit de tirer l'engagement;

c) La présente recommandation n'a pas d'incidence sur une sûreté grevant un bien immeuble qui, en vertu d'un autre droit, peut être transférée séparément de la créance, de l'instrument négociable ou d'un autre bien meuble incorporel qu'elle garantit;

d) Un créancier garanti détenant une sûreté réelle mobilière sur une créance, un instrument négociable ou un autre bien meuble incorporel entrant dans le champ de la présente loi bénéficie de toute sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement ou une autre forme d'exécution de cette créance, de cet instrument ou de cet autre bien meuble incorporel nonobstant toute convention entre le constituant et le débiteur de la créance ou le débiteur dans le cadre de l'instrument ou autre bien, limitant d'une quelconque manière le droit du constituant de créer une sûreté sur cette créance, cet instrument ou ce bien, ou sur toute sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement ou une autre forme d'exécution de cette créance, cet instrument ou ce bien;

e) Aucune disposition de la présente recommandation n'a d'incidence sur les obligations ou la responsabilité du constituant découlant de la violation de la convention mentionnée à l'alinéa *d* ci-dessus, mais l'autre partie à la convention ne peut, au seul motif de cette violation, résoudre le contrat d'où naît la créance, l'instrument négociable ou l'autre bien meuble incorporel, ou la convention constitutive de la sûreté personnelle ou réelle. Une personne qui n'est pas partie à une telle convention n'est pas responsable au seul motif qu'elle en avait connaissance;

f) Les alinéas *d* et *e* de la présente recommandation s'appliquent uniquement aux sûretés réelles mobilières sur des créances, des instruments négociables ou d'autres biens meubles incorporels:

i) Nés d'un contrat initial visant la fourniture ou la location de biens meubles corporels, la prestation de services autres que des services financiers ou la réalisation de travaux de construction ou encore la vente ou la location d'immeubles;

ii) Nés d'un contrat initial de vente, de location ou de concession de licence d'un droit de propriété industrielle ou autre propriété intellectuelle ou d'informations protégées ayant une valeur commerciale;

iii) Représentant l'obligation de paiement au titre d'une opération sur carte de crédit; ou

iv) Exigibles par le cédant lors du règlement net des sommes dues en vertu d'une convention de compensation regroupant plus de deux parties;

g) L'alinéa *a* de la présente recommandation n'a pas d'incidence sur les obligations que le constituant a envers le débiteur de la créance ou le débiteur dans le cadre de l'instrument négociable ou autre bien meuble incorporel; et

h) À condition que les effets automatiques découlant de l'alinéa *a* de la présente recommandation et de la recommandation 48 ne soient pas compromis, la présente recommandation n'a pas d'incidence sur les exigences d'un autre droit relatives à la forme ou à l'enregistrement de la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un bien quelconque, garantissant le paiement ou une autre forme d'exécution d'une créance, d'un instrument négociable ou d'un autre bien meuble incorporel qui n'entre pas dans le champ de la présente loi.

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

26. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire a effet nonobstant toute convention entre le constituant et la banque dépositaire limitant d'une quelconque manière le droit du constituant de créer une telle sûreté. Toutefois, la banque dépositaire n'a aucune obligation de reconnaître le créancier garanti et aucune autre obligation concernant la sûreté ne lui est imposée à moins qu'elle n'y consente[29].

Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant

27. La loi devrait prévoir que le bénéficiaire d'un engagement de garantie indépendant peut constituer une sûreté réelle mobilière sur le droit de recevoir le produit de cet engagement, même si le droit de tirage de l'engagement n'est pas lui-même transférable en vertu du droit et de la pratique qui régissent les engagements de garantie indépendants. La constitution d'une sûreté sur le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant n'est pas un transfert du droit de tirage de l'engagement.

Extension d'une sûreté réelle mobilière grevant un document négociable au bien meuble corporel représenté par ce document

28. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable s'étend au bien meuble corporel représenté par ce document, à condition que l'émetteur soit, directement ou indirectement, en possession du bien au moment où la sûreté sur le document est constituée.

[29] Pour les droits et obligations de la banque dépositaire, voir les recommandations 125 et 126 (chapitre VII sur les droits et obligations des tiers débiteurs).

III. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière (efficacité à l'égard des tiers)

Objet

Les dispositions relatives à l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière ont pour objet d'établir une base pour le classement prévisible, équitable et efficace des rangs de priorité:

a) En exigeant l'inscription comme condition préalable à l'opposabilité, sauf lorsque des exceptions et des alternatives à cette inscription se justifient par des considérations de politique commerciale; et

b) En établissant un cadre juridique pour créer et tenir un système de registre public simple, économique et efficace en vue de l'inscription d'avis relatifs aux sûretés réelles mobilières.

A. Recommandations générales

Opposabilité

29. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière n'est opposable que si elle a été constituée et si l'une des méthodes d'opposabilité mentionnées dans la recommandation 32, 34 ou 35 a été suivie.

Efficacité à l'égard du constituant d'une sûreté réelle mobilière qui n'est pas opposable

30. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière qui a été constituée a effet entre le constituant et le créancier garanti, même si elle n'est pas opposable.

Opposabilité continue après transfert du bien grevé

31. La loi devrait prévoir que, après transfert d'un droit, autre qu'une sûreté, sur un bien grevé, une sûreté réelle mobilière sur ce bien qui est opposable au moment du transfert continue de grever le bien, sous réserve des dispositions des recommandations 79 à 82 (chapitre V sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière), et reste opposable sauf dans la mesure où la recommandation 62 en dispose autrement.

Méthode générale d'opposabilité: l'inscription

32. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière est opposable si un avis la concernant est inscrit au registre général des sûretés mentionné dans les recommandations 54 à 75 (chapitre IV sur le système de registre).

33. La loi devrait prévoir que l'inscription d'un avis n'emporte pas constitution d'une sûreté réelle mobilière et n'est pas nécessaire pour constituer une telle sûreté.

Alternatives et exceptions à l'inscription

34. La loi devrait prévoir:

a) Qu'il est également possible de rendre une sûreté réelle mobilière opposable par l'une des autres méthodes ci-dessous:

i) S'agissant de biens meubles corporels, par transfert de leur possession au créancier garanti, comme le prévoit la recommandation 37;

ii) S'agissant de biens meubles, lorsque les droits s'y rapportant sont soumis à un système d'inscription sur un registre spécialisé ou à un système de certificat de propriété, par inscription sur le registre spécialisé ou annotation sur le certificat de propriété, comme le prévoit la recommandation 38;

iii) S'agissant d'un bien attaché à un meuble, lorsque les droits s'y rapportant sont soumis à un système d'inscription sur un registre spécialisé ou à un système de certificat de propriété, par inscription sur le registre spécialisé ou annotation sur le certificat de propriété, comme le prévoit la recommandation 42;

iv) S'agissant d'un bien attaché à un immeuble, par inscription dans le registre immobilier, comme le prévoit la recommandation 43;

v) S'agissant d'un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, par contrôle, comme le prévoit la recommandation 49; et

vi) S'agissant de biens meubles corporels représentés par un document négociable, par transfert de la possession du document au créancier garanti, comme le prévoient les recommandations 51 à 53;

b) Qu'une sûreté réelle mobilière est automatiquement opposable:

i) S'agissant du produit, si la sûreté sur le bien initialement grevé est opposable, comme le prévoient les recommandations 39 et 40;

ii) S'agissant d'un bien attaché à un meuble, si la sûreté sur le bien initial était opposable avant que celui-ci ne soit rattaché, comme le prévoit la recommandation 41;

iii) S'agissant d'une masse ou d'un produit fini, si la sûreté sur les biens transformés ou mélangés était opposable avant qu'ils ne soient incorporés dans la masse ou le produit fini, comme le prévoit la recommandation 44; et

iv) S'agissant de biens meubles, en cas de déplacement des biens ou du constituant vers le présent État, comme le prévoit la recommandation 45; et

c) Qu'une sûreté réelle mobilière sur une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement ou une autre forme d'exécution d'une créance, d'un instrument négociable ou d'un autre bien meuble incorporel est opposable, comme le prévoit la recommandation 48.

Méthode d'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant

35. La loi devrait prévoir que, sous réserve des dispositions de la recommandation 48, une sûreté réelle mobilière sur le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie

indépendant ne peut être rendue opposable que par contrôle, comme le prévoit la recommandation 50.

Différentes méthodes d'opposabilité pour différents types de biens

36. La loi devrait prévoir que différentes méthodes d'opposabilité peuvent être utilisées pour différents types de biens grevés, qu'ils le soient ou non en vertu de la même convention constitutive de sûreté.

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel par transfert de la possession

37. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel peut être rendue opposable par inscription, comme le prévoit la recommandation 32, ou par transfert de sa possession au créancier garanti.

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble soumis à un système d'inscription sur un registre spécialisé ou à un système de certificat de propriété

38. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble soumis à inscription sur un registre spécialisé ou à annotation sur un certificat de propriété conformément à un autre droit peut être rendue opposable par inscription, comme le prévoit la recommandation 32, ou par:

a) Inscription sur le registre spécialisé; ou

b) Annotation sur le certificat de propriété.

Opposabilité automatique d'une sûreté réelle mobilière sur le produit

39. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière sur un bien grevé est opposable, une sûreté sur tout produit découlant de ce bien (y compris le produit du produit) est automatiquement opposable quand naît le produit, à condition que ce dernier soit décrit en termes génériques dans un avis inscrit ou qu'il prenne la forme d'espèces, de créances, d'instruments négociables ou de droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire.

40. La loi devrait prévoir que, si le produit n'est pas décrit dans l'avis inscrit, comme le prévoit la recommandation 39, et ne prend pas la forme d'espèces, de créances, d'instruments négociables ou de droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, la sûreté réelle mobilière sur le produit reste opposable pendant [une brève période à spécifier] jours après que naît le produit. Si la sûreté sur le produit est rendue opposable par une des méthodes mentionnées dans la recommandation 32 ou 34 avant l'expiration de cette période, elle reste opposable par la suite.

Opposabilité automatique d'une sûreté réelle mobilière sur un bien attaché

41. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel est opposable au moment où celui-ci devient un bien attaché, elle le reste par la suite sans qu'aucune autre formalité ne soit nécessaire.

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur un bien attaché soumis à un système d'inscription sur un registre spécialisé ou à un système de certificat de propriété

42. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un bien attaché à un meuble soumis à inscription sur un registre spécialisé ou à annotation sur un certificat de propriété conformément à un autre droit peut devenir opposable automatiquement, comme le prévoit la recommandation 41, ou par:

a) Inscription sur le registre spécialisé; ou

b) Annotation sur le certificat de propriété.

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur un bien attaché à un immeuble

43. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un bien attaché à un immeuble peut devenir opposable automatiquement, comme le prévoit la recommandation 41, ou par inscription dans le registre immobilier.

Opposabilité automatique d'une sûreté réelle mobilière sur une masse ou un produit fini

44. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel est opposable au moment où ce bien est incorporé dans une masse ou un produit fini, la sûreté qui se reporte sur la masse ou le produit fini, comme le prévoit la recommandation 22 (chapitre II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière), est opposable sans qu'aucune autre formalité ne soit nécessaire.

Continuité de l'opposabilité après un déplacement vers le présent État

45. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière est opposable conformément à la loi de l'État où est situé le bien grevé ou le constituant (selon ce qui détermine la loi applicable en vertu des dispositions sur le conflit de lois) et si ce bien ou ce constituant se situe ensuite dans le présent État, la sûreté reste opposable conformément à la loi du présent État pendant [une brève période à spécifier] jours après ce changement de lieu de situation. Si les conditions requises par la loi du présent État pour rendre la sûreté opposable sont remplies avant l'expiration de cette période, la sûreté reste opposable par la suite conformément à la loi du présent État. Aux fins de toute règle du présent État selon laquelle la date de l'inscription ou de toute autre formalité d'opposabilité sert de référence pour déterminer le rang de priorité, cette date est celle à laquelle ladite inscription ou formalité a été accomplie conformément à la loi de l'État où le bien grevé ou le constituant se trouvait avant leur déplacement vers le présent État.

Continuité de l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière après un changement de méthode d'opposabilité

46. La loi devrait prévoir que l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière est continue nonobstant un changement de méthode pour la rendre opposable, à condition que la sûreté ne soit inopposable à aucun moment.

Perte de l'opposabilité ou caducité de l'inscription anticipée

47. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière perd son opposabilité à un certain moment, cette opposabilité peut être rétablie, auquel cas elle prend effet à compter de la date à laquelle elle est rétablie. De même, une inscription réalisée antérieurement à la constitution d'une sûreté réelle mobilière, en vertu de la recommandation 67, qui expire conformément à la recommandation 69 (chapitre IV sur le système de registre) peut être rétablie, auquel cas l'inscription prend effet à compter de la date à laquelle le nouvel avis concernant la sûreté est enregistré.

B. Recommandations sur des biens particuliers

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement d'une créance, d'un instrument négociable ou de tout autre bien meuble incorporel

48. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière sur une créance, sur un instrument négociable ou sur tout autre bien meuble incorporel entrant dans son champ d'application est opposable, cette opposabilité s'étend à toute sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement ou une autre forme d'exécution de la créance, de l'instrument ou du bien meuble incorporel, sans que le constituant ni le créancier garanti aient à accomplir d'autres actes. Si la sûreté personnelle ou réelle est un engagement de garantie indépendant, son opposabilité s'étend automatiquement au droit de recevoir le produit d'un tel engagement (mais, comme le prévoit l'alinéa *b* de la recommandation 25 du chapitre II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, la sûreté ne s'étend pas au droit de tirer l'engagement). La présente recommandation n'a pas d'incidence sur une sûreté grevant un bien immeuble qui, en vertu d'un autre droit, peut être transférée séparément d'une créance, d'un instrument négociable ou d'un autre bien meuble incorporel qu'elle garantit.

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

49. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire peut être rendue opposable par inscription, comme le prévoit la recommandation 32, ou si le créancier garanti obtient le contrôle de ce droit.

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur un droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant

50. La loi devrait prévoir que, sous réserve des dispositions de la recommandation 48, une sûreté réelle mobilière sur un droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant ne peut être rendue opposable que si le créancier garanti obtient le contrôle de ce droit.

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable ou sur un bien meuble corporel représenté par un document négociable

51. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable peut être rendue opposable par inscription, comme le prévoit la recommandation 32, ou par transfert de la possession du document au créancier garanti.

52. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière sur un document négociable est opposable, la sûreté réelle mobilière correspondante sur le bien représenté par ce document l'est également. Pendant la période où un document négociable représente un bien, il est possible de rendre une sûreté sur ce bien opposable par transfert de la possession du document au créancier garanti.

53. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable qui a été rendue opposable du fait du transfert de la possession du document au créancier garanti reste opposable pendant [une brève période à spécifier] jours après sa restitution au constituant ou à une autre personne, afin que les biens représentés par le document soient finalement vendus ou échangés, chargés ou déchargés, ou encore que d'autres mesures soient prises à leur égard.

IV. Le système de registre

Objet

Les dispositions relatives au système de registre ont pour objet d'établir un registre général des sûretés et d'en réglementer le fonctionnement. Le système de registre vise à offrir:

a) Une méthode par laquelle une sûreté réelle mobilière existante ou future sur des biens existants ou futurs du constituant peut être rendue opposable;

b) Un cadre de référence efficace pour les règles de priorité fondées sur la date d'inscription d'un avis concernant une sûreté réelle mobilière; et

c) Une source objective d'information permettant aux tiers ayant affaire à des biens du constituant (comme des créanciers garantis et des acheteurs éventuels, des créanciers judiciaires et le représentant de l'insolvabilité du constituant) de savoir si les biens sont grevés d'une sûreté réelle mobilière.

Pour ce faire, le système de registre devrait être conçu de sorte que l'inscription et la recherche soient simples, rapides, économiques, commodes et accessibles au public.

Cadre de fonctionnement pour l'inscription et la recherche

54. La loi devrait faire en sorte que:

a) Des guides clairs et concis sur les procédures d'inscription et de recherche soient accessibles à un large public et que des informations relatives à l'existence et au rôle du registre soient largement diffusées;

b) L'inscription soit effectuée par enregistrement d'un avis contenant les informations spécifiées dans la recommandation 57, et non par la présentation de l'original ou d'une copie de la convention constitutive de sûreté ou d'un autre document;

c) Le registre accepte un avis présenté par un moyen de communication autorisé (par exemple sur papier ou par voie électronique) sauf si celui-ci:

i) N'est pas accompagné des frais requis;

ii) N'identifie pas suffisamment le constituant pour permettre l'indexation; ou

iii) Ne contient pas d'autres éléments d'information requis par la recommandation 57;

d) Le conservateur du registre n'exige pas la vérification de l'identité de la personne procédant à l'inscription ni de l'existence d'une autorisation pour procéder à l'inscription de l'avis, et ne réalise aucun examen approfondi de la teneur de l'avis;

e) Le fichier du registre soit centralisé et contienne tous les avis concernant les sûretés réelles mobilières inscrites en vertu de la présente loi;

f) Les informations contenues dans le fichier du registre soient accessibles au public;

g) L'utilisateur puisse effectuer une recherche sans avoir à justifier celle-ci;

h) Les avis soient indexés et puissent être retrouvés par les utilisateurs à partir de l'élément identifiant le constituant;

i) Les frais d'inscription et de recherche éventuels ne soient pas plus élevés que nécessaire pour permettre le recouvrement des coûts;

j) Le système d'inscription soit, si possible, électronique. En particulier que:

i) Les avis soient conservés sous forme électronique dans une base de données informatique;

ii) Les personnes qui procèdent à une inscription et celles qui font une recherche aient un accès immédiat au fichier du registre par des moyens électroniques ou similaires, notamment Internet et l'échange de données informatisées;

iii) Le système soit programmé pour réduire au maximum le risque de saisie d'informations incomplètes ou inutiles; et

iv) Le système soit programmé pour faciliter une extraction rapide et complète des informations et pour réduire au maximum les conséquences pratiques des erreurs humaines;

k) Les personnes procédant à l'inscription aient le choix entre plusieurs modes et points d'accès au registre; et

l) Le registre, s'il est électronique, fonctionne en continu sauf pendant les opérations prévues de maintenance et, s'il ne l'est pas, pratique des horaires de service fiables et réguliers qui soient compatibles avec les besoins des utilisateurs potentiels.

Sécurité et intégrité du registre

55. Afin d'assurer la sécurité et l'intégrité du registre, la loi devrait prévoir que le cadre de fonctionnement et le cadre juridique du registre présenteront les caractéristiques suivantes:

a) Bien que l'exploitation courante du registre puisse être déléguée à un organisme privé, l'État reste tenu de veiller à ce que le registre soit exploité conformément au cadre juridique qui s'applique à lui;

b) L'identité de la personne procédant à l'inscription est demandée et conservée par le registre[30];

c) La personne procédant à l'inscription est tenue de transmettre une copie de l'avis au constituant désigné sur celui-ci. Un manquement de la part du créancier garanti à cette obligation ne peut entraîner que des sanctions mineures et la réparation de tout dommage, causé par ce manquement, susceptible d'être prouvé;

d) Le registre est tenu d'envoyer rapidement une copie de toute modification apportée à un avis inscrit à la personne qui y est identifiée comme le créancier garanti;

e) Une personne procédant à l'inscription peut obtenir une copie de cette inscription aussitôt après la saisie des informations y relatives dans le fichier du registre; et

f) Toutes les informations contenues dans les fichiers du registre sont conservées en plusieurs exemplaires et l'intégralité de ces fichiers peut être reconstituée en cas de perte ou de dommage.

Responsabilité en cas de perte ou de dommage

56. La loi devrait prévoir à qui incombe la responsabilité en cas de perte ou de dommage causé par une erreur dans l'administration ou l'exploitation du système d'inscription et de recherche. Si le système est conçu pour permettre aux utilisateurs d'inscrire et de rechercher directement des avis sans intervention du personnel du registre, la responsabilité du registre en cas de perte ou de dommage devrait se limiter aux défaillances du système.

Teneur exigée de l'avis

57. La loi devrait prévoir que seuls les éléments suivants doivent figurer sur l'avis:

a) L'élément identifiant le constituant, conformément aux règles énoncées dans les recommandations 58 à 60, et le créancier garanti ou son représentant, ainsi que leur adresse;

b) Une description du bien visé par l'avis, conformément aux règles énoncées dans la recommandation 63;

c) La durée de l'inscription, conformément à la recommandation 69; et

d) Si l'État estime qu'il serait utile pour faciliter des prêts subordonnés d'indiquer le montant monétaire maximal pour lequel la sûreté peut être réalisée, une déclaration de ce montant maximal.

[30] S'agissant de la vérification de l'identité de la personne procédant à l'inscription, voir la recommandation 54, alinéa *d*.

Caractère suffisant de l'élément identifiant le constituant

58. La loi devrait prévoir que l'inscription d'un avis n'a effet que si celui-ci identifie correctement le constituant ou, en cas d'indication incorrecte, si une recherche dans le fichier du registre à partir de l'élément d'identification correct permet de retrouver l'avis.

59. La loi devrait prévoir que, lorsque le constituant est une personne physique, l'élément permettant de l'identifier pour que l'inscription produise effet est son nom, tel qu'il figure sur un document officiel déterminé. Lorsqu'elles sont nécessaires pour bien individualiser le constituant, des informations supplémentaires, comme la date de naissance ou le numéro de carte d'identité, devraient être exigées.

60. La loi devrait prévoir que, lorsque le constituant est une personne morale, l'élément permettant de l'identifier pour que l'inscription produise effet est le nom qui figure dans ses documents constitutifs.

Incidence d'un changement de l'élément identifiant le constituant sur l'efficacité de l'inscription

61. La loi devrait prévoir que si, après enregistrement d'un avis, l'élément qui est utilisé pour identifier le constituant change et, de ce fait, l'élément figurant sur l'avis n'est plus conforme aux règles énoncées dans les recommandations 58 à 60, le créancier garanti peut modifier l'avis inscrit de manière à indiquer le nouvel élément identifiant le constituant conformément à ces règles. Si le créancier garanti n'enregistre pas la modification dans un délai de [bref délai à spécifier] jours après le changement, la sûreté réelle mobilière est inopposable:

a) Au titulaire d'une sûreté réelle mobilière concurrente pour laquelle un avis a été inscrit ou qui a été rendue opposable par une autre méthode après le changement de l'élément identifiant le constituant, mais avant l'enregistrement de la modification; et

b) À une personne qui achète, loue ou prend sous licence le bien grevé après le changement de l'élément identifiant le constituant, mais avant l'enregistrement de la modification.

Incidence du transfert d'un bien grevé sur l'efficacité de l'inscription

62. La loi devrait prévoir l'incidence du transfert d'un bien grevé sur l'efficacité de l'inscription.

Caractère suffisant de la description d'un bien visé par un avis

63. La loi devrait prévoir que la description d'un bien grevé figurant dans un avis est suffisante si elle satisfait aux exigences de la recommandation 14, alinéa *d* (chapitre II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière).

Conséquences d'une indication incorrecte ou d'une description insuffisante

64. La loi devrait prévoir qu'une indication incorrecte, de la part de la personne procédant à l'inscription, dans l'élément identifiant le créancier garanti ou son représentant ou dans son adresse, ou une description du bien grevé non conforme aux exigences de la recommandation 63, ne prive pas d'effet un avis inscrit sauf si elle induit gravement en erreur une personne raisonnable effectuant une recherche.

65. La loi devrait prévoir qu'une description de certains biens grevés qui ne satisfait pas aux exigences de la recommandation 63 ne prive pas d'effet un avis inscrit concernant les autres biens décrits de façon suffisante.

66. La loi devrait prévoir qu'une indication incorrecte concernant la durée de l'inscription et le montant maximal garanti, si celui-ci doit être mentionné, ne prive pas d'effet un avis inscrit. Les tiers qui se sont fiés à cette indication devraient être protégés.

Moment où un avis peut être inscrit

67. La loi devrait prévoir qu'un avis relatif à une sûreté réelle mobilière peut être inscrit avant ou après:

a) La constitution de la sûreté; ou

b) La conclusion de la convention constitutive de sûreté.

Un avis suffit pour plusieurs sûretés réelles mobilières découlant de plusieurs conventions conclues entre les mêmes parties

68. La loi devrait prévoir que l'inscription d'un avis unique suffit pour assurer l'opposabilité d'une ou de plusieurs sûretés réelles mobilières, qu'elles existent au moment de l'inscription ou soient constituées par la suite, et qu'elles découlent d'une ou de plusieurs conventions constitutives de sûreté conclues entre les mêmes parties.

Durée et prorogation de l'inscription d'un avis

69. La loi devrait soit spécifier la durée d'effet de l'inscription d'un avis soit autoriser la personne procédant à l'inscription à spécifier cette durée dans l'avis lors de l'inscription et à la prolonger à tout moment avant son expiration. Dans l'un ou l'autre cas, le créancier garanti devrait être en droit de prolonger la durée d'effet en présentant un avis de modification au registre à tout moment avant l'expiration des effets de l'avis. Si la loi spécifie la durée d'effet de l'inscription, la durée de la prorogation résultant de l'inscription de l'avis de modification devrait être égale à la durée initiale. Si la loi autorise la personne procédant à l'inscription à spécifier la durée d'effet de l'inscription, la durée de la prorogation devrait être celle spécifiée dans l'avis de modification.

Moment où prend effet l'inscription d'un avis ou d'une modification

70. La loi devrait prévoir que l'inscription d'un avis ou d'une modification prend effet lorsque les informations qui y sont contenues sont saisies dans les fichiers du registre de manière à être accessibles aux personnes effectuant une recherche dans lesdits fichiers.

Autorisation pour procéder à l'inscription

71. La loi devrait prévoir que l'inscription d'un avis est sans effet à moins que le constituant l'ait autorisée par écrit. L'autorisation peut être donnée avant ou après l'inscription. Une convention constitutive de sûreté écrite suffit pour autoriser l'inscription. L'efficacité de l'inscription ne dépend pas de l'identité de la personne qui y procède.

Radiation ou modification d'un avis

72. La loi devrait prévoir que, si aucune convention constitutive de sûreté n'a été conclue, si la sûreté réelle mobilière est éteinte du fait du paiement intégral ou pour une autre raison ou si un avis inscrit n'est pas autorisé par le constituant:

a) Le créancier garanti est tenu de présenter au registre un avis visant à faire radier ou à modifier, dans la mesure appropriée, l'avis inscrit dans un délai de [bref délai à spécifier] jours après avoir reçu une demande écrite du constituant;

b) Le constituant est en droit de demander la radiation ou une modification appropriée de l'avis par une procédure judiciaire ou administrative simplifiée;

c) Le constituant est en droit de demander la radiation ou une modification appropriée de l'avis conformément à l'alinéa *b*, même avant l'expiration du délai prévu à l'alinéa *a*, à condition que des mécanismes adaptés soient prévus pour protéger le créancier garanti.

73. La loi devrait prévoir que le créancier garanti est en droit de présenter au registre un avis visant à faire radier ou à modifier dans la mesure appropriée un avis déjà inscrit à tout moment.

74. La loi devrait prévoir que, rapidement après qu'un avis inscrit a expiré, comme le prévoit la recommandation 69, ou a été radié, comme le prévoit la recommandation 72 ou 73, les informations qui y figurent devraient être supprimées des fichiers du registre accessibles au public. Toutefois, les informations fournies sur l'avis expiré, radié ou modifié et celles faisant état de son expiration, sa radiation ou sa modification devraient être conservées pour pouvoir être retrouvées si nécessaire.

75. La loi devrait prévoir que, dans le cas d'une cession de l'obligation garantie, l'avis peut être modifié pour que soit indiqué le nom du nouveau créancier garanti, mais l'avis non modifié continue de produire effet.

V. Priorité d'une sûreté réelle mobilière

Objet

Les dispositions relatives à la priorité d'une sûreté réelle mobilière ont pour objet:

a) D'énoncer des règles pour déterminer de manière prévisible, équitable et efficace la priorité d'une sûreté réelle mobilière par rapport aux droits des réclamants concurrents; et

b) De faciliter les opérations par lesquelles un constituant peut créer plusieurs sûretés réelles mobilières sur le même bien et tirer ainsi parti de la valeur totale de ses biens pour obtenir des crédits.

A. Recommandations générales

Priorité entre des sûretés réelles mobilières consenties par le même constituant sur le même bien

76. La loi devrait prévoir que la priorité entre des sûretés réelles mobilières concurrentes consenties par le même constituant sur le même bien est déterminée comme suit:

a) La priorité entre des sûretés rendues opposables par inscription d'un avis est déterminée en fonction de l'ordre d'inscription, quel que soit l'ordre de leur constitution;

b) La priorité entre des sûretés rendues opposables par une méthode autre que l'inscription est déterminée en fonction de l'ordre dans lequel elles sont rendues opposables; et

c) La priorité entre une sûreté rendue opposable par inscription et une sûreté rendue opposable par une autre méthode est déterminée (indépendamment du moment de la constitution) en fonction de l'ordre dans lequel sont intervenues l'inscription et l'autre méthode d'opposabilité.

La présente recommandation est soumise aux règles prévues dans les recommandations 77, 78 et 87 à 109, ainsi que les recommandations 178 à 185 (chapitre IX sur le financement d'acquisitions, option A: approche unitaire).

Priorité d'une sûreté réelle mobilière inscrite dans un registre spécialisé ou annotée sur un certificat de propriété

77. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un bien qui est rendue opposable par inscription dans un registre spécialisé ou par annotation sur un certificat de propriété, comme le prévoit la recommandation 38 (chapitre III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière), a la priorité sur:

a) Une sûreté réelle mobilière grevant le même bien pour laquelle un avis a été inscrit dans le registre général des sûretés ou qui a été rendue opposable par une méthode autre que l'inscription dans un registre spécialisé ou l'annotation sur un certificat de propriété, indépendamment de l'ordre; et

b) Une sûreté réelle mobilière grevant le même bien qui est inscrite dans le registre spécialisé ou annotée sur le certificat de propriété postérieurement.

78. La loi devrait prévoir que, si un bien grevé est transféré, loué ou mis sous licence et si, au moment du transfert, de la location ou de la mise sous licence, une sûreté réelle mobilière sur ce bien est opposable du fait de son inscription dans un registre spécialisé ou de son annotation sur un certificat de propriété, comme le prévoit la recommandation 38 (chapitre III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière), les droits qu'acquiert le bénéficiaire du transfert, le preneur à bail ou le preneur de licence sont soumis à la sûreté,

sous réserve des dispositions des recommandations 80 à 82. En revanche, si la sûreté n'a pas été rendue opposable par inscription dans un registre spécialisé ou par annotation sur un certificat de propriété, les droits qu'acquiert le bénéficiaire du transfert, le preneur à bail ou le preneur de licence sont libres de la sûreté.

Priorité des droits du bénéficiaire du transfert, du preneur à bail et du preneur de licence d'un bien grevé

79. La loi devrait prévoir que, si un bien grevé est transféré, loué ou mis sous licence et si une sûreté réelle mobilière grevant ce bien est opposable au moment du transfert, de la location ou de la mise sous licence, les droits qu'acquiert le bénéficiaire du transfert, le preneur à bail ou le preneur de licence sont soumis à la sûreté, sous réserve des dispositions des recommandations 78 et 80 à 82.

80. La loi devrait prévoir que:

a) Une sûreté réelle mobilière cesse de grever un bien que le constituant vend ou dont il dispose d'une autre manière, si le créancier garanti autorise cette vente ou cet autre acte de disposition du bien libre de la sûreté; et

b) Une sûreté réelle mobilière est sans incidence sur les droits d'un preneur à bail ou d'un preneur de licence du bien grevé si le créancier garanti autorise le constituant à louer ou à mettre sous licence le bien sans que la sûreté n'ait d'incidence sur lui.

81. La loi devrait prévoir que:

a) L'acheteur d'un bien meuble corporel (autre qu'un instrument ou document négociable) vendu dans le cours normal des affaires du vendeur prend le bien libre de la sûreté réelle mobilière, à condition qu'au moment de la vente, il ne sache pas que cette dernière viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté;

b) Une sûreté réelle mobilière grevant un bien meuble corporel (autre qu'un instrument ou document négociable) est sans incidence sur les droits d'une personne prenant le bien à bail dans le cours normal des affaires du bailleur, à condition qu'au moment de la conclusion du bail, elle ne sache pas que ce dernier viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté; et

c) Une sûreté réelle mobilière grevant un bien meuble incorporel est sans incidence sur les droits d'une personne prenant le bien sous licence non exclusive dans le cours normal des affaires du donneur de licence, à condition qu'au moment de la conclusion de l'accord de licence, elle ne sache pas que cette licence viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté.

82. La loi devrait prévoir que, si le bénéficiaire d'un transfert acquiert un droit sur un bien grevé libre de la sûreté réelle mobilière, toute personne qui par la suite acquiert auprès de lui un droit sur ce bien l'acquiert aussi libre de la sûreté. Si une sûreté réelle mobilière n'a aucune incidence sur les droits d'un preneur à bail ou d'un preneur de licence, elle n'a aucune incidence non plus sur les droits d'un sous-locataire ou d'un preneur de sous-licence.

Priorité des privilèges

83. La loi devrait limiter tant le type que le montant des privilèges d'origine légale qui ont priorité sur les sûretés réelles mobilières. Si de tels privilèges existent, ils devraient être décrits dans la loi de manière claire et précise.

Priorité des droits des créanciers judiciaires

84. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière a priorité sur les droits d'un créancier chirographaire à moins que celui-ci n'ait obtenu, en vertu d'autres règles de droit, un jugement ou une décision judiciaire provisoire contre le constituant et n'ait pris les mesures nécessaires pour acquérir des droits sur le bien grevé sur le fondement de ce jugement ou de cette décision avant que la sûreté n'ait été rendue opposable. La priorité de la sûreté s'applique au crédit accordé par le créancier garanti:

a) Avant l'expiration d'un délai de [bref délai à spécifier] jours après que le créancier chirographaire l'a avisé du fait qu'il a pris les mesures nécessaires pour acquérir des droits sur le bien grevé; ou

b) En vertu d'un engagement irrévocable de crédit (d'un montant déterminé ou à déterminer selon une formule spécifiée) de la part du créancier garanti, si cet engagement a été souscrit avant que le créancier chirographaire ne l'ait avisé du fait qu'il a pris les mesures nécessaires pour acquérir des droits sur le bien grevé.

La présente recommandation est soumise à l'exception prévue dans la recommandation 183 (chapitre IX sur le financement d'acquisitions, option A: approche unitaire).

Priorité des droits des personnes fournissant des services concernant un bien grevé

85. La loi devrait prévoir que, si d'autres règles de droit confèrent à un créancier qui a fourni des services concernant un bien grevé (par exemple en le réparant, en le stockant ou en le transportant) des droits équivalents à une sûreté réelle mobilière, ces droits sont limités au bien en possession dudit créancier à concurrence de la valeur raisonnable des services fournis et ont priorité sur les sûretés réelles mobilières grevant le même bien qui ont été rendues opposables par l'une des méthodes mentionnées dans la recommandation 32 ou 34 (chapitre III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière).

Priorité du droit de revendication du fournisseur

86. La loi devrait prévoir que, si d'autres règles de droit confèrent à un fournisseur de biens meubles corporels le droit de revendiquer ces biens, ce droit de revendication est primé par une sûreté réelle mobilière rendue opposable avant qu'il n'ait été exercé par le fournisseur.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un bien attaché à un immeuble

87. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière ou tout autre droit (tel que le droit d'un acheteur ou d'un preneur à bail) sur un bien attaché à un immeuble qui est

constitué et rendu opposable conformément au droit immobilier, comme le prévoient les recommandations 21 (chapitre II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière) et 43 (chapitre III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière), a priorité sur une sûreté réelle mobilière grevant ce bien attaché qui a été rendue opposable par une des méthodes mentionnées dans la recommandation 32 ou 34 (chapitre III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière).

88. La loi devrait prévoir que, lorsqu'elle est rendue opposable par inscription sur le registre immobilier conformément à la recommandation 43 (chapitre III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière), une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel qui est un bien attaché à un immeuble au moment où elle est rendue opposable ou qui le devient par la suite a priorité sur une sûreté réelle mobilière ou tout autre droit sur l'immeuble concerné (tel que le droit d'un acheteur ou d'un preneur à bail) inscrit postérieurement dans le registre immobilier.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un bien attaché à un meuble

89. La loi devrait prévoir qu' une sûreté réelle mobilière ou tout autre droit (tel que le droit d'un acheteur ou d'un preneur à bail) sur un bien attaché à un meuble qui est rendu opposable par inscription sur un registre spécialisé ou annotation sur un certificat de propriété conformément à la recommandation 42 (chapitre III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière) a priorité sur une sûreté réelle mobilière ou un autre droit sur le meuble concerné inscrit postérieurement dans le registre spécialisé ou annoté postérieurement sur le certificat de propriété.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant une masse ou un produit fini

90. La loi devrait prévoir que, si deux sûretés réelles mobilières ou plus grevant le même bien meuble corporel se reportent sur une masse ou sur un produit fini, comme le prévoit la recommandation 22 (chapitre II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière), elles conservent le rang de priorité qu'elles avaient les unes par rapport aux autres immédiatement avant que le bien ait été intégré à la masse ou au produit fini.

91. La loi devrait prévoir que, si des sûretés réelles mobilières grevant des biens meubles corporels distincts se reportent sur la même masse ou le même produit fini et si chaque sûreté est opposable, chaque créancier garanti a droit à une part égale au rapport entre la valeur de sa sûreté et la valeur maximale totale des sûretés sur la masse ou le produit fini. Pour cette formule, la valeur maximale d'une sûreté est soit la valeur déterminée conformément à la recommandation 22 (chapitre II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière), soit le montant de l'obligation garantie si ce dernier est inférieur.

92. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière grevant un bien meuble corporel distinct en garantie du paiement de son acquisition qui se reporte sur une masse ou sur un produit fini et qui est opposable a priorité sur une sûreté réelle mobilière consentie par le même constituant sur la masse ou le produit fini.

Caractère indifférent de la connaissance de l'existence d'une sûreté réelle mobilière

93. La loi devrait prévoir que la connaissance de l'existence d'une sûreté réelle mobilière de la part d'un réclamant concurrent n'a aucune incidence sur la priorité[31].

Cession de rang

94. La loi devrait prévoir qu'un réclamant concurrent prioritaire peut à tout moment renoncer unilatéralement ou conventionnellement à sa priorité en faveur de tout autre réclamant concurrent existant ou futur.

Incidence de la continuité de l'opposabilité sur la priorité

95. La loi devrait prévoir qu'aux fins de la recommandation 76, une modification de la méthode utilisée pour rendre une sûreté réelle mobilière opposable n'a pas d'incidence sur la priorité de la sûreté, à condition que cette dernière ne soit inopposable à aucun moment.

96. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière a été inscrite ou rendue opposable et si, à un certain moment par la suite, elle n'est ni inscrite ni opposable, sa priorité remonte à la première date à laquelle elle est ensuite soit inscrite soit rendue opposable.

Priorité des sûretés réelles mobilières garantissant des obligations existantes ou futures

97. La loi devrait prévoir que, sous réserve des dispositions de la recommandation 84, la priorité d'une sûreté réelle mobilière s'étend à toutes les obligations garanties, indépendamment du moment auquel elles naissent.

Portée de la priorité

98. La loi devrait prévoir que, si un État applique l'alinéa *d* de la recommandation 57 (chapitre IV sur le système de registre), la priorité de la sûreté réelle mobilière est limitée au montant maximal indiqué dans l'avis inscrit.

Application des règles de priorité à une sûreté réelle mobilière sur un bien futur

99. La loi devrait prévoir qu'aux fins des alinéas *a* et *c* de la recommandation 76, la priorité d'une sûreté réelle mobilière s'étend à tous les biens grevés visés par l'avis inscrit, que ceux-ci soient acquis par le constituant ou soient créés à la date de l'inscription ou encore avant ou après cette date.

[31] Concernant l'incidence du fait de savoir qu'une opération viole les droits d'un créancier garanti, voir les recommandations 81, 102, alinéa *b*, 105 et 106. .

Application des règles de priorité à une sûreté réelle mobilière sur le produit

100. La loi devrait prévoir qu'aux fins de la recommandation 76 la date d'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière ou de l'inscription d'un avis la concernant est aussi celle de l'opposabilité ou de l'inscription d'une sûreté sur le produit du bien grevé.

B. Recommandations sur des biens particuliers

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un instrument négociable

101. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable qui est rendue opposable par transfert de la possession de l'instrument, comme le prévoit la recommandation 37 (chapitre III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière), a priorité sur une sûreté réelle mobilière grevant l'instrument qui est rendue opposable par n'importe quelle autre méthode.

102. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable qui est rendue opposable par une méthode autre que le transfert de la possession de l'instrument a un rang inférieur aux droits d'un créancier garanti, d'un acheteur ou d'une autre personne à qui l'instrument est transféré (par convention) qui:

a) Est considérée comme un porteur protégé par le droit régissant les instruments négociables; ou

b) Prend possession de l'instrument négociable et s'exécute de bonne foi sans savoir que le transfert est effectué en violation des droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire

103. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire qui est rendue opposable par contrôle, comme le prévoit la recommandation 49 (chapitre III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière), a priorité sur une sûreté réelle mobilière concurrente qui est rendue opposable par n'importe quelle autre méthode. Si une banque dépositaire conclut des accords de contrôle avec plusieurs créanciers garantis, la priorité entre ces créanciers est déterminée en fonction de l'ordre dans lequel les accords sont conclus. Si la banque est elle-même le créancier garanti, sa sûreté a priorité sur toute autre sûreté réelle mobilière (y compris une sûreté rendue opposable par un accord de contrôle passé avec elle, même si sa sûreté est postérieure) à l'exception de celle d'un créancier garanti qui a obtenu le contrôle en devenant titulaire du compte.

104. La loi devrait prévoir que le droit reconnu à la banque dépositaire par un autre droit d'effectuer une compensation entre, d'une part, les obligations dont le constituant lui est redevable et, d'autre part, le droit du constituant au paiement des fonds crédités sur un compte bancaire a priorité sur une sûreté réelle mobilière grevant ce droit à paiement,

mais non sur une sûreté réelle mobilière d'un créancier garanti qui a obtenu le contrôle en devenant titulaire du compte.

105. La loi devrait prévoir que, lorsque le constituant transfère des fonds d'un compte bancaire, le bénéficiaire de ce transfert prend ces fonds libres de toute sûreté réelle mobilière sur le droit au paiement des fonds crédités sur le compte, sauf s'il sait que le transfert viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté. La présente recommandation ne porte pas atteinte aux droits dont les bénéficiaires de transferts de fonds provenant de comptes bancaires jouissent en vertu d'un autre droit.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant des espèces

106. La loi devrait prévoir qu'une personne qui entre en possession d'espèces grevées d'une sûreté réelle mobilière prend ces espèces libres de la sûreté, à moins qu'elle sache que le transfert viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté. La présente recommandation ne porte pas atteinte aux droits dont jouissent les détenteurs d'espèces en vertu d'un autre droit.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant

107. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant qui est rendue opposable par contrôle a priorité sur une sûreté réelle mobilière rendue opposable conformément à la recommandation 48 (chapitre III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière). Si le contrôle a été obtenu par acceptation et si des acceptations contradictoires ont été données par une personne à plusieurs créanciers garantis, la priorité entre les sûretés est déterminée en fonction de l'ordre dans lequel les acceptations ont été données.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un document négociable ou un bien meuble corporel représenté par un document négociable

108. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable et sur les biens meubles corporels représentés par ce dernier est primée par tous les droits supérieurs qu'acquiert le bénéficiaire du transfert du document conformément au droit régissant les documents négociables.

109. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel qui a été rendue opposable par transfert de la possession d'un document négociable a priorité sur une sûreté réelle mobilière concurrente rendue opposable par une autre méthode. La présente règle ne s'applique pas à une sûreté réelle mobilière grevant des biens autres que des stocks, si la sûreté du créancier garanti qui n'est pas en possession du document négociable a été rendue opposable avant l'une des deux dates suivantes, la plus rapprochée étant retenue:

a) Celle à laquelle le bien devient l'objet du document; ou

b) Celle à laquelle le constituant et le créancier garanti en possession du document ont conclu un accord prévoyant que le bien fera l'objet d'un document négociable pour autant que le bien fasse effectivement l'objet d'un tel document dans un délai de [bref délai à spécifier] jours à compter de la date de l'accord.

VI. Droits et obligations des parties à la convention constitutive de sûreté

Objet

Les dispositions relatives aux droits et obligations des parties ont pour objet de renforcer l'efficacité des opérations garanties et de réduire le coût de ces opérations et les risques de litige:

a) En énonçant des règles impératives sur les droits et obligations de la partie en possession du bien grevé;

b) En énonçant des règles non impératives concernant les droits et obligations des parties qui s'appliquent lorsque celles-ci n'ont pas traité ces questions dans leur convention; et

c) En énonçant des règles non impératives devant servir d'outil d'aide à la rédaction ou de liste récapitulative des questions que les parties souhaiteront peut-être traiter dans leur convention.

A. Recommandations générales

Droits et obligations des parties à la convention constitutive de sûreté[32]

110. La loi devrait prévoir que les droits et obligations réciproques des parties à la convention constitutive de sûreté sont déterminés par:

a) Les termes et conditions de leur convention, y compris toutes règles ou toutes conditions générales qui y sont mentionnées;

b) Les usages auxquels elles ont consenti; et

c) Sauf convention contraire, les habitudes qui se sont établies entre elles.

Règles impératives

111. La loi devrait prévoir que la partie en possession d'un bien grevé doit prendre des mesures raisonnables pour conserver ce bien et en préserver la valeur.

[32] Pour la recommandation 110, voir l'article 11 de la Convention des Nations Unies sur la cession.

112. Le créancier garanti doit restituer un bien grevé en sa possession si, tous les engagements de crédit ayant pris fin, la sûreté réelle mobilière est éteinte du fait du complet paiement ou d'une autre manière[33].

Règles non impératives

113. La loi devrait prévoir que, sauf convention contraire, le créancier garanti a le droit:

a) De se faire rembourser les frais raisonnables exposés pour conserver un bien grevé en sa possession;

b) De faire un usage raisonnable d'un bien grevé en sa possession et d'affecter les revenus qu'il génère au paiement de l'obligation garantie; et

c) D'inspecter un bien grevé en possession du constituant.

B. Recommandations sur des biens particuliers

Garanties dues par le cédant[34]

114. En ce qui concerne une cession d'une créance contractuelle, la loi devrait prévoir que:

a) Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, le cédant garantit, à la date de la conclusion du contrat de cession, que:

i) Il a le droit de céder la créance;

ii) Il n'a pas déjà cédé la créance à un autre cessionnaire; et

iii) Le débiteur de la créance ne peut ni ne pourra invoquer aucune exception ni aucun droit à compensation; et

b) Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, le cédant ne garantit pas que le débiteur de la créance peut ou pourra payer.

Droit de notifier la cession au débiteur de la créance

115. La loi devrait prévoir que:

a) Sauf convention contraire entre eux, le cédant et le cessionnaire peuvent, l'un ou l'autre ou ensemble, envoyer au débiteur de la créance une notification de la cession ainsi que des instructions de paiement mais, une fois la notification envoyée, il appartient au seul cessionnaire d'envoyer ces instructions; et

b) Une notification de la cession ou des instructions de paiement, envoyées en violation d'une convention visée à l'alinéa *a* de la présente recommandation, ne sont pas

[33] Pour l'obligation incombant au créancier garanti de faire radier un avis inscrit, voir la recommandation 72, chapitre IV sur le système de registre.

[34] Pour les recommandations 114 à 116, voir les articles 12 à 14 de la Convention des Nations Unies sur la cession.

invalidées aux fins de la recommandation 120 (chapitre VII sur les droits et obligations des tiers débiteurs) en raison de cette violation. Toutefois, aucune disposition de la présente recommandation n'a d'incidence sur les obligations ou la responsabilité de la partie ayant violé la convention à raison du dommage qui en résulte.

Droit du cessionnaire à recevoir paiement

116. La loi devrait prévoir que:

a) Dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire, sauf convention contraire et qu'une notification de la cession ait ou non été envoyée:

i) Si un paiement au titre de la créance cédée est effectué au cessionnaire, celui-ci est fondé à conserver le produit et les biens meubles corporels restitués au titre de cette créance;

ii) Si un paiement au titre de la créance cédée est effectué au cédant, le cessionnaire est fondé à recevoir paiement du produit et à se faire remettre les biens meubles corporels restitués au cédant au titre de la créance cédée; et

iii) Si un paiement au titre de la créance cédée est effectué à une autre personne sur laquelle le cessionnaire a priorité, celui-ci est fondé à recevoir paiement du produit et à se faire remettre les biens meubles corporels restitués à cette personne au titre de la créance cédée;

b) Le cessionnaire n'est pas fondé à conserver plus que la valeur de son droit sur la créance.

VII. Droits et obligations des tiers débiteurs

Objet

Les dispositions relatives aux droits et obligations des tiers débiteurs ont pour objet de renforcer l'efficacité des opérations garanties lorsque le bien grevé est une obligation de paiement ou une autre forme d'exécution due par un tiers au constituant:

a) En énonçant des règles sur les droits et obligations des parties à la cession d'une créance et sur la protection du débiteur de la créance;

b) En énonçant des règles pour assurer la cohérence entre la loi sur les opérations garanties et d'autres règles de droit relatives aux droits et aux obligations découlant d'instruments négociables et de documents négociables; et

c) En énonçant des règles pour assurer la cohérence entre le régime des opérations garanties et d'autres règles de droit régissant les droits et les obligations des banques dépositaires ainsi que du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée dans un engagement de garantie indépendant.

A. Droits et obligations du débiteur de la créance[*]

Protection du débiteur de la créance

117. La loi devrait prévoir que:

a) Sauf disposition contraire de la présente loi et à moins que le débiteur de la créance n'y consente, une cession de créance n'a pas d'incidence sur les droits et obligations de ce dernier, y compris sur les conditions de paiement énoncées dans le contrat initial; et

b) Les instructions de paiement peuvent être modifiées en ce qui concerne la personne, l'adresse ou le compte auxquels le débiteur de la créance doit effectuer le paiement, mais non en ce qui concerne:

i) La monnaie de paiement spécifiée dans le contrat initial; ou

ii) L'État dans lequel il est spécifié dans le contrat initial que le paiement doit être effectué, sauf à le remplacer par l'État dans lequel le débiteur de la créance est situé.

Notification de la cession au débiteur de la créance

118. La loi devrait prévoir que:

a) Une notification de la cession ou des instructions de paiement produisent leurs effets lorsqu'elles sont reçues par le débiteur de la créance, si elles sont formulées dans une langue dont il est raisonnable de penser qu'elle permet à celui-ci d'en comprendre le contenu. Il suffit en tout état de cause qu'elles soient formulées dans la langue du contrat initial;

b) La notification de la cession ou les instructions de paiement peuvent porter sur des créances nées après la notification; et

c) La notification d'une cession subséquente vaut notification de toute cession antérieure.

Paiement libératoire du débiteur de la créance

119. La loi devrait prévoir que:

a) Tant qu'il n'a pas reçu notification de la cession, le débiteur de la créance est fondé à effectuer un paiement libératoire conformément au contrat initial;

b) Lorsqu'il a reçu notification de la cession, sous réserve des alinéas *c* à *h* de la présente recommandation, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire uniquement au cessionnaire ou, si d'autres instructions de paiement lui sont données dans la notification de la cession ou lui sont communiquées ultérieurement par écrit par le cessionnaire, conformément à ces instructions;

[*] Pour les recommandations 117 à 123, voir les articles 15 à 21 de la Convention des Nations Unies sur la cession.

c) S'il reçoit plusieurs instructions de paiement relatives à une seule cession de la même créance effectuée par le même cédant, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire conformément aux dernières instructions reçues du cessionnaire avant le paiement;

d) S'il reçoit notification de plusieurs cessions de la même créance effectuées par le même cédant, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire conformément à la première notification reçue;

e) S'il reçoit notification d'une ou plusieurs cessions subséquentes, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire conformément à la notification de la dernière de ces cessions subséquentes;

f) S'il reçoit notification de la cession d'une fraction d'une ou plusieurs créances ou d'un droit indivis sur celles-ci, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire conformément à la notification ou conformément à la présente recommandation comme s'il n'avait pas reçu de notification. S'il paie conformément à la notification, le paiement n'est libératoire qu'à concurrence de la fraction ou du droit indivis payé;

g) S'il reçoit notification de la cession du cessionnaire, le débiteur de la créance est fondé à demander à celui-ci de prouver de manière appropriée, dans un délai raisonnable, que la cession du cédant initial au cessionnaire initial et toute cession intermédiaire ont été effectuées; faute pour le cessionnaire de se conformer à cette demande, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire conformément à la présente recommandation comme s'il n'avait pas reçu de notification. La cession est considérée comme prouvée de manière appropriée au moyen, notamment, de tout écrit émanant du cédant et indiquant qu'elle a bien eu lieu; et

h) La présente recommandation n'a d'incidence sur aucun autre motif conférant valeur libératoire au paiement effectué par le débiteur de la créance à la personne fondée à le recevoir, à une autorité judiciaire ou autre autorité compétente ou à un organisme public de consignation.

Exceptions et droits à compensation du débiteur de la créance

120. La loi devrait prévoir que:

a) Lorsque le cessionnaire forme contre le débiteur de la créance une demande de paiement de la créance cédée, celui-ci peut lui opposer toutes les exceptions et tous les droits à compensation qui découlent du contrat initial ou de tout autre contrat faisant partie de la même opération et qu'il pourrait invoquer comme si la cession n'avait pas eu lieu et si la demande était formée par le cédant;

b) Le débiteur de la créance peut opposer au cessionnaire tout autre droit à compensation, à condition qu'il ait pu invoquer ce droit au moment où il a reçu notification de la cession; et

c) Nonobstant les dispositions des alinéas *a* et *b* de la présente recommandation, les exceptions et droits à compensation que le débiteur de la créance peut, en vertu de l'alinéa *b* de la recommandation 24 ou de l'alinéa *e* de la recommandation 25 (chapitre II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière), invoquer contre le cédant pour violation d'une convention limitant d'une quelconque manière le droit du cédant à procéder à la cession ne peuvent être invoqués par le débiteur de la créance contre le cessionnaire.

Engagement de ne pas opposer d'exceptions ou de droits à compensation

121. La loi devrait prévoir que:

a) Le débiteur de la créance peut convenir avec le cédant, par un écrit qu'il signe, de ne pas opposer au cessionnaire les exceptions et droits à compensation qu'il pourrait invoquer en vertu de la recommandation 120. Une telle convention empêche le débiteur de la créance d'opposer au cessionnaire ces exceptions et droits à compensation;

b) Le débiteur de la créance ne peut renoncer à invoquer:

i) Les exceptions découlant de manœuvres frauduleuses de la part du cessionnaire; ou

ii) Les exceptions fondées sur son incapacité; et

c) Une telle convention ne peut être modifiée que par convention, consignée dans un écrit signé par le débiteur de la créance. L'effet de la modification à l'égard du cessionnaire est déterminé par application de l'alinéa *b* de la recommandation 122.

Modification du contrat initial

122. La loi devrait prévoir que:

a) Toute convention conclue avant notification de la cession entre le cédant et le débiteur de la créance qui a des incidences sur les droits du cessionnaire produit effet à l'égard de ce dernier, qui acquiert alors les droits correspondants;

b) Toute convention conclue après notification de la cession entre le cédant et le débiteur de la créance qui a des incidences sur les droits du cessionnaire est sans effet à l'égard de ce dernier, sauf:

i) Si celui-ci y consent; ou

ii) Si la créance n'est pas encore acquise en totalité du fait de l'exécution incomplète du contrat initial et si, ou bien la modification était prévue dans ledit contrat, ou bien tout cessionnaire raisonnable y consentirait, dans le contexte de ce contrat; et

c) Les alinéas *a* et *b* de la présente recommandation sont sans incidence sur tout droit du cédant ou du cessionnaire résultant de la violation d'une convention conclue entre eux.

Recouvrement des paiements

123. La loi devrait prévoir que la non-exécution du contrat initial par le cédant n'habilite pas le débiteur de la créance à recouvrer auprès du cessionnaire une somme qu'il a payée au cédant ou au cessionnaire.

B. Droits et obligations du débiteur dans le cadre d'un instrument négociable

124. La loi devrait prévoir que les droits d'un créancier garanti découlant d'un instrument négociable, à l'égard d'une personne débitrice dans le cadre de l'instrument, sont soumis au droit régissant les instruments négociables.

C. Droits et obligations de la banque dépositaire

125. La loi devrait prévoir que:

a) La constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire n'a aucune incidence sur les droits et obligations de la banque dépositaire à moins qu'elle n'y consente; et

b) Le fait que la banque dépositaire détienne une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire est sans incidence sur les droits à compensation que lui reconnaît un autre droit.

126. La loi devrait prévoir que la banque dépositaire n'est pas tenue:

a) De payer une personne autre que celle qui a le contrôle des fonds crédités sur un compte bancaire;

b) De répondre aux demandes d'information de personnes souhaitant savoir si un accord de contrôle ou une sûreté réelle mobilière existe en sa faveur et si le constituant conserve le droit de disposer des fonds crédités sur le compte; ni

c) De conclure un accord de contrôle.

D. Droits et obligations du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée dans un engagement de garantie indépendant

127. La loi devrait prévoir que:

a) La sûreté d'un créancier garanti sur le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant est soumise aux droits dont jouissent, en vertu du droit et de la pratique régissant les engagements de garantie indépendants, un garant/émetteur, un confirmateur ou une personne désignée et tout autre bénéficiaire qui est désigné dans l'engagement ou à qui le droit de tirage a été transmis;

b) Une sûreté réelle mobilière sur le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant constituée par l'auteur du transfert de l'engagement ou par tout auteur d'un transfert antérieur est sans incidence sur les droits du bénéficiaire du transfert; et

c) Le fait qu'un garant/émetteur, un confirmateur, une personne désignée ou un bénéficiaire du transfert d'un engagement de garantie indépendant détienne une sûreté réelle mobilière sur le droit de recevoir le produit de l'engagement est sans incidence sur ses droits indépendants.

128. La loi devrait prévoir qu'un garant/émetteur, un confirmateur ou une personne désignée ne sont pas tenus de payer une personne autre qu'un confirmateur, une personne désignée, un bénéficiaire désigné, un bénéficiaire accepté du transfert de l'engagement de garantie indépendant ou un cessionnaire accepté du droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant.

129. La loi devrait prévoir que, si un créancier garanti obtient le contrôle en devenant cessionnaire accepté du produit d'un engagement de garantie indépendant, il est fondé à

opposer cette acceptation au garant/émetteur, au confirmateur ou à la personne désignée qui l'a donnée.

E. Droits et obligations de l'émetteur d'un document négociable

130. La loi devrait prévoir que les droits d'un créancier garanti découlant d'un document négociable, à l'égard de l'émetteur ou de toute autre personne débitrice dans le cadre de ce document, sont soumis au droit régissant les documents négociables.

VIII. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière

Objet

Les dispositions relatives à la réalisation des sûretés réelles mobilières ont pour objet de prévoir:

a) Des méthodes claires, simples et efficaces de réalisation après défaillance du débiteur;

b) Des méthodes conçues pour maximiser le montant net de la réalisation des biens grevés au profit du constituant, du débiteur ou de toute autre personne tenue de payer l'obligation garantie, du créancier garanti et d'autres créanciers ayant un droit sur ces biens; et

c) Des méthodes rapides judiciaires et, sous réserve des mesures de protection appropriées, extrajudiciaires permettant au créancier garanti d'exercer ses droits.

A. Recommandations générales

Règle générale de conduite dans le contexte de la réalisation

131. La loi devrait prévoir qu'une personne doit exercer ses droits et exécuter ses obligations conformément aux dispositions relatives à la réalisation de bonne foi et de manière commercialement raisonnable.

Limites de l'autonomie des parties

132. La loi devrait prévoir que la règle générale de conduite énoncée dans la recommandation 131 ne peut à aucun moment faire l'objet d'une renonciation unilatérale ni d'une modification par convention.

133. La loi devrait prévoir que, sous réserve des dispositions de la recommandation 132, le constituant et toute autre personne tenue de payer l'obligation garantie ou de l'exécuter d'une autre manière peuvent renoncer unilatéralement à l'un quelconque des droits que leur confèrent les dispositions relatives à la réalisation ou le modifier par convention, mais uniquement après défaillance.

134. La loi devrait prévoir que, sous réserve des dispositions de la recommandation 132, le créancier garanti peut renoncer unilatéralement à l'un quelconque des droits que lui confèrent les dispositions relatives à la réalisation ou le modifier par convention.

135. La loi devrait prévoir qu'une modification des droits par convention ne peut pas porter atteinte aux droits de quiconque n'est pas partie à cette convention. Il appartient à une personne qui conteste l'efficacité de la convention au motif que celle-ci est contraire à la recommandation 132, 133 ou 134 d'en rapporter la preuve.

Responsabilité

136. La loi devrait prévoir que toute personne manquant aux obligations qui lui incombent en vertu des dispositions relatives à la réalisation est tenue de réparer le préjudice causé par ce manquement.

Voies judiciaires ou autres en cas de manquement

137. La loi devrait prévoir que le débiteur, le constituant ou toute autre personne intéressée (par exemple un créancier garanti dont le rang de priorité est inférieur à celui du créancier garanti procédant à la réalisation, un garant ou un copropriétaire des biens grevés) sont fondés à saisir un tribunal ou une autre autorité à tout moment en cas de manquement de la part du créancier garanti aux obligations qui lui incombent en vertu des dispositions relatives à la réalisation.

Procédure judiciaire rapide

138. La loi devrait prévoir une procédure rapide pour les situations où le créancier garanti, le constituant ou toute autre personne qui doit exécuter l'obligation garantie ou qui revendique un droit sur un bien grevé saisit un tribunal ou une autre autorité en ce qui concerne l'exercice de droits après défaillance.

Droits du constituant après défaillance

139. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le constituant est fondé à exercer un ou plusieurs des droits suivants:

a) Régler intégralement l'obligation garantie et obtenir la libération de tous les biens grevés, comme le prévoit la recommandation 140;

b) Saisir un tribunal ou une autre autorité si le créancier garanti ne s'acquitte pas des obligations qui lui incombent en vertu des dispositions de la présente loi, comme le prévoit la recommandation 137;

c) Proposer au créancier garanti, ou rejeter la proposition du créancier garanti, d'acquérir un bien grevé à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie, comme le prévoient les recommandations 158 et 159; et

d) Exercer tout autre droit prévu dans la convention constitutive de sûreté ou dans un droit quelconque.

Extinction de la sûreté réelle mobilière après exécution intégrale de l'obligation garantie

140. La loi devrait prévoir que le débiteur, le constituant ou toute autre personne intéressée (par exemple, un créancier garanti dont la sûreté a un rang de priorité inférieur à celle du créancier garanti procédant à la réalisation, un garant ou un copropriétaire du bien grevé) sont fondés à exécuter l'obligation garantie dans son intégralité, y compris payer les frais de réalisation exposés jusqu'au moment de l'exécution complète. Ce droit peut être exercé jusqu'à ce que le créancier garanti dispose d'un bien grevé, l'acquière ou reçoive paiement sur ce bien ou encore conclue une convention pour en disposer, selon ce qui intervient en premier. Si tous les engagements de crédit ont pris fin, l'exécution intégrale de l'obligation garantie éteint la sûreté sur tous les biens grevés, sous réserve des droits de subrogation en faveur de la personne exécutant l'obligation.

Droits du créancier garanti après défaillance

141. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le créancier garanti est fondé à exercer un ou plusieurs des droits suivants à l'égard d'un bien grevé:

a) Obtenir la possession d'un bien meuble corporel grevé, comme le prévoient les recommandations 146 et 147;

b) Vendre un bien grevé ou en disposer d'une autre manière, le louer ou le mettre sous licence, comme le prévoient les recommandations 148 à 155;

c) Proposer d'acquérir un bien grevé à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie, comme le prévoient les recommandations 156 à 158;

d) Réaliser sa sûreté réelle mobilière sur un bien attaché, comme le prévoient les recommandations 165 et 166;

e) Obtenir paiement ou réaliser d'une autre manière une sûreté réelle mobilière sur un bien grevé qui revêt la forme d'une créance, d'un instrument négociable, d'un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire ou d'un droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant, comme le prévoient les recommandations 167 à 176;

f) Exercer des droits en vertu d'un document négociable, comme le prévoit la recommandation 177; et

g) Exercer tout autre droit prévu dans la convention constitutive de sûreté (sauf s'il est contraire aux dispositions de la présente loi) ou dans un droit quelconque.

Méthodes judiciaires et extrajudiciaires pour l'exercice de droits après défaillance

142. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le créancier garanti peut exercer les droits prévus dans la recommandation 141 en saisissant un tribunal ou une autre autorité, ou sans saisir de tribunal ou d'autre autorité. S'il exerce ses droits par voie extrajudiciaire, il se soumet à la règle générale de conduite prévue dans la recommandation 131 et aux règles prévues dans les recommandations 147 à 155 concernant la prise de possession et la disposition extrajudiciaires d'un bien grevé.

Cumul des droits après défaillance

143. La loi devrait prévoir que l'exercice d'un droit après défaillance n'empêche pas l'exercice d'un autre droit, sauf dans la mesure où l'exercice d'un droit a rendu impossible l'exercice d'un autre droit.

Droits après défaillance en ce qui concerne l'obligation garantie

144. La loi devrait prévoir que l'exercice d'un droit après défaillance en ce qui concerne un bien grevé n'empêche pas l'exercice d'un droit après défaillance en ce qui concerne l'obligation garantie par ce bien et vice-versa.

Droit du créancier garanti de rang supérieur de prendre le contrôle de la réalisation

145. La loi devrait prévoir que, lorsqu'un créancier garanti a commencé à réaliser sa sûreté en prenant l'une quelconque des mesures décrites dans les dispositions relatives à la réalisation, ou lorsqu'un créancier judiciaire a pris les mesures mentionnées dans la recommandation 84 (chapitre V sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière), un créancier garanti dont la sûreté a priorité sur celle du créancier garanti ou du créancier judiciaire procédant à la réalisation a le droit de prendre le contrôle du processus de réalisation à tout moment avant la disposition ou l'acquisition d'un bien grevé, l'obtention d'un paiement sur ce bien, ou la conclusion, par le créancier garanti procédant à la réalisation, d'une convention pour en disposer, selon ce qui intervient en premier. Ce droit comprend aussi celui de procéder à la réalisation par l'une des méthodes prévues dans les recommandations du présent chapitre.

Droit du créancier garanti à la possession d'un bien grevé

146. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le créancier garanti a droit à la possession d'un bien meuble corporel grevé.

Obtention de la possession d'un bien grevé par des voies extrajudiciaires

147. La loi devrait prévoir que le créancier garanti peut choisir d'obtenir la possession d'un bien meuble corporel grevé sans saisir de tribunal ou d'autre autorité uniquement:

a) Si le constituant y a consenti dans la convention constitutive de sûreté;

b) Si le créancier garanti a avisé le constituant et toute personne en possession du bien grevé de la défaillance et de son intention d'obtenir la possession sans saisir de tribunal ou d'autre autorité; et

c) Si, au moment où le créancier garanti cherche à obtenir la possession du bien grevé, le constituant et toute personne en possession du bien grevé ne s'y opposent pas.

Disposition extrajudiciaire d'un bien grevé

148. La loi devrait prévoir qu'après défaillance un créancier garanti a le droit, sans saisir de tribunal ou d'autre autorité, de vendre un bien grevé ou d'en disposer d'une autre manière, de le louer ou de le mettre sous licence dans la limite des droits du constituant sur ce bien. Sous réserve de la règle de conduite énoncée dans la recommandation 131, un créancier garanti qui décide d'exercer ce droit peut choisir la méthode, les modalités, la date, le lieu et d'autres aspects de la disposition, de la location ou de la mise sous licence.

Préavis de disposition extrajudiciaire d'un bien grevé

149. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le créancier garanti doit adresser un avis faisant part de son intention de vendre un bien grevé ou d'en disposer d'une autre manière, de le louer ou de le mettre sous licence sans saisir de tribunal ou d'autre autorité. Cet avis n'est pas nécessaire si le bien grevé est périssable, peut se déprécier rapidement ou est d'un type vendu sur un marché reconnu.

150. La loi devrait énoncer des règles permettant d'adresser l'avis mentionné à la recommandation 149 de manière efficace, rapide et fiable afin de protéger le constituant ou d'autres parties intéressées, tout en évitant d'avoir un effet négatif sur les voies de droit du créancier garanti et sur la valeur potentielle nette de réalisation des biens grevés.

151. S'agissant de l'avis mentionné dans la recommandation 149, la loi devrait:

a) Prévoir qu'il doit être adressé:

i) Au constituant, au débiteur et à toute autre personne tenue d'exécuter l'obligation garantie;

ii) À toute personne ayant des droits sur le bien grevé qui, plus de [délai à spécifier] jours avant l'envoi de l'avis au constituant par le créancier garanti, a avisé ce dernier par écrit de ces droits;

iii) À tout autre créancier garanti qui, plus de [bref délai à spécifier] jours avant l'envoi de l'avis au constituant, a inscrit un avis concernant une sûreté réelle mobilière sur le bien grevé qui est indexé sous l'élément identifiant le constituant; et

iv) À tout autre créancier garanti qui était en possession du bien grevé au moment où le créancier garanti procédant à la réalisation en a pris possession;

b) Indiquer la manière dont l'avis doit être adressé, le moment où il doit l'être et quel doit en être le contenu minimal et préciser si l'avis doit contenir un décompte du montant dû et une référence au droit du débiteur ou du constituant d'obtenir la libération des biens grevés, comme le prévoit la recommandation 140; et

c) Prévoir que l'avis doit être formulé dans une langue dont il est raisonnable de penser qu'elle permet à ses destinataires d'en comprendre le contenu. Il suffit en tout état de cause que l'avis au constituant soit formulé dans la langue de la convention constitutive de sûreté qui est exécutée.

Répartition du produit de la disposition d'un bien grevé

152. La loi devrait prévoir qu'en cas de disposition extrajudiciaire d'un bien grevé, le créancier garanti qui procède à la réalisation doit affecter le produit net de la réalisation (après déduction des frais de réalisation) au paiement de l'obligation garantie. Sous réserve des dispositions de la recommandation 153, il doit verser tout excédent restant à un réclamant concurrent de rang inférieur qui, avant répartition de cet excédent, l'a avisé de ses droits, à concurrence du montant de ces droits. Le solde restant, le cas échéant, doit être remis au constituant.

153. La loi devrait aussi prévoir qu'en cas de disposition extrajudiciaire d'un bien grevé, qu'il y ait ou non litige concernant le montant auquel a droit un réclamant concurrent quelconque ou l'ordre de priorité des paiements, le créancier garanti qui procède à la réalisation peut, conformément aux règles de procédure généralement applicables, verser l'excédent à une autorité judiciaire ou autre autorité compétente ou à un organisme public de consignation pour répartition. L'excédent devrait être réparti conformément aux dispositions de la présente loi relatives à la priorité.

154. La loi devrait prévoir que le produit obtenu par disposition judiciaire ou par une autre procédure de réalisation administrée par une autorité officielle doit être réparti conformément aux règles générales de l'État régissant les procédures d'exécution, sous réserve toutefois des dispositions de la présente loi relatives à la priorité.

155. La loi devrait prévoir que le débiteur et toute autre personne tenue de payer l'obligation garantie doivent régler tout solde restant dû après affectation du produit net de la réalisation au paiement de l'obligation garantie.

Acquisition d'un bien grevé à titre d'exécution de l'obligation garantie

156. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le créancier garanti peut proposer par écrit d'acquérir un ou plusieurs des biens grevés à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie.

157. La loi devrait prévoir que la proposition mentionnée dans la recommandation 156:

a) Doit être adressée:

i) Au constituant, au débiteur et à toute autre personne tenue de payer l'obligation garantie ou de l'exécuter d'une autre manière (par exemple un garant);

ii) À toute personne ayant des droits sur le bien grevé qui, plus de [délai à spécifier] jours avant l'envoi de la proposition au constituant par le créancier garanti, a avisé par écrit ce dernier de ces droits;

iii) À tout autre créancier garanti qui, plus de [bref délai à spécifier] jours avant l'envoi de la proposition au constituant par le créancier garanti, a inscrit un avis concernant une sûreté réelle mobilière sur le bien grevé qui est indexé sous l'élément identifiant le constituant; et

iv) À tout autre créancier garanti qui était en possession du bien grevé au moment où le créancier garanti en a pris possession; et

b) Doit spécifier le montant dû à la date d'envoi de la proposition ainsi que le montant de l'obligation dont l'exécution est proposée moyennant l'acquisition du bien grevé.

158. La loi devrait prévoir que le créancier garanti peut acquérir le bien grevé, comme le prévoit la recommandation 156, à moins qu'il ne reçoive une objection par écrit d'une personne fondée à recevoir une proposition aux termes de la recommandation 157 dans un délai de [bref délai à spécifier] jours à compter de l'envoi de cette proposition. Dans le cas d'une proposition d'acquisition du bien grevé à titre d'exécution partielle de l'obligation garantie, le consentement exprès de chaque destinataire de la proposition est nécessaire.

159. La loi devrait prévoir que le constituant peut faire une proposition visée à la recommandation 156 et que, si le créancier garanti l'accepte, ce dernier doit procéder comme prévu dans les recommandations 157 et 158.

Droits acquis par disposition judiciaire

160. La loi devrait prévoir que, si un créancier garanti dispose d'un bien grevé par une procédure judiciaire ou autre procédure administrée par une autorité officielle, les droits acquis par la personne à qui le bien est transféré sont déterminés par les règles générales de l'État régissant les procédures d'exécution.

Droits acquis par disposition extrajudiciaire

161. La loi devrait prévoir que, si un créancier garanti vend un bien grevé ou en dispose d'une autre manière sans saisir de tribunal ou d'autre autorité, conformément aux présentes dispositions, une personne qui acquiert le droit du constituant sur le bien prend le bien sous réserve des droits qui ont priorité sur la sûreté réelle mobilière du créancier garanti procédant à la réalisation mais libre des droits du créancier garanti procédant à la réalisation et de tout réclamant concurrent de rang inférieur à celui dudit créancier. La même règle s'applique aux droits sur un bien grevé acquis par un créancier garanti moyennant acquisition du bien à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie.

162. La loi devrait prévoir que, si le créancier garanti loue ou met sous licence un bien grevé sans saisir de tribunal ou d'autre autorité, conformément aux présentes dispositions, le preneur à bail ou le preneur de licence se voit accorder le bénéfice du bail ou de la licence pendant sa durée, sauf à l'encontre des droits qui ont priorité sur le droit du créancier garanti procédant à la réalisation.

163. La loi devrait prévoir que, si le créancier garanti vend le bien grevé ou en dispose d'une autre manière, le loue ou le met sous licence sans respecter les recommandations du présent chapitre, un acquéreur, un preneur à bail ou un preneur de licence de bonne foi acquiert les droits ou le bénéfice décrits dans les recommandations 161 et 162.

Recoupements entre le régime de réalisation des sûretés mobilières et le régime de réalisation des droits réels immobiliers

164. La loi devrait prévoir que:

a) Le créancier garanti peut choisir de réaliser une sûreté réelle mobilière grevant un bien attaché à un immeuble conformément aux recommandations du présent chapitre ou au droit régissant la réalisation des droits réels sur les immeubles; et

b) Si une obligation est garantie à la fois par un bien meuble et un bien immeuble du constituant, le créancier garanti peut choisir:

i) De réaliser la sûreté réelle mobilière sur le bien meuble conformément aux dispositions relatives à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble et le droit réel sur le bien immeuble conformément au droit régissant la réalisation des droits réels sur les immeubles; ou

ii) De réaliser à la fois la sûreté réelle mobilière et le droit réel conformément au droit régissant la réalisation des droits réels sur les immeubles.

Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un bien attaché

165. La loi devrait prévoir qu'un créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur un bien attaché à un immeuble n'est fondé à réaliser sa sûreté que si celle-ci a priorité par rapport aux droits concurrents sur l'immeuble. Un créancier titulaire d'un droit concurrent de rang inférieur sur l'immeuble est fondé à rembourser l'obligation garantie par la sûreté du créancier garanti procédant à la réalisation sur le bien attaché. Ce dernier est responsable de tout dommage causé à l'immeuble par le fait de retirer le bien attaché mais non de la diminution de sa valeur due uniquement à l'absence du bien attaché.

166. La loi devrait prévoir qu'un créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur un bien attaché à un meuble est fondé à réaliser sa sûreté sur le bien attaché. Un créancier de rang supérieur a le droit de prendre le contrôle du processus de réalisation, comme le prévoit la recommandation 145. Un créancier de rang inférieur peut rembourser l'obligation garantie par la sûreté du créancier garanti procédant à la réalisation sur le bien attaché. Ce dernier est responsable de tout dommage causé au meuble par le fait de retirer le bien attaché mais non de la diminution de sa valeur due uniquement à l'absence du bien attaché.

B. Recommandations sur des biens particuliers

Application du chapitre sur la réalisation au transfert pur et simple d'une créance

167. La loi devrait prévoir que les recommandations du présent chapitre ne s'appliquent pas au recouvrement ou à une autre forme de réalisation d'une créance cédée par un transfert pur et simple, à l'exception:

a) Des recommandations 131 et 132 en cas de transfert pur et simple avec recours; et

b) Des recommandations 168 et 169.

Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur une créance

168. La loi devrait prévoir que, s'agissant d'une créance cédée par transfert pur et simple, le cessionnaire est en droit de la recouvrer ou de la réaliser d'une autre manière sous réserve des dispositions des recommandations 117 à 123 (chapitre VII sur les droits et obligations des tiers débiteurs). S'agissant d'une créance cédée autrement que par transfert pur et simple, le cessionnaire est en droit, de la recouvrer ou de la réaliser d'une autre manière après défaillance, ou avant défaillance avec l'accord du cédant, sous réserve des dispositions des recommandations 117 à 123.

169. La loi devrait prévoir que le droit du cessionnaire de recouvrer ou de réaliser d'une autre manière une créance l'autorise à recevoir paiement au titre d'une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement de la créance ou à réaliser cette sûreté personnelle ou réelle d'une autre manière.

Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable

170. La loi devrait prévoir qu'après défaillance, ou avant défaillance avec l'accord du constituant, le créancier garanti est en droit, sous réserve des dispositions de la recommandation 124 (chapitre VII sur les droits et obligations des tiers débiteurs), d'obtenir le paiement ou une autre forme d'exécution d'un instrument négociable grevé auprès d'une personne débitrice dans le cadre de cet instrument.

171. La loi devrait prévoir que le droit du créancier garanti d'obtenir le paiement ou une autre forme d'exécution d'un instrument négociable l'autorise à recevoir paiement au titre d'une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement de l'instrument ou à réaliser cette sûreté personnelle ou réelle d'une autre manière.

Répartition du produit de la disposition lorsque le bien grevé est une créance, un instrument négociable ou un autre droit

172. La loi devrait prévoir que le créancier garanti, qui procède à la réalisation en obtenant le paiement d'une créance ou d'un instrument négociable ou une autre forme d'exécution au titre de cette créance ou de cet instrument ou en exerçant un autre droit, doit affecter le produit net de la réalisation (après déduction des frais de réalisation) au paiement de l'obligation garantie. Il doit verser tout excédent restant aux réclamants concurrents de rang inférieur qui, avant répartition de cet excédent, l'ont avisé de leurs droits, à concurrence du montant de ces droits. Le solde restant, le cas échéant, doit être remis au constituant.

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

173. La loi devrait prévoir qu'après défaillance, ou avant défaillance avec l'accord du constituant, un créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire est fondé, sous réserve des dispositions

des recommandations 125 et 126 (chapitre VII sur les droits et obligations des tiers débiteurs), à obtenir paiement ou à exercer d'une autre manière son droit au paiement des fonds.

174. La loi devrait prévoir qu'un créancier garanti qui a le contrôle est fondé, sous réserve des dispositions des recommandations 125 et 126 (chapitre VII sur les droits et obligations des tiers débiteurs), à réaliser sa sûreté réelle mobilière sans avoir à saisir de tribunal ou d'autres autorités.

175. La loi devrait prévoir qu'un créancier garanti qui n'a pas le contrôle est fondé, sous réserve des dispositions des recommandations 125 et 126 (chapitre VII sur les droits et obligations des tiers débiteurs), à obtenir paiement ou à réaliser d'une autre manière la sûreté réelle mobilière sur le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire contre la banque dépositaire uniquement sur décision d'un tribunal, à moins que la banque n'en convienne autrement.

Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant

176. La loi devrait prévoir qu'après défaillance, ou avant défaillance avec l'accord du constituant, un créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur un droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant est fondé, sous réserve des dispositions des recommandations 127 à 129 (chapitre VII sur les droits et obligations des tiers débiteurs), à obtenir paiement ou à réaliser d'une autre manière sa sûreté sur le droit de recevoir ce produit.

Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable ou un bien meuble corporel représenté par ce document

177. La loi devrait prévoir qu'après défaillance, ou avant défaillance avec l'accord du constituant, le créancier garanti est fondé, sous réserve des dispositions de la recommandation 130 (chapitre VII sur les droits et obligations des tiers débiteurs), à réaliser une sûreté réelle mobilière sur un document négociable ou sur un bien meuble corporel représenté par le document.

IX. Financement d'acquisitions

Option A: approche unitaire*

Objet

Les dispositions relatives aux sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions ont pour objet:

* Un État peut adopter l'option A (approche unitaire), c'est-à-dire les recommandations 178 à 186, ou l'option B (approche non unitaire), c'est-à-dire les recommandations 187 à 202. Les recommandations des autres chapitres sont généralement applicables au financement d'acquisitions, sauf dans la mesure où elles sont modifiées par les recommandations du présent chapitre.

a) De reconnaître l'importance et de faciliter l'utilisation du financement d'acquisitions en tant que source de crédit abordable, en particulier pour les petites et moyennes entreprises;

b) D'assurer l'égalité de traitement de tous les fournisseurs de financement d'acquisitions; et

c) De faciliter les opérations garanties en général en instaurant la transparence dans le financement d'acquisitions.

La sûreté en garantie du paiement d'une acquisition en tant que sûreté réelle mobilière

178. La loi devrait qualifier de sûreté réelle mobilière toute sûreté garantissant le paiement d'une acquisition. Par conséquent, toutes les recommandations régissant les sûretés réelles mobilières, notamment celles relatives à la constitution, à l'opposabilité (sous réserve des dispositions de la recommandation 179), à l'inscription, à la réalisation et à la loi applicable, s'appliquent aux sûretés en garantie du paiement d'acquisitions. Les recommandations relatives à la priorité s'appliquent également (sous réserve des dispositions des recommandations 180 à 185).

Opposabilité et priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition

179. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière grevant des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition est opposable dès sa constitution et que, sous réserve des dispositions de la recommandation 181, elle a priorité sur une sûreté réelle mobilière concurrente non liée à leur acquisition qui a été créée par le constituant.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un bien meuble corporel en garantie du paiement de son acquisition

180. La loi devrait prévoir que, sous réserve des dispositions de la recommandation 181:

Variante A[*]

a) Une sûreté réelle mobilière grevant des biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition a priorité sur une sûreté réelle mobilière concurrente non liée à leur acquisition qui a été créée par le constituant (même si un avis concernant la seconde a été inscrit dans le registre général des sûretés avant que le soit un avis concernant la première), à condition:

i) Que le créancier garanti finançant l'acquisition reste en possession desdits biens; ou

[*] Un État peut adopter la variante A de la recommandation 185, s'il adopte la variante A de la recommandation 180, ou la variante B de la recommandation 185, s'il adopte la variante B de la recommandation 180.

ii) Qu'un avis concernant la sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition soit inscrit dans le registre général des sûretés dans un délai de [bref délai, par exemple 20 ou 30 jours, à spécifier] après que le constituant a obtenu la possession des biens;

b) Une sûreté réelle mobilière grevant des stocks en garantie du paiement de leur acquisition a priorité sur une sûreté réelle mobilière concurrente non liée à leur acquisition qui a été créée par le constituant (même si la seconde est devenue opposable avant la première), à condition:

i) Que le créancier garanti finançant l'acquisition reste en possession des stocks; ou

ii) Que, avant la remise des stocks au constituant:

a. Un avis concernant la sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition soit inscrit dans le registre général des sûretés; et

b. Un créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière inscrite antérieurement, qui a été créée par le constituant sur des stocks du même type à des fins autres que la garantie du paiement de leur acquisition, soit avisé par le créancier garanti finançant une acquisition du fait qu'il a une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition ou qu'il a l'intention d'en acquérir une. L'avis doit décrire les stocks de façon suffisante pour que le créancier garanti ne finançant pas l'acquisition puisse identifier les stocks qui font l'objet de la sûreté en garantie du paiement de leur acquisition;

c) Un avis envoyé conformément à l'alinéa *b* ii b. de la présente recommandation peut concerner des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions découlant de plusieurs opérations conclues entre les mêmes parties, sans qu'il soit nécessaire d'identifier chaque opération. L'avis suffit uniquement pour les sûretés sur des biens meubles corporels dont le constituant obtient la possession dans un délai de [spécifier le délai, par exemple cinq ans] après qu'il a été adressé.

Variante B

Une sûreté réelle mobilière grevant des biens meubles corporels autres que des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition a priorité sur une sûreté réelle mobilière concurrente non liée à leur acquisition qui a été créée par le constituant (même si un avis concernant la seconde a été inscrit dans le registre général des sûretés avant que le soit un avis concernant la première), à condition:

a) Que le créancier garanti finançant l'acquisition reste en possession desdits biens; ou

b) Qu'un avis concernant la sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition soit inscrit dans le registre général des sûretés dans un délai de [bref délai, par exemple 20 ou 30 jours, à spécifier] après que le constituant a obtenu la possession des biens.

[*] Un État peut adopter la variante A de la recommandation 185, s'il adopte la variante A de la recommandation 180, ou la variante B de la recommandation 185, s'il adopte la variante B de la recommandation 180.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière inscrite dans un registre spécialisé ou annotée sur un certificat de propriété

181. La loi devrait prévoir que la priorité d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition prévue à la recommandation 179 ou 180 ne l'emporte pas sur celle d'une sûreté réelle mobilière ou d'un autre droit inscrit dans un registre spécialisé ou annoté sur un certificat de propriété conformément aux recommandations 77 et 78 (chapitre V sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière).

Priorité entre des sûretés réelles mobilières concurrentes en garantie du paiement d'acquisitions

182. La loi devrait prévoir que la priorité entre des sûretés réelles mobilières concurrentes en garantie du paiement d'acquisitions est déterminée conformément aux règles générales de priorité applicables aux sûretés réelles mobilières non liées à des acquisitions, à moins que l'une des sûretés en concurrence ne soit celle d'un fournisseur qui a été rendue opposable dans le délai indiqué à la recommandation 180, auquel cas celle-ci a priorité sur toutes les sûretés réelles mobilières concurrentes en garantie du paiement d'acquisitions.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition sur le droit d'un créancier judiciaire

183. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition qui est rendue opposable dans le délai indiqué à la recommandation 180 a priorité sur les droits d'un créancier chirographaire qui serait normalement prioritaire en vertu de la recommandation 84 (chapitre V sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière).

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un bien attaché à un immeuble en garantie du paiement de son acquisition sur un droit réel inscrit antérieurement sur cet immeuble

184. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière garantissant le paiement de l'acquisition d'un bien meuble corporel qui est attaché à un immeuble a priorité sur les droits détenus par des tiers sur l'immeuble (autres qu'un droit réel garantissant un prêt destiné à financer la construction de l'immeuble), sous réserve qu'un avis concernant la sûreté soit inscrit dans le registre immobilier dans un délai de [bref délai, par exemple 20 à 30 jours, à spécifier] jours après que ce bien a été attaché.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant le produit d'un bien meuble corporel en garantie du paiement de son acquisition

185. La loi devrait prévoir que:

Variante A*

a) Une sûreté réelle mobilière grevant le produit de biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation en garantie du paiement de leur

* Un État peut adopter la variante A de la recommandation 185, s'il adopte la variante A de la recommandation 180, ou la variante B de la recommandation 185, s'il adopte la variante B de la recommandation 180.

acquisition a la même priorité que la sûreté réelle mobilière grevant lesdits biens en garantie du paiement de leur acquisition; et

b) Une sûreté réelle mobilière grevant le produit de stocks a la même priorité que la sûreté réelle mobilière grevant ces stocks en garantie du paiement de leur acquisition, sauf lorsque le produit prend la forme de créances, d'instruments négociables, de droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire ou de droits de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant. Toutefois, pour obtenir cette priorité, le créancier garanti finançant l'acquisition doit aviser les créanciers garantis du fait qu'il a, avant que naisse le produit, inscrit un avis concernant une sûreté réelle mobilière sur des biens du même type que le produit.

Variante B

Si une sûreté réelle mobilière grevant un bien meuble corporel en garantie du paiement de son acquisition est opposable, la sûreté réelle mobilière sur le produit a la priorité d'une sûreté non liée à l'acquisition.

La sûreté en garantie du paiement d'une acquisition en tant que sûreté réelle mobilière dans une procédure d'insolvabilité

186. La loi devrait prévoir que, dans le cas d'une procédure d'insolvabilité visant le débiteur, les dispositions qui s'appliquent aux sûretés réelles mobilières s'appliquent également aux sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions.

Option B: approche non unitaire[**]

Objet

Les dispositions relatives au financement d'acquisitions, qui comprend les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions, les droits de réserve de propriété et les droits de crédit-bail, ont pour objet:

a) De reconnaître l'importance et de faciliter l'utilisation du financement d'acquisitions en tant que source de crédit abordable, en particulier pour les petites et moyennes entreprises;

b) D'assurer l'égalité de traitement de tous les fournisseurs de financement d'acquisitions; et

c) De faciliter les opérations garanties en général en instaurant la transparence dans le financement d'acquisitions.

[**] Un État peut adopter l'option A (approche unitaire), c'est-à-dire les recommandations 178 à 186, ou l'option B (approche non unitaire), c'est-à-dire les recommandations 187 à 202.

Méthodes de financement d'acquisitions

187. La loi devrait prévoir que:

a) Le régime des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions dans l'approche non unitaire est identique à celui qui est adopté dans l'approche unitaire;

b) Tous les créanciers, qu'ils soient fournisseurs ou prêteurs, peuvent acquérir une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition conformément au régime qui régit ce type de sûretés;

c) Un financement d'acquisitions fondé sur les droits de réserve de propriété et les droits de crédit-bail peut être fourni conformément à la recommandation 188; et

d) Un prêteur peut bénéficier d'un droit de réserve de propriété et d'un droit de crédit-bail par cession ou subrogation.

Équivalence entre un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail et une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition

188. La loi devrait prévoir que les règles régissant le financement d'acquisitions produisent des résultats économiques fonctionnellement équivalents, que le créancier ait un droit de réserve de propriété, un droit de crédit-bail ou une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition.

Efficacité d'un droit de réserve de propriété et d'un droit de crédit-bail

189. La loi devrait prévoir qu'un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail sur un bien meuble corporel n'a effet que si l'accord de vente ou de bail a été conclu ou constaté par un écrit qui, avec le comportement des parties, exprime la volonté du vendeur ou du bailleur de rester propriétaire. L'écrit doit exister au plus tard au moment où l'acheteur ou le preneur obtient la possession du bien.

Droit de l'acheteur ou du preneur de constituer une sûreté réelle mobilière

190. La loi devrait prévoir qu'un acheteur ou un preneur peut constituer une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel qui fait l'objet d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail. Le montant maximal qui peut être tiré de la réalisation de la sûreté est la valeur du bien qui dépasse le montant dû au vendeur ou au crédit-bailleur.

Opposabilité d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail sur des biens de consommation

191. La loi devrait prévoir qu'un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail sur des biens de consommation est opposable dès la conclusion de la vente ou du bail, sous réserve que ce droit soit constaté conformément à la recommandation 189.

Opposabilité d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail sur un bien meuble corporel

192. La loi devrait prévoir que:

Variante A [*]

a) Un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail sur des biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation n'est opposable que:

i) Si le vendeur ou le bailleur reste en possession desdits biens; ou

ii) Si un avis concernant ce droit est inscrit dans le registre général des sûretés dans un délai de [bref délai, par exemple 20 ou 30 jours, à spécifier] jours après que l'acheteur ou le preneur a obtenu la possession des biens;

b) Un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail sur des stocks n'est opposable que:

i) Si le vendeur ou le bailleur reste en possession desdits stocks; ou

ii) Si, avant la remise des stocks à l'acheteur ou au preneur:

a. Un avis concernant ce droit est inscrit dans le registre général des sûretés; et

b. Un créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière inscrite antérieurement, qui a été constituée par l'acheteur ou le preneur sur des stocks du même type à des fins autres que la garantie du paiement de leur acquisition, est avisé par le vendeur ou le bailleur de son intention de faire valoir un droit de réserve de propriété ou un droit du crédit-bail. L'avis devrait décrire les stocks de façon suffisante pour que le créancier garanti puisse identifier les stocks soumis au droit de réserve de propriété ou au droit du crédit-bail;

c) Un avis envoyé conformément à l'alinéa *b* ii b. de la présente recommandation peut concerner des droits de réserve de propriété et des droits de crédit-bail découlant de plusieurs opérations conclues entre les mêmes parties sans qu'il soit nécessaire d'identifier chaque opération. L'avis ne produit d'effet que pour les droits sur des biens meubles corporels dont l'acheteur ou le preneur obtient la possession dans un délai de [spécifier le délai, par exemple cinq ans] ans après qu'il a été adressé.

Variante B

Un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail sur des biens meubles corporels autres que des biens de consommation n'est opposable que:

a) Si le vendeur ou le bailleur reste en possession desdits biens; ou

b) Si un avis concernant ce droit est inscrit dans le registre général des sûretés dans un délai de [bref délai, par exemple 20 ou 30 jours, à spécifier] jours après que l'acheteur ou le preneur a obtenu la possession des biens.

[*] Un État peut adopter la variante A ou la variante B de la recommandation 202.

La règle énoncée dans la présente recommandation s'applique également à une sûreté réelle mobilière grevant des biens meubles corporels autres que des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition.

Une seule inscription suffit

193. La loi devrait prévoir que l'inscription d'un seul avis dans le registre général des sûretés suffit pour assurer l'opposabilité d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail dans le cadre de plusieurs opérations entre les mêmes parties, qu'elles aient été conclues avant ou après l'inscription, sur des biens meubles corporels qui entrent dans la description figurant sur l'avis. Les dispositions relatives au système de registre s'appliquent, avec les modifications appropriées concernant la terminologie, à l'inscription d'un droit de réserve de propriété et d'un droit de crédit-bail.

Conséquence de l'inopposabilité d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail

194. La loi devrait prévoir que, si un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail n'est pas opposable, la propriété du bien à l'égard des tiers est transférée à l'acheteur ou au preneur, et le vendeur ou le bailleur détient une sûreté réelle mobilière sur le bien, sous réserve des recommandations applicables aux sûretés réelles mobilières.

Opposabilité d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail sur un bien attaché à un immeuble

195. La loi devrait prévoir qu'un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail sur un bien meuble corporel qui est attaché à un immeuble n'est opposable aux tiers ayant des droits sur l'immeuble qui sont inscrits dans le registre immobilier que s'il est lui-même inscrit dans ce registre dans un délai de [bref délai, par exemple 20 ou 30 jours, à spécifier] jours après que le bien a été attaché.

196. La loi devrait prévoir que, si le vendeur ou le bailleur n'inscrit pas d'avis concernant son droit de réserve de propriété ou son droit de crédit-bail sur un bien meuble corporel qui a été attaché à un immeuble dans le délai prévu par la recommandation 195, ce droit de réserve de propriété ou ce droit de crédit-bail est considéré comme une sûreté réelle mobilière.

Existence d'une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un bien meuble corporel soumis à un droit de réserve de propriété ou à un droit de crédit-bail

197. La loi devrait prévoir qu'un vendeur ou un bailleur titulaire d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail sur un bien meuble corporel a une sûreté réelle mobilière sur le produit de ce bien.

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un bien meuble corporel soumis à un droit de réserve de propriété ou à un droit de crédit-bail

198. La loi devrait prévoir que:

a) Une sûreté réelle mobilière sur le produit mentionnée dans la recommandation 197 n'est opposable que si ce produit est décrit en termes génériques dans l'avis inscrit par lequel le droit de réserve de propriété ou le droit de crédit-bail a été rendu opposable ou si le produit prend la forme d'espèces, de créances, d'instruments négociables ou de droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire;

b) Si le produit n'est pas décrit en termes génériques dans l'avis inscrit ou ne prend pas la forme des types de biens mentionnés à l'alinéa *a* de la présente recommandation, la sûreté réelle mobilière sur le produit est opposable pendant [brève durée à spécifier] jours après que naît le produit et de manière continue par la suite, à condition qu'elle ait été rendue opposable par l'une des méthodes mentionnées dans la recommandation 32 ou 34 (chapitre III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière) avant l'expiration de cette période.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un bien meuble corporel

199. La loi devrait prévoir que:

Variante A[*]

a) Si un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail est opposable, la sûreté réelle mobilière sur le produit mentionnée dans la recommandation 197 a priorité sur une autre sûreté réelle mobilière grevant le même bien; et

b) Si un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail est opposable, la sûreté réelle mobilière sur le produit de stocks mentionnée dans la recommandation 197 a la même priorité qu'un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail sur ces stocks, sauf lorsque le produit prend la forme de créances, d'instruments négociables, de droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire ou de droits de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant. Toutefois, pour obtenir cette priorité, le vendeur ou le bailleur doit aviser les créanciers garantis qui ont inscrit un avis concernant une sûreté réelle mobilière sur des biens du même type que le produit avant que naisse le produit.

Variante B

Si un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail sur un bien meuble corporel est opposable, la sûreté réelle mobilière sur le produit mentionnée dans la recommandation 197 a la priorité d'une sûreté réelle mobilière non liée à l'acquisition si elle est opposable conformément à la recommandation 198. La présente règle s'applique également au produit d'un bien meuble corporel grevé d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de son acquisition.

Réalisation d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail

200. La loi devrait prévoir que:

a) Les règles relatives à la réalisation après défaillance d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail sur un bien meuble corporel indiquent:

[*] Un État peut adopter la variante A ou la variante B de la recommandation 202.

i) Comment le vendeur ou le bailleur peut obtenir la possession du bien;

ii) Si le vendeur ou le bailleur est tenu de disposer du bien et, dans l'affirmative, comment;

iii) Si le vendeur ou le bailleur peut conserver tout excédent; et

iv) Si le vendeur ou le bailleur peut demander à l'acheteur ou au preneur le paiement du solde restant dû;

b) Le régime qui s'applique à la réalisation après défaillance d'une sûreté réelle mobilière s'applique à la réalisation après défaillance d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail, sauf dans la mesure nécessaire pour préserver la cohérence du régime applicable à la vente et au bail.

Loi applicable à un droit de réserve de propriété ou à un droit de crédit-bail

201. La loi devrait prévoir que les dispositions relatives au conflit de lois qui s'appliquent aux sûretés réelles mobilières s'appliquent également aux droits de réserve de propriété et aux droits de crédit-bail.

Droit de réserve de propriété ou droit de crédit-bail dans une procédure d'insolvabilité

202. La loi devrait prévoir que, dans le cas d'une procédure d'insolvabilité visant le débiteur,

Variante A[*]

Les dispositions qui s'appliquent aux sûretés réelles mobilières s'appliquent également aux droits de réserve de propriété et aux droits de crédit-bail.

Variante B

Les dispositions du droit de l'État adoptant qui s'appliquent aux droits de propriété des tiers s'appliquent également aux droits de réserve de propriété et aux droits de crédit-bail.

X. Conflit de lois[**]

Objet

Les dispositions relatives au conflit de lois ont pour objet de déterminer la loi applicable aux questions suivantes: la constitution d'une sûreté réelle mobilière, son opposabilité et sa priorité; ainsi que les droits et obligations du constituant, du créancier garanti et des tiers, avant et après défaillance[35].

[*] Un État peut adopter la variante A ou la variante B de la recommandation 202.

[**] Les recommandations relatives au conflit de lois ont été élaborées en étroite collaboration avec le Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé.

[35] Les questions de conflit de lois se posant dans le cadre du financement d'acquisitions sont traitées dans le chapitre IX. Celles se posant dans le cadre de l'insolvabilité le sont dans le présent chapitre et au chapitre XII.

Loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel

203. La loi[36] devrait prévoir que, sous réserve des dispositions des recommandations 204 à 207 et 211, la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel est celle de l'État dans lequel es situé le bien.

204. La loi devrait prévoir que la loi applicable aux questions mentionnées dans la recommandation 203 concernant une sûreté réelle mobilière sur un type de bien meuble corporel habituellement utilisé dans plusieurs États est la loi de l'État où est situé le constituant.

205. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière grevant un bien meuble corporel est soumise à inscription dans un registre spécialisé ou à annotation sur un certificat de propriété, la loi applicable aux questions mentionnées dans la recommandation 203 est la loi de l'État sous l'autorité duquel le registre est tenu ou le certificat de propriété est émis.

206. La loi devrait prévoir que la loi applicable à la priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un bien meuble corporel rendue opposable par transfert de la possession d'un document négociable sur une sûreté réelle mobilière concurrente rendue opposable par une autre méthode est la loi de l'État dans lequel est situé le document.

Loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel en transit ou destiné à l'exportation

207. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel (autre qu'un instrument ou document négociable) en transit ou devant être exporté depuis l'État où il se situe au moment de la constitution de la sûreté peut être constituée et rendue opposable conformément à la loi de l'État où le bien se situe au moment de la constitution, comme le prévoit la recommandation 203 ou conformément à la loi de l'État de sa destination finale, à condition que ce bien parvienne dans cet État dans un délai de [bref délai à spécifier] jours à compter de la date de la constitution.

Loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble incorporel

208. La loi devrait prévoir que la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble incorporel est la loi de l'État dans lequel se situe le constituant.

Loi applicable à une sûreté réelle mobilière grevant des créances nées d'une vente, d'une location ou d'une opération garantie par une convention constitutive de sûreté se rapportant à un bien immeuble

209. La loi devrait prévoir que la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur une créance née d'une vente, d'une location ou

[36] Le terme "loi" dans le présent chapitre désigne la loi sur les opérations garanties ou toute autre règle de droit dans laquelle un État peut inclure des dispositions relatives au conflit de lois.

d'une opération garantie par une convention constitutive de sûreté se rapportant à un bien immeuble, est la loi de l'État dans lequel est situé le cédant. Toutefois, la loi applicable à un conflit de priorité avec le droit d'un réclamant concurrent qui est inscrit dans un registre immobilier est la loi de l'État sous l'autorité duquel le registre est tenu. La règle énoncée dans la phrase précédente s'applique uniquement si l'inscription sert, dans cette loi, à déterminer la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur la créance.

Loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire

210. La loi devrait prévoir que la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, ainsi qu'aux droits et obligations de la banque dépositaire concernant la sûreté, est

Variante A*

La loi de l'État où la banque qui tient le compte bancaire a son établissement. Si celle-ci a des établissements dans plusieurs États, il est fait référence au lieu où se situe la succursale qui tient le compte.

Variante B

La loi de l'État expressément indiquée dans la convention de compte comme régissant celle-ci ou, si la convention de compte désigne expressément une autre loi applicable à toutes ces questions, cette autre loi. Toutefois, la loi désignée conformément à la phrase précédente ne s'applique que si la banque dépositaire a, au moment de la conclusion de la convention de compte, un établissement dans cet État qui exerce à titre habituel une activité de tenue de comptes bancaires. Si la loi applicable n'est pas déterminée conformément aux deux phrases précédentes, elle doit l'être conformément à des règles de rattachement subsidiaire fondées sur l'article 5 de la Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire[37].

La présente recommandation est soumise à l'exception prévue dans la recommandation 211.

Loi applicable à l'opposabilité par inscription d'une sûreté réelle mobilière sur certains types de biens

211. La loi devrait prévoir que, si l'État où se situe le constituant reconnaît l'inscription comme une méthode permettant de rendre opposable une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable ou un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, sa loi est celle qui est applicable pour déterminer si l'opposabilité a été assurée par inscription conformément à ses lois.

---

*Un État peut adopter la variante A ou la variante B de la recommandation 202.

[37] Un État qui adopte la variante B de la recommandation 210 doit aussi adopter les recommandations 226 et 227.

Loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant

212. La loi devrait prévoir que la loi de l'État spécifiée dans l'engagement de garantie indépendant d'un garant/émetteur, d'un confirmateur ou d'une personne désignée est la loi applicable:

a) Aux droits et obligations du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée qui a reçu une demande d'acceptation ou qui a effectué ou pourrait effectuer un paiement, ou qui s'est exécutée ou pourrait s'exécuter d'une autre manière, au titre de l'engagement;

b) Au droit de réaliser une sûreté réelle mobilière sur le droit de recevoir le produit de l'engagement de garantie indépendant à l'encontre du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée; et

c) Sous réserve des dispositions de la recommandation 213, à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur le droit de recevoir le produit de l'engagement de garantie indépendant.

213. La loi devrait prévoir que, si la loi applicable n'est pas spécifiée dans l'engagement de garantie indépendant du garant/émetteur ou du confirmateur, la loi applicable aux questions mentionnées dans la recommandation 212 est celle de l'État où se trouve la succursale ou l'établissement du garant/émetteur ou du confirmateur qui est indiqué dans l'engagement. Cependant, dans le cas d'une personne désignée, la loi applicable est celle de l'État où se trouve la succursale ou l'établissement de la personne désignée qui effectue un paiement ou qui s'exécute d'une autre manière au titre de l'engagement.

214. La loi devrait prévoir que la loi applicable à la constitution et à l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur une créance, un instrument négociable ou un autre droit, dont un engagement de garantie indépendant garantit le paiement ou une autre forme d'exécution, est également la loi applicable à la question de savoir si une sûreté réelle mobilière sur le droit de recevoir le produit de cet engagement est constituée et est devenue opposable automatiquement, comme envisagé dans les recommandations 25 (chapitre II sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière) et 48 (chapitre III sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière).

Loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur le produit

215. La loi devrait prévoir que:

a) La loi applicable à la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur le produit est la loi applicable à la constitution de la sûreté sur le bien initialement grevé dont découle le produit; et

b) La loi applicable à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit est la loi applicable à l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur un bien du même type que le produit.

Loi applicable aux droits et obligations du constituant et du créancier garanti

216. La loi devrait prévoir que la loi applicable aux droits et obligations réciproques du constituant et du créancier garanti, qui découlent de leur convention constitutive de sûreté, est la loi qu'ils ont choisie et, en l'absence de choix, la loi régissant cette convention.

Loi applicable aux droits et obligations des tiers débiteurs et des créanciers garantis

217. La loi devrait prévoir que la loi applicable à une créance, un instrument négociable ou un document négociable est également la loi applicable:

a) À la relation entre le débiteur de la créance et le cessionnaire de la créance et à la relation entre un débiteur dans le cadre d'un instrument négociable et le titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur cet instrument;

b) Aux conditions dans lesquelles une cession de la créance, une sûreté réelle mobilière sur l'instrument négociable ou une sûreté réelle mobilière sur le document négociable peut être opposée au débiteur de la créance, au débiteur dans le cadre de l'instrument négociable ou à l'émetteur du document négociable (y compris le point de savoir si une convention d'incessibilité peut être invoquée par ces derniers); et

c) À la question de savoir si le débiteur de la créance, le débiteur dans le cadre de l'instrument négociable ou l'émetteur du document négociable a été libéré de ses obligations.

Loi applicable à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière

218. La loi devrait prévoir que, sous réserve des dispositions de la recommandation 223, la loi applicable aux questions touchant la réalisation d'une sûreté réelle mobilière:

a) Sur un bien meuble corporel est la loi de l'État où a lieu la réalisation; et

b) Sur un bien meuble incorporel est la loi applicable à la priorité de la sûreté réelle mobilière.

Signification du "lieu de situation" du constituant

219. La loi devrait prévoir que, aux fins des dispositions sur le conflit de lois, le constituant est situé dans l'État où il a son établissement. Si le constituant a des établissements dans plus d'un État, l'établissement pertinent est celui où s'exerce son administration centrale. S'il n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.

Moment devant servir de référence pour déterminer le lieu de situation

220. La loi devrait prévoir que:

a) Sous réserve de l'alinéa *b* de la présente recommandation, le lieu de situation des biens ou du constituant dans les dispositions relatives au conflit de lois désigne, pour les questions de constitution, leur lieu de situation au moment de la constitution présumée de la sûreté réelle mobilière et, pour les questions d'opposabilité et de priorité, leur lieu de situation au moment où ces questions se posent;

b) Si les droits de tous les réclamants concurrents sur un bien grevé ont été constitués et rendus opposables avant que le lieu de situation du bien ou du constituant ne change, le lieu de situation du bien ou du constituant dans les dispositions relatives au conflit de lois désigne, pour les questions d'opposabilité et de priorité, leur lieu de situation avant ce changement.

Exclusion du renvoi

221. La loi devrait prévoir que la référence dans les dispositions relatives au conflit de lois à la "loi" d'un autre État en tant que loi applicable à une question désigne la loi en vigueur dans cet État à l'exclusion de ses dispositions relatives au conflit de lois.

Ordre public et lois de police

222. La loi devrait prévoir que:

a) L'application de la loi déterminée conformément aux dispositions relatives au conflit de lois ne peut être écartée que si elle conduit à un résultat manifestement contraire à l'ordre public du for;

b) Les dispositions relatives au conflit de lois ne portent pas atteinte aux dispositions de la loi du for dont l'application s'impose même aux situations internationales quelle que soit la loi désignée par les dispositions relatives au conflit de lois; et

c) Les dispositions de la loi du for ne peuvent être appliquées à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière en vertu des alinéas *a* et *b* de la présente recommandation.

Incidence de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sur la loi applicable à une sûreté réelle mobilière

223. La loi devrait prévoir que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité n'écarte pas les dispositions relatives au conflit de lois qui déterminent la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière (et, dans le contexte de l'approche non unitaire, d'un droit de réserve de propriété et d'un droit de crédit-bail). Toutefois, la présente disposition devrait être soumise aux effets, sur ces questions, de l'application de la loi de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité (*lex fori concursus*) à des questions telles que l'annulation, le traitement des créanciers garantis, le classement des créances ou la répartition du produit[38].

B. Recommandations spéciales lorsque la loi applicable est celle d'un État à plusieurs unités

224. La loi devrait prévoir que, dans les situations où la loi applicable à une question est celle d'un État à plusieurs unités, sous réserve de la recommandation 225, les références à la loi d'un État à plusieurs unités visent la loi de l'unité territoriale concernée (déterminée en fonction du lieu de situation du constituant ou d'un bien grevé ou autrement conformément aux dispositions relatives au conflit de lois) et, dans la mesure où elle est applicable dans ladite unité, la loi de l'État à plusieurs unités concerné.

225. La loi devrait prévoir que si, conformément à ses dispositions sur le conflit de lois, la loi applicable est la loi d'un État à plusieurs unités ou de l'une de ses unités territoriales, les dispositions internes sur le conflit de lois en vigueur dans cet État ou cette unité

[38] Voir la recommandation 31 du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité.

territoriale détermineront si ce sont les dispositions de droit matériel de cet État ou d'une unité territoriale particulière de cet État qui s'appliquent.

226. La loi devrait prévoir que, si le titulaire du compte et la banque dépositaire ont choisi la loi d'une unité territoriale d'un État à plusieurs unités en tant que loi applicable à la convention de compte:

a) La référence à "l'État" dans la première phrase de la recommandation 210 (variante B) vise cette unité territoriale;

b) La référence à "cet État" dans la deuxième phrase de la recommandation 210 (variante B) vise l'État à plusieurs unités concerné.

227. La loi devrait prévoir que la loi d'une unité territoriale est la loi applicable si:

a) Dans les recommandations 210 (variante B) et 226, la loi désignée est celle d'une unité territoriale d'un État à plusieurs unités;

b) Conformément au droit de cet État, la loi d'une unité territoriale est la loi applicable uniquement si la banque dépositaire a un établissement dans cette unité territoriale qui remplit la condition prévue à la deuxième phrase de la recommandation 210 (variante B); et

c) La disposition énoncée à l'alinéa *b* de la présente recommandation est en vigueur au moment où la sûreté réelle mobilière sur le compte bancaire est constituée[39].

XI. Transition

Objet

Les dispositions relatives à la transition ont pour objet d'assurer une transition équitable et efficace entre le régime en vigueur avant la date d'entrée en vigueur de la présente loi et cette dernière.

Date d'entrée en vigueur

228. La loi devrait spécifier soit une date, postérieure à son adoption, à compter de laquelle elle entrera en vigueur ("date d'entrée en vigueur"), soit un mécanisme permettant de déterminer cette date. À partir de cette date, la loi s'applique à toutes les opérations entrant dans son champ d'application, qu'elles aient été conclues avant ou après cette date, sous réserve des dispositions des recommandations 229 à 234.

Inapplicabilité de la loi aux actions intentées avant la date d'entrée en vigueur

229. La loi devrait prévoir qu'elle ne s'applique pas à une question qui fait l'objet d'une procédure judiciaire, ou d'une procédure alternative de règlement des litiges dont l'issue

[39] Seul un État qui adopte la variante B de la recommandation 210 a besoin d'adopter les recommandations 226 et 227.

s'impose aux parties, ouverte avant la date d'entrée en vigueur. Si la réalisation d'une sûreté réelle mobilière a commencé avant la date d'entrée en vigueur, elle peut se poursuivre conformément à la loi en vigueur avant cette date ("loi antérieure").

Constitution d'une sûreté réelle mobilière

230. La loi devrait prévoir que la loi antérieure détermine si une sûreté réelle mobilière a été constituée avant la date d'entrée en vigueur.

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière

231. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière qui est opposable conformément à la loi antérieure le reste:

a) Jusqu'à ce qu'elle cesse d'être opposable en vertu de la loi antérieure; ou

b) Jusqu'à expiration d'une période de [spécifier la durée] mois après la date d'entrée en vigueur ("la période transitoire"), selon ce qui intervient en premier.

Si les conditions d'opposabilité prévues par la présente loi sont satisfaites avant que la sûreté cesse d'être opposable conformément à la phrase précédente, l'opposabilité est continue.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière

232. Sous réserve des dispositions des recommandations 233 et 234, la loi devrait prévoir qu'elle régit la priorité d'une sûreté réelle mobilière. La date à laquelle une sûreté réelle mobilière mentionnée dans la recommandation 231 a été rendue opposable ou a fait l'objet d'un avis inscrit en vertu de la loi antérieure est la date devant servir de référence pour déterminer la priorité de cette sûreté.

233. La loi devrait prévoir que la priorité d'une sûreté réelle mobilière est déterminée par la loi antérieure si:

a) La sûreté et les droits de tous les réclamants concurrents sont nés avant la date d'entrée en vigueur; et

b) Le rang de priorité n'a changé pour aucun d'eux depuis la date d'entrée en vigueur.

234. La loi devrait prévoir que le rang de priorité d'une sûreté réelle mobilière a changé si:

a) Elle était opposable à la date de l'entrée en vigueur conformément à la recommandation 231 et a cessé de l'être ensuite; ou

b) Elle n'était pas opposable à la date de l'entrée en vigueur et l'est devenue ensuite.

XII. Incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière

Objet

Les recommandations du présent chapitre traitent de l'incidence de l'insolvabilité sur les sûretés réelles mobilières d'une manière globale qui soit compatible avec le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité. C'est pourquoi les recommandations fondamentales de ce dernier qui ont trait tout particulièrement aux sûretés sont incluses dans le présent chapitre. Pour un examen plus complet de l'incidence d'une procédure d'insolvabilité sur les sûretés, cependant, il faudrait lire le présent chapitre en parallèle avec le commentaire et les recommandations du Guide sur l'insolvabilité. Le présent chapitre examine aussi plusieurs recommandations supplémentaires portant sur des questions abordées dans le Guide sur l'insolvabilité, où elles n'ont cependant pas fait l'objet de recommandations.

A. Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité[*]*: terminologie et recommandations*

1. Terminologie

12. *c)* "Actifs du débiteur": biens et droits du débiteur, notamment les droits sur des biens, en sa possession ou non, corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, y compris les droits sur des actifs grevés ou sur des actifs appartenant à des tiers;

12. *j)* "Compensation globale" (*netting*): compensation d'obligations monétaires ou non monétaires en vertu de contrats financiers;

12. *k)* "Contrat financier": toute opération au comptant, à terme, sur option ou de contrat d'échange portant sur des taux d'intérêt, matières premières, devises, actions, obligations, indices ou tout autre instrument financier, toute opération de rachat ou de prêt sur valeurs mobilières, et toute autre opération analogue à l'une des précédentes effectuée sur les marchés financiers et toute combinaison des opérations visées ci-dessus;

12. *l)* "Convention de compensation globale" (*netting*): forme de contrat financier entre deux parties ou plus prévoyant une ou plusieurs des modalités suivantes:

i) Le règlement net des paiements dus dans la même monnaie à la même date par novation ou autrement;

ii) Lors de l'insolvabilité d'une partie ou autre défaillance de sa part, la liquidation de toutes les opérations à leur valeur de remplacement ou à leur juste valeur de marché, la conversion des sommes correspondantes dans une seule monnaie et la compensation globale sous forme d'un paiement unique effectué par une partie à l'autre; ou

iii) La compensation (*set-off*) des montants calculés comme prévu à l'alinéa ii de la présente définition au titre de deux conventions de compensation globale, ou plus[40].

[*] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.10.

[40] Convention des Nations Unies sur la cession, art. 5, alinéa *l*.

12. *q)* "Créance prioritaire": créance qui est payée avant le désintéressement de l'ensemble des créanciers chirographaires;

12. *bb)* "*Lex fori concursus*": loi de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité;

12. *cc)* "*Lex rei sitae*": loi de l'État où se trouve l'actif;

12. *ii)* "Partie intéressée": toute partie sur les droits, obligations ou intérêts de laquelle une procédure d'insolvabilité ou des aspects particuliers d'une procédure d'insolvabilité ont des incidences, notamment le débiteur, le représentant de l'insolvabilité, un créancier, un actionnaire, un comité des créanciers, une autorité publique ou toute autre personne ainsi concernée. Ne devraient pas être considérées comme des parties intéressées les personnes ayant un intérêt lointain ou diffus sur lequel la procédure d'insolvabilité aurait des incidences;

12. *mm*) "Priorité": droit d'une créance de primer une autre créance, lorsque ce droit naît par l'effet de la loi;

12. *pp)* "Protection de la valeur": mesures visant à maintenir la valeur économique des actifs grevés et des actifs appartenant à des tiers pendant la procédure d'insolvabilité (certaines législations parlent de "protection adéquate"). Une protection peut être assurée par des versements en espèces, la constitution d'une sûreté réelle sur des actifs de remplacement ou des actifs supplémentaires ou par d'autres moyens qui, de l'avis du tribunal, sont de nature à apporter la protection nécessaire;

12. *ss)* "Sûreté réelle": droit sur un actif garantissant le paiement ou autre exécution d'une ou de plusieurs obligations;

12. *tt)* "Traitement préférentiel": opération au terme de laquelle un créancier obtient un avantage ou bénéficie d'un paiement irrégulier.

2. Recommandations

Principaux objectifs d'une loi sur l'insolvabilité efficace et effective

1. Pour élaborer et développer une loi sur l'insolvabilité efficace, il faudrait prendre en compte les principaux objectifs suivants:

a) Sécuriser le marché pour promouvoir la stabilité et la croissance économiques;

b) Maximiser la valeur des actifs;

c) Établir un équilibre entre liquidation et redressement;

d) Garantir le traitement équitable des créanciers se trouvant dans la même situation;

e) Prévoir le règlement rapide, efficace et impartial de l'insolvabilité;

f) Préserver la masse de l'insolvabilité pour permettre une répartition équitable entre les créanciers;

g) Élaborer une loi sur l'insolvabilité transparente et prévisible qui contienne des mesures d'incitation pour la collecte et la diffusion d'informations; et

h) Reconnaître les droits des créanciers existants et établir des règles claires pour classer les créances prioritaires.

4. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, si une sûreté réelle est opposable et réalisable en vertu d'une autre loi, elle sera reconnue comme telle dans la procédure d'insolvabilité.

7. Pour concevoir une loi sur l'insolvabilité efficace et effective, il faudrait prendre en considération les éléments communs suivants:

a) à *d)* …

e) Protection de la masse de l'insolvabilité contre les actions des créanciers, contre le débiteur lui-même et contre le représentant de l'insolvabilité et, lorsque les mesures de protection s'appliquent aux créanciers garantis, manière dont la valeur économique de leurs sûretés réelles sera protégée pendant la procédure d'insolvabilité;

f) à *r)* …

Loi applicable à la validité et à l'opposabilité des droits et créances

30. La loi applicable à la validité et à l'opposabilité des droits et créances existant au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité devrait être déterminée par les règles de droit international privé de l'État où est ouverte cette procédure.

Loi applicable dans la procédure d'insolvabilité: lex fori concursus

31. La loi de l'État où est ouverte la procédure d'insolvabilité (*lex fori concursus*) devrait s'appliquer à tous les aspects de l'ouverture, du déroulement, de l'administration et de la conclusion de cette procédure et à ses effets, à savoir notamment:

a) à *i)* …

j) Le traitement des créanciers garantis;

k) à *n)* …

o) Le classement des créances;

p) à s) …

Exceptions à l'application de la loi de la procédure d'insolvabilité

…

34. Toutes exceptions en sus de celles prévues dans les recommandations 32 et 33 devraient être limitées en nombre et clairement énoncées ou notées dans la loi sur l'insolvabilité.

Actifs constituant la masse de l'insolvabilité

35. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la masse devrait comprendre notamment:

a) Les actifs du débiteur[41], y compris ses droits sur des actifs grevés et sur des actifs appartenant à des tiers;

b) Les actifs acquis après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité; et

c) …

Mesures provisoires[42]

39. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le tribunal peut prononcer, à la demande du débiteur, de créanciers ou de tiers, des mesures provisoires, lorsque celles-ci sont nécessaires pour protéger et préserver la valeur des actifs du débiteur[43] ou les intérêts des créanciers, entre le moment du dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et l'ouverture de la procédure[44]. Ces mesures peuvent notamment être les suivantes:

a) Interdire ou suspendre les mesures d'exécution contre les actifs du débiteur, y compris les mesures visant à rendre des sûretés réelles opposables aux tiers et la réalisation de sûretés réelles;

b) à *d)* …

Indemnisation en rapport avec les mesures provisoires

40. La loi sur l'insolvabilité peut habiliter le tribunal:

a) À exiger de la personne demandant les mesures provisoires une indemnisation et, s'il y a lieu, le paiement de frais ou droits; ou

b) À imposer des sanctions en rapport avec une demande de mesures provisoires.

Répartition des droits entre le débiteur et le représentant de l'insolvabilité

41. La loi sur l'insolvabilité devrait indiquer clairement comment les droits et obligations se répartissent entre le débiteur et tout représentant de l'insolvabilité nommé à titre de

---

[41]La propriété des actifs serait déterminée conformément à la loi applicable en l'espèce, le terme "actifs" étant ici défini de manière large comme désignant des biens et des droits du débiteur, y compris des droits sur des actifs appartenant à des tiers.

[42]Le présent texte suit les dispositions correspondantes de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, voir art. 19 (annexe III du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité).

[43]Les actifs visés aux alinéas *a* à *c* sont uniquement ceux qui entreraient dans la masse de l'insolvabilité une fois la procédure ouverte.

[44]La loi sur l'insolvabilité devrait indiquer à partir de quand prend effet une décision d'accorder des mesures provisoires, par exemple au moment où la décision est rendue, rétroactivement à partir du début du jour où la décision a été rendue ou à un autre moment précis (voir par. 44 du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité).

mesure provisoire. Entre le moment du dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et l'ouverture de la procédure, le débiteur est autorisé à continuer d'exploiter son entreprise ainsi qu'à utiliser les actifs et à en disposer dans le cours normal des affaires, sauf restrictions imposées par le tribunal.

Notification

42. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, sauf si le tribunal en limite ou en exclut la nécessité, une notification appropriée doit être adressée aux parties intéressées qui sont concernées:

a) Par une demande de mesures provisoires ou une décision du tribunal d'accorder des mesures provisoires (y compris une demande de réexamen et de modification ou de mainlevée); et

b) Par une décision du tribunal d'accorder des mesures supplémentaires applicables à l'ouverture.

Mesures provisoires ex parte

43. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, s'ils ne sont pas avisés de la demande de mesures provisoires, le débiteur ou une autre partie intéressée touchée par ces mesures ont le droit, s'ils en font la demande d'urgence, d'être entendus rapidement[45] sur le maintien ou non des mesures.

Modification ou mainlevée des mesures provisoires

44. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le tribunal, agissant d'office ou à la demande du représentant de l'insolvabilité, du débiteur, d'un créancier ou de toute autre personne touchée par les mesures provisoires, peut réexaminer et modifier ou lever ces mesures.

Fin des mesures provisoires

45. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les mesures provisoires prennent fin:

a) Lorsque la demande d'ouverture est rejetée;

b) Lorsqu'une décision ordonnant des mesures provisoires est contestée avec succès conformément à la recommandation 43; et

c) Lorsque les mesures applicables à l'ouverture de la procédure prennent effet, sauf si elles sont maintenues par le tribunal.

[45]Tout délai fixé dans la loi sur l'insolvabilité devrait être bref pour éviter la dépréciation de l'entreprise débitrice.

Mesures applicables à l'ouverture de la procédure

46. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité[46]:

a) L'engagement d'actions ou de procédures individuelles[47] visant les actifs, les droits ou les obligations du débiteur est interdit et la poursuite desdites actions ou procédures est suspendue;

b) Les actions visant à rendre des sûretés réelles opposables aux tiers et à réaliser des sûretés réelles sont interdites ou suspendues[48];

c) Les mesures d'exécution ou autres voies de droit contre les actifs de la masse sont interdites ou suspendues;

d) Le droit d'un cocontractant de mettre fin à tout contrat conclu avec le débiteur est suspendu[49]; et

e) Le droit de transférer tout actif de la masse, de le grever ou d'en disposer autrement est suspendu[50].

Durée des mesures automatiquement applicables à l'ouverture de la procédure

49. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les mesures applicables à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité auront effet pendant toute cette procédure:

a) Jusqu'au prononcé de leur aménagement par le tribunal[51];

b) Dans une procédure de redressement, jusqu'à la prise d'effet d'un plan de redressement[52]; ou

---

[46] Ces mesures prendraient généralement effet au moment où est rendue la décision d'ouverture.

[47] Voir l'article 20 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (annexe III du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité). Les actions et procédures individuelles mentionnées à l'alinéa *a* de la recommandation 46 sont censées englober également les actions devant un tribunal arbitral. Il ne sera pas toujours possible, toutefois, d'arrêter automatiquement une procédure arbitrale, par exemple lorsque celle-ci se déroule à l'étranger.

[48] Si une loi autre que la loi sur l'insolvabilité autorise l'accomplissement des formalités d'opposabilité dans un certain délai, il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité reconnaisse ce délai et autorise l'accomplissement des formalités en question si la procédure d'insolvabilité est ouverte avant l'expiration desdits délais. Lorsque la loi autre que la loi sur l'insolvabilité ne prévoit pas de tel délai, l'arrêt des poursuites applicable à l'ouverture aurait pour effet d'empêcher l'accomplissement des formalités d'opposabilité (pour plus de détails, voir par. 32 du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, et *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties*).

[49] Voir par. 114 à 119 du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité. Cette recommandation ne vise pas à interdire qu'il soit mis fin à un contrat si celui-ci doit arriver à expiration à une date postérieure à celle de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

[50] S'agissant de la limitation du droit de transférer des actifs de la masse, de les grever ou d'en disposer autrement, une exception peut être prévue dans les cas où le débiteur est autorisé à continuer d'exploiter l'entreprise et peut transférer des actifs, les grever ou en disposer autrement dans le cours normal des affaires.

[51] L'aménagement devrait être prononcé pour les motifs indiqués dans la recommandation 51 du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité.

[52] Un plan peut prendre effet dès son approbation par les créanciers ou après son homologation par le tribunal, selon les conditions posées par la loi sur l'insolvabilité (voir chapitre IV, par. 54 et suiv. du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité).

c) S'agissant des créanciers garantis dans une procédure de liquidation, jusqu'à expiration d'une période fixe spécifiée par la loi[53], à moins que le tribunal ne proroge cette période s'il est montré que:

i) Une prorogation est nécessaire pour maximiser la valeur des actifs dans l'intérêt des créanciers; et

ii) Les créanciers garantis seront protégés contre une dépréciation de l'actif grevé sur lequel ils détiennent une sûreté réelle.

Protection contre la dépréciation des actifs grevés

50. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, sur demande faite au tribunal, un créancier garanti devrait avoir droit à la protection de la valeur des actifs sur lesquels il détient une sûreté réelle. Le tribunal peut prononcer les mesures de protection appropriées, qui peuvent notamment prendre la forme:

a) De versements en espèces effectués par la masse;

b) De la constitution de sûretés réelles supplémentaires; ou

c) D'autres moyens déterminés par le tribunal.

Aménagement des mesures applicables à l'ouverture de la procédure

51. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'un créancier garanti peut demander au tribunal de prononcer un aménagement des mesures applicables à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité pour certains motifs, dont notamment les suivants:

a) L'actif grevé n'est pas nécessaire à un éventuel redressement ou à une éventuelle cession de l'entreprise débitrice;

b) La valeur de l'actif grevé diminue du fait de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et le créancier garanti n'est pas protégé contre cette diminution; et

c) Dans le cas d'un redressement, aucun plan n'a été approuvé dans tout délai applicable.

Pouvoir d'utiliser les actifs de la masse et d'en disposer

52. La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser:

a) L'utilisation et la disposition des actifs de la masse (y compris des actifs grevés) dans le cours normal des affaires, à l'exception du produit en espèces; et

b) L'utilisation et la disposition des actifs de la masse (y compris des actifs grevés) en dehors du cours normal des affaires, sous réserve des conditions prévues dans les recommandations 55 et 58.

[53] L'arrêt des poursuites ne devrait s'appliquer aux créanciers garantis que pendant une courte période, de l'ordre de 30 à 60 jours, période qui devrait être clairement spécifiée dans la loi sur l'insolvabilité.

Constitution d'une nouvelle sûreté réelle sur des actifs grevés

53. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les actifs grevés peuvent être grevés d'une nouvelle sûreté réelle, sous réserve des conditions prévues dans les recommandations 65 à 67.

Utilisation d'actifs appartenant à des tiers

54. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le représentant de l'insolvabilité peut utiliser des actifs appartenant à des tiers et se trouvant en possession du débiteur sous réserve que soient remplies certaines conditions, notamment:

a) Que les droits des tiers soient protégés contre la diminution de la valeur des actifs; et

b) Que les frais, prévus au contrat, qui sont liés à la poursuite de l'exécution de ce dernier et à l'utilisation des actifs soient assimilés à une dépense afférente à l'administration de la procédure.

Faculté de vendre des actifs de la masse libres de toutes sûretés et autres droits réels

58. La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser le représentant de l'insolvabilité à vendre des actifs qui sont grevés de sûretés ou soumis à d'autres droits réels libres de ces sûretés et autres droits en dehors du cours normal des affaires, à condition:

a) Qu'il notifie la vente proposée aux titulaires des sûretés ou autres droits réels;

b) Que les titulaires aient la possibilité d'être entendus par le tribunal s'ils s'opposent à la vente proposée;

c) Qu'aucun aménagement de l'arrêt des poursuites n'ait été prononcé; et

d) Que la priorité des droits sur le produit de la vente des actifs soit préservée.

Utilisation du produit en espèces

59. La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser le représentant de l'insolvabilité à utiliser le produit en espèces et à en disposer si:

a) Le créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle sur ce produit en espèces consent à cette utilisation ou disposition; ou

b) Le créancier garanti a été avisé de l'utilisation ou de la disposition proposées et a eu la possibilité d'être entendu par le tribunal; et

c) Les droits du créancier garanti seront protégés contre la diminution de la valeur du produit en espèces.

Actifs constituant une charge

62. La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser le représentant de l'insolvabilité à décider du traitement des actifs constituant une charge pour la masse. En particulier, elle peut l'autoriser à renoncer à de tels actifs après que les créanciers en ont été avisés et ont eu la possibilité de s'opposer à l'action proposée, sauf lorsque le montant d'une créance garantie excède la valeur de l'actif grevé et que l'actif n'est pas nécessaire au redressement ou à la cession de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité, auquel cas la loi sur l'insolvabilité peut permettre au représentant de l'insolvabilité de renoncer à l'actif en faveur du créancier garanti sans en aviser les autres créanciers.

Attirer et autoriser un financement postérieur à l'ouverture de la procédure

63. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir des mesures de facilitation et d'incitation pour permettre au représentant de l'insolvabilité d'obtenir un financement postérieur à l'ouverture de la procédure lorsqu'il juge un tel financement nécessaire pour la poursuite de l'exploitation ou la survie de l'entreprise du débiteur ou pour préserver ou augmenter la valeur de la masse. La loi sur l'insolvabilité peut exiger que le tribunal autorise ou que les créanciers approuvent l'octroi de ce financement.

Garantie d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure

65. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre la constitution d'une sûreté réelle en garantie du remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, notamment d'une sûreté sur des actifs non grevés, y compris des actifs acquis après l'ouverture de la procédure, ou d'une sûreté de rang inférieur sur des actifs de la masse déjà grevés.

66. La loi[54] devrait spécifier qu'une sûreté réelle constituée sur des actifs de la masse pour garantir le remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure ne prime pas une sûreté réelle antérieure sur les mêmes actifs, sauf si le représentant de l'insolvabilité obtient l'accord du ou des créanciers garantis antérieurs ou s'il applique la procédure décrite dans la recommandation 67.

67. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsque le créancier garanti antérieur ne donne pas son accord, le tribunal peut autoriser la constitution d'une sûreté réelle primant les sûretés réelles antérieures, sous réserve que soient remplies certaines conditions, notamment:

a) Que la possibilité ait été donnée au créancier garanti antérieur d'être entendu par le tribunal;

b) Que le débiteur puisse prouver qu'il ne peut obtenir le financement par aucun autre moyen; et

c) Que les droits du créancier garanti antérieur soient protégés[55].

[54] Cette règle peut figurer dans une loi autre que la loi sur l'insolvabilité, auquel cas cette dernière devrait en mentionner l'existence.

[55] Voir par. 63 à 69 du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité.

Effet de la conversion de la procédure sur le financement postérieur à son ouverture

68. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsqu'une procédure de redressement est convertie en liquidation, toute priorité accordée, dans le cadre du redressement, à un financement postérieur à l'ouverture de la procédure devrait continuer à être reconnue dans le cadre de la liquidation[56].

Clauses de résiliation automatique et de déchéance du terme

70. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que toute clause contractuelle prévoyant la résiliation automatique ou l'exécution anticipée d'un contrat dans l'un quelconque des cas suivants est inopposable au représentant de l'insolvabilité et au débiteur:

a) Demande d'ouverture ou ouverture d'une procédure d'insolvabilité;

b) Nomination d'un représentant de l'insolvabilité[57].

71. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les contrats qui sortent du champ d'application de la recommandation 70, comme les contrats financiers, ou sont soumis à des règles spéciales, comme les contrats de travail.

Continuation ou rejet

72. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le représentant de l'insolvabilité peut décider de poursuivre l'exécution d'un contrat dont il a connaissance lorsque la continuation serait profitable à la masse de l'insolvabilité[58]. Elle devrait spécifier que:

a) Le droit de continuation s'applique au contrat dans son intégralité; et

b) La continuation a pour effet de rendre toutes les clauses du contrat exécutoires.

73. La loi sur l'insolvabilité peut autoriser le représentant de l'insolvabilité à décider de rejeter un contrat[59]. Elle devrait spécifier que ce droit de rejet s'applique au contrat dans son intégralité.

---

[56]Il n'est pas nécessaire que soit reconnu le même ordre de priorité. Par exemple, le financement postérieur à l'ouverture peut être primé par les créances afférentes à l'administration de la liquidation.

[57]Une solution autre que la faculté de rejeter les contrats est de prévoir, comme le font certains pays, que l'exécution d'un contrat cesse purement et simplement sauf si le représentant de l'insolvabilité décide de poursuivre celle-ci.

[58]Le terme "opération" est employé dans la présente section pour désigner généralement un des nombreux actes juridiques — ou la combinaison de plusieurs d'entre eux — permettant de disposer d'actifs ou de contracter des obligations, notamment un transfert, un paiement, la constitution d'une sûreté réelle ou d'une garantie, la conclusion d'un prêt, la renonciation à un droit ou une action visant à rendre une sûreté réelle opposable aux tiers.

[59]Conformément à ses principaux objectifs, la loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que les appels formés dans le cadre de la procédure d'insolvabilité ne devraient pas avoir d'effet suspensif sauf si le tribunal en décide autrement, afin que l'insolvabilité puisse être traitée et réglée de manière ordonnée, rapide et efficace sans interruption inutile. Les délais d'appel devraient être conformes à la loi généralement applicable, mais doivent être plus courts dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité pour éviter toute interruption de cette dernière.

Continuation d'un contrat en cas de manquement du débiteur

79. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'en cas de manquement du débiteur à ses obligations contractuelles, le représentant de l'insolvabilité peut poursuivre l'exécution du contrat, à condition que le manquement soit réparé, que le cocontractant non défaillant retrouve pour l'essentiel la situation économique qui était la sienne avant le manquement et que la masse soit en mesure de s'acquitter des obligations découlant du contrat poursuivi.

Exécution avant la continuation ou le rejet du contrat

80. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le représentant de l'insolvabilité peut accepter ou exiger du cocontractant qu'il exécute le contrat avant sa continuation ou son rejet. Les créances du cocontractant découlant de cette exécution devraient être assimilées à une dépense afférente à l'administration de la procédure:

a) Si le cocontractant a exécuté le contrat, le montant de cette dépense devrait correspondre au prix contractuel de l'exécution; ou

b) Si le représentant de l'insolvabilité utilise des actifs appartenant à un tiers qui sont en possession du débiteur soumis au contrat, ce tiers devrait être protégé contre la dépréciation de ces actifs et avoir une créance afférente à l'administration de la procédure conformément à l'alinéa *a*.

Dommages-intérêts pour inexécution ultérieure d'un contrat poursuivi

81. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'en cas de décision de continuer un contrat, les dommages-intérêts dus pour inexécution ultérieure de ce contrat devraient être assimilés à une dépense afférente à l'administration de la procédure.

Dommages-intérêts pour rejet du contrat

82. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que tous dommages-intérêts dus pour rejet d'un contrat antérieur à l'ouverture de la procédure seraient déterminés conformément à la loi applicable et devraient être traités comme une créance ordinaire non garantie. Elle peut limiter les créances liées au rejet d'un contrat de longue durée.

Cession des contrats

83. La loi sur l'insolvabilité peut spécifier que le représentant de l'insolvabilité peut décider de céder un contrat, nonobstant les restrictions énoncées dans celui-ci, à condition que la cession soit bénéfique pour la masse.

84. Lorsque le cocontractant est opposé à la cession d'un contrat, la loi sur l'insolvabilité peut habiliter le tribunal à approuver néanmoins la cession à condition que:

a) Le représentant de l'insolvabilité continue le contrat;

b) Le cessionnaire puisse s'acquitter des obligations contractuelles cédées;

c) Le cocontractant ne soit pas fortement désavantagé par la cession; et

d) Le manquement du débiteur au contrat soit réparé avant la cession.

85. La loi sur l'insolvabilité peut spécifier que, lorsque le contrat est cédé, le cessionnaire se substituera au débiteur comme partie contractante avec effet à compter de la date de la cession et la masse n'aura plus d'obligation au regard du contrat.

Opérations annulables[60]

87. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir des dispositions qui s'appliquent rétroactivement et qui visent à défaire des opérations impliquant le débiteur ou des actifs de la masse et ayant pour effet soit de réduire la valeur de la masse, soit d'enfreindre le principe du traitement équitable des créanciers. Elle devrait spécifier que les types d'opérations ci-après sont annulables:

a) Les opérations visant à faire échouer, à retarder ou à entraver le recouvrement des créances par les créanciers lorsque l'opération a eu pour effet de mettre des actifs hors de portée des créanciers ou des créanciers potentiels ou de léser d'une autre manière les intérêts des créanciers;

b) Les opérations dans lesquelles le débiteur a transféré un droit sur un bien ou a souscrit une obligation à titre gratuit ou pour une contrepartie symbolique, inférieure ou insuffisante et qui sont intervenues à un moment où il était insolvable ou qui l'ont rendu insolvable (opérations à un prix sous-évalué); et

c) Les opérations intervenues à un moment où le débiteur était insolvable, dans lesquelles un créancier a obtenu une part des actifs de ce dernier supérieure à la proportion qui lui revient ou en a reçu le bénéfice (opérations préférentielles).

Sûretés réelles

88. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, bien qu'elle soit opposable et réalisable en vertu d'une autre loi, une sûreté réelle peut être soumise aux dispositions d'annulation qu'elle prévoit pour les mêmes motifs que d'autres opérations.

Opérations échappant aux actions en annulation

92. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les opérations qui échappent aux actions en annulation, notamment les contrats financiers.

---

[60] Le terme "opération" est employé dans la présente section pour désigner généralement un des nombreux actes juridiques — ou la combinaison de plusieurs d'entre eux — permettant de disposer d'actifs ou de contracter des obligations, notamment un transfert, un paiement, la constitution d'une sûreté réelle ou d'une garantie, la conclusion d'un prêt, la renonciation à un droit ou une action visant à rendre une sûreté réelle opposable aux tiers.

Contrats financiers et compensation globale

103. Une fois les contrats financiers du débiteur résiliés, la loi sur l'insolvabilité devrait permettre aux cocontractants de réaliser leurs sûretés réelles garantissant les obligations découlant de ces contrats. Les contrats financiers ne devraient pas être soumis à un éventuel arrêt des poursuites appliqué à la réalisation des sûretés par la loi sur l'insolvabilité.

Participation des créanciers

126. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les créanciers, tant garantis que chirographaires, ont le droit de participer à la procédure d'insolvabilité et indiquer quelles fonctions ils peuvent remplir dans le cadre de cette participation.

Droit d'être entendu et de former un recours

137. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une partie intéressée a le droit d'être entendue dans le cadre de la procédure d'insolvabilité sur toute question qui porte atteinte à ses droits, obligations ou intérêts. Par exemple, une partie intéressée devrait être fondée:

a) À contester tout acte soumis à l'approbation du tribunal;

b) À demander au tribunal d'examiner tout acte pour lequel son approbation n'était pas nécessaire ou requise; et

c) À demander toute mesure dont elle peut se prévaloir dans la procédure d'insolvabilité.

Droit de faire appel[61]

138. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une partie intéressée peut faire appel de toute décision du tribunal prise dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité si cette décision porte atteinte à ses droits, obligations ou intérêts.

Plan de redressement

Mécanismes de vote

145. La loi sur l'insolvabilité devrait établir, pour l'approbation du plan, un mécanisme de vote indiquant les créanciers et les actionnaires qui ont le droit de se prononcer sur le plan par un vote; les modalités de vote, à savoir lors d'une assemblée convoquée à cet effet ou par correspondance ou par d'autres moyens, notamment par voie électronique et

[61] Conformément à ses principaux objectifs, la loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que les appels formés dans le cadre de la procédure d'insolvabilité ne devraient pas avoir d'effet suspensif sauf si le tribunal en décide autrement, afin que l'insolvabilité puisse être traitée et réglée de manière ordonnée, rapide et efficace sans interruption inutile. Les délais d'appel devraient être conformes à la loi généralement applicable, mais doivent être plus courts dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité pour éviter toute interruption de cette dernière

par procuration; et si les créanciers et les actionnaires devraient ou non voter par classe en fonction de leurs droits respectifs.

146. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'un créancier ou un actionnaire dont les droits sont modifiés ou affectés par le plan ne devrait pas être lié par les stipulations de ce dernier sauf s'il lui a été donné la possibilité de voter sur le plan.

147. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsque le plan prévoit que les droits d'un créancier, d'un actionnaire ou d'une classe de créanciers ou d'actionnaires ne seront ni modifiés ni affectés par ses stipulations, ce créancier ou cet actionnaire ou cette classe de créanciers ou d'actionnaires ne sont pas habilités à voter sur le plan.

148. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les créanciers habilités à voter sur le plan devraient être rangés dans des classes séparées selon leurs droits respectifs et que chaque classe devrait voter séparément.

149. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que tous les créanciers et les actionnaires d'une même classe devraient se voir offrir le même traitement.

Approbation par classe

150. Lorsque, pour l'approbation du plan, il est procédé à un vote par classe, la loi sur l'insolvabilité devrait spécifier comment seront traités, aux fins de cette approbation, les résultats obtenus dans chaque classe. Différentes solutions sont possibles: par exemple, exiger l'approbation par toutes les classes ou l'approbation par une majorité spécifiée de classes, à condition toutefois qu'au moins une classe de créanciers dont les droits sont modifiés ou affectés approuve le plan.

151. Lorsque la loi sur l'insolvabilité n'exige pas l'approbation du plan par toutes les classes, elle devrait indiquer le traitement à réserver à celles qui ne votent pas en faveur du plan qui par ailleurs est approuvé par les classes requises. Ce traitement devrait être conforme aux conditions énoncées dans la recommandation 152.

Homologation d'un plan approuvé

152. Lorsque la loi sur l'insolvabilité exige qu'un plan approuvé soit homologué par le tribunal, elle devrait exiger que celui-ci homologue ce plan si les conditions suivantes sont remplies:

a) Les approbations requises ont été obtenues et le processus d'approbation a été régulier;

b) Les créanciers recevront au moins autant dans le cadre du plan que ce qu'ils auraient reçu en cas de liquidation, à moins qu'ils n'aient expressément accepté un traitement moins favorable;

c) Le plan ne comporte pas de disposition contraire à la loi;

d) Les créances et dépenses afférentes à l'administration de la procédure seront intégralement payées, sauf dans la mesure où le créancier concerné accepte un traitement différent; et

e) Sauf dans la mesure où les classes concernées en sont convenues autrement, si une classe de créanciers a voté contre le plan, elle se verra reconnaître pleinement par celui-ci le rang que la loi sur l'insolvabilité lui accorde et la part qui lui revient en vertu du plan devrait être conforme à ce rang.

Contestation de l'approbation (lorsque aucune homologation n'est exigée)

153. Lorsqu'un plan devient contraignant après son approbation par les créanciers, sans qu'il doive être homologué par le tribunal, la loi sur l'insolvabilité devrait permettre aux parties intéressées, notamment au débiteur, d'en contester l'approbation. Elle devrait spécifier les critères permettant d'apprécier le bien-fondé de la contestation, parmi lesquels devraient figurer:

a) Le respect des conditions énoncées dans la recommandation 152; et

b) La fraude, auquel cas les dispositions de la recommandation 154 devraient s'appliquer.

Créances garanties

172. La loi sur l'insolvabilité devrait préciser si les créanciers garantis sont tenus de déclarer leurs créances.

Créances non liquides

178. La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser l'admission provisoire des créances non liquides, en attendant que leur montant soit déterminé par le représentant de l'insolvabilité.

Évaluation des créances garanties

179. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que le représentant de l'insolvabilité peut déterminer la fraction garantie et la fraction non garantie de la créance d'un créancier garanti en évaluant l'actif grevé.

Créances garanties

188. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les créances garanties devraient être remboursées sur les actifs grevés dans le cadre d'une liquidation ou d'un plan de redressement, sous réserve des créances ayant éventuellement un rang de priorité supérieur. Les créances ayant un rang de priorité supérieur à celui des créances garanties devraient être limitées au minimum et clairement indiquées dans la loi sur l'insolvabilité. Lorsque la valeur de l'actif grevé est insuffisante pour rembourser la créance du créancier garanti, ce dernier peut participer en tant que créancier chirographaire ordinaire.

B. Recommandations supplémentaires concernant l'insolvabilité

Actifs acquis après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité

235. Sous réserve des dispositions de la recommandation 236, la loi sur l'insolvabilité devrait prévoir qu'un actif de la masse acquis après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité n'entre pas dans l'assiette d'une sûreté réelle mobilière constituée par le débiteur avant l'ouverture de la procédure.

236. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir qu'un actif de la masse acquis après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité visant le débiteur entre dans l'assiette d'une sûreté réelle mobilière constituée par ce dernier avant l'ouverture de la procédure si cet actif est le produit (en espèces ou sous une autre forme) d'un actif grevé en tant qu'actif du débiteur avant l'ouverture de la procédure.

Clauses de résiliation automatique dans une procédure d'insolvabilité

237. Si la loi sur l'insolvabilité prévoit l'inopposabilité au représentant de l'insolvabilité ou au débiteur d'une clause contractuelle qui, à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou lors d'un autre événement lié à l'insolvabilité, met automatiquement fin à toute obligation découlant d'un contrat ou en accélère l'échéance, elle devrait prévoir aussi qu'une telle disposition ne rend pas inopposable ni n'invalide une clause contractuelle libérant un créancier d'une obligation de consentir un prêt ou d'octroyer une autre forme de crédit ou d'autres facilités financières au profit du débiteur.

Opposabilité d'une sûreté réelle dans une procédure d'insolvabilité

238. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, si une sûreté réelle est opposable au moment de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, des dispositions peuvent être prises après l'ouverture de la procédure pour conserver, préserver ou maintenir cette opposabilité dans la mesure et de la manière autorisées par la loi sur les opérations garanties.

Priorité d'une sûreté réelle dans une procédure d'insolvabilité

239. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, si une sûreté réelle est prioritaire en vertu d'une autre loi, cette priorité reste intacte dans une procédure d'insolvabilité sauf si, conformément à la loi sur l'insolvabilité, un autre droit se voit accorder la priorité. De telles exceptions devraient être limitées au minimum et clairement énoncées dans la loi sur l'insolvabilité. La présente recommandation est soumise à la recommandation 188 du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité.

Effet d'un accord de cession de rang dans une procédure d'insolvabilité

240. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, si le titulaire d'une sûreté réelle sur un actif entrant dans la masse de l'insolvabilité renonce unilatéralement ou

conventionnellement à sa priorité en faveur de tout réclamant concurrent existant ou futur, cette renonciation a force obligatoire dans une procédure d'insolvabilité visant le débiteur de la même manière qu'elle a effet en vertu d'une autre loi.

Frais et dépenses liés au maintien de la valeur de l'actif grevé dans une procédure d'insolvabilité

241. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que le représentant de l'insolvabilité est en droit de recouvrer de manière prioritaire sur la valeur d'un actif grevé les frais et les dépenses raisonnables qu'il a exposés en vue de maintenir, de préserver ou d'accroître la valeur de l'actif grevé au profit du créancier garanti.

Évaluation des actifs grevés dans une procédure de redressement

242. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, pour déterminer la valeur de liquidation d'actifs grevés dans une procédure de redressement, il faudrait tenir compte de l'utilisation de ces actifs et des objectifs de l'évaluation. La valeur de liquidation de ces actifs peut être fondée sur leur valeur d'exploitation.

Annexe II

Résolution de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et résolution 63/121 de l'Assemblée générale

A. Résolution de la Commission

1. À sa 864e séance, le 14 décembre 2007, la Commission a adopté la résolution suivante:

La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international,

Reconnaissant l'importance que revêtent pour tous les pays des régimes efficaces sur les opérations garanties qui favorisent l'accès au crédit garanti,

Reconnaissant également que l'accès au crédit garanti peut aider tous les pays et, en particulier, les pays en développement et les pays à économie en transition, dans leur développement économique et leur lutte contre la pauvreté,

Notant qu'un accès accru au crédit garanti, grâce à des régimes modernes et harmonisés sur les opérations garanties, favorisera incontestablement les échanges de biens et de services entre pays,

Notant également que le développement du commerce international sur la base de l'égalité et des avantages mutuels est un élément important dans la promotion de relations amicales entre les États,

Notant en outre qu'il importe de concilier les intérêts de toutes les parties intéressées, à savoir les constituants de sûretés réelles mobilières, les créanciers garantis, les créanciers chirographaires, les vendeurs réservataires, les crédit-bailleurs, les créanciers privilégiés et le représentant de l'insolvabilité en cas d'insolvabilité du constituant,

Tenant compte de la nécessité de réformer les lois sur les opérations garanties, aux niveaux tant national qu'international, comme le démontrent les nombreux efforts actuels de réforme du droit interne et les travaux réalisés par des organisations internationales, telles que l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), la Conférence de La Haye de droit international privé et l'Organisation des États américains, et des institutions financières internationales, telles que la Banque mondiale, le Fonds monétaire international, la Banque européenne pour la reconstruction et le développement, la Banque asiatique de développement et la Banque interaméricaine de développement,

Remerciant les organisations intergouvernementales et non gouvernementales internationales actives dans le domaine de la réforme du droit des opérations garanties d'avoir participé et aidé à l'élaboration du projet de *C*,

Remerciant également Kathryn Sabo, Présidente du Groupe de travail VI (Sûretés) et Présidente par intérim de la reprise de la quarantième session de la Commission, ainsi que le Secrétariat, de leur contribution spéciale à l'élaboration du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties,

Notant avec satisfaction que le projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties soumet les sûretés réelles mobilières dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité au même traitement que celui prévu dans le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité,

1. *Adopte* le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, qui se compose des documents A/CN.9/631/Add.1 à 3 et A/CN.9/637 et Add.1 à 8, tel que modifié par la Commission à sa quarantième session, et autorise le Secrétariat à en éditer et à en finaliser le texte, en tenant compte de ses délibérations à cette session;

2. *Prie* le Secrétaire général d'assurer une large diffusion du texte du Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, en le transmettant aux gouvernements et aux organismes intéressés, comme les institutions financières et les chambres de commerce nationales et internationales;

3. *Recommande* à tous les États d'utiliser le *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties* pour évaluer l'efficacité économique de leur régime sur les opérations garanties et d'en tenir compte lorsqu'ils modifieront leur législation sur les opérations garanties ou en adopteront une, et invite les États qui ont utilisé le Guide à l'en informer.

B. Résolution 63/121 de l'Assemblée générale

2. À sa 67e séance plénière, le 11 décembre 2008, l'Assemblée générale a adopté, sur la base du rapport de la Sixième Commission (A/63/438), la résolution suivante:

Guide législatif de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les opérations garanties

L'Assemblée générale,

Reconnaissant l'importance que revêtent pour tous les pays des régimes efficaces applicables aux opérations garanties qui favorisent l'accès au crédit garanti,

Reconnaissant également que l'accès au crédit garanti peut aider tous les pays, en particulier les pays en développement et les pays en transition, dans leur développement économique et leur lutte contre la pauvreté,

Soulignant que des régimes modernes et harmonisés applicables aux opérations garanties qui concilient les intérêts de toutes les parties intéressées (à savoir les constituants de sûretés réelles mobilières, les créanciers garantis, les créanciers chirographaires, les vendeurs réservataires, les crédit-bailleurs, les créanciers privilégiés et le représentant de l'insolvabilité en cas d'insolvabilité du constituant) faciliteront incontestablement l'accès au crédit garanti, favorisant ainsi les échanges de biens et de services entre pays,

Notant que le développement du commerce international sur la base de l'égalité et des avantages mutuels est un élément important dans la promotion de relations amicales entre les États,

Tenant compte de la nécessité de réformer les lois sur les opérations garanties, aux niveaux tant national qu'international, comme le démontrent les nombreux efforts actuels de réforme du droit interne et les travaux réalisés par des organisations internationales, telles que la Conférence de La Haye de droit international privé, l'Institut international pour l'unification du droit privé et l'Organisation des États américains, et des institutions financières internationales, comme la Banque asiatique de développement, la Banque européenne pour la reconstruction et le développement, la Banque interaméricaine de développement, le Fonds monétaire international et la Banque mondiale,

Remerciant les organisations intergouvernementales et les organisations non gouvernementales internationales actives dans le domaine de la réforme du droit des opérations garanties d'avoir participé et aidé à l'élaboration du Guide législatif de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les opérations garanties,

1. *Remercie* la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international d'avoir finalisé et adopté le Guide législatif sur les opérations garanties[1];

2. *Prie* le Secrétaire général de diffuser largement le texte du Guide législatif en le transmettant aux gouvernements et aux organismes intéressés comme les institutions financières et chambres de commerce nationales et internationales;

3. *Recommande* à tous les États de tenir compte du Guide législatif lorsqu'ils modifieront leur législation sur les opérations garanties ou en adopteront une, et invite ceux qui l'ont utilisé à en informer la Commission;

4. *Recommande également* à tous les États de continuer d'envisager de devenir parties à la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international[2], dont les principes sont également énoncés dans le Guide législatif.

---

[1] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément nº 17* (A/62/17), deuxième partie, par. 100.

[2] Résolution 56/81, annexe.

Index

Autonomie des parties

Voir *Champ d'application*

Voir *Droits et obligations des parties à la convention constitutive de sûreté*

Voir *Réalisation d'une sûreté réelle mobilière*

Bien attaché

Biens immeubles	I 40-42
Conflit de lois	X 28-38
Constitution d'une sûreté réelle mobilière	II 96-99
Financement d'acquisitions (priorité)	IX 149-157
Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière	III 97-107
Priorité	V 110-116
Réalisation	VIII 90-92

Bien grevé

Constitution d'une sûreté réelle mobilière (responsabilité du créancier)	II 71
Droits et obligations des parties à la convention constitutive de sûreté (obligation de conserver les biens grevés, de préserver leur valeur et de les restituer)	VI 24-39
Insolvabilité	XII 18-36
Priorité d'une sûreté réelle mobilière (bénéficiaires de transferts, preneurs à bail et preneurs de licence)	V 60-83
Priorité d'une sûreté réelle mobilière (personnes fournissant des services)	V 103-106
Réalisation d'une sûreté réelle mobilière (par acquisition)	VIII 65-70
Réalisation d'une sûreté réelle mobilière (par appréhension entre les mains du constituant)	VIII 51-56
Réalisation d'une sûreté réelle mobilière (par vente ou autre mode de disposition)	VIII 57-59
Système de registre (incidence d'un transfert)	IV 78-80

Bien immeuble

Biens attachés à des immeubles — II 96-99, III 102-104, V 111-114, IX 154-157

Champ d'application — I 40-42

Créances garanties par un droit réel sur un bien immeuble — II 111-122, III 135-137

Créances liées à des biens immeubles — X 54

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière par inscription sur un registre spécialisé — III 67-82

Priorité d'une sûreté réelle mobilière inscrite sur un registre spécialisé — V 56-57

Réalisation — VIII 85-89

Biens meubles corporels

Champ d'application — I 50-77

Conflit de lois — X 28-38

Constitution d'une sûreté réelle mobilière — II 86-95, 128

Financement d'acquisitions — IX 129-132, IX 161-165, IX 44-59

Biens meubles incorporels

Champ d'application — I 78-84

Conflit de lois — X 39-54

Constitution d'une sûreté réelle mobilière — II 103-127

Droits et obligations des parties — VI 73-80

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière — III 138-148

Priorité d'une sûreté réelle mobilière — V 154-163, V 165-166

Tiers débiteurs *(voir Droits et obligations des tiers débiteurs)*

Bonne foi

Réalisation d'une sûreté réelle mobilière — VIII 15

Caractère commercialement raisonnable

Réalisation d'une sûreté réelle mobilière — VIII 15

Champ d'application

Aéronefs I 32
Autonomie des parties I 115-119
Autres exceptions au champ d'application I 44
Biens I 5-9
Biens futurs
Biens immeubles I 40-42
Biens meubles corporels I 50-77
Biens meubles incorporels I 78-84
Contrats financiers I 39
Gage I 51-59
Matériel roulant ferroviaire I 32
Navires I 32
Objets spatiaux I 32
Obligations I 12
Opérations de change I 39
Opérations garanties (approche fonctionnelle) I 101-109
Opérations garanties (approches fondamentales) I 45-112
Parties I 10-11
Produit I 16-24
Produit de types de biens exclus I 43
Propriété intellectuelle I 33-36
Réserve de propriété I 92-100
Sûretés réelles mobilières I 13-15
Transfert de propriété I 86-91
Transfert pur et simple de créances I 25-31
Utilisation des techniques électroniques modernes I 119-122
Valeurs mobilières I 37-38

Charges fixes et charges flottantes

Constitution d'une sûreté réelle mobilière II 61-78

Compte bancaire (droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire)

Conflit de lois X 48-51

Constitution d'une sûreté réelle mobilière	II 123-125
Droits et obligations de la banque	VII 32-37
Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière	III 138-148
Priorité d'une sûreté réelle mobilière	V 157-163
Réalisation d'une sûreté réelle mobilière	VIII 104-107

Conflit de lois

Biens meubles corporels	X 28-38
Biens meubles corporels destinés à l'exportation	X 31-33
Biens meubles corporels en transit	X 31-33
Biens meubles incorporels	X 39-54
Champ d'application	X 9-13
Constitution d'une sûreté réelle mobilière	X 15-27
Créances liées à des biens immeubles	X 54
Documents négociables	X 28-33
Droits et obligations des parties	X 61
Droits et obligations des tiers débiteurs	X 62-63
États à plusieurs unités	X 83-87
Exceptions à l'application de la *lex rei sitae*	X 35-38
Exceptions à la règle fondée sur la loi du lieu de situation du constituant	X 48-54
Instruments négociables	X 34
Lex fori concursus	X 80-82
Lex rei sitae	X 29-30
Lieu de situation	X 73-78
Lieu de situation du constituant	X 39-47
Lois de police	X 79
Objet	X 1-8
Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière	X 15-27
Ordre public	X 79
Priorité	X 15-27
Procédure d'insolvabilité	X 80-82
Produit	X 55-60
Réalisation d'une sûreté réelle mobilière	X 64-72
Tiers débiteurs	X 62-63

Constituant

Champ d'application I 10-11

Constitution d'une sûreté réelle mobilière II 34-37

Droits et obligations des parties à la convention constitutive de sûreté (règles non impératives) VI 59-65

Voir *Système de registre*

Constitution d'une sûreté réelle mobilière

Bien II 49-50

Bien (constituant) II 61-70

Bien attaché II 96-98

Bien grevé (responsabilité du créancier garanti) II 71

Bien meuble incorporel II 111-122

Biens mélangés II 86-95

Biens meubles corporels II 86-95, 128

Charges fixes et charges flottantes II 67

Clause d'incessibilité II 106-110

Compte bancaire II 123-125

Créance II 103-105
II 111-122

Document négociable II 128

Éléments essentiels II 26-29

Engagement de garantie indépendant II 126-127

Instrument négociable II 111-122

Masse, sûreté réelle mobilière sur une II 100-102

Nantissements d'entreprise II 64-66

Préjudice (responsabilité) II 71

Produit fini II 100-102

Produit, sûreté réelle mobilière sur le II 72-85

Responsabilité du créancier garanti II 71

Sûreté trop importante II 68-69

Voir *Champ d'application*

Voir C*onvention constitutive de sûreté*

Contrats financiers

Champ d'application I 39

Convention

Voir *Convention constitutive de sûreté*

Convention constitutive de sûreté

Biens attachés	II 96-99
Biens mélangés pour former une masse ou un produit fini	II 90-95
Biens visés par une convention constitutive de sûreté	II 49-71
Cessions globales	II 103-105
Clauses d'incessibilité	II 106-110
Compte bancaire	II 123-125
Documents négociables	II 128
Éléments essentiels	II 26-29
Engagement de garantie indépendant	II 126-127
Forme	II 30-34
Loi applicable	X 61
Masse ou produit fini	II 100-101
Moment de prise d'effet	II 24-25
Obligations garanties	II 38-48
Parties	II 34-37
Produit	II 72-85
Produit mélangé	II 86-89
Sûretés réelles ou personnelles garantissant une créance	II 111-122

Voir *Obligations des parties*

Créance

Champ d'application (transferts purs et simples)	I 25-31
Clause d'incessibilité	II 106-110
Constitution d'une sûreté réelle mobilière	II 111-122
Insolvabilité (créance ayant fait l'objet d'un transfert pur et simple)	XII 67
Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière	III 128-131
Réalisation d'une sûreté réelle mobilière	VIII 94-98
Réalisation d'une sûreté réelle mobilière (transfert pur et simple)	VIII 99-101

Créancier garanti

Champ d'application	I 10-11

Constitution d'une sûreté réelle mobilière II 34-37

Droits et obligations des parties à la convention constitutive de sûreté (règles non impératives) VI 50-58

Système de registre (droit de recevoir copie de l'avis) IV 52

Système de registre (identification) IV 81

Système de registre (recherche par référence au créancier garanti) IV 29-30

Créanciers

Voir *Priorité d'une sûreté réelle mobilière [créanciers (garantis et chirographaires)]*

Débiteur

Champ d'application I 10-11

Constitution d'une sûreté réelle mobilière II 34-37

Exceptions et droits à compensation VII 21-22

Obligations VII 9-11

Paiement libératoire VII 17-20

Protection VII 12-16

Document négociable

Biens visés I 6

Conflit de lois X 28-33

Constitution d'une sûreté réelle mobilière II 128

Documents négociables électroniques I 119-122

Gage I 60

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière III 154-158

Priorité d'une sûreté réelle mobilière V 167-169

Réalisation d'une sûreté réelle mobilière VIII 111-112

Droits et obligations des parties à la convention constitutive de sûreté

Autonomie des parties VI 8-15

Biens grevés (obligation de les conserver) VI 24-31

Biens grevés (obligation de les restituer) VI 35-39

Biens grevés (obligation de préserver leur valeur) VI 32-34

Constituant (règles non impératives) VI 59-65

Créancier garanti (règles non impératives) VI 50-58

Droit au paiement de la créance VI 76-80

Garanties dues par le cédant VI 73

Règles impératives avant défaillance VI 16-39

Règles non impératives avant défaillance VI 40-68

Source des droits et des obligations VI 14-15

Voir *Droits et obligations des tiers débiteurs*

Droits et obligations des tiers débiteurs

Banque dépositaire VII 32-37

Débiteur d'une créance (exceptions et droits à compensation) VII 21-22

Débiteur d'une créance (obligations) VII 9-11

Débiteur d'une créance (paiement libératoire) VII 17-20

Débiteur d'une créance (protection) VII 12-16

Débiteur dans le cadre d'un instrument négociable VII 27-31

Droit du créancier garanti d'aviser le tiers débiteur VII 16

Effet d'une sûreté réelle mobilière VII 7-44

Émetteur ou autre débiteur dans le cadre d'un document négociable VII 43-44

Garant/émetteur VII 38-42

Modification du contrat initial VII 23-24

Recouvrement des paiements déjà effectués VII 25-26

Engagement

Voir *Engagement de garantie indépendant*

Engagement de garantie indépendant

Acceptation Introduction 20

Biens visés I 6

Confirmateur Introduction 20

Conflit de lois IX 52-53, IX 62-63

Constitution d'une sûreté réelle mobilière II 126-127

Contrôle Introduction 20

Créance Introduction 20

Droits de recevoir le produit Introduction 20

Droits des parties à la convention constitutive de sûreté VI 30, VI 70-71

Garant/émetteur	Introduction 20
Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière	III 132-134
Priorité d'une sûreté réelle mobilière	165-166
Réalisation d'une sûreté réelle mobilière	VIII 109-110
Tiers débiteurs	VII 2, 4, 7-8, 38-42
Transferts purs et simples	I 26-27

Espèces

Priorité d'une sûreté réelle mobilière	V 164

Financement d'acquisitions

Baux	IX 30-35
Biens attachés à des immeubles (priorité)	IX 154-157
Biens attachés à des meubles (priorité)	IX 149-153
Biens de consommation (priorité)	IX 125-128
Biens meubles corporels	IX 44-59
Biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation	IX 129-132 IX 161-165
Choix fondamentaux	IX 60-95
Conflit de lois	IX 197-200
Constitution	IX 85-95
Contexte commercial	IX 13-43
Créanciers judiciaires (priorité)	IX 145-148
Délai de grâce	IX 108-111
Efficacité à l'égard des tiers	IX 96-107
Équivalence fonctionnelle	IX 67-73
Équivalence fonctionnelle (approches unitaire et non unitaire de l')	IX 74-84
Financement d'acquisitions non garanti et financement d'acquisitions garanti	IX 14-19
Financement d'acquisitions par des prêteurs	IX 40-43
Financement d'acquisitions par le vendeur (approches consistant à le promouvoir)	IX 46-55
Fournisseurs (position prioritaire)	IX 117-124
Fournisseurs concurrents	IX 173-178

Immeubles (priorité) IX 154-157

Inscription IX 108-115

Insolvabilité IX 206-213

Meubles (priorité) IX 149-153

Obligations des parties IX 183-187

Opérations de consommateurs (exceptions à l'inscription) IX 112-115

Opérations multiples de financement d'acquisitions IX 140-144

Opposabilité IX 96-115

Priorité IX 116-182

Produit (priorité) IX 158-172

Produits finis (priorité) IX 149-153

Réalisation IX 188-196

Réserve de propriété IX 20-29

Stocks (priorité) IX 133-139
IX 166-172

Sûreté réelle mobilière "en garantie du prix d'achat" IX 56-59

Terminologie IX 6-12

Transition IX 201-205

Vendeurs (sûretés réelles mobilières des) IX 36-39

Fruits (fruits naturels et civils ou revenus)

Voir *Produit*

Gage

Voir *Champ d'application*

Inflation

Impact sur la priorité V 124

Insolvabilité

Actifs XII 18-25

Actifs grevés XII 18-36

Action en annulation XII 43-44

Arrêt des poursuites XII 26-34

Classement des créances garanties XII 59-63

Conflit de lois X 80-82

Contrats XII 39-42

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

Créances garanties XII 56-58

Créanciers garantis XII 45-46

Financement d'acquisitions XII 64-66

Financement postérieur à l'ouverture de la procédure XII 37-38

Lex fori concursus XII 15-17

Loi applicable dans la procédure d'insolvabilité XII 14-17

Principes généraux applicables aux sûretés réelles mobilières XII 13

Procédure de redressement XII 47-53

Procédure de redressement accélérée XII 54-55

Terminologie XII 7-12

Utilisation et disposition des actifs XII 35-36

Instrument négociable

Biens visés I 5

Conflit de lois X 34

Constitution d'une sûreté réelle mobilière II 111-122

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière III 128-131
III 154-158

Réalisation d'une sûreté réelle mobilière VIII 102-164

Lex fori concursus

Voir *Conflit de lois*

Voir *Insolvabilité*

Lex rei sitae

Voir *Conflit de lois*

Masse

Constitution d'une sûreté réelle mobilière II 100-102

Opposabilité III 108-116

Priorité d'une sûreté réelle mobilière V 117-124

Réalisation d'une sûreté réelle mobilière VIII 90-92

Nantissement d'entreprise

Constitution d'une sûreté réelle mobilière (charges fixes et charges flottantes) — II 61-78

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière

Bien meuble incorporel — III 128-131

Biens attachés — III 97-107

Certificat de propriété — III 83-86

Compte bancaire — III 138-148

Constitution et opposabilité — III 6-8

Continuité — III 117-127

Créance — III 128-131

Document négociable — III 154-158

Droit réel sur un immeuble — III 135-137

Engagement de garantie indépendant — III 132-134, III 149-153

Inscription sur un registre général des sûretés — III 29-46

Inscription sur un registre spécialisé — III 67-86

Instrument négociable — III 128-131, III 154-158

Lieu de situation du bien ou du constituant, changement de — III 117-119

Masse ou produit fini — III 108-116

Méthodes d'opposabilité — III 19-28

Opposabilité et priorité — III 15-18

Possession — III 47-66

Principes fondamentaux — III 5

Produit — III 87-96

Relation entre opposabilité et priorité — III 15-18

Sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement d'une créance — III 128-137

Tiers (sens du mot) — III 9-15

Voir *Système de registre*

Priorité d'une sûreté réelle mobilière

Accords de contrôle — V 58

Approche fondée sur la bonne foi — V 74-75

Approche fondée sur la prescription	V 76-89
Approche fondée sur le cours normal des affaires	V 67-73
Approches de la rédaction des règles de priorité	V 20-26
Bénéficiaires de transferts	V 60-76
Bien attaché	V 110-116
Bien mélangé	V 117-124
Biens futurs	V 141-143
Biens grevés	V 45-59
Certificat de propriété	V 56-57
Cession de rang	V 128-131
Compte bancaire	V 157-163
Concept	V 1-9
Connaissance (caractère indifférent de la)	V 125-127
Continuité de l'opposabilité	V 132-134
Créanciers (garantis et chirographaires)	V 43-44
Créanciers judiciaires	V 94-102
Document négociable	V 167-169
Donataires	V 89
Droit de revendication du fournisseur	V 107-109
Engagement de garantie indépendant	V 165-166
Espèces	V 164
Fondements permettant de déterminer la priorité	V 27-41
Instrument négociable	V 154-156
Masse	V 117-124
Méthodes d'opposabilité	V 33-41
Obligations conditionnelles et futures	V 135-140
Personnes fournissant des services concernant un bien grevé	V 103-106
Portée et interprétation	V 125-150
Preneurs à bail	V 77-79
Preneurs de licence	V 80-83
Principes	V 29-32
Privilèges	V 90-93
Produit fini	V 117-124

Réclamants concurrents (règles pour déterminer l'ordre de priorité) V 42-124
Registre spécialisé V 56-57
Règle du premier en date V 45-54
Règle du premier en date (exceptions) V 55-59
Remarques sur des biens particuliers V 151-169
Sous-acquéreurs, sous-locataires et preneurs de sous-licence V 84-88
Sûreté réelle mobilière sur le produit V 144-150
Types de conflits de priorité V 10-14

Produit fini

Voir *Masse*

Propriété intellectuelle

Champ d'application I 33-36
Conflit de lois X 23
Constitution d'une sûreté réelle mobilière II 79
Droits des parties VI 30
Effets sur l'insolvabilité (voir *Insolvabilité*)
Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière III 68
III 76-77
Priorité d'une sûreté réelle mobilière IV 83

Réalisation d'une sûreté réelle mobilière

Autonomie des parties VIII 16-17
Avis d'intention de procéder à une réalisation extrajudiciaire VIII 38-43
Avis de disposition (forme et teneur) VIII 44-47
Bien attaché VIII 90-92
Biens grevés (acquisition) VIII 65-70
Biens grevés (appréhension entre les mains du constituant) VIII 51-56
Biens grevés (vente ou autre mode de disposition) VIII 57-59
Biens meubles VIII 90-92
Bonne foi et caractère commercialement raisonnable VIII 15
Caractère commercialement raisonnable VIII 15
Caractère définitif VIII 81
Compte bancaire VIII 105-108

Constituant (autorisation donnée au constituant de disposer des biens grevés) VIII 48

Constituant (droits) VIII 37-48

Créance VIII 94-98

Créance (transfert pur et simple) VIII 99-101

Cumul des droits après défaillance VIII 34-35

Défaillance VIII 11-14

Document négociable VIII 111-112

Effets VIII 74-81

Engagement de garantie indépendant VIII 109-110

Entreprise (gestion et vente) VIII 71-73

Étapes procédurales précédant la réalisation VIII 37-48

Extinction de la sûreté après complet paiement VIII 22-26

Gestion et vente d'une entreprise VIII 71-73

Instrument négociable VIII 102-104

Liberté des parties de convenir de la procédure de réalisation VIII 16-17

Masse ou produit fini VIII 90-92

Principes généraux VIII 10-36

Produit (sûreté réelle mobilière sur le) VIII 82-84

Produit de la vente ou d'un autre acte de disposition VIII 60-64

Produit fini VIII 90-92

Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un produit VIII 82-84

Réalisation extrajudiciaire VIII 29-33, VIII 74-80

Réalisation judiciaire VIII 18-20, VIII 29-33, VIII 74-76

Recoupements entre le régime de réalisation des sûretés mobilières et le régime de réalisation des droits réels immobiliers VIII 85-89

Régimes de réalisation VIII 85-89

Répartition du produit de la disposition VIII 60-64

Supervision judiciaire VIII 18-20

Sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition

Vente ou autre mode de disposition des biens grevés VIII 57-59

Réserve de propriété

Voir *Financement d'acquisitions*

Responsabilité

Non-respect de la règle de conduite lors de la réalisation VIII 15

Préjudice causé par les biens grevés II 71

Système de registre

Accès aux documents relatifs à la sûreté ne figurant pas dans le registre public IV 18-19

Accès du public IV 25-26

Autorisation pour procéder à l'inscription IV 106

Bien grevé (incidence du transfert) IV 78-80

Conditions d'inscription IV 15-17

Confirmation IV 53

Constituant (droit d'obtenir une copie de l'avis inscrit) IV 49-51

Constituant (informations) IV 66-80

Constituant (protection) IV 20

Constituant (recherche par référence au) IV 29-30

Créancier garanti (droit de recevoir une copie de toute modification de l'inscription) IV 52

Créancier garanti (recherche par référence au) IV 29-30

Description des biens grevés

Distinction entre personnes physiques et personnes morales IV 73-74

Droit d'effectuer des recherches IV 27-28

Durée IV 87-91

Élément d'identification (créancier garanti)

Élément d'identification (pour les personnes morales) IV 72

Élément d'identification (pour les personnes physiques) IV 68-71

Enregistrement de l'identité IV 48

Erreur IV 66-67

Fichier centralisé IV 21-24

Frais IV 37

Horaires de service IV 42

Incidence d'un changement de l'élément identifiant le constituant IV 75-77

Indexation par constituant (par rapport à l'indexation par biens) IV 31-36

Inscription anticipée IV 98-101

Inscription d'un avis (notion) IV 10-14

Intégrité IV 47-54

Intégrité des données IV 54

Langue IV 44-46

Modes d'accès IV 38-41

Modification IV 107-116

Moment où prend effet l'inscription IV 102-105

Montant maximal IV 92-97

Portée IV 1-2

Prorogation IV 87-91

Radiation IV 107-116

Registres spécialisés IV 117

Responsabilité (en cas de préjudice) IV 55-64

Rôle de l'État IV 47

Sécurité IV 47-54

Sûretés réelles mobilières multiples (inscription unique) IV 98-101

Techniques électroniques IV 43

Teneur exigée IV 65

Voir *Opposabilité*

Techniques électroniques

Champ d'application I 119-122

Système de registre IV 43

Transition

Approche générale XI 7-12

Conflits de priorité XI 23-26

Date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi XI 4-6

Différends soumis à une juridiction étatique ou à un tribunal arbitral XI 15-16

Efficacité entre les parties des droits antérieurs à la date d'entrée en vigueur XI 17-19

Opposabilité des droits antérieurs à la date d'entrée en vigueur XI 20-22

Réalisation XI 27-33

Valeurs mobilières

Champ d'application I 37-38

كيفية الحصول على منشورات الأمم المتحدة

يمكن الحصول على منشورات الأمم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع أنحاء العالم. استعلم عنها من المكتبة التي تتعامل معها أو اكتب إلى: الأمم المتحدة، قسم البيع في نيويورك أو في جنيف.

如何购取联合国出版物

联合国出版物在全世界各地的书店和经售处均有发售。 请向书店询问或写信到纽约或日内瓦的联合国销售组。

HOW TO OBTAIN UNITED NATIONS PUBLICATIONS

United Nations publications may be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Consult your bookstore or write to: United Nations, Sales Section, New York or Geneva.

COMMENT SE PROCURER LES PUBLICATIONS DES NATIONS UNIES

Les publications des Nations Unies sont en vente dans les librairies et les agences dépositaires du monde entier. Informez-vous auprès de votre libraire ou adressez-vous à: Nations Unies, Section des ventes, New York ou Genève.

КАК ПОЛУЧИТЬ ИЗДАНИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

Издания Организации Объединенных Наций можно купить в книжных магазинах и агентствах во всех районах мира. Наводите справки об изданиях в вашем книжном магазине или пишите по адресу: Организация Объединенных Наций, Секция по продаже изданий, Нью-Йорк или Женева.

CÓMO CONSEGUIR PUBLICACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS

Las publicaciones de las Naciones Unidas están en venta en librerías y casas distribuidoras en todas partes del mundo. Consulte a su librero o diríjase a: Naciones Unidas, Sección de Ventas, Nueva York o Ginebra.

Publication des Nations Unies
Imprimé en Autriche

Numéro de vente: F.09.V.12

V.09-82671 — Avril 2011 — 590

USD 85
ISBN 978-92-1-233476-9