CNUDCI

COMMISSION DES NATIONS UNIES
POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

CNUDCI Annuaire

Volume XXXVIII: 2007

NATIONS UNIES

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

ANNUAIRE

Volume XXXVIII: 2007

NATIONS UNIES
New York, 2016

NOTE

Les cotes des documents de l'Organisation des Nations Unies se composent de lettres majuscules et de chiffres. La simple mention d'une cote dans un texte signifie qu'il s'agit d'un document de l'Organisation.

La numérotation des notes de bas de page reprend celle des documents initiaux à partir desquels l'*Annuaire* a été établi. Les notes de bas de page ajoutées par la suite sont indiquées par des lettres minuscules.

Les modifications et les ajouts aux textes de versions antérieures de conventions, de lois types et d'autres textes juridiques sont indiqués en italique. On notera toutefois que les titres des articles sont toujours en italique pour des raisons de présentation.

A/CN.9/SER.A/2007

PUBLICATION DES NATIONS UNIES
Numéro de vente: F.11.V.7
ISBN-13: 978-92-1-233505-6
ISSN 0251-4257

Copyright © Nations Unies, septembre 2016. Tous droits réservés.

Production éditoriale: Section des publications, de la bibliothèque et des services en anglais, Office des Nations Unies à Vienne.

TABLE DES MATIÈRES

Page

INTRODUCTION ix

Première partie. Rapport de la Commission sur sa session annuelle: observations et décisions concernant ce rapport

QUARANTIÈME SESSION (2007). 3

A. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarantième session (Vienne, 25 juin-12 juillet 2007 et 10-14 décembre 2007) (A/62/17, Part I et II) 3

B. Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED): extrait du rapport du Conseil du commerce et du développement sur sa cinquante-quatrième session (TD/B/54/8) 101

C. Assemblée générale: Rapport de la Sixième Commission sur le rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarantième session (A/62/449) 102

D. Résolutions de l'Assemblée générale 62/64, 62/65 et 62/70 du 6 décembre 2007 111

Deuxième partie. Études et rapports sur des sujets étudiés par la Commission

I. SÛRETÉS 123

A. Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa onzième session (Vienne, 4-8 décembre 2006) (A/CN.9/617) 123

B. Note du Secrétariat sur le projet de guide législatif sur les opérations garanties: terminologie et recommandations, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa onzième session (A/CN.9/WG.VI/WP.29). 144

C. Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa douzième session (New York, 12-16 février 2007) (A/CN.9/620). 266

D. Note du Secrétariat sur le projet de guide législatif sur les opérations garanties, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa douzième session (A/CN.9/WG.VI/WP.31 et Add.1) 294

E. Note du Secrétariat sur les recommandations du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa douzième session (A/CN.9/631 et Add.1 à 11) 326

F. Note du Secrétariat sur la terminologie et les recommandations du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, soumise au Groupe de travail à sa douzième session (A/CN.9/637 et Add.1 à 8) 726

II. PASSATION DE MARCHÉS. 1043

A. Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa dixième session (Vienne, 25-29 septembre 2006) (A/CN.9/615) 1043

B. Note du Secrétariat sur les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – propositions de textes sur l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics et la publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa dixième session (A/CN.9/WG.I/WP.47) 1065

C. Note du Secrétariat sur les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – projets de textes sur l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la passation de marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa dixième session (A/CN.9/WG.I/WP.48) 1077

D. Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa onzième session (New York, 21-25 mai 2007) (A/CN.9/623) 1086

E. Note du Secrétariat sur les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – propositions de textes sur l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics, la publication d'informations relatives à la passation des marchés et les offres anormalement basses, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa onzième session (A/CN.9/WG.I/WP.50) 1110

F. Note du Secrétariat sur les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – projets de textes sur l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la passation de marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa onzième session (A/CN.9/WG.I/WP.51) 1127

G. Note du Secrétariat sur les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – projets de textes sur l'utilisation des accords-cadres et des systèmes d'acquisition dynamiques dans la passation de marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa onzième session (A/CN.9/WG.I/WP.52 et Add.1) 1147

III. ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL ET CONCILIATION 1173

A. Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation sur les travaux de sa quarante-cinquième session (Vienne, 11-15 septembre 2006) (A/CN.9/614) 1173

B. Note du Secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: Révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, soumise au Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation à sa quarante-cinquième session (A/CN.9/WG.II/WP.143 et Add.1) 1200

C. Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation sur les travaux de sa quarante-sixième session (New York, 5-9 février 2007) (A/CN.9/WP.619) 1232

D. Note du Secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, soumise au Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation à sa quarante-sixième session (A/CN.9/WG.II/WP.145 et Add.1) 1262

E. Rapport du Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage sur ses activités au titre du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI depuis 1976 (A/CN.9/634) 1305

IV. DROIT DES TRANSPORTS 1311

A. Rapport du Groupe de travail III (Droit des transports) sur les travaux de sa dix-huitième session (Vienne, 6-17 novembre 2006) (A/CN.9/616) 1311

B. Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Limitation de la responsabilité du transporteur, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-huitième session (A/CN.9/WG.III/WP.72) 1381

C. Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Observations et propositions de la Chambre internationale de la marine marchande, du Conseil maritime baltique et international (BIMCO) et de l'International Group of P&I Clubs sur les questions inscrites à l'ordre du jour de la dix-huitième session, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-huitième session (A/CN.9/WG.III/WP.73) 1389

D. Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Responsabilité du chargeur en cas de retard: document présenté pour information au Groupe de travail par le Gouvernement suédois, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-huitième session (A/CN.9/WG.III/WP.74) 1400

E. Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Chapitre 16. Compétence, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-huitième session (A/CN.9/WG.III/WP.75) 1409

F. Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Droits d'action et délai pour agir: document présenté pour information par le Gouvernement japonais, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-huitième session (A/CN.9/ WG.III/WP.76) 1414

G. Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Procédure de modification des limites – proposition de texte du Gouvernement des États-Unis d'Amérique, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-huitième session (A/CN.9/WG.III/WP.77) 1430

H. Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Relation avec d'autres conventions, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-huitième session (A/CN.9/WG.III/WP.78) 1434

I. Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Identité du transporteur – proposition de texte des Gouvernements de l'Italie et des Pays-Bas, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-huitième session (A/CN.9/WG.III/WP.79) 1451

J. Rapport du Groupe de travail III (Droit des transports) sur les travaux de sa dix-neuvième session (New York, 16-27 avril 2007) (A/CN.9/621). 1454

K. Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer], soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-neuvième session (A/CN.9/WG.III/WP.81 et Corr.1) 1526

L. Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Prise de position du Comité national français, Chambre de commerce internationale (ICC France), soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-neuvième session (A/CN.9/WG.III/WP.82) 1594

M. Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Prise de position du Conseil des Chargeurs Européens (ESC), soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-neuvième session (A/CN.9/WG.III/WP.83) 1598

N. Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Proposition des États-Unis d'Amérique relative à la définition de la "partie exécutante maritime", soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-neuvième session (A/CN.9/WG.III/WP.84) 1603

O. Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Obligations du chargeur: Proposition de texte de la délégation suédoise, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-neuvième session (A/CN.9/WG.III/WP.85) 1604

P. Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Proposition des délégations danoise, finlandaise et norvégienne sur le projet d'article 37-1 a) relatif aux données du contrat, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-neuvième session (A/CN.9/WG.III/WP.86) 1609

Q. Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Commentaires de la Chambre internationale de la marine marchande, du BIMCO et de l'International Group of P&I Clubs sur le projet de convention, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-neuvième session (A/CN.9/WG.III/WP.87) 1611

R. Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Proposition commune de l'Australie et de la France concernant les contrats de tonnage, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-neuvième session (A/CN.9/WG.III/WP.88) 1620

S. Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Propositions de la France, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-neuvième session (A/CN.9/WG.III/WP.89) 1621

T. Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] - Propositions soumises par l'Union internationale des transports routiers (IRU) concernant les articles 1-7, 26 et 90 du projet de convention, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-neuvième session (A/CN.9/WG.III/WP.90) 1624

U. Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Proposition des États-Unis d'Amérique sur le retard du transporteur et du chargeur, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-neuvième session (A/CN.9/WG.III/WP.91) 1626

V. Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Proposition commune de l'Australie et de la France sur la liberté contractuelle dans le cadre des contrats de tonnage, soumise à la Commission à sa trente-neuvième session (A/CN.9/612) 1636

V. DROIT DE L'INSOVABILITÉ 1641

A. Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente et unième session (Vienne, 11-15 décembre 2006) (A/CN.9/618) 1641

B. Note du Secrétariat sur le traitement des groupes de sociétés dans la procédure d'insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente et unième session (A/CN.9/WG.V/WP.74 et Add.1 et 2) 1657

C. Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente-deuxième session (New York, 14-18 mai 2007) (A/CN.9/622) 1704

D. Note du Secrétariat sur le traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente-deuxième session (A/CN.9/WG.V/WP.76 et Add.1 et 2) 1721

VI. TRAVAUX FUTURS POSSIBLES 1767

A. Note du Secrétariat sur les travaux futurs possibles sur les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle (A/CN.9/632) 1767

B. Note du Secrétariat sur les travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique (A/CN.9/630 et Add.1 à 5) 1791

C. Note du Secrétariat sur les travaux futurs possibles sur les indicateurs de fraude commerciale (A/CN.9/624 et Add.1 et 2) 1893

VII. RECUEIL DE JURISPRUDENCE SUR LES TEXTES DE LA CNUDCI 1964

VIII. ASSISTANCE TECHNIQUE EN MATIÈRE DE RÉFORME DU DROIT 1965

Note du Secrétariat sur la coopération et l'assistance techniques (A/CN.9/627) 1965

IX. ÉTAT ET PROMOTION DES TEXTES JURIDIQUES DE LA CNUDCI 1981

État des conventions et des lois types (A/CN.9/626). 1981

X. COORDINATION ET COOPÉRATION 1983

Note du Secrétariat sur les activités actuelles des organisations internationales en matière d'harmonisation et d'unification du droit commercial international (A/CN.9/628 et Add.1). 1983

Troisième partie

I. COMPTES RENDUS ANALYTIQUES DES SÉANCES DE LA COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL CONSACRÉES AU PROJET DE GUIDE LÉGISLATIF DE LA CNUDCI SUR LES OPÉRATIONS GARANTIES ET AUX TRAVAUX FUTURS POSSIBLES. 2017

II. BIBLIOGRAPHIE DES ÉCRITS RÉCENTS AYANT TRAIT AUX TRAVAUX DE LA CNUDCI – NOTE DU SECRÉTARIAT (A/CN.9/625) 2169

III. LISTE DES DOCUMENTS DE LA COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL 2196

IV. LISTE DES DOCUMENTS DE LA COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL REPRODUITS DANS LES VOLUMES PRÉCÉDENTS DE L'*ANNUAIRE*. 2207

INTRODUCTION

Le présent volume est le trente-huitième des *Annuaires* de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)[1].

Ce volume est divisé en trois parties. La première contient le rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa quarantième session, tenue à Vienne du 25 juin au 12 juillet 2007 et du 10 au 14 décembre 2007, ainsi que les décisions y relatives de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) et de l'Assemblée générale.

La deuxième partie reproduit la plupart des documents examinés à la quarantième session de la Commission. Ces documents comprennent les rapports des groupes de travail de la Commission ainsi que des études, rapports et notes du Secrétaire général et du secrétariat. Cette même partie présente également quelques documents de travail qui ont été soumis aux groupes de travail.

La troisième partie contient des comptes rendus analytiques, une bibliographie des écrits récents ayant trait aux travaux de la Commission, une liste des documents dont la Commission était saisie à sa quarantième session et une liste de documents relatifs aux travaux de la Commission reproduits dans les volumes précédents de l'*Annuaire*.

Secrétariat de la CNUDCI
Centre international de Vienne
B.P. 500, 1400 Vienne (Autriche)
Téléphone: (+43-1) 26060-4060 Télex: 135612 Télécopieur: (+43-1) 26060-5813
Courrier électronique: uncitral@uncitral.org
Adresse Internet: http://www.uncitral.org

[1] Les volumes ci-dessous de l'*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international* (en abrégé ci-après: *Annuaire* [année]) ont déjà été publiés:

Volume	*Période considérée*	*Publication des Nations Unies, numéro de vente*
I	1968-1970	F.71.V.1
II	1971	F.72.V.4
III	1972	F.73.V.6
III Suppl.	1972	F.73.V.9
IV	1973	F.74.V.3
V	1974	F.75.V.2
VI	1975	F.76.V.5
VII	1976	F.77.V.1
VIII	1977	F.78.V.7
IX	1978	F.80.V.8
X	1979	F.81.V.2
XI	1980	F.81.V.8
XII	1981	F.82.V.6
XIII	1982	F.84.V.5

Volume	*Période considérée*	*Publication des Nations Unies, numéro de vente*
XIV	1983	F.85.V.3
XV	1984	F.86.V.2
XVI	1985	F.87.V.4
XVII	1986	F.88.V.4
XVIII	1987	F.89.V.4
XIX	1988	F.89.V.8
XX	1989	F.90.V.9
XXI	1990	F.91.V.6
XXII	1991	F.93.V.2
XXIII	1992	F.94.V.7
XXIV	1993	F.94.V.16
XXV	1994	F.95.V.20
XXVI	1995	F.96.V.8
XXVII	1996	F.98.V.7
XXVIII	1997	F.99.V.6
XXIX	1998	F.99.V.12
XXX	1999	F.00.V.9
XXXI	2000	F.02.V.3
XXXII	2001	F.04.V.4
XXXIII	2002	F.05.V.13
XXXIV	2003	F.06.V.14
XXXV	2004	F.08.V.8
XXXVI	2005	F.10.V.4
XXXVII	2006	F.11.V.1

Première partie

RAPPORT DE LA COMMISSION SUR SA SESSION ANNUELLE: OBSERVATIONS ET DÉCISIONS CONCERNANT CE RAPPORT

QUARANTIÈME SESSION (2007)

A. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarantième session (Vienne, 25 juin-12 juillet 2007 et 10-14 décembre 2007) (A/62/17, Part I et II)

[Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-2
II.	Organisation de la session	3-13
	A. Ouverture de la session	3
	B. Composition et participation	4-8
	C. Élection du Bureau	9
	D. Ordre du jour	10-11
	E. Constitution du Comité plénier	12
	F. Adoption du rapport	13
III.	Adoption du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties et travaux futurs possibles	14-162
	A. Adoption du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties	14-154
	B. Travaux futurs possibles sur les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle	155-157
	C. Décisions de la Commission concernant le point 4 de l'ordre du jour	158-162
IV.	Passation de marchés: rapport d'activité du Groupe de travail I	163-170
V.	Arbitrage et conciliation: rapport d'activité du Groupe de travail II	171-178
VI.	Droit des transports: rapport d'activité du Groupe de travail III	179-184
VII.	Droit de l'insolvabilité	185-191
	A. Rapport d'activité du Groupe de travail V	185-189
	B. Facilitation de la coopération et de la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale	190-191
VIII.	Travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique	192-195
IX.	Travaux futurs possibles dans le domaine de la fraude commerciale	196-203
	A. Historique	196-198

B. Travaux relatifs aux indicateurs de fraude commerciale 199-200

C. Collaboration avec l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime en matière de fraude économique et commerciale 201-208

X. Suivi de l'application de la Convention de New York 204-208

XI. Approbation de textes d'autres organisations: Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, 2004 209-213

XII. Assistance technique en matière de réforme du droit 214-222

A. Activités d'assistance et de coopération techniques 214-217

B. Ressources d'assistance technique 218-222

XIII. État et promotion des textes juridiques de la CNUDCI 223-226

XIV. Coordination et coopération 226-228

A. Remarques générales 226-227

B. Rapports d'autres organisations internationales 228

XV. Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis 229

XVI. Résolutions pertinentes de l'Assemblée générale 230-233

XVII. Questions diverses 234-244

A. Observations et propositions de la France sur les méthodes de travail de la Commission 234-241

B. Programme de stages 242

C. Évaluation du rôle du secrétariat dans la facilitation du travail de la Commission 243

D. Bibliographie 244

XVIII. Congrès en 2007 245-246

XIX. Date et lieu des réunions futures 247-252

A. Date de la reprise de la quarantième session 247

B. Quarante et unième session de la Commission 248

C. Sessions des groupes de travail avant la quarante et unième session de la Commission 249-251

D. Sessions des groupes de travail en 2008 après la quarante et unième session de la Commission 252

Annexe

Liste des documents dont la Commission était saisie à sa quarantième session . . . . . .

I. Introduction

1. Le présent rapport porte sur la première partie de la quarantième session de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), tenue à Vienne du 25 juin au 12 juillet 2007 (voir le paragraphe 3 ci-dessous pour la décision de la Commission de tenir sa quarantième session en deux parties).

2. Conformément à la résolution 2205 (XXI) adoptée le 17 décembre 1966 par l'Assemblée générale, ce rapport est présenté à cette dernière et également soumis pour observations à la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement.

II. Organisation de la session

A. Ouverture de la session

3. La quarantième session de la Commission a été ouverte le 25 juin 2007. À sa 837e séance[1], le 25 juin, la Commission a convenu que sa quarantième session se tiendrait en deux parties. On trouvera dans les paragraphes 11 et 247 ci-après l'ordre du jour et les dates de la reprise de la session.

B. Composition et participation

4. La résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, portant création de la Commission, prévoyait que celle-ci serait composée de 29 États, élus par l'Assemblée. Par sa résolution 3108 (XXVIII) du 12 décembre 1973, l'Assemblée a porté de 29 à 36 le nombre des membres de la Commission puis, par sa résolution 57/20 du 19 novembre 2002, de 36 à 60 États. Les membres actuels de la Commission, élus le 17 novembre 2003 et le 22 mai 2007, sont les États ci-après, dont le mandat expire la veille de l'ouverture de la session annuelle de la Commission pour l'année indiquée[2]: Afrique du Sud (2013), Algérie (2010), Allemagne (2013), Arménie (2013), Australie (2010), Autriche (2010), Bahreïn (2013), Bélarus (2010), Bénin (2013), Bolivie (2013), Bulgarie (2013), Cameroun

---

[1] Ce numéro a été assigné à la 1re séance de la quarantième session de façon à aligner la numérotation des séances de la Commission sur celle des comptes rendus analytiques des séances de la trente-neuvième session (voir en particulier le document A/CN.9/SR.835, compte rendu analytique de l'avant-dernière séance de la trente-neuvième session de la Commission). Il en découle une incohérence avec le paragraphe 12 du rapport de la Commission sur les travaux de sa trente-neuvième session (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17)), d'après lequel la dernière séance de cette session portait le numéro 834.

[2] En application de la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, les membres de la Commission sont élus pour un mandat de six ans. Parmi les membres actuels, 30 ont été élus par l'Assemblée à sa cinquante-huitième session, le 17 novembre 2003 (décision 58/407) et 30 par l'Assemblée à sa soixante et unième session, le 22 mai 2007 (décision 61/417). Par sa résolution 31/99, l'Assemblée a modifié les dates de commencement et d'expiration du mandat des membres en décidant que ceux-ci entreraient en fonction le premier jour de la session annuelle ordinaire de la Commission suivant leur élection et que leur mandat expirerait à la veille de l'ouverture de la septième session annuelle ordinaire suivant leur élection.

(2013), Canada (2013), Chili (2013), Chine (2013), Colombie (2010), Égypte (2013), El Salvador (2013), Équateur (2010), Espagne (2010), États-Unis d'Amérique (2010), Fédération de Russie (2013), Fidji (2010), France (2013), Gabon (2010), Grèce (2013), Guatemala (2010), Honduras (2013), Inde (2010), Iran (République islamique d') (2010), Israël (2010), Italie (2010), Japon (2013), Kenya (2010), Lettonie (2013), Liban (2010), Madagascar (2010), Malaisie (2013), Malte (2013), Maroc (2013), Mexique (2013), Mongolie (2010), Namibie (2013), Nigéria (2010), Norvège (2013), Ouganda (2010), Pakistan (2010), Paraguay (2010), Pologne (2010), République de Corée (2013), République tchèque (2010), Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (2013), Sénégal (2013), Serbie (2010), Singapour (2013), Sri Lanka (2013), Suisse (2010), Thaïlande (2010), Venezuela (République bolivarienne du) (2010) et Zimbabwe (2010).

5. Tous les membres de la Commission étaient représentés à la première partie de la session à l'exception des États suivants: Bénin, Chili, Équateur, Fidji, Gabon, Guatemala, Israël, Madagascar, Malte, Mongolie, Namibie, Sénégal, Sri Lanka et Zimbabwe.

6. Ont aussi assisté à la première partie de la session des observateurs des États suivants: Argentine, Azerbaïdjan, Belgique, Brésil, Cuba, Finlande, Hongrie, Indonésie, Iraq, Jamahiriya arabe libyenne, Jordanie, Koweït, Panama, Pérou, Philippines, Portugal, Qatar, République démocratique du Congo, République dominicaine, République-Unie de Tanzanie, Roumanie, Slovaquie, Tunisie, Turquie et Yémen.

7. Y ont également assisté des observateurs des organisations internationales suivantes:

a) *Système des Nations Unies*: Commission économique et sociale pour l'Asie occidentale et Organisation mondiale de la propriété intellectuelle;

b) *Organisations intergouvernementales*: Communauté européenne et Institut international pour l'unification du droit privé;

c) *Organisations non gouvernementales invitées par la Commission*: American Bar Association, American Intellectual Property Law Association, Association des propriétaires européens de marques de commerce, Association des télévisions commerciales européennes, Association européenne des étudiants en droit, Association française des entreprises privées, Association internationale des marques, Association internationale du barreau, Chambre de commerce internationale, Commercial Finance Association, European Association of Insurance Companies, Fédération européenne des associations des sociétés d'affacturage, Independent Film and Television Alliance et International Swaps and Derivatives Association.

8. La Commission s'est félicitée de la participation d'organisations internationales non gouvernementales ayant des connaissances spécialisées sur les principaux points de l'ordre du jour. Cette participation était cruciale pour la qualité des textes élaborés par la Commission, qui a prié le secrétariat de continuer à inviter de telles organisations à ses sessions.

C. Élection du Bureau

9. La Commission a élu le Bureau ci-après:

Présidence:	Dobrosav Mitrović (Serbie)
Vice-Présidence:	Biu Adamu Audu (Nigéria) Horacio Bazoberry (Bolivie) Kathryn Sabo (Canada)
Rapporteur:	T. K. Viswanathan (Inde)

D. Ordre du jour

10. L'ordre du jour de la première partie de la session, tel qu'adopté par la Commission à sa 837e séance, le 25 juin 2007, était le suivant:

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Adoption d'un projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties et travaux futurs possibles.
5. Passation de marchés: rapport d'activité du Groupe de travail I.
6. Arbitrage et conciliation: rapport d'activité du Groupe de travail II.
7. Droit des transports: rapport d'activité du Groupe de travail III.
8. Droit de l'insolvabilité: rapport d'activité du Groupe de travail V.
9. Travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique.
10. Travaux futurs possibles dans le domaine de la fraude commerciale.
11. Suivi de l'application de la Convention de New York de 1958.
12. Approbation de textes d'autres organisations: Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, 2004.
13. Assistance technique en matière de réforme du droit.
14. État et promotion des textes juridiques de la CNUDCI.
15. Coordination et coopération:
    a) Remarques générales;
    b) Rapports d'autres organisations internationales.
16. Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis.
17. Résolutions pertinentes de l'Assemblée générale.
18. Questions diverses.
19. Date et lieu des réunions futures.

20. Adoption du rapport de la Commission.

21. Congrès en 2007.

11. À sa 852e séance, le 4 juillet, la Commission a convenu que l'ordre du jour de la reprise de sa quarantième session comprendrait le point 4 et un point séparé intitulé "Méthodes de travail de la CNUDCI". Durant la reprise de sa session, elle modifierait en outre les dates de ses réunions ultérieures, si nécessaire. (Pour les dates examinées par la Commission à la première partie de sa session, voir les paragraphes 247 à 252 ci-après.)

E. Constitution du Comité plénier

12. La Commission a constitué un Comité plénier chargé d'examiner le point 4 de l'ordre du jour. Elle a élu Kathryn Sabo (Canada) à la présidence du Comité. Ce dernier s'est réuni du 25 juin au 2 juillet 2007 et a tenu 12 séances. À sa 849e séance, le 3 juillet, la Commission a examiné le rapport du Comité plénier et est convenue de l'inclure dans le présent rapport. (Le rapport du Comité plénier est reproduit aux paragraphes 14 à 157 ci-après.)

F. Adoption du rapport

13. À ses 853e et 854e séances, le 6 juillet 2007, la Commission a adopté le présent rapport par consensus.

III. Adoption du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties et travaux futurs possibles

A. Adoption du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties

14. Le Comité (voir par. 12 ci-dessous) était saisi d'un ensemble complet de recommandations et de commentaires révisés du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties (A/CN.9/631 et Add.1 à 11), ainsi que des rapports des onzième (Vienne, 4-8 décembre 2006) et douzième (New York, 12-16 février 2007) sessions du Groupe de travail VI (Sûretés) (A/CN.9/617 et A/CN.9/620 respectivement). Il était saisi également d'une note du secrétariat transmettant les observations de la Communauté européenne et de ses États membres sur le projet de guide (A/CN.9/633). Il a mis en place un groupe de rédaction chargé d'examiner la terminologie du projet de guide (A/CN.9/631/Add.1, par. 19). Il a exprimé sa profonde gratitude au secrétariat pour le travail d'élaboration des documents de la session.

15. Le Comité a noté que, comme il avait fallu conclure les consultations puis modifier en conséquence les commentaires du projet de guide après la clôture de la douzième session du Groupe de travail, certains documents avaient été soumis tardivement et n'étaient pas disponibles dans toutes les langues au début de la session (à savoir A/CN.9/631/Add.1 à 3, contenant les chapitres Ier à VI). Il a donc

décidé de commencer l'examen du projet de guide par le chapitre VII relatif à la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur les droits de réclamants concurrents.

1. Chapitre VII. Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur les droits de réclamants concurrents

a) Recommandations (A/CN.9/631, recommandations 74 à 107)

16. S'agissant de la recommandation 84, le Comité a noté qu'elle visait à répondre à la question de savoir si le bénéficiaire du transfert d'un bien grevé prenait ce bien libre de la sûreté qui avait été rendue opposable par inscription dans un registre spécialisé ou par annotation sur un certificat de propriété. Bien qu'on se soit demandé s'il ne valait pas mieux traiter cette question dans la recommandation 85 ou ne pas l'aborder du tout dans le projet de guide, le maintien de la recommandation 84 a reçu un appui suffisant. On s'est toutefois inquiété de ce que cette recommandation ne visait pas le transfert de droits autres que des sûretés. Pour apaiser cette préoccupation, on a proposé de suivre le libellé de la recommandation 85 ou de la recommandation 93, en parlant du transfert d'un "droit sur un bien grevé" ("right in an encumbered asset" et non "security right") et "d'une sûreté" sur ce bien (et non "la sûreté"). Cette proposition a reçu un appui suffisant.

17. Notant qu'une sûreté inscrite avant sa constitution n'était pas opposable et qu'en conséquence, aucune question de priorité ne se posait, le Comité a décidé de supprimer l'alinéa b) ii) de la recommandation 86.

18. Concernant l'alinéa a) de la recommandation 87, on a exprimé la crainte que la référence à des "stocks ou [des] biens de consommation" ne soit source de confusion du fait que les mêmes biens meubles corporels pouvaient être des stocks pour le vendeur et des biens de consommation pour l'acheteur. Il a été proposé, pour régler ce problème, de supprimer le terme "biens de consommation". Bien qu'il ait été estimé qu'en cas de vente, entre consommateurs, de biens grevés d'une sûreté constituée par le vendeur, l'acheteur devrait prendre les biens libres de la sûreté, cette proposition a reçu un appui suffisant. Il a été dit qu'une règle prévoyant qu'un consommateur achetant un bien grevé en dehors du cours normal des affaires du vendeur le prenait libre de toute sûreté risquait de perturber les opérations de financement existantes portant sur des biens de grande valeur.

19. On a en outre fait observer, au sujet des alinéas a) et b) de la recommandation 87, que, dès lors que ceux-ci faisaient référence à des ventes et des locations dans le cours normal des affaires, il était inutile de préciser le type de biens concernés et qu'il suffirait donc de parler de "biens meubles corporels autres que des instruments et des documents négociables" (vu que le terme "biens meubles corporels" englobait, selon la définition e) du paragraphe 19 du document A/CN.9/631/Add.1, les instruments et documents négociables).

20. On a jugé la recommandation 99 ambiguë quant à son application aux valeurs mobilières. De plus, a-t-on estimé, le fait que le projet de guide vise les sûretés grevant des lettres de crédit et des droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire mais non celles sur des instruments dérivés soulevait des préoccupations à propos des règles s'appliquant aux contrats financiers. Le Comité a décidé de ne pas discuter de ces questions avant d'avoir eu la possibilité d'examiner l'application de l'ensemble du projet de guide aux valeurs mobilières et aux contrats financiers (voir par. 145 à 151 ci-après).

21. S'agissant des recommandations 101 et 102, on a craint qu'elles ne fassent pas assez clairement ressortir que le rang de priorité pouvait être modifié par convention entre réclamants concurrents. Il a donc été suggéré d'y ajouter une formule du type "sauf convention contraire", suggestion qui a été rejetée aux motifs suivants: la recommandation 77 précisait suffisamment bien que le rang de priorité pouvait être modifié par convention entre réclamants concurrents et l'ajout de la formule proposée pouvait laisser planer un doute sur le fait de savoir si les autres règles de priorité s'appliquaient sauf convention contraire entre réclamants concurrents.

22. On s'est demandé si la recommandation 107 était nécessaire. Il a été dit que la recommandation 106 était suffisante pour donner la priorité aux droits acquis après qu'un document négociable avait été dûment transmis conformément à la loi régissant les documents négociables. Le Comité a toutefois convenu que la recommandation 107 était nécessaire parce qu'elle allait plus loin et traitait des droits acquis sans qu'un document négociable ait été dûment transmis.

23. S'agissant de la recommandation 107, un autre libellé a été généralement appuyé selon lequel le droit d'un créancier garanti, d'un acheteur ou d'un autre bénéficiaire du transfert d'un document négociable qui en prenait possession aurait priorité sur une sûreté grevant les biens meubles corporels représentés par ce document, sous réserve que les biens soient représentés par le document et que le créancier garanti, l'acheteur ou autre bénéficiaire du transfert fournisse une contrepartie de bonne foi sans savoir que le transfert avait été effectué en violation de la sûreté sur les biens.

24. Parallèlement, toutefois, un certain nombre de problèmes ont été soulevés quant à cet autre texte proposé pour la recommandation 107. Tout d'abord, celui-ci pourrait avoir involontairement pour effet de réduire une sûreté à néant lorsqu'un constituant, après avoir créé une sûreté sur des stocks en faveur du créancier garanti A, plaçait ces stocks dans un entrepôt, faisait émettre un récépissé d'entrepôt et obtenait un nouveau financement en transférant la possession du récépissé au créancier garanti B. Afin de régler ce problème, il a été proposé de faire référence à un créancier garanti, un acheteur ou un autre bénéficiaire du transfert d'un document négociable prenant possession du document dans le cours normal des affaires du constituant, du vendeur ou d'un autre auteur du transfert. On s'est ensuite inquiété du fait que ce texte ne traitait pas d'un conflit entre le droit d'un créancier garanti qui prenait possession du document négociable et le droit d'un créancier garanti sur un document négociable qui était rendu opposable autrement que par un transfert de la possession. Pour répondre à cette préoccupation, il a été suggéré que ce texte soit révisé afin de traiter ce conflit de priorités. On a également estimé qu'il était superflu de faire référence à la bonne foi et à l'ignorance que le transfert était effectué en violation d'une sûreté existante, puisque ces deux notions avaient la même signification. En conséquence, il a été suggéré de supprimer l'une des deux. Enfin, on s'est inquiété du fait que, contrairement à d'autres recommandations, la recommandation 107 était formulée de manière négative ("un droit avait un rang inférieur à un autre", et non "un droit avait priorité sur un autre").

25. Le Comité a décidé de différer l'adoption de la recommandation 107 le temps d'examiner une formulation révisée (voir par. 130 à 133 ci-après).

26. Sous réserve des modifications susmentionnées, le Comité a adopté les recommandations 74 à 106.

b) Commentaire (A/CN.9/631/Add.4)

27. Le Comité a approuvé sur le fond le commentaire du chapitre VII sous réserve des changements suivants:

a) La deuxième phrase du paragraphe 1 devait préciser que, pour que les règles de priorité s'appliquent, au moins un des réclamants concurrents devrait être un créancier garanti;

b) La première phrase du paragraphe 4 devait faire référence aux sûretés opposables et expliquer, au moyen d'exemples, le concept de l'"opposabilité" et sa relation avec le concept de "priorité";

c) La deuxième phrase du paragraphe 5 devait préciser qu'aucune question de priorité ne pouvait se poser entre des sûretés inopposables;

d) Il fallait ajouter le titre "Importance du concept de priorité" avant le paragraphe 6;

e) Le paragraphe 8 devait mentionner les deux manières dont un créancier garanti pouvait devenir prioritaire s'agissant de la valeur résiduelle d'un bien, à savoir en indiquant dans l'avis inscrit le montant maximum garanti par la sûreté de premier rang ou par un accord de cession de rang;

f) Le paragraphe 9 devait être revu car il semblait répétitif par rapport aux paragraphes 6 à 8;

g) Le paragraphe 10 devait être complété;

h) Le paragraphe 11 devait être supprimé;

i) Les paragraphes 15 à 18 semblaient traiter des questions d'opposabilité et devaient se limiter aux questions de priorité;

j) La seconde partie de la deuxième phrase du paragraphe 17 devait être supprimée;

k) Les paragraphes 21, 22, 24 et 25 devaient se limiter aux questions de priorité et ne pas traiter les questions d'opposabilité;

l) Le paragraphe 23 devait préciser que le concept de "contrôle" ne découlait pas du concept de "possession" et se concentrer sur la règle selon laquelle le contrôle donnait une priorité supérieure;

m) Les paragraphes 24 et 25 devaient être reformulés de manière plus objective;

n) Les paragraphes 26 à 33 devaient renvoyer au chapitre sur la constitution s'agissant de la constitution d'une sûreté garantissant des avances futures et préciser que la priorité s'étendait aux avances futures à partir du moment où la sûreté devenait opposable;

o) Le paragraphe 31 devait être reformulé pour préciser qu'il traitait d'une question distincte de la question de la priorité sur des avances futures et pour se référer à une déclaration du montant maximum et à la subordination;

p) Au paragraphe 75, les mots “le bail est conclu” devraient être remplacés par “la licence est accordée”;

q) Au paragraphe 110, il faudrait supprimer la dernière phrase pour montrer qu’il n’y avait pas d’obligation de divulguer l’existence d’un accord de contrôle, contrairement au régime de la publicité inhérent à l’utilisation d’un registre spécialisé;

r) Au paragraphe 112, l’adjectif “actuel” devrait être inséré après “droit à compensation”, les mots “à moins qu’elle n’ait renoncé à ce droit” devraient être insérés après “droit des opérations non garanties”; et la dernière phrase devrait être supprimée.

2. Chapitre VIII. Droits et obligations des parties

a) Recommandations (A/CN.9/631, recommandations 108 à 113)

28. Le Comité a adopté les recommandations 108 à 113.

b) Commentaire (A/CN.9/631/Add.5)

29. Le Comité a approuvé quant au fond le commentaire du chapitre VIII.

3. Chapitre IX. Droits et obligations des tiers débiteurs

a) Recommandations (A/CN.9/631, recommandations 114 à 127)

30. Le Comité a adopté les recommandations 114 à 127.

b) Commentaire (A/CN.9/631/Add.6)

31. Le Comité a approuvé quant au fond le commentaire du chapitre IX, sous réserve de l’ajout au paragraphe 22 d’une référence à une autre approche, dans laquelle les banques dépositaires étaient traitées comme des débiteurs de sommes d’argent et leur consentement n’était pas exigé pour qu’une sûreté réelle mobilière soit constituée sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire.

4. Chapitre X. Droits après défaillance

a) Recommandations (A/CN.9/631, recommandations 128 à 172)

32. En ce qui concerne la recommandation 128, des doutes ont été émis sur la nécessité de faire référence aux règles de conduite commercialement raisonnables. La référence à la bonne foi, a-t-on dit, était suffisante. On a fait observer aussi que la notion de “règles de conduite commercialement raisonnables” n’était pas comprise partout de la même manière. À cela on a répondu que le projet de guide visait à établir un équilibre entre la nécessité de laisser une certaine marge de manœuvre au créancier garanti dans l’exercice de ses droits et la nécessité de protéger les droits du constituant et de ses autres créanciers. On a dit aussi que cette règle de conduite obligerait, par exemple, un créancier garanti à obtenir la possession des biens grevés d’une manière qui serait acceptable dans les conditions du marché local et à les vendre sur le marché concerné en vue d’en obtenir le meilleur prix possible. À cet égard, il a été souligné que la règle n’avait pas pour objet le résultat (par exemple, l’obtention par le créancier du meilleur prix) mais la procédure de réalisation (par exemple, le meilleur prix qu’il était raisonnablement

possible d'obtenir). Il a été convenu que le commentaire devrait expliquer le terme "règles de conduite commercialement raisonnables" en donnant des exemples.

33. En ce qui concerne la recommandation 132, il a été convenu que les mots "est sans incidence" devraient être remplacés par "ne peut porter atteinte", puisque seul un effet préjudiciable serait inacceptable.

34. En ce qui concerne la recommandation 141, il a été convenu que la dernière phrase devrait être supprimée et insérée dans le commentaire du chapitre.

35. En ce qui concerne la mention, dans les recommandations 147, alinéa a), 149 et 150, de l'"envoi" ou de la "réception" d'une notification, différents points de vue ont été exprimés. Selon l'un d'eux, on devait, pour protéger efficacement les intérêts du constituant et de ses autres créanciers, exiger la réception de la notification. Selon un autre avis, la question relevait d'une autre loi, qui était bien développée et sur laquelle il ne fallait pas empiéter. Selon l'avis qui l'a emporté, toutefois, il serait suffisant d'exiger du créancier garanti qu'il adresse une notification au constituant et à ses autres créanciers. On a dit qu'exiger la réception de la notification risquerait d'être source d'insécurité car il y avait différentes théories sur ce que l'on entendait par "réception" (par exemple, l'arrivée dans la boîte aux lettres par opposition à la lecture effective de la notification). On a fait observer en outre qu'une telle exigence alourdirait la charge de la preuve incombant au créancier garanti et aurait donc un effet négatif sur le coût du crédit. On a fait valoir aussi que si la question était régie par une autre loi, l'impact potentiel des exigences en matière de notification sur le coût du crédit risquait de ne pas être pris suffisamment en compte. Il a aussi été souligné que l'obligation pour le créancier garanti d'agir de bonne foi et de manière commercialement raisonnable ainsi que les exigences générales de la recommandation 146 en matière de notification étaient suffisantes pour protéger les intérêts du constituant et de ses autres créanciers.

36. Le Comité est convenu qu'il faudrait indiquer dans les recommandations 147, alinéa a), 149 et 150 que la notification était "adressée" au constituant et à ses autres créanciers. Il a également été convenu que le commentaire (A/CN.9/631/Add.7, par. 30 à 32) devrait aborder la question de façon plus détaillée.

37. En ce qui concerne la recommandation 150, il a été convenu de supprimer les crochets entourant la dernière phrase, de sorte que la recommandation exige le consentement exprès du constituant en cas de proposition du créancier garanti de se faire attribuer un bien grevé à titre d'exécution partielle de son obligation. Il a largement été estimé que, contrairement au cas où l'obligation garantie était intégralement payée et le constituant entièrement libéré, lorsque l'obligation garantie n'était que partiellement remplie, on devrait exiger le consentement exprès du constituant afin qu'il ait véritablement connaissance du montant de la fraction de l'obligation restant due et à l'exécution de laquelle il resterait tenu.

38. Pour ce qui est de la recommandation 154, il a été observé qu'elle n'avait pas sa place sous le titre "Répartition du produit de la disposition extrajudiciaire d'un bien grevé", car elle portait sur la répartition des bénéfices réalisés à la suite d'une disposition judiciaire. Il a été convenu soit de modifier le titre soit de placer la recommandation à un autre endroit du texte.

39. S'agissant de la recommandation 169, on a mis en doute la nécessité d'exiger le consentement de la banque dépositaire en cas de réalisation extrajudiciaire par un

créancier garanti qui n'avait pas le contrôle du droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire. Il a été répondu que cette approche s'expliquait par le fait qu'il ne fallait pas s'immiscer dans la relation entre une banque et son client. Il a aussi été dit que, contrairement aux débiteurs de créances commerciales, les banques dépositaires participaient à différents types de pratiques soumises à des dispositions réglementaires qui justifiaient un traitement différent.

40. Sous réserve des changements mentionnés ci-dessus et des modifications apportées en conséquence au commentaire du chapitre, le Comité a adopté les recommandations 128 à 172.

b) Commentaire (A/CN.9/631/Add.7)

41. Le Comité a approuvé quant au fond le commentaire du chapitre X, sous réserve des modifications susmentionnées et suivantes:

a) Aux paragraphes 38 et 39, il faudrait expliquer que le droit du constituant de remédier à la défaillance et de régulariser l'inexécution de l'obligation garantie était déterminé par une convention entre les parties et par le droit des obligations;

b) Aux paragraphes 57 et 58, il faudrait préciser que le droit du créancier garanti de reprendre la gestion de l'entreprise du constituant et de la vendre en vue de la poursuite de l'activité pouvait soulever des difficultés, concernant notamment la responsabilité de ce créancier pour des actes de gestion et la protection des droits des autres créanciers;

c) Au paragraphe 92, il faudrait préciser que, si le produit revêtait la forme d'un type de bien, tel qu'une créance, auquel des règles de réalisation particulières s'appliquaient, la réalisation devait se faire conformément aux règles applicables au type de bien en question.

5. Chapitre XI. Insolvabilité

a) Définitions et recommandations (A/CN.9/631, recommandations 173 à 183)

42. Le Comité a noté que les définitions et les recommandations de la partie A du chapitre XI du projet de guide étaient reprises du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité[3], tandis que les recommandations de la partie B du même chapitre exprimaient, de manière conforme à ce Guide, des principes spécifiques aux sûretés. Cette approche a recueilli le soutien général.

43. Il a été noté également que la présentation (dans la version anglaise) du chapitre sur l'insolvabilité différait de celle des autres chapitres du projet de guide, afin de faire ressortir les recommandations et les passages issus du commentaire du Guide sur l'insolvabilité. En outre, il a été noté que ces recommandations et commentaires avaient été introduits pour que les lecteurs et les utilisateurs du projet de guide disposent d'un contexte suffisant pour comprendre la manière dont s'articulaient la loi sur les opérations garanties et celle sur l'insolvabilité et afin d'assurer une certaine cohérence entre les deux guides.

44. Afin de faciliter une meilleure compréhension de la relation entre le commentaire et les deux séries de recommandations, il a été suggéré que les

[3] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.10.

recommandations de la partie A et celles de la partie B soient présentées avec un commentaire distinct. En réponse, on a fait observer que cette présentation risquerait de laisser involontairement accroire que les questions examinées dans les recommandations de la partie B n'avaient pas été abordées dans le Guide sur l'insolvabilité et de donner lieu à des chevauchements et des incohérences. On a également suggéré de placer le chapitre sur l'insolvabilité à la fin du projet de guide, compte tenu du fait qu'il portait sur des questions à traiter dans la loi sur l'insolvabilité plutôt que dans la loi sur les opérations garanties. Cette proposition a recueilli un appui suffisant.

45. Il a été dit qu'il faudrait peut-être revoir la définition du terme "contrat financier" issue du Guide sur l'insolvabilité en fonction de la décision du Comité quant à la manière dont seraient traités les contrats financiers dans le projet de guide. Il a été répondu à cela que cette définition reprenait l'article 5, alinéa k), de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (2001)[4]. Il a été noté également que, si le Comité convenait d'une définition différente pour le projet de guide, il faudrait expliquer la manière dont s'articuleraient les deux définitions, mais qu'il n'était pas possible de modifier la définition du Guide sur l'insolvabilité (voir par. 137 à 142 ci-après).

46. D'autres propositions de clarification ont été faites, à savoir: ajouter la recommandation 63 du Guide sur l'insolvabilité, de manière à disposer d'éléments de contexte supplémentaires pour les recommandations relatives au financement postérieur à l'ouverture d'une procédure; et, si nécessaire, pour rendre le commentaire plus clair, ajouter d'autres recommandations issues du Guide sur l'insolvabilité. Ces propositions ont recueilli un appui suffisant.

47. Il a été convenu que la recommandation 174 (approche non unitaire) devrait être révisée pour tenir compte du fait que le Comité avait décidé de parler de "droit de réserve de propriété" et de "droit de crédit-bail" dans l'approche non unitaire du financement d'acquisitions (voir par. 69 à 75 ci-après).

48. En ce qui concerne la recommandation 181, il a été convenu qu'elle devait être révisée de manière à clarifier qu'un accord de cession de rang n'aurait force obligatoire dans une procédure d'insolvabilité que s'il avait un effet juridique en dehors de la loi sur l'insolvabilité.

49. Sous réserve des modifications susmentionnées, le Comité a confirmé que la présentation des définitions et recommandations était appropriée et il a adopté les recommandations 173 à 183.

b) Commentaire (A/CN.9/631/Add.8)

50. Notant qu'il était cohérent avec le Guide sur l'insolvabilité, le Comité a approuvé quant au fond le commentaire du chapitre XI, sous réserve que soient apportées les modifications suivantes:

a) Le commentaire devrait contenir des références plus explicites aux recommandations pertinentes et étudier d'autres recommandations du Guide sur l'insolvabilité;

[4] Résolution 56/81 de l'Assemblée générale, annexe.

b) L'origine des éléments provenant du Guide sur l'insolvabilité devrait être clairement expliquée au lecteur;

c) Il faudrait approfondir encore la discussion sur la loi applicable et la placer à la fin du commentaire.

6. Chapitre XII. Droits liés au financement d'acquisitions

a) Recommandations (A/CN.9/631, recommandations 184 à 201)

51. On a exprimé la crainte que l'obligation d'inscription d'un avis dans le registre général des sûretés pour rendre opposable une vente avec réserve de propriété ou un crédit-bail n'ait des incidences négatives sur des pratiques utiles et n'affaiblisse la notion de "propriété". Il a été dit que la requalification de la propriété en sûreté risquait de créer de gros problèmes en cas non seulement de ventes avec réserve de propriété et de crédits-bails, mais aussi d'opérations de rachat et autres contrats financiers. On a également fait observer que la notion de "constituant" n'était pas appropriée dans le cas d'une vente avec réserve de propriété ou d'un crédit-bail et qu'en tout état de cause, l'inscription du droit de propriété ne devrait pas être exigée. On a en outre indiqué qu'un manque de souplesse risquait de compromettre l'acceptabilité du projet de guide, car l'utilité de ce dernier se mesurerait en grande partie à sa souplesse. On a souligné que plusieurs problèmes importants devaient être réglés pour qu'un consensus puisse se dégager sur la question. Afin de résoudre ces problèmes, on a proposé que les ventes avec réserve de propriété et les crédits-bails ne soient pas requalifiés en sûretés ni ne soient soumis à inscription d'un avis dans le registre général des sûretés.

52. Cette proposition a suscité des objections. Il a été dit que le projet de guide ne requalifiait pas les ventes avec réserve de propriété ou les crédits-bails mais qu'il tirait simplement les conséquences du fait que, dans une vente avec réserve de propriété ou un crédit-bail, la propriété était diminuée à hauteur du montant du prix d'achat ou du loyer restant à régler. Il a aussi été dit que la vente avec réserve de propriété concernait des biens meubles corporels autres que des instruments et des documents négociables et non les valeurs mobilières et les contrats financiers, qui devaient encore être examinés. Il a également été déclaré que ce qui était inscrit au registre n'était autre qu'un avis sur une opération, lequel servait à informer les tiers que la personne en possession des biens n'en était peut-être pas propriétaire. De plus, on a fait observer que, comme il ressortait des travaux de nombreuses organisations internationales et institutions financières internationales, une loi moderne sur les opérations garanties ne pourrait effectivement contribuer à améliorer l'accès au crédit garanti – objectif primordial en particulier pour les pays en développement et les pays à économie en transition – qu'à condition d'avoir une portée large et de prévoir l'inscription de toutes les opérations faisant office de sûreté. On a aussi souligné que le projet de guide n'était ni un traité contraignant ni une loi type et qu'il revenait aux États d'en adopter ou non les recommandations, en totalité ou en partie. Rappelant qu'à sa trente-neuvième session, la Commission avait adopté quant au fond les recommandations, y compris celles relatives aux mécanismes de financement d'acquisitions[5], le Comité a pris note des décisions de

[5] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 63 à 70.

principe qu'elle avait prises concernant le chapitre sur les droits liés au financement d'acquisitions.

i) Section A. Approche unitaire des droits liés au financement d'acquisitions

53. S'agissant de la recommandation 192 (approche unitaire), on s'est inquiété de ce que le traitement différent des stocks (à savoir le fait qu'aucun délai de grâce n'était prévu et qu'une notification aux parties inscrites octroyant un financement sur stocks était exigée) ne fasse obstacle à ce type de financement. Pour remédier à cela, il a été proposé que la recommandation 189 s'applique également aux stocks.

54. Cette proposition a suscité des objections, au motif que les paragraphes 114 à 118 du commentaire du chapitre XII (A/CN.9/631/Add.9) expliquaient suffisamment la nécessité d'un traitement différent des sûretés réelles mobilières grevant des stocks en garantie du paiement de leur acquisition.

55. Au sujet de la recommandation 199 (approche unitaire), on a proposé que la superpriorité des sûretés réelles mobilières grevant des stocks, pour les mêmes raisons qui expliquaient qu'elle ne s'étendait pas aux créances, ne s'étende pas non plus aux autres droits à paiement, tels que les instruments négociables, les droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire et les droits à paiement en vertu d'un engagement de garantie indépendant. Cette proposition a reçu un appui suffisant. Le Comité a décidé de conserver le texte figurant entre crochets dans la recommandation 199 et de supprimer les crochets.

56. Sous réserve des modifications susmentionnées, le Comité a adopté les recommandations 184 à 201 de la section A (approche unitaire) du chapitre XII du projet de guide.

ii) Section B. Approche non unitaire des droits liés au financement d'acquisitions

57. S'agissant de la recommandation 191 (approche non unitaire), on a jugé que, dans la mesure où elle faisait référence à la notion de priorité, qui n'avait pas sa place concernant des mécanismes de transfert de la propriété, elle ne constituait pas vraiment une approche distincte et ne présentait donc pas d'utilité.

58. Pour régler ce problème, il a été suggéré de modifier la recommandation 191 et les autres recommandations de la section B (approche non unitaire) du chapitre XII du projet de guide pour y employer une terminologie qui soit compatible avec les mécanismes de transfert de la propriété. Cette suggestion a été suffisamment appuyée. Le Comité est convenu que les recommandations de la section B devraient être reformulées compte tenu de cet objectif. Il a également été convenu que la recommandation 191 (approche non unitaire) devrait être modifiée pour indiquer qu'un prêteur pouvait obtenir une sûreté en garantie du paiement d'une acquisition directement auprès du constituant ou un droit lié au financement d'une acquisition moyennant cession de l'obligation garantie par le fournisseur (voir aussi par. 77 à 79 et 89 ci-après).

59. S'agissant de la recommandation 192 (approche non unitaire), un certain nombre de préoccupations ont été exprimées. On a tout d'abord craint qu'il ne soit pas facile de déterminer laquelle, de la recommandation 189 ou de la recommandation 192, devait s'appliquer, car les stocks entre les mains du vendeur pouvaient être du matériel entre les mains de l'acheteur, et le projet de guide ne

précisait pas entre les mains de qui les biens devaient constituer des stocks. On s'est ensuite inquiété de ce que les tiers apportant un financement n'auraient aucun moyen de savoir si des stocks ou des biens meubles corporels autres que des stocks faisaient l'objet d'une opération. On a par ailleurs craint que l'obligation de procéder à l'inscription d'un avis au registre général des sûretés et d'adresser une notification aux parties inscrites octroyant un financement sur stocks avant la remise des biens meubles corporels ne retarde et ne complique les opérations, en particulier les opérations internationales, dans lesquelles il fallait composer avec plusieurs registres et plusieurs langues. De plus, on a constaté avec inquiétude que les obligations d'inscription et de notification avaient pour effet de favoriser la partie octroyant un financement sur stocks par rapport au fournisseur de biens meubles corporels à crédit. Pour répondre à ces préoccupations, il a été suggéré de fusionner les recommandations 189 et 192 de manière à ce qu'une seule règle, analogue à la recommandation 189, s'applique à la priorité des sûretés grevant aussi bien des stocks que d'autres biens meubles corporels.

60. Il a été fait objection à cette suggestion. Il a été dit que le terme "stocks" était largement utilisé dans la plupart des systèmes juridiques et qu'il était défini dans le projet de guide et y était mentionné dans plusieurs recommandations. On a également fait observer que des biens meubles corporels étaient ou non qualifiés de stocks selon que le constituant (par exemple l'acheteur dans une opération de financement d'acquisitions) les considérait ou non comme tels. En outre, il a été dit qu'un système de registre moderne ainsi qu'une inscription et un avis uniques visant une ou plusieurs opérations de financement d'acquisitions entre les mêmes parties sur une longue période (cinq ans par exemple; voir la recommandation 196) n'entraîneraient pas de coûts ou de retards dans les opérations commerciales. De plus, on a souligné que la difficulté relative aux opérations internationales ne se posait pas uniquement dans le contexte des opérations de financement d'acquisitions. Il a été dit également que la recommandation 192 permettait d'assurer un équilibre entre les différents intérêts en présence, dans la mesure où les droits du fournisseur seraient prioritaires sous réserve du respect des obligations normales de diligence raisonnable (y compris sur la question de savoir si les biens constituaient des stocks), les droits de la partie octroyant un financement sur stocks seraient suffisamment protégés grâce aux obligations d'inscription et de notification et l'acheteur bénéficierait de conditions de crédit compétitives. Enfin, il a été dit que le régime envisagé par le projet de guide constituerait une amélioration par rapport à la situation actuelle dans beaucoup de systèmes juridiques, où la réserve de propriété était perdue si les biens concernés étaient exportés vers un État ou transitaient par un État qui ne reconnaissait pas ce mécanisme. Le projet de guide prévoyait qu'en pareilles circonstances, au lieu de perdre totalement sa sûreté, le fournisseur bénéficiant d'une réserve de propriété conserverait une sûreté.

61. À cela, il a été répondu qu'il faudrait adopter une approche plus souple, les opérations commerciales et financières n'étant pas soumises aux mêmes conditions dans tous les pays. On a également fait observer que cette souplesse était inhérente à un guide qui, par définition, était conçu pour apporter aux États des conseils qu'ils étaient libres de suivre ou non. On a donc suggéré de proposer deux solutions alternatives sur ce point, l'une traitant différemment les stocks et les autres biens meubles corporels (conformément aux recommandations 189 et 192) et l'autre les traitant de la même manière (sur le modèle de la recommandation 189).

62. Des avis divergents ont été exprimés quant aux conséquences économiques d'une telle approche. Selon un avis, celle-ci nuirait au financement sur stocks, ce qui pourrait donner lieu à un resserrement général du crédit. Selon un autre avis, l'utilité du projet de guide risquait de se trouver diminuée s'il proposait plusieurs solutions à des questions importantes comme celle de la priorité. Selon un autre avis encore, cette approche assurait un bon équilibre entre tous les intérêts en présence et devait être adoptée.

63. Le Comité est convenu que, afin de rendre le projet de guide suffisamment souple pour répondre à des besoins qui différaient d'un État à l'autre, il faudrait proposer une solution alternative aux recommandations 189 et 192, tant à la section A qu'à la section B du chapitre XII (approche unitaire et approche non unitaire). Cette solution prendrait la forme d'une nouvelle recommandation semblable à la recommandation 189, qui poserait des règles de priorité applicables aux sûretés en garantie du paiement d'acquisitions ou aux droits liés au financement d'acquisitions sur des biens meubles corporels. Il a été convenu également que le commentaire devrait appeler l'attention du législateur sur les conséquences économiques et autres de chaque option (voir par. 88 à 90 ci-après).

64. S'agissant de la recommandation 194, il a été estimé qu'il serait peut-être utile de la clarifier, car elle semblait viser les décisions de justice obtenues après que la sûreté avait été constituée mais avant qu'elle ait été rendue opposable (voir par. 92 ci-après).

65. S'agissant des recommandations 198 et 199, il a été convenu d'en modifier la formulation pour tenir compte de la solution alternative aux recommandations 189 et 192, sans toutefois modifier le principe dont elles s'inspiraient. Ainsi, la priorité prévue dans la nouvelle recommandation devrait s'étendre au produit de biens meubles corporels autres que des stocks (par exemple du matériel), ainsi qu'au produit de stocks, à l'exception du produit sous forme de créances ou d'autres droits à paiement.

66. Le sentiment général était que l'extension, au produit de stocks, de la priorité accordée aux droits liés au financement d'acquisitions risquerait de nuire au financement par cession de créances. De l'avis général également, on s'écartait ainsi inutilement de la législation en vigueur dans la plupart des États, dans laquelle cette priorité était limitée aux biens sur lesquels portait le droit lié au financement d'acquisitions, et ne s'étendait pas à leur produit. On a également fait observer que, dans les rares États où cette priorité s'étendait au produit de stocks, elle était perdue dès lors que les biens étaient mélangés avec d'autres biens du même type et perdaient leur identité propre (voir par. 98 ci-après).

67. Rappelant qu'il avait décidé d'utiliser, dans les recommandations de la section B (approche non unitaire) du chapitre XII du projet de guide, une terminologie reposant sur la notion de "propriété" (voir par. 58 ci-dessus), le Comité a examiné une proposition relative à certaines définitions et aux recommandations portant sur l'approche non unitaire du financement d'acquisitions. Il a été expliqué que les modifications proposées avaient pour but: d'employer une terminologie se rapportant à la propriété, qui était l'essence de l'approche non unitaire, plutôt qu'aux sûretés; de suivre l'ordre et la structure des recommandations de l'approche unitaire; et d'appliquer le principe de l'équivalence fonctionnelle des sûretés réelles mobilières et des utilisations de la propriété à des fins de garantie et celui de

l'égalité de traitement de toutes les parties finançant des acquisitions. On a fait observer qu'il découlait de ces deux principes que non seulement les vendeurs et les crédit-bailleurs, mais encore les prêteurs, pouvaient obtenir un droit lié au financement d'une acquisition bénéficiant d'une superpriorité (c'est-à-dire une priorité à la date de la remise des biens meubles corporels autres que des stocks, sous réserve qu'un avis soit inscrit au registre général des sûretés avant l'expiration du délai de grâce applicable). On a fait observer également que, à défaut d'une telle inscription, les vendeurs ou les crédit-bailleurs obtiendraient une sûreté normale à laquelle s'appliqueraient les règles générales de priorité (c'est-à-dire que leur sûreté sur des biens meubles corporels autres que des stocks prendrait rang à la date de l'inscription d'un avis les concernant, date qui serait postérieure à l'expiration du délai de grâce).

68. Bien que, de l'avis général, la proposition constitue un bon point de départ pour les débats, il a été dit qu'aucune décision définitive ne pourrait être prise. À cet égard, il a été observé que la proposition ne faisant que reformuler des recommandations dont le fond (c'est-à-dire les principes sous-jacents) avait déjà été approuvé par la Commission à sa trente-neuvième session[6] et par le Groupe de travail VI (Sûretés) à sa douzième session (A/CN.9/620, par. 84 à 90). Il a été dit également que, pour que la Commission puisse adopter le projet de guide à la reprise de sa quarantième session, il était essentiel d'achever l'examen des questions traitées pendant la première partie de la session. Le Comité est donc convenu de procéder à l'examen de la proposition afin d'adopter les définitions et les recommandations en question.

69. S'agissant des définitions, on a proposé que le projet de guide utilise les termes "droit de réserve de propriété" et "droit du crédit-bailleur" plutôt que le terme "droit lié au financement d'une acquisition" (A/CN.9/631/Add.1, par. 19). De l'avis général, l'emploi de ces termes serait davantage conforme à la terminologie relative aux mécanismes de transfert de la propriété.

70. S'agissant du terme "droit de réserve de propriété", le texte suivant a été proposé:

> "Le terme 'droit de réserve de propriété', uniquement employé dans l'approche non unitaire, désigne le droit du vendeur sur des biens meubles corporels, autres que des instruments ou des documents négociables, découlant d'un accord avec l'acheteur en vertu duquel la propriété des biens meubles corporels faisant l'objet de la vente n'est pas transférée du vendeur à l'acheteur tant que n'a pas été remboursé leur prix d'achat, et comprend tout arrangement par lequel un créancier qui a octroyé un crédit pour permettre à une personne d'acquérir la possession ou l'utilisation de biens meubles corporels, autres que des instruments ou documents négociables, se réserve le droit de devenir le propriétaire irrévocable de ces biens à titre d'exécution de l'obligation de remboursement."

71. Il a été noté que la première partie du texte proposé se basait sur la définition du terme "droit de réserve de propriété", tandis que la seconde partie ("et comprend … l'obligation de remboursement") reprenait le sous-alinéa iv) de la définition du terme "droit lié au financement d'une acquisition" (A/CN.9/631/Add.1, par. 19). Il a

[6] Ibid.

été noté aussi que la seconde partie visait les cas dans lesquels un vendeur transférait la propriété à un acheteur mais se réservait le droit de la recouvrer si le prix d'achat n'était pas payé en totalité dans les délais convenus. Cependant, il a été dit que la seconde partie pouvait être comprise comme visant également le cas d'un prêteur pouvant retenir la propriété des biens meubles corporels dont il finançait l'acquisition. Il a été observé en outre qu'une telle interprétation du terme "droit de réserve de propriété" serait incompatible avec le sens qui lui était donné dans la plupart des pays. On a dit aussi qu'il n'était pas nécessaire de compliquer la notion de "droit de réserve de propriété", dès lors que les recommandations précisaient qu'un prêteur pouvait obtenir un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail. De l'avis général, ce résultat était nécessaire si l'on voulait assurer l'équivalence économique entre propriété et sûretés et l'égalité de traitement de toutes les parties finançant des acquisitions.

72. Sous réserve d'examiner, dans le contexte de la recommandation 184 (voir par. 77 à 79 ci-après), la question de savoir si un prêteur pourrait obtenir un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail, le Comité est convenu que la seconde partie de la définition pouvait être supprimée. Il a été convenu également que des mots du type "ou transférée irrévocablement" pourraient être ajoutés à la première partie de la définition.

73. Pour la définition du terme "droit du crédit-bailleur", le texte suivant a été proposé:

> "Le terme 'droit du crédit-bailleur', employé uniquement dans l'approche non unitaire, désigne le droit d'un bailleur sur des biens meubles corporels, autres que des instruments ou des documents négociables, faisant l'objet d'un bail à la fin de la durée duquel:
>
> i) Le preneur devient automatiquement propriétaire des biens meubles corporels objets du bail;
>
> ii) Le preneur peut acquérir la propriété en payant tout au plus un prix symbolique; ou
>
> iii) Les biens meubles corporels ont tout au plus une valeur résiduelle symbolique.
>
> Le terme inclut un accord de location-vente."

74. Le Comité a noté que le texte proposé se fondait sur la définition du terme "crédit-bail" (voir A/CN.9/631/Add.1, par. 19). Il est convenu que, afin de s'aligner sur le terme "droit de réserve de propriété", il faudrait parler plutôt de "droit de crédit-bail".

75. Le Comité a adopté les définitions ci-dessus, sous réserve des quelques modifications de forme apportées par le Groupe de rédaction. Il a été convenu que la signification des définitions devrait être expliquée dans le commentaire.

76. Le Comité a adopté la sous-section "Objet" des recommandations de la section B (approche non unitaire) du chapitre XII du projet de guide.

77. Le Comité a examiné ensuite la proposition ci-dessous de nouvelle recommandation 184:

"**Diverses méthodes de financement d'acquisitions**

184. La loi devrait prévoir un régime des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions identique à celui adopté dans le système unitaire. Tous les créanciers, à la fois fournisseurs et prêteurs, peuvent acquérir une telle sûreté conformément à ce régime. La loi devrait prévoir en outre un régime de financement des acquisitions fondé sur la vente avec réserve de propriété et le crédit-bail. Elle devrait également prévoir qu'un prêteur peut bénéficier d'un droit de réserve de propriété et d'un droit du crédit-bailleur au moyen d'une cession des obligations dues au vendeur ou au bailleur."

78. Il a été convenu que les trois premières phrases étaient suffisantes pour énoncer le principe de l'équivalence fonctionnelle entre les ventes avec réserve de propriété (et les crédits-bails) et les opérations garanties ainsi que le principe de l'égalité de traitement entre toutes les parties finançant des acquisitions. En revanche, pour la dernière phrase, on a fait observer que, si un prêteur pouvait obtenir un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail uniquement par cession de l'obligation due au vendeur ou au crédit-bailleur, le consentement de ces derniers serait nécessaire. Il a été expliqué que le prêteur devrait alors fournir une contrepartie, conséquence qui risquait d'anéantir les avantages que les acheteurs ou les preneurs pouvaient tirer de la concurrence entre fournisseurs de financement d'acquisitions. Pour régler ce problème, il a été proposé de mentionner, dans la recommandation 184, la possibilité pour un prêteur d'acquérir un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail en payant le vendeur ou le crédit-bailleur et en étant subrogé dans les droits de ces derniers vis-à-vis de l'acheteur ou du preneur. Cette proposition a recueilli un appui suffisant.

79. Sous réserve d'ajouter à la fin du texte proposé les mots "ou subrogation", le Comité a adopté la nouvelle recommandation 184 proposée. Il a également été convenu d'expliquer brièvement, dans le commentaire, la subrogation et la façon dont les prêteurs pouvaient acquérir des droits de réserve de propriété ou de crédit-bail par subrogation.

80. Le Comité a examiné la proposition ci-dessous de nouvelle recommandation 185:

"**Équivalence entre un droit de réserve de propriété ou un droit du crédit-bailleur et une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition**

185. Les règles régissant le financement d'acquisitions devraient produire des résultats économiques qui soient fonctionnellement équivalents, que le droit du créancier soit un droit de réserve de propriété, un droit du crédit-bailleur ou une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition."

81. Il a été noté que le texte proposé se fondait sur le libellé initial de la recommandation 184 figurant dans le document A/CN.9/631. Le Comité a adopté la nouvelle recommandation 185 proposée.

82. Le Comité a examiné la proposition ci-dessous de nouvelle recommandation 186:

"**Prescriptions en matière de preuve pour le droit de réserve de propriété et le droit du crédit-bailleur**

186. La loi devrait prévoir qu'un droit de réserve de propriété ou un droit du crédit-bailleur doit être constaté par écrit avant que l'acheteur ou le preneur n'obtienne la possession des biens meubles corporels faisant l'objet du droit en question."

83. Il a été noté que, contrairement au texte original de la recommandation 185 figurant dans le document A/CN.9/631, sur lequel se basait la nouvelle recommandation 186 proposée et qui parlait de "constitution", la nouvelle recommandation parlait elle de "prescriptions en matière de preuve". On a expliqué qu'une vente avec réserve de propriété conférait à l'acheteur une sorte de droit de propriété éventuel, dont la valeur était égale au montant de la fraction payée du prix d'achat, mais ne "constituait" pas un droit de propriété à proprement parler. Le Comité a adopté la nouvelle recommandation 186 proposée.

84. Le Comité a examiné la proposition ci-après de nouvelle recommandation 187:

"**Droit d'un acheteur ou d'un preneur à bail de constituer une sûreté réelle mobilière sur la valeur résiduelle des biens vendus ou loués**

187. La loi devrait prévoir qu'un acheteur ou un preneur à bail peut constituer une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels faisant l'objet d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit du crédit-bailleur. Cette sûreté n'est réalisable qu'à concurrence de la valeur résiduelle de ces biens après que l'obligation due au vendeur ou au crédit-bailleur a été remboursée."

85. Il a été noté que la première phrase du texte proposé se fondait sur le texte initial de la recommandation 185 *bis* figurant dans le document A/CN.9/631. Il a toutefois été largement estimé que la deuxième phrase allait au-delà de l'intention voulue, à savoir limiter la sûreté réelle mobilière constituée par l'acheteur sur les biens meubles corporels à la fraction payée de leur prix d'achat. On a dit que le texte ne visait pas à traiter de la réalisation, mais plutôt à énoncer une règle de priorité, selon laquelle le vendeur réservataire ou le crédit-bailleur seraient remboursés avant un créancier garanti qui aurait obtenu un droit sur les biens auprès de l'acheteur ou du preneur à bail. Il a été convenu de reformuler la deuxième phrase à peu près comme suit: "Cette sûreté est limitée à la valeur résiduelle de ces biens dépassant le montant de l'obligation due au vendeur ou au crédit-bailleur." Sous réserve de cette modification, le Comité a adopté la nouvelle recommandation 187 proposée.

86. Le Comité a examiné la proposition ci-après de nouvelle recommandation 188:

"**Opposabilité d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit du crédit-bailleur sur des biens de consommation**

188. La loi devrait prévoir qu'un droit de réserve de propriété et un droit du crédit-bailleur sur des biens de consommation est opposable dès la conclusion de la vente ou du bail, à condition que ce droit soit constaté par écrit conformément à la recommandation 186."

87. Il a été noté que le texte proposé se fondait sur le texte initial de la recommandation 190 figurant dans le document A/CN.9/631. Il a également été noté que: le texte initial de la recommandation 186 était repris quant au fond dans les nouvelles recommandations 188 à 190 proposées (voir par. 86 ci-avant s'agissant de la nouvelle recommandation 188 et par. 88 ci-après pour les nouvelles recommandations 189 et 190); le texte original des recommandations 187 et 193 n'était pas nécessaire étant donné qu'un droit de réserve de propriété ou de crédit-bail sur des biens de consommation ne serait pas, normalement, soumis à inscription dans un registre de la propriété; le texte original de la recommandation 188 n'était pas nécessaire étant donné que la question qu'elle abordait relèverait normalement de l'opposabilité et non de la priorité. Le Comité a adopté la nouvelle recommandation 188 proposée.

88. Le Comité a examiné la proposition ci-après de nouvelles recommandations 189 et 190 (option A) ainsi qu'une proposition de nouvelle recommandation 189 (option B):

"**Option A**

Opposabilité d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit du crédit-bailleur sur des biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation

189. La loi devrait prévoir qu'un droit de réserve de propriété ou un droit du crédit-bailleur sur des biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation n'est opposable que si:

a) Le vendeur ou le bailleur reste en possession des biens meubles corporels objets de la vente ou du bail; ou

b) Un avis relatif au droit est inscrit dans un délai de [indiquer un délai bref, par exemple 20 ou 30 jours] après la remise de la possession des biens meubles corporels à l'acheteur ou au preneur à bail.

Opposabilité d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit du crédit-bailleur sur des stocks

190. La loi devrait prévoir qu'un droit de réserve de propriété ou un droit du crédit-bailleur sur des stocks n'est opposable que si:

a) Le vendeur ou le bailleur reste en possession desdits stocks; ou

b) Avant la remise des stocks à l'acheteur ou au preneur à bail:

i) Un avis concernant le droit est inscrit dans le registre général des sûretés; et

ii) Le vendeur ou le bailleur notifie par écrit à un créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière non liée à l'acquisition inscrite antérieurement et constituée par l'acheteur ou le preneur à bail sur des biens meubles corporels du même type que les stocks, son intention de faire valoir un droit de réserve de propriété ou un droit du crédit-bailleur. La notification devrait décrire les stocks de façon suffisante pour que le créancier garanti puisse déterminer la nature des stocks soumis au droit de réserve de propriété ou au droit du crédit-bailleur.

Option B

Opposabilité d'un droit de réserve de propriété ou du droit du crédit-bailleur sur des biens meubles corporels autres que des biens de consommation

189. La loi devrait prévoir qu'un droit de réserve de propriété ou un droit du crédit-bailleur sur des biens meubles corporels autres que des biens de consommation est opposable seulement si:

a) Le vendeur ou le bailleur reste en possession des biens meubles corporels; ou

b) Un avis relatif au droit est inscrit dans un délai de [indiquer un bref délai, par exemple 20 ou 30 jours] après la remise des biens meubles corporels à l'acheteur ou au preneur à bail."

89. Le Comité a noté que l'option A se fondait sur le texte original des recommandations 189 et 192 figurant dans le document A/CN.9/631, tandis que l'option B reflétait l'accord auquel il était parvenu, à savoir qu'il ne fallait pas établir de distinction entre les stocks et les biens meubles corporels autres (voir par. 63 ci-avant). Il a aussi été noté que le texte original de la recommandation 190 du document A/CN.9/631 n'était plus nécessaire, car la question était traitée par la nouvelle recommandation 188 proposée, laquelle prévoyait que la vente de biens de consommation avec réserve de propriété était opposable dès la conclusion du contrat de vente. Il a également été noté que le texte original de la recommandation 191 figurant dans le document A/CN.9/631 n'était plus nécessaire car la nouvelle recommandation 184 proposée (voir par. 77 à 79 ci-avant) en reflétait les principes.

90. Il a été dit que l'option A et l'option B devraient mentionner l'inscription d'un avis dans le registre général des sûretés tant pour le droit de réserve de propriété que pour le droit de crédit-bail, de façon à ce que le registre couvre l'ensemble des divers droits, ce qui irait dans le sens de l'efficacité et de la transparence. Le Comité a adopté les nouvelles recommandations 189 et 190 (option A) et la nouvelle recommandation 189 (option B) proposées.

91. Le Comité a examiné la proposition ci-après de nouvelle recommandation 191:

"**Opposabilité d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit du crédit-bailleur sur un bien rattaché à un bien immeuble à des droits concurrents sur le bien immeuble inscrits antérieurement**

191. La loi devrait prévoir qu'un droit de réserve de propriété ou un droit du crédit-bailleur sur un bien meuble corporel devant être rattaché à un bien immeuble est opposable à des droits existants sur le bien immeuble qui sont inscrits sur le registre immobilier (autre qu'un droit garantissant un prêt destiné à financer la construction de l'immeuble) seulement s'il est inscrit sur le registre immobilier dans un délai de [indiquer un bref délai, par exemple 20 ou 30 jours] après que le bien meuble corporel est devenu un bien rattaché."

92. Il a été noté que la nouvelle recommandation 188 proposée, qui prévoit que le vendeur réservataire ou le crédit-bailleur n'a pas besoin de s'enregistrer dans quelque registre de la propriété que ce soit, reflétait sur le fond le texte original de la recommandation 193 du document A/CN.9/631. Il a également été noté que le texte original de la recommandation 194 figurant dans le document A/CN.9/631

n'était plus nécessaire car le vendeur réservataire ou le crédit-bailleur en tant que propriétaire aurait toujours la priorité sur un créancier judiciaire de l'acheteur ou du preneur. Il a été noté en outre que la nouvelle recommandation 191 reformulait de façon satisfaisante le texte original de la recommandation 195. Le Comité a adopté la nouvelle recommandation 191 proposée.

93. Le Comité a examiné la proposition ci-après de nouvelle recommandation 192:

"**Une notification ou un avis suffit**

192. La loi devrait prévoir qu'une notification unique adressée aux créanciers garantis titulaires de sûretés réelles mobilières non liées à des acquisitions inscrites antérieurement conformément à la recommandation 190 peut couvrir le droit de réserve de propriété et le droit du crédit-bailleur découlant d'une ou de plusieurs ventes avec réserve de propriété ou d'un ou de plusieurs crédits-bails entre les mêmes parties sans qu'il soit nécessaire d'identifier chaque opération. La notification ne produit cependant d'effet que pour les droits sur les biens meubles corporels qui sont remis en la possession de l'acheteur ou du preneur dans un délai de [indiquer le délai, par exemple cinq ans] après avoir été adressée."

94. Il a été noté que le texte proposé se fondait sur le texte initial de la recommandation 196 du document A/CN.9/631. Étant donné que la notification aux parties inscrites octroyant un financement sur les stocks était exigée uniquement dans l'option A de la recommandation 190 (approche non unitaire), il a été convenu que la nouvelle recommandation 192 proposée devrait suivre la nouvelle recommandation proposée dans cette option (voir par. 88 ci-avant). Il a été convenu aussi qu'il serait préférable de parler d'"avis" (notice) plutôt que de "notification" car dans certaines langues, ces deux termes avaient le même sens, et le projet de guide n'employait le second que dans l'expression "notification de la cession". Sous réserve de ces modifications, le Comité a adopté la nouvelle recommandation 192 proposée.

95. Le Comité a examiné la proposition ci-après de nouvelle recommandation 193:

"**Une inscription ou un avis suffit**

193. La loi devrait prévoir que l'inscription d'un seul avis suffit pour assurer l'opposabilité d'un droit de réserve de propriété et d'un droit du crédit-bailleur acquis dans le cadre d'opérations multiples conclues entre les mêmes parties, qu'elles aient été conclues avant ou après l'inscription, dans la mesure où elles portent sur des biens meubles corporels qui entrent dans la description figurant dans l'avis."

96. Il a été noté que le texte proposé se fondait sur le texte initial de la recommandation 197 figurant dans le document A/CN.9/631. Sous réserve qu'il soit fait référence à l'inscription seulement dans le titre, le Comité a adopté la nouvelle recommandation 193 proposée.

97. Le Comité a examiné la proposition ci-après de nouvelles recommandations 194 à 197:

"**Extension d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit du crédit-bailleur sur le produit de biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation**

194. La loi devrait prévoir qu'un droit de réserve de propriété ou un droit du crédit-bailleur sur des biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation s'étend au produit de ces biens (y compris au produit du produit).

Opposabilité d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit du crédit-bailleur sur le produit de biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation

195. La loi devrait prévoir qu'un droit de réserve de propriété ou un droit du crédit-bailleur sur le produit est opposable seulement si ce produit est décrit de façon générique dans l'avis inscrit par lequel les droits du vendeur ou du bailleur ont été rendus opposables ou si le produit prend la forme d'espèces, de créances, d'instruments négociables ou de droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire.

196. Si la recommandation 195 ne s'applique pas, le droit sur le produit est opposable pendant [à spécifier] jours après que naît le produit et de manière permanente par la suite, à condition qu'un avis concernant le droit sur le produit soit inscrit dans le registre général des sûretés avant l'expiration de ce délai.

Extension d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit du crédit-bailleur au produit de stocks

197. La loi devrait prévoir qu'un droit de réserve de propriété ou un droit du crédit-bailleur sur des stocks s'étend à leur produit, autre que le produit prenant la forme de créances, d'instruments négociables, de fonds crédités sur un compte bancaire et l'obligation de payer en vertu d'un engagement de garantie indépendant (y compris au produit du produit), à condition que le vendeur ou le bailleur adresse une notification aux créanciers garantis inscrits antérieurement qui détiennent des sûretés sur des biens meubles corporels du même type que le produit avant que naisse ce dernier."

98. Il a été noté que les nouvelles recommandations 194 et 197 proposées se fondaient sur le texte initial des recommandations 198 et 199 du document A/CN.9/631, alors que les nouvelles recommandations 195 et 196 proposées se fondaient sur le texte initial des recommandations 40 et 41 du document A/CN.9/631.

99. Il a été dit que les nouvelles recommandations 194 et 197 proposées devraient être harmonisées avec l'approche adoptée dans la plupart des pays où le droit de réserve de propriété et le droit de crédit-bail étaient considérés comme des mécanismes distincts des opérations garanties et ne s'étendaient pas au produit; et où l'on ne faisait pas de distinction entre le produit de stocks et celui de biens meubles corporels autres que les stocks. En réponse, on a fait observer qu'un moyen d'éviter une incompatibilité avec le régime applicable aux mécanismes de transfert de la propriété serait de prévoir qu'un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail ne s'étendrait pas au produit et que le vendeur réservataire ou le crédit-bailleur aurait à la place une sûreté normale sur le produit, à laquelle s'appliqueraient les règles générales en matière d'opposabilité et de priorité (conformément aux recommandations 40, 41 et 80). Il a été dit en outre que, pour garantir les mêmes résultats dans l'approche unitaire et dans l'approche non

unitaire, cette sûreté devrait avoir une superpriorité sur le produit prenant la forme de matériel, mais pas sur le produit de stocks prenant la forme des droits à paiement mentionnés dans la nouvelle recommandation 197 proposée.

100. Sous réserve de ces modifications, le Comité a approuvé provisoirement sur le fond les nouvelles recommandations 194 et 197 proposées, mais est convenu de recommander à la Commission d'examiner à la reprise de sa quarantième session une version révisée des recommandations.

101. Le Comité a examiné la proposition ci-après de nouvelle recommandation 198:

"**Effet du défaut d'opposabilité d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit du crédit-bailleur**

198. La loi devrait prévoir que, s'il ne respecte pas les conditions requises pour obtenir l'opposabilité d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit du crédit-bailleur, le vendeur ou le crédit-bailleur a une sûreté sur le bien meuble corporel objet de la vente ou du bail et le régime général des sûretés réelles mobilières s'applique."

102. Il a été suggéré de modifier le nouveau texte proposé pour indiquer clairement que, si un vendeur réservataire ou un crédit-bailleur n'inscrivait pas d'avis sur le registre général des sûretés avant l'expiration du délai de grâce applicable, il conserverait une sûreté à l'égard des tiers (à condition d'inscrire un avis), mais la propriété serait transférée à l'acheteur. À propos de cette suggestion, on a fait observer que, du moins entre le vendeur et l'acheteur (ou entre le bailleur et le preneur), la propriété ne pourrait être transférée avant le paiement intégral du prix. Pour tenir compte de cette observation, il a été suggéré de modifier le texte proposé pour indiquer que la propriété passerait à l'acheteur ou au preneur, "à l'égard des tiers", et que le vendeur ou le bailleur aurait une sûreté, à condition d'inscrire un avis sur le registre général des sûretés après l'expiration du délai de grâce. Cette suggestion a bénéficié d'un appui suffisant. Sous réserve de cette modification, le Comité a adopté la nouvelle recommandation 198 proposée. Il a également été convenu que cette dernière (de même que toutes les recommandations nouvelles ou révisées) serait expliquée dans le commentaire.

103. Le Comité a examiné la proposition ci-après de nouvelles recommandations 199 à 201:

"Réalisation après défaillance du droit de réserve de propriété ou du droit du crédit-bailleur

199. La loi devrait prévoir, pour la réalisation après défaillance du droit de réserve de propriété et du droit du crédit-bailleur, un régime indiquant:

a) Comment le vendeur ou le bailleur peut obtenir la possession du bien meuble corporel objet de la vente ou du bail;

b) Si le vendeur ou le bailleur est tenu de disposer du bien meuble corporel et, dans l'affirmative, comment;

c) Si le vendeur ou le bailleur peut conserver tout excédent; et

d) Si le vendeur ou le bailleur peut demander à l'acheteur ou au preneur le paiement du solde restant dû.

200. La loi devrait prévoir que le régime qui s'applique à la réalisation après défaillance d'une sûreté s'applique à la réalisation après défaillance du droit de réserve de propriété et du droit du crédit-bailleur, sauf dans la mesure nécessaire pour préserver la cohérence du régime applicable à la vente et au bail.

Loi applicable au droit de réserve de propriété et au droit du crédit-bailleur

201. La loi devrait prévoir que ses dispositions sur le droit international privé s'appliquent au droit de réserve de propriété et au droit du crédit-bailleur."

104. Il a été noté que le texte proposé se fondait sur le libellé original des recommandations 200 et 201 du document A/CN.9/631. Sous réserve de remplacer le terme "droit du crédit-bailleur" par "droit de crédit-bail" (voir par. 74 ci-avant), le Comité a adopté la proposition de nouvelles recommandations 199 à 201.

105. Sous réserve des modifications susmentionnées et des modifications du commentaire du chapitre qui en découleront, le Comité a adopté les recommandations 184 à 201 de la section B (approche non unitaire) du chapitre XII du projet de guide.

b) Commentaire (A/CN.9/631/Add.9)

106. Sous réserve de toutes modifications découlant de la révision des recommandations 184 à 201 (approche unitaire et approche non unitaire), le Comité a approuvé sur le fond le commentaire du chapitre XII.

7. Chapitre XIII. Droit international privé

a) Recommandations (A/CN.9/631, recommandations 202 à 222)

107. Il a été estimé que le titre du chapitre devrait être modifié pour refléter le contenu de ce dernier (à savoir la loi applicable aux sûretés). De l'avis général, le terme "droit international privé" était plus large que "conflit de lois" ou "loi applicable", du fait qu'il englobait les questions de compétence, ainsi que de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers. Il a été convenu qu'il faudrait remplacer l'actuel titre du chapitre par "conflit de lois" ou "loi applicable" ou encore tout autre titre que pourraient proposer les experts en terminologie de l'Organisation des Nations Unies.

108. En réponse à une question concernant la note de bas de page relative au chapitre, il a été observé que cette note mettait en valeur la contribution du Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé. Remerciant le Bureau permanent pour cette contribution, le Comité est convenu que celui-ci, plutôt que la Conférence, devrait être mentionné dans la note.

109. S'agissant de la recommandation 202, il a été convenu que la loi de l'État disposant d'un système d'inscription sur un registre spécialisé devait régir les sûretés grevant des biens meubles corporels soumis à un tel système d'inscription.

110. Il a aussi été suggéré que, concernant les sûretés sur des biens meubles corporels représentés par un document négociable, il soit fait référence à la loi de l'État dans lequel se trouvait le document. Le Comité est convenu d'étudier cette suggestion à un stade ultérieur de la session, après avoir eu la possibilité d'examiner

la version révisée de la recommandation 107 (Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un document négociable ou des biens meubles corporels représentés par un document négociable) (voir par. 130 à 134 ci-après). Il a également été proposé que le Comité examine la loi applicable au transfert d'une sûreté. À cet égard, il a été estimé qu'il faudrait suivre l'approche adoptée dans la Convention des Nations Unies sur la cession. Le Comité a décidé de n'aborder cette proposition qu'après avoir pu examiner toutes les recommandations du chapitre XIII (voir par. 127 ci-après).

111. La recommandation 204 a suscité un certain nombre de préoccupations. L'une d'elles était que cette règle pouvait certes convenir dans le cas de cessions de créances commerciales futures ou de cessions globales de créances commerciales, mais non dans le cas de créances nées de contrats financiers. Une autre inquiétude était que la règle en question risquait d'être inadaptée même dans le cas de créances commerciales. On a mentionné, à ce sujet, la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) présentée par la Commission européenne, dans laquelle étaient envisagées, comme loi applicable aux effets des cessions à l'égard des tiers, la loi du lieu où se trouvait le cédant ou la loi régissant la créance cédée. Une autre préoccupation encore était que la règle énoncée à la recommandation 204 entraînerait l'application de deux lois différentes dans le cas où une personne cédait des créances dans l'État X, puis partait dans l'État Y, où elle cédait une deuxième fois les mêmes créances. On a ajouté que le même problème se poserait si A, se trouvant dans l'État X, cédait une créance à B, situé dans l'État Y, qui la cédait à C, dans l'État Z. On a aussi craint qu'il ne soit difficile, pour les débiteurs des créances, de déterminer la loi qui s'appliquait à leur libération ou de s'assurer qu'ils n'aient pas affaire à un créancier inapproprié ou inacceptable. Compte tenu de toutes ces préoccupations, on s'est déclaré favorable à la loi régissant la créance.

112. Il a été répliqué que la question des contrats financiers n'avait pas encore été abordée (voir par. 137 à 142 ci-après). Quant aux créances commerciales, il a été observé que le projet de guide suivait l'approche de la Convention des Nations Unies sur la cession. Sur ce point, le Comité a rappelé qu'à sa trente-neuvième session, en 2006, "la Commission [avait] noté avec satisfaction que la Commission européenne partageait les inquiétudes exprimées dans la note du secrétariat (voir A/CN.9/598/Add.2, par. 34) et reconnaissait que l'adoption dans un instrument contraignant de l'Union européenne d'une règle sur la loi applicable aux effets des cessions à l'égard des tiers différente de celle retenue dans la Convention [des Nations Unies sur la cession] compromettrait la sécurité juridique obtenue au niveau international et pourrait avoir un impact négatif sur l'offre de crédit et le coût du crédit. Elle [avait] également noté avec satisfaction que la Commission européenne était disposée à coopérer étroitement avec son secrétariat afin, dans la mesure du possible, d'assurer la cohérence entre les deux instruments et de faciliter la ratification de la Convention par les États membres de l'Union"[7].

113. Par ailleurs, il a été fait observer que, selon la recommandation 216, seule s'appliquerait la loi de l'État où se trouvait le constituant au moment où se posait un conflit de priorité, et non pas deux lois. Il a aussi été dit que, d'après la recommandation 46, un cessionnaire dans l'État X pouvait préserver l'opposabilité

[7] Ibid., par. 243.

et la priorité s'il remplissait les conditions d'opposabilité dans l'État Y dans un certain délai. Il a également été souligné que, dans le projet de guide, aucun problème de priorité (auquel la recommandation 204 pourrait s'appliquer) ne se posait dans une situation où deux réclamants concurrents tiraient leur droit de personnes différentes (comme dans le cas d'une cession de A à B et de B à C). Il a en outre été fait observer que, dans l'alinéa a) de la recommandation 213, le débiteur d'une créance pourrait être libéré de ses obligations s'il effectuait un paiement conformément à la loi applicable à la créance, sans se préoccuper de savoir si la personne recevant le paiement était fondée à conserver le produit par rapport aux réclamants concurrents. De plus, il a été indiqué que la question de savoir si une créance était cessible, dans le cadre de l'alinéa b) de la recommandation 213, relevait aussi de la loi régissant la créance. Enfin, il a été noté qu'après les six années de négociations intergouvernementales menées au sein de la CNUDCI qui avaient débouché sur l'élaboration de la Convention des Nations Unies sur la cession et six autres années de négociations tout aussi détaillées ayant abouti à l'élaboration du projet de guide, il était clair que le principe de "la loi régissant la créance" entraînerait involontairement l'application de plusieurs lois, dans le cas typique d'une opération de financement par cession de créances reposant sur une cession globale de créances, et laisserait planer une incertitude quant à la loi applicable dans le cas tout aussi typique d'une opération de financement par cession de créances reposant sur une cession de créances futures.

114. Le Comité est convenu que la recommandation 204 prévoyait la loi appropriée et a rappelé la décision prise par la Commission à sa trente-neuvième session d'approuver quant au fond les recommandations du projet de guide, y compris la recommandation 204[8]. Il a aussi été convenu que le commentaire du chapitre devrait exposer dans le détail les raisons fondamentales qui justifient l'approche retenue dans la recommandation 204. Il a également été convenu que les préoccupations exprimées à propos de la loi applicable aux contrats financiers seraient examinées ultérieurement pendant la session.

115. Lors de la discussion, il a été noté que la recommandation 204 était l'une des recommandations qui ne conviendraient peut-être pas pour les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle et qu'elle devrait être revue dans le contexte de travaux futurs que la Commission pourrait entreprendre sur les sûretés grevant la propriété intellectuelle (voir par. 155 à 157 ci-après et A/CN.9/632, par. 81 à 86).

116. S'agissant de la recommandation 205, il a été convenu qu'il faudrait faire référence, dans cette recommandation et dans d'autres, à la loi en vertu de laquelle un système d'inscription sur un registre spécialisé était organisé, mais seulement si l'inscription sur un tel registre avait des conséquences en termes de priorité (et non des conséquences fiscales ou autres sans rapport avec la priorité).

117. Concernant la recommandation 206, compte tenu des positions fermes exprimées en faveur des variantes A et B, il a été convenu de conserver les deux variantes. Il a en outre été convenu que le commentaire devrait exposer pleinement les raisons justifiant chaque variante.

---

[8] Ibid., par. 74.

118. S'agissant de la recommandation 214, on a craint que la référence à la loi de l'État où avait lieu la réalisation ne soit source d'incertitudes pour les raisons suivantes: le lieu de la réalisation ne pouvait être prévu au moment de la conclusion d'une opération; dans les cas où les biens grevés comprenaient à la fois des biens meubles corporels et incorporels, cette approche risquait de conduire à l'application de plusieurs lois; et la réalisation pouvait demander plusieurs actes accomplis dans différents lieux, y compris ailleurs que dans le lieu de situation des biens grevés.

119. Afin de dissiper cette crainte, il a été suggéré de faire référence, pour la réalisation des sûretés réelles mobilières sur les biens meubles tant corporels qu'incorporels, à la loi régissant la priorité. À l'appui de cette suggestion, on a fait observer que la loi applicable à la réalisation d'une sûreté sur un bien meuble corporel serait la loi du lieu de situation du bien (sauf pour les biens meubles corporels soumis à un système d'inscription sur un registre spécialisé; voir la deuxième phrase de la recommandation 202) et que la loi applicable à la réalisation d'une sûreté sur un bien meuble incorporel serait la loi du lieu de situation du constituant (sauf pour certains droits à paiement; voir les recommandations 206 à 210). En réponse à une question, il a été expliqué que cette approche pourrait s'appliquer même dans les États qui n'employaient pas le terme "priorité" car ce dernier, interprété au sens large, couvrirait toute situation de conflit entre des droits concurrents.

120. Cette suggestion a suscité des objections. Il a été dit que le compromis auquel on était parvenu dans la recommandation 214 à l'issue de négociations longues et difficiles était une meilleure solution. On a également fait observer que la règle énoncée à l'alinéa a) de la recommandation 214 conduirait à l'application de la loi de l'État où avait lieu la réalisation aux questions tant de fond que de procédure et que la référence à la loi du lieu de situation du constituant était appropriée pour la réalisation de sûretés réelles mobilières grevant des biens meubles incorporels (sauf certains droits à paiement; voir recommandations 206 à 210).

121. À cela il a été objecté que, dans le cas d'une réalisation extrajudiciaire, aucune question de procédure ne se posait et que, de ce fait, la sécurité juridique que semblait conférer la règle énoncée à l'alinéa a) de la recommandation 214 était illusoire. On a ajouté que cette règle semblait partir de l'hypothèse, éventuellement fausse, que la réalisation aurait toujours lieu dans l'État où se trouvaient les biens. On a dit aussi que la priorité et la réalisation étaient si étroitement liées qu'elles devraient être soumises à la même loi.

122. En conséquence, il a été proposé de conserver les variantes, mais cette suggestion n'a pas été suffisamment appuyée. Il a été largement estimé que l'importance de la sécurité juridique quant à la loi applicable à la réalisation l'emportait sur les avantages de la souplesse conférée par des variantes de la recommandation. Il a été convenu de ne conserver que le libellé actuel de la recommandation 214 et d'examiner d'autres approches dans le commentaire.

123. S'agissant de la recommandation 215, il a été suggéré qu'elle fasse référence au lieu de situation de la succursale du constituant, qui présentait les liens les plus étroits avec la convention constitutive de sûreté. Notant que la recommandation 215 reflétait de manière adéquate l'approche correcte de la Convention des Nations Unies sur la cession (article 5, alinéa h)), le Comité a rappelé la décision de la

Commission à sa trente-neuvième session d'adopter la recommandation 215 quant au fond[9].

124. S'agissant de l'alinéa a) de la recommandation 216, il a été largement estimé que l'on devrait faire référence à la constitution d'une sûreté sur la base des faits et non de la loi. Pour tenir compte de cette interprétation, il a été suggéré de parler de constitution "présumée" ou "prétendue". Cette suggestion a bénéficié d'un soutien suffisant.

125. S'agissant de l'alinéa c) de la recommandation 218, il a été convenu de le modifier à peu près comme suit: "Les règles énoncées aux alinéas a) et b) de la présente recommandation ne permettent pas l'application des dispositions de la loi du for sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière ou sa priorité sur les droits des réclamants concurrents". Il a été dit que cette formulation garantirait que le for ne puisse pas utiliser des principes d'ordre public pour appliquer ses propres règles de droit matériel sur l'opposabilité ou la priorité. D'un autre côté, on a fait remarquer que le for pourrait ne pas tenir compte des règles de la loi applicable relatives à la constitution et appliquer à la place ses propres règles de droit matériel en la matière. En conséquence, le for pourrait refuser de reconnaître qu'une sûreté avait été valablement créée si cela n'était pas permis par son droit matériel (par exemple une sûreté sur un salaire).

126. S'agissant de l'alinéa b) de la recommandation 219, il a été convenu de le supprimer étant donné que la recommandation 220 traitait du même sujet.

127. Rappelant sa décision d'examiner la loi applicable au transfert d'une sûreté une fois qu'il aurait achevé son examen des recommandations du chapitre XIII (voir par. 110 ci-avant), le Comité est convenu que le commentaire pourrait examiner les effets du transfert d'une créance sur une sûreté garantissant le paiement de la créance et la loi applicable en la matière et exposer les approches adoptées par divers systèmes juridiques, sans toutefois faire de recommandation, dans la mesure où cette question relevait de la loi applicable aux obligations contractuelles.

128. Sous réserve des changements mentionnés ci-dessus et des modifications à apporter en conséquence au commentaire du chapitre, le Comité a adopté les recommandations 202 à 222.

b) Commentaire (A/CN.9/631/Add.10)

129. Le Comité a approuvé quant au fond le commentaire du chapitre XIII, sous réserve des modifications mentionnées ci-dessus et ci-après:

a) Au paragraphe 2, il faudrait supprimer les troisième et quatrième phrases, car faire de la détermination de l'internationalité d'une affaire une condition préalable à l'application des règles de conflit de lois pourrait nuire à leur application;

b) Il faudrait remplacer les références aux tribunaux et, dans la mesure du possible, au for au chapitre XIII par des références, respectivement, aux "autorités" et à l'État où une affaire "était examinée";

[9] Ibid.

c) Il faudrait revoir le texte du paragraphe 14 pour éviter de donner l'impression que tous les systèmes juridiques adoptaient une position identique sur l'application de la loi du lieu de situation du bien à la constitution d'une sûreté entre les parties;

d) Aux paragraphes 35 à 40, il faudrait examiner toute restriction que le Comité pourrait introduire à la portée de la recommandation 204 pour ce qui est des contrats financiers (voir par. 137 à 142 ci-après); et

e) Au paragraphe 56, il faudrait préciser que la recommandation 214 n'était pas destinée à s'appliquer aux questions procédurales de la réalisation et que, dans certains États, ces questions ne pourraient se poser que dans le cadre d'une réalisation judiciaire.

8. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un document négociable ou des biens meubles corporels représentés par un document négociable/loi applicable à cette priorité

130. Rappelant sa décision d'examiner la recommandation 107 à un stade ultérieur de la session (voir par. 25 ci-avant), le Comité a examiné le texte proposé ci-après modifiant cette recommandation:

> "107. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels qui a été rendue opposable par transfert de la possession d'un document négociable a priorité sur une sûreté réelle mobilière concurrente rendue opposable par une autre méthode. La présente règle ne s'applique pas i) si les biens en question ne sont pas des stocks et ii) si la sûreté du créancier garanti qui n'est pas en possession du document négociable a été rendue opposable avant l'une des deux dates suivantes, la plus rapprochée étant retenue: x) celle à laquelle les biens sont devenus des biens représentés par le document, ou y) celle à laquelle le constituant et un créancier garanti en possession du document ont conclu un accord prévoyant que les biens seront représentés par un document négociable pour autant que les biens deviennent ainsi représentés dans un délai de [30] jours à compter de la date de l'accord."

131. Il a été noté que, dans cette version révisée, la recommandation 107 disposerait qu'une sûreté rendue opposable par transfert de la possession d'un document négociable au créancier garanti serait prioritaire sur une sûreté rendue opposable par n'importe quel autre moyen. De l'avis général, cette nouvelle version prendrait mieux en compte l'intention de préserver la négociabilité des documents négociables et de refléter les pratiques commerciales pertinentes.

132. On a aussi considéré dans l'ensemble que, pour bien rendre compte des pratiques commerciales pertinentes, la règle devrait admettre une exception, pour laquelle les recommandations générales relatives à la priorité s'appliqueraient (en d'autres termes, la priorité devrait être déterminée à compter de la date d'inscription). Cette exception, a-t-on dit, concernait une sûreté sur des biens meubles corporels autres que des stocks (par exemple du matériel). Il a été fait observer que, à la différence des stocks, on ne s'attendait normalement pas à ce que le matériel soit représenté par un document négociable et soumis à une sûreté grevant le document. Aussi fallait-il protéger une sûreté prise sur du matériel en ce sens que les règles générales de priorité devraient s'appliquer. Cette exception,

a-t-on aussi noté, concernait une sûreté rendue opposable avant que le droit de propriété sur les biens meubles corporels ne soit représenté par le document négociable ou avant la conclusion de l'accord entre le constituant et le créancier garanti prévoyant que ce droit serait représenté par un tel document. Cette exception, a-t-on enfin dit, se justifiait par le fait qu'une personne prenant possession d'un document négociable devrait d'abord vérifier le registre et déterminer si les biens représentés par le document étaient grevés d'une sûreté.

133. Le Comité a adopté la nouvelle recommandation 107 proposée.

134. Le Comité a rappelé sa décision de revenir sur la question de la loi applicable à un conflit de priorité entre une sûreté réelle mobilière avec dépossession sur un document négociable et une sûreté réelle mobilière sans dépossession sur les biens meubles corporels représentés par le document (voir par. 110 ci-avant). Il est convenu qu'un tel conflit de priorité devrait être du ressort de la loi de l'État dans lequel était situé le document négociable. On a largement estimé qu'une telle solution serait conforme aux principes applicables de la loi régissant les documents négociables.

9. Chapitre XIV. Transition

a) Recommandations (A/CN.9/631, recommandations 223 à 230)

135. Le Comité a adopté les recommandations 223 à 230.

b) Commentaire (A/CN.9/631/Add.11)

136. Le Comité a approuvé sur le fond le commentaire du chapitre XIV.

10. Contrats financiers

137. Le Comité a procédé à un examen préliminaire de l'application du projet de guide aux droits à paiement conditionnels découlant de contrats financiers. Il a tout d'abord été dit que le projet de guide s'appliquait à de tels droits étant donné qu'il s'appliquait aux biens meubles incorporels en général. Il a en outre été fait remarquer que, si tous les types de valeurs mobilières étaient exclus de son champ d'application, le projet de guide s'appliquerait néanmoins à certains types de droits à paiement naissant de contrats financiers (contrats de change, par exemple). Il a été ajouté que ces types de droits à paiement devraient soit être exclus du champ d'application du projet de guide, soit y être soumis à des règles spéciales. Il a d'ailleurs été souligné que ces règles devraient traiter plusieurs questions, comme celles mentionnées ci-dessous.

138. La première d'entre elles concernait la définition du terme "contrat financier". À cet égard, il a été signalé que la définition contenue dans la Convention des Nations Unies sur la cession (article 5, alinéa k)) était un bon point de départ mais qu'elle devrait être actualisée pour tenir compte des évolutions récentes dans la pratique. Une autre question avait trait à la loi applicable aux sûretés sur des droits à paiement naissant de contrats financiers. Il a été fait observer que la loi du lieu de situation du constituant, prévue dans la recommandation 204, ne conviendrait pas dans le cas de ces droits à paiement. Une autre question encore était de savoir comment rendre opposable une sûreté sur un droit à paiement naissant d'un contrat financier et si l'opposabilité assurée par contrôle conférerait à cette sûreté un rang

de priorité supérieur. Une autre question toujours était la nécessité de respecter les conventions d'incessibilité dans les contrats financiers, ce qui exigerait de modifier la définition du terme "créance" et la recommandation 25. Enfin, la dernière question concernait la requalification du transfert d'un contrat financier en opération garantie.

139. Il a également été noté que les considérations susmentionnées seraient plus pertinentes encore si seuls certains types de valeurs mobilières étaient exclus du projet de guide (voir par. 145 à 147 ci-après). Quoi qu'il en soit, d'autres travaux, a-t-on dit, seraient nécessaires pour élaborer des règles spéciales de manière à tenir pleinement compte de la pratique des contrats financiers.

140. En réponse, il a été fait observer que toute décision d'exclure du projet de guide les droits à paiement naissant de contrats financiers ou de les y inclure devrait se fonder sur la définition du terme "contrat financier" contenue dans la Convention des Nations Unies sur la cession, cette définition étant suffisamment souple pour prendre en compte les nouvelles pratiques. Il a aussi été souligné que la Convention excluait uniquement les droits à paiement naissant de contrats financiers régis par des conventions de compensation globale (*netting*) (art. 4-2 b) et 5 k) et l) de la Convention). Par ailleurs, il a été souligné que la proposition d'appliquer des règles différentes aux sûretés sur des droits à paiement découlant de contrats financiers était fondée sur l'hypothèse, qui pourrait se révéler erronée, que la loi existante était suffisamment développée et efficace.

141. Parallèlement, on a insisté sur le fait que l'examen des sûretés sur les droits à paiement naissant de contrats financiers devrait être reporté à plus tard, étant donné que les questions qu'il soulevait exigeaient des travaux supplémentaires importants et que, en tout état de cause, le projet de guide ne devait pas être rendu encore plus complexe ou être retardé. Il a été largement estimé que l'acceptabilité ou l'utilité du projet de guide pourraient en pâtir. Concernant d'éventuels travaux futurs dans ce domaine, il a été dit qu'ils pourraient prendre la forme de règles spéciales à ajouter dans le projet de guide. S'agissant de la question du traitement provisoire des contrats financiers dans le projet de guide, les diverses approches adoptées dans la recommandation 4 ont été mentionnées.

142. Le Comité a décidé de ne pas se prononcer définitivement sur le traitement des contrats financiers dans le projet de guide avant d'avoir eu la possibilité d'examiner le traitement des valeurs mobilières et la coordination avec les travaux de l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) sur son projet de Convention sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiés (voir par. 145 à 151 ci-après).

11. Chapitre II. Champ d'application et autres règles générales

a) Sûretés sur la propriété intellectuelle (A/CN.9/631, recommandation 4, alinéa b) et commentaire correspondant)

143. Le Comité a noté que l'alinéa b) de la recommandation 4 donnait préséance au droit de la propriété intellectuelle en cas d'incompatibilité entre le projet de guide et ce droit. Bien que la recommandation ait été appuyée quant au fond, on a exprimé la crainte que, le texte entre crochets, qui prévoyait une condition supplémentaire, à savoir que le droit de la propriété intellectuelle traite des matières liées aux sûretés grevant la propriété intellectuelle, ne risque de compliquer l'application de ce droit.

Pour dissiper cette crainte, il a été suggéré de supprimer le texte entre crochets. Cette proposition a recueilli un appui suffisant. Sous réserve de cette modification, le Comité a adopté l'alinéa b) de la recommandation 4.

144. S'agissant du commentaire relatif aux questions de propriété intellectuelle, il a été largement estimé que les modifications dont était convenu le Groupe de travail VI (Sûretés) à sa douzième session (A/CN.9/620, par. 111 à 120) devraient être insérées dans le commentaire. Sous réserve de ces changements, le Comité a approuvé quant au font le commentaire sur les questions de propriété intellectuelle.

b) Valeurs mobilières (A/CN.9/631, recommandation 4, alinéa c))

145. En ce qui concerne l'alinéa c) de la recommandation 4, le Comité a examiné si le projet de guide devait exclure tous les types de valeurs mobilières ou uniquement les valeurs mobilières intermédiées. On a redouté que l'exclusion des seules "valeurs mobilières intermédiées" n'entraîne un chevauchement et un conflit avec le projet de convention d'Unidroit sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiés et d'autres textes régionaux et nationaux. On a dit qu'il n'était pas facile d'établir une distinction entre les valeurs mobilières intermédiées et celles qui ne l'étaient pas. On a fait observer également que, dans certains cas, le terme "valeurs mobilières intermédiées" pouvait aussi englober des valeurs mobilières détenues directement dans les systèmes dits "transparents", où des dépositaires centraux détenaient des titres pour des investisseurs. En outre, il a été dit que les valeurs mobilières posaient différents problèmes et qu'elles devaient être soumises à des règles spécifiques, dont l'élaboration exigerait une étude et un examen attentifs.

146. À cet égard, il a été estimé que les travaux futurs possibles de la CNUDCI dans le domaine des valeurs mobilières devraient porter sur les valeurs mobilières détenues directement et non négociées, qui étaient souvent le principal bien que de nombreuses petites et moyennes entreprises pouvaient offrir en garantie d'un crédit. D'autre part, il a été proposé, dans le cadre de travaux futurs possibles, d'éviter d'établir des distinctions inutiles entre les valeurs mobilières négociables et non négociables et de créer ainsi des régimes différents trop nombreux; de préserver les transferts de propriété; de veiller à ce que le contrôle puisse être une méthode d'opposabilité et à ce qu'il confère une superpriorité; de prévoir des dispositions appropriées sur la loi applicable. Il a en outre été proposé de regrouper les règles sur les valeurs mobilières intermédiées et non intermédiées, car la distinction n'était pas évidente. Il a enfin été proposé que les transferts de propriété et les sûretés sur les créances découlant de valeurs mobilières soient soumis au même régime.

147. Il a été convenu d'exclure tous les types de valeurs mobilières du projet de guide. Sous réserve de ce changement, le Comité a adopté l'alinéa c) de la recommandation 4. Il a recommandé à la Commission que des travaux soient entrepris en vue d'établir une annexe au projet de guide sur certains types de valeurs mobilières, en tenant compte des travaux d'autres organisations, et en particulier d'Unidroit.

c) Contrats financiers

148. Conformément à la décision qu'il avait prise précédemment de ne pas se prononcer définitivement sur le traitement des droits à paiement naissant de contrats financiers dans le projet de guide avant d'avoir eu la possibilité d'examiner le

traitement des valeurs mobilières et la coordination avec les travaux d'Unidroit sur son projet de convention concernant les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiés (voir par. 142 ci-avant), le Comité a poursuivi sa discussion sur la question de savoir si les sûretés sur des droits à paiement découlant de contrats financiers et d'autres contrats similaires devraient aussi être exclues du projet de guide. Il a été convenu que les droits à paiement qui découlent de contrats financiers et de contrats de change devraient être exclus. Il a largement été estimé que les sûretés sur ces droits soulevaient des questions différentes et nécessitaient à certains égards un autre traitement. De plus, il a été considéré dans l'ensemble que les recommandations, en particulier, traitant des conventions d'incessibilité, des droits à compensation du débiteur de la créance et de la loi applicable, n'étaient pas appropriées pour ces droits à paiement.

149. En ce qui concerne la signification du terme "contrat financier" et, partant, la portée de l'exclusion, différents points de vue ont été exprimés. L'un d'eux était qu'il convenait d'adopter une définition large du terme afin que tous les contrats englobés par la pratique actuelle et future des marchés financiers soient exclus du champ d'application du projet de guide. Il a été dit que les droits à paiement naissant de contrats financiers devraient être exclus, qu'ils soient ou non soumis à une convention de compensation globale, tout comme devrait l'être une créance payable lors de la liquidation de toutes les opérations. En outre, il a été souligné que, en particulier, la loi applicable à une sûreté sur une telle créance devrait être examinée.

150. Selon l'avis qui a prévalu toutefois, il faudrait adopter la définition du terme "contrat financier" de la Convention des Nations Unies sur la cession et l'approche suivie dans ce texte (art. 4, par. 2) b), et 5, al. k) et l)). Il a été indiqué qu'une telle solution était appropriée et permettrait de rester cohérent avec la Convention. On a également fait observer que, conformément à l'approche adoptée à l'article 4, paragraphe 2) b), de la Convention, les droits à paiement naissant de contrats financiers ne devraient être exclus que dans la mesure où ils étaient soumis à des conventions de compensation globale (une sûreté sur une créance unique resterait par exemple dans le champ d'application du projet de guide), et que les créances payables lors de la liquidation de toutes les opérations ne devraient pas être exclues. À cet égard, il a été souligné que la Commission, dans les travaux futurs qu'elle serait susceptible d'entreprendre dans ce domaine, pourrait examiner la question de savoir si une règle spéciale était nécessaire concernant l'opposabilité et la priorité d'une sûreté sur une telle créance, étant donné que la Convention des Nations Unies sur la cession n'abordait pas la question. Il a toutefois été ajouté que la loi applicable à une telle sûreté ne pourrait pas être réexaminée, puisque la Convention en traitait de manière appropriée. Bien que des doutes aient été émis à cet égard au motif qu'une nouvelle approche était nécessaire au vu de l'évolution récente, il a largement été estimé que la CNUDCI ne pourrait ni ne devrait recommander une règle sur la loi applicable qui serait en contradiction avec la Convention des Nations Unies sur la cession.

151. Le Comité est convenu que les sûretés sur les droits à paiement découlant de contrats financiers et de contrats de change devraient être exclues du champ d'application du projet de guide, sur la base des exclusions pertinentes de l'article 4, paragraphe 2 b) et c), et des définitions de "contrat financier" et de "convention de compensation globale" figurant à l'article 5, alinéas k) et l), de la Convention des

Nations Unies sur la cession. Il a été convenu aussi de recommander à la Commission que des efforts soient faits pour qu'elle examine, à la reprise de sa quarantième session, toute proposition présentée à cet égard. Il a été convenu enfin de recommander à la Commission d'examiner à une prochaine session les travaux futurs possibles en matière de contrats financiers.

12. Coordination avec le projet de loi type d'Unidroit sur le leasing

152. Le Comité a noté avec satisfaction les efforts déployés par les représentants et par les secrétariats d'Unidroit et de la CNUDCI pour permettre une coordination efficace entre le projet de loi type d'Unidroit sur le leasing et le projet de guide. Il a également été noté que ces efforts avaient débouché sur une proposition tendant à ce que le projet de loi type donne préséance au projet de guide en ce qui concerne les crédits-bails créant une sûreté ou un droit lié au financement d'une acquisition; renvoie au projet de guide pour les définitions de ces termes; et laisse au projet de guide le soin de régler les questions relatives à la loi applicable. Il a en outre été noté que, selon la solution proposée, le projet de guide devrait seulement viser les crédits-bails qui créaient une sûreté ou un droit lié au financement d'une acquisition.

153. Notant qu'il faudrait faire référence aux termes "droit de réserve de propriété" et "droit de crédit-bail" plutôt qu'au terme "droit lié au financement d'une acquisition" (voir par. 69 ci-avant) et que le terme "droit de crédit-bail" était défini de sorte que seuls les crédits-bails qui créaient une sûreté seraient visés par le projet de guide (voir par. 73 à 75 ci-avant), le Comité a approuvé la solution proposée.

13. Recommandations du Comité plénier à la Commission concernant les travaux futurs sur le projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties

154. Remerciant de nouveau le secrétariat d'avoir préparé un très grand nombre de documents complexes dans un délai très court, le Comité a noté qu'il avait adopté les recommandations 4 b) et c) (sur l'application du projet de guide à la propriété intellectuelle, aux valeurs mobilières et aux contrats financiers) et 74 à 230 (chapitres VII à XIV) et approuvé quant au fond les commentaires des chapitres VII à XIV et les commentaires sur la propriété intellectuelle, sous réserve des modifications dont il était convenu. Il a noté aussi que, sous réserve des modifications dont il était convenu, il avait approuvé quant au fond la terminologie du projet de guide, étant entendu que celle-ci serait réexaminée à la reprise de la quarantième session de la Commission. Il a recommandé à la Commission d'approuver ses décisions et d'examiner, à la reprise de sa session, les recommandations 1 à 73 et les commentaires des chapitres Ier à VI. Il lui a également recommandé de ne pas examiner, à la reprise de sa session, les recommandations et commentaires qui l'avaient déjà été à la première partie de cette session, à l'exception, si nécessaire, des recommandations sur l'extension d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail au produit (approche non unitaire); et le commentaire relatif aux options concernant les recommandations sur l'opposabilité d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail sur le produit (approches unitaire et non unitaire). Une suggestion d'y ajouter la recommandation sur la loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles incorporels n'a pas été suffisamment appuyée. Le Comité a en outre recommandé à la Commission de reporter à la reprise de sa session l'examen de la

question de savoir si les définitions et recommandations du projet de guide devraient être reproduites, en plus du chapitre correspondant des commentaires, dans une annexe distincte du projet de guide.

B. Travaux futurs possibles sur les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle

155. Le Comité a examiné une note du secrétariat intitulée "Travaux futurs possibles sur les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle" (A/CN.9/632). Il a remercié le secrétariat d'avoir préparé cette note et d'avoir organisé en coopération avec l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) un colloque sur ce thème[10], comme l'avait demandé la Commission à sa trente-neuvième session[11]. Il a été noté que le colloque, auquel avaient participé des représentants de gouvernements ainsi que d'organisations nationales et internationales gouvernementales et non gouvernementales compétentes en matière de droit de propriété intellectuelle, avait montré l'importance de celle-ci pour garantir un crédit et la nécessité d'apporter des modifications au projet de guide pour assurer la coordination appropriée entre le droit des opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle. Il a été noté en outre que le commentaire du projet de guide (A/CN.9/631/Add.1, par. 47) attirait l'attention des États sur la nécessité d'envisager d'adapter leur législation afin d'éviter des incompatibilités entre le droit des opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle, sans toutefois donner d'orientations précises à cet égard.

156. Un large appui a été exprimé en faveur de travaux futurs sur les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle. On a dit qu'une partie importante de la richesse des sociétés reposait sur des actifs de propriété intellectuelle. On a également fait observer que la coordination entre le droit des opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle, dans les régimes en vigueur dans de nombreux pays, était encore insuffisante pour prendre en compte les pratiques de financement dans lesquelles étaient accordés des crédits garantis par la propriété intellectuelle. De plus, il a été dit que le projet de guide ne donnait pas suffisamment d'orientations aux États quant aux modifications qu'il serait nécessaire d'apporter pour répondre aux besoins des pratiques de financement relatives à la propriété intellectuelle. En outre, il a été souligné que les travaux devraient être entrepris aussi rapidement que possible pour que le projet de guide donne des orientations complètes et détaillées à cet égard. Il a aussi été suggéré que, sous réserve de la décision de la Commission, on attire l'attention des États, par une mention à cet effet dans le projet de guide, sur les travaux futurs de la Commission sur la préparation d'une annexe au Guide consacrée spécialement à la propriété intellectuelle qui modifierait les considérations générales du projet de guide de la même manière que les parties du projet de guide portant sur des biens particuliers. Il a enfin été souligné que des spécialistes du droit de la propriété intellectuelle de

---

[10] Deuxième colloque international de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières sur les droits de propriété intellectuelle, tenu à Vienne les 18 et 19 janvier 2007. Pour plus d'informations sur ce colloque, voir le site de la CNUDCI (http://www.unicitral.org/uncitral/en/commission/colloquial/2secint.htlm).

[11] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 86.

différents pays et d'organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales devraient être invités à participer aux travaux futurs. Ces déclarations et suggestions ont bénéficié d'un appui général.

157. Le Comité a décidé de recommander à la Commission de charger le Groupe de travail VI (Sûretés) d'établir une annexe au projet de guide spécialement consacrée aux sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle, qui de l'avis général compléterait utilement les travaux de la Commission sur le projet de guide en donnant des orientations précises aux États quant à la coordination appropriée entre le droit des opérations garanties et le droit de la propriété intellectuelle. Le Comité a estimé que le fait d'inviter des organisations internationales compétentes dans le domaine de la propriété intellectuelle, telles que l'OMPI, et des organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales compétentes dans les domaines du droit des opérations garanties et du droit de la propriété intellectuelle, à participer activement à l'établissement de cette annexe contribuerait à faire aboutir ces travaux dans un délai raisonnable.

C. Décisions de la Commission concernant le point 4 de l'ordre du jour

158. Sur recommandation du Comité plénier (voir par. 154 ci-avant), la Commission a approuvé les décisions de ce dernier et sous réserve des modifications dont il était convenu, adopté les recommandations 4, alinéas b) et c) (sur le champ d'application du projet de guide en ce qui concerne la propriété intellectuelle, les valeurs mobilières et les contrats financiers), et 74 à 230 (chapitres VII à XIV) et approuvé quant au fond les commentaires des chapitres VII à XIV, y compris le commentaire sur la propriété intellectuelle. La Commission a également approuvé quant au fond, sous réserve des changements convenus par le Comité, la terminologie du projet du guide, étant entendu que cette terminologie serait revue à la reprise de sa quarantième session.

159. Sur recommandation du Comité plénier (voir par. 154 ci-avant), la Commission a en outre décidé d'examiner, à la reprise de cette même session, les recommandations 1 à 73 et les commentaires des chapitres Ier à VI. Elle est convenue qu'elle n'aurait pas à cette occasion besoin d'examiner les recommandations et commentaires déjà examinés à la première partie de sa session, à l'exception, si nécessaire, des recommandations sur l'extension d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail au produit (approche non unitaire); et le commentaire relatif aux options concernant les recommandations sur l'opposabilité d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail sur le produit (approches unitaire et non unitaire). Elle est convenue de reporter à la reprise de la session l'examen de la question de savoir si les définitions et recommandations du projet de guide devraient être reproduites, en plus du chapitre correspondant des commentaires, dans une annexe distincte du projet de guide.

160. S'agissant des valeurs mobilières, la Commission a décidé, sur recommandation du Comité plénier (voir par. 147 ci-avant), que des travaux devraient être entrepris en vue d'établir une annexe au projet du guide sur certains types de valeurs mobilières, en tenant compte des travaux d'autres organisations, en particulier d'Unidroit.

161. S'agissant des contrats financiers, la Commission a décidé, sur recommandation du Comité plénier (voir par. 151 ci-avant), que des efforts devraient être faits pour examiner, à la reprise de la session, toute proposition présentée à cet égard. Elle a décidé en outre d'examiner à une prochaine session les travaux futurs possibles en matière de contrats financiers.

162. S'agissant des travaux futurs sur les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle, la Commission a décidé, sur recommandation du Comité plénier (voir par. 157 ci-avant), de charger le Groupe de travail VI (Sûretés) d'établir une annexe au projet de guide spécialement consacrée à ces sûretés. (Pour la prochaine session du Groupe de travail, voir par. 251 f) ci-après.)

IV. Passation de marchés: rapport d'activité du Groupe de travail I

163. À ses trente-sixième et trente-septième sessions, en 2003 et en 2004 respectivement, la Commission avait étudié la possibilité de mettre à jour la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services[12] ainsi que le Guide pour son incorporation dans le droit interne (A/CN.9/403) en se fondant sur les notes du secrétariat (A/CN.9/539 et Add.1 et A/CN.9/553)[13, 14]. À sa trente-septième session, elle était convenue que la Loi type gagnerait à être mise à jour pour tenir compte des nouvelles pratiques, en particulier celles qui résultaient de l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics, et de l'expérience acquise dans l'utilisation de la Loi type comme base de réforme de la législation des marchés publics ainsi que d'autres questions éventuelles. Elle avait décidé de charger son Groupe de travail I (Passation de marchés) d'élaborer des propositions de révision de la Loi type et lui avait donné un mandat souple consistant à identifier les questions à traiter lors de ses travaux. Elle avait noté qu'en mettant à jour la Loi type, il faudrait veiller à ne pas s'écarter des principes fondamentaux de celle-ci et à ne pas modifier les dispositions dont l'utilité avait été prouvée[15].

164. Le Groupe de travail a commencé ses travaux conformément à ce mandat à sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004). À cette session, il a décidé de continuer, à ses sessions futures, d'examiner en détail, les uns après les autres, les thèmes proposés dans les notes (A/CN.9/WG.I/WP.31 et A/CN.9/WG.I/WP.32)[16] du secrétariat (A/CN.9/568, par. 10).

165. À ses trente-huitième et trente-neuvième sessions, en 2005 et 2006 respectivement, la Commission a pris note des rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses sixième (Vienne, 30 août-3 septembre 2004), septième (New York, 4-8 avril 2005), huitième (Vienne, 7-11 novembre 2005) et neuvième (New York,

---

[12] Ibid., *quarante-neuvième session*, *Supplément n° 17* et rectificatif (A/49/17 et Corr.1), annexe I; voir également *Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services et Guide pour l'incorporation dans le droit interne* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.10).

[13] Ibid., *cinquante-huitième session*, *Supplément n° 17* (A/58/17), par. 225 à 230.

[14] Ibid., *cinquante-neuvième session*, *Supplément n° 17* (A/59/17), par. 79 à 82.

[15] Ibid., par. 81 et 82.

[16] Ibid., *soixantième session*, *Supplément n° 17* (A/60/17), par. 171.

24-28 avril 2006) sessions (A/CN.9/568, A/CN.9/575, A/CN.9/590 et A/CN.9/595, respectivement)[17, 18].

166. À sa session en cours, la Commission a pris note des rapports de la dixième (Vienne, 25-29 septembre 2006) et de la onzième (New York, 21-25 mai 2007) sessions du Groupe de travail (A/CN.9/615 et A/CN.9/623, respectivement).

167. La Commission a été informée que le Groupe de travail, à ses dixième et onzième sessions, avait poursuivi ses travaux sur l'élaboration de propositions en vue de la révision de la Loi type et, à cet égard, avait abordé les questions suivantes: i) l'utilisation des moyens de communication électroniques dans le processus de passation; ii) les aspects de la publication d'informations relatives à la passation, y compris les propositions de révision de l'article 5 de la Loi type et la publication des possibilités de marchés à venir; iii) la technique de passation connue sous le nom d'"enchères électroniques inversées"; iv) les offres anormalement basses; et v) la méthode de passation appelée "accord-cadre". Les notes du secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.43 et Add.1, A/CN.9/WG.I/WP.44 et Add.1, A/CN.9/WG.I/WP.47, A/CN.9/WG.I/WP.48, A/CN.9/WG.I/WP.50 et A/CN.9/WG.I/WP.51) avaient servi de base aux délibérations de celui-ci (A/CN.9/615, par. 10 et 11, et A/CN.9/623, par. 12 et 13).

168. La Commission a également été informée que le Groupe de travail, à sa onzième session, avait tenu un premier échange de vues sur le document A/CN.9/WG.I/WP.52 et sur les projets de textes relatifs aux accords-cadres qui y figuraient, et avait décidé d'examiner ce document en détail à sa prochaine session. Elle a noté par ailleurs que le Groupe de travail avait remis son examen des documents A/CN.9/WG.I/WP.45 et Add.1 et A/CN.9/WG.I/WP.52/Add.1 à une session ultérieure (A/CN.9/623, par. 12).

169. La Commission a rappelé qu'à sa trente-neuvième session elle avait recommandé que le Groupe de travail, en mettant à jour la Loi type et le Guide, tienne compte de la question des conflits d'intérêts et examine s'il serait justifié de prévoir dans la Loi type des dispositions spéciales à cet égard[19]. Elle a noté que le Groupe de travail avait décidé, à sa dixième session, d'ajouter la question des conflits d'intérêts à la liste des thèmes à examiner lors de la révision de la Loi type et du Guide (A/CN.9/615, par. 11) et que le Groupe de travail avait, à sa onzième session, indiqué que tout délai devant être convenu pour l'achèvement de la révision de la Loi type et du Guide devrait tenir compte du temps nécessaire pour examiner et régler cette question (A/CN.9/623, par. 13).

170. La Commission a félicité le Groupe de travail pour les progrès qu'il avait réalisés dans sa tâche et a réaffirmé son appui à la révision de la Loi type qu'il avait entreprise, ainsi qu'à l'inclusion dans cette Loi de nouvelles pratiques et techniques de passation. Elle a recommandé au Groupe de travail d'adopter un ordre du jour concret pour ses prochaines sessions, afin d'accélérer ses travaux. (Pour les deux prochaines sessions du Groupe de travail, voir par. 251 a) ci-après.)

---

[17] Ibid., par. 170 à 172.
[18] Ibid., *soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 190 à 192.
[19] Ibid., par. 192.

V. Arbitrage et conciliation: rapport d'activité du Groupe de travail II

171. La Commission a rappelé que, à sa trente-neuvième session, en 2006, elle était convenue que le Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) devrait entreprendre la révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI[20].

172. À cette session, la Commission avait noté que le Règlement, qui était l'un des premiers instruments qu'elle avait élaboré dans le domaine de l'arbitrage, était largement considéré comme un texte très réussi, qui avait été adopté par de nombreux centres d'arbitrage et était utilisé dans de nombreuses affaires telles que les litiges entre investisseurs et États. Compte tenu du succès et du prestige du Règlement d'arbitrage, la Commission avait généralement estimé qu'une éventuelle révision ne devrait pas en modifier la structure, l'esprit ni le style, et qu'elle devrait en respecter la souplesse au lieu de le compliquer. Il avait été proposé que le Groupe de travail définisse soigneusement la liste des thèmes qu'il faudrait peut-être aborder dans une version révisée du Règlement[21].

173. À sa session en cours, la Commission a félicité le Groupe de travail pour les progrès accomplis dans la révision du Règlement d'arbitrage, dont il était rendu compte dans ses rapports sur les travaux de ses quarante-cinquième (Vienne, 11-15 septembre 2006) et quarante-sixième (New York, 5-9 février 2007) sessions (A/CN.9/614 et A/CN.9/619, respectivement). Elle était saisie également d'une note du secrétariat transmettant le rapport du Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage sur ses activités au titre du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI depuis 1976 (A/CN.9/634).

174. La Commission a noté que le Règlement d'arbitrage n'avait pas été modifié depuis son adoption en 1976, et que la révision devrait chercher à le moderniser et à promouvoir une plus grande efficacité dans la procédure arbitrale. D'une manière générale, elle est convenue que le mandat du Groupe de travail, qui était de conserver la structure initiale et l'esprit du Règlement, avait guidé utilement jusqu'ici ses délibérations et devrait continuer à inspirer ses travaux.

175. La Commission a noté qu'un large soutien avait été exprimé au sein du Groupe de travail en faveur d'une approche générique visant à déterminer les dénominateurs communs à tous les types d'arbitrage, quel que soit l'objet du litige, de préférence à une solution qui consistait à traiter de situations particulières. Elle a toutefois indiqué que le Groupe de travail devrait encore examiner lors de ses futures sessions la mesure dans laquelle le Règlement d'arbitrage révisé devrait prendre en compte le règlement des litiges entre investisseurs et États ou l'arbitrage institutionnel.

176. La Commission a noté avec satisfaction que le Groupe de travail progressait rapidement dans l'élaboration d'une version révisée du Règlement d'arbitrage. Celui-ci devait en principe terminer ses travaux de sorte que l'examen final et l'adoption du texte aient lieu, au plus tard, à la quarante-deuxième session de la Commission en 2009. Il a été convenu que, si le Groupe de travail achevait ses

---

[20] Ibid., par. 187; pour le texte du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale*, *trente et unième session, Supplément n° 17* (A/31/17), par. 57.

[21] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 184.

propositions suffisamment tôt pour qu'elles soient examinées par la Commission à sa quarante et unième session en 2008, cette éventualité serait également acceptable.

177. En ce qui concerne les travaux qui pourraient être entrepris dans le domaine du règlement des litiges commerciaux, la Commission a rappelé que, à sa trente-neuvième session, elle était convenue que la question de l'arbitrabilité était un sujet que le Groupe de travail devrait également examiner. Pour ce qui est du règlement des conflits en ligne, il avait été convenu que le Groupe de travail maintiendrait cette question à son programme, mais qu'il devrait, du moins dans un premier temps, examiner les incidences des communications électroniques dans le cadre de la révision du Règlement d'arbitrage[22].

178. La Commission a été informée que 2008 marquerait le cinquantenaire de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, adoptée à New York le 10 juin 1958[23] (la "Convention de New York") et que des conférences pour célébrer cet anniversaire étaient prévues dans différentes régions, et donneraient l'occasion d'échanger des informations sur la manière dont la Convention avait été mise en œuvre dans le monde. Le secrétariat a été prié de suivre ces conférences et de mettre pleinement à profit les manifestations associées à cet anniversaire pour encourager le dépôt de nouveaux instruments en rapport avec la Convention de New York et pour mieux faire comprendre cet instrument. La Commission a été informée qu'une conférence d'une journée serait organisée conjointement par l'Organisation des Nations Unies et l'Association internationale du barreau à New York, le 1er février 2008. (Pour les deux prochaines sessions du Groupe de travail, voir par. 251 b) ci-après.)

VI. Droit des transports: rapport d'activité du Groupe de travail III

179. À sa trente-quatrième session, en 2001, la Commission avait créé le Groupe de travail III (Droit des transports) et l'avait chargé d'élaborer, en étroite coopération avec les organisations internationales intéressées, un instrument législatif sur des questions liées au transport international de marchandises par mer, telles que le champ d'application, les obligations et la responsabilité du transporteur, la durée de cette responsabilité, les obligations du chargeur et les documents de transport[24]. À sa trente-cinquième session, en 2002, elle avait approuvé l'hypothèse de travail selon laquelle le projet de convention sur le droit des transports devrait s'appliquer aux opérations de transport de porte à porte[25]. De ses trente-sixième à trente-neuvième sessions, de 2003 à 2006, elle avait noté combien l'élaboration du projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou

[22] Ibid., par. 187.
[23] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, n° 4739.
[24] *Documents officiels de l'Assemblée générale*, *cinquante-sixième session*, *Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.1 et 3), par. 345.
[25] Ibid., *cinquante-septième session*, *Supplément n° 17* (A/57/17), par. 224.

partiellement] [par mer] était complexe et avait autorisé le Groupe de travail, à titre exceptionnel, à tenir des sessions de deux semaines[26, 27, 28, 29].

180. À sa session en cours, la Commission a pris note avec satisfaction des progrès réalisés par le Groupe de travail à ses dix-huitième (Vienne, 6-17 novembre 2006) et dix-neuvième (New York, 16-27 avril 2007) sessions (pour les rapports de ces sessions, voir A/CN.9/616 et A/CN.9/621, respectivement).

181. La Commission a été informée que le Groupe de travail, à sa dix-huitième session, avait poursuivi et achevé pour l'essentiel sa deuxième lecture du projet de convention et qu'il avait considérablement avancé sur un certain nombre de questions difficiles, telles que celles qui avaient trait aux documents de transport et aux documents électroniques concernant le transport, à la responsabilité du chargeur en cas de retard, au délai pour agir, à la limitation de la responsabilité du transporteur, à la relation entre le projet de convention et les autres conventions, aux avaries communes, à la compétence et à l'arbitrage. Le Groupe de travail avait également examiné la question des droits d'action et avait décidé qu'aussi louable que fût l'intention de prévoir des solutions uniformes en la matière, le chapitre correspondant devrait être supprimé du projet de convention du fait de sa complexité et du délai qu'il s'était fixé pour l'achèvement du texte. La Commission a également été informée que le secrétariat avait facilité des consultations entre les experts du Groupe de travail III (Droit des transports) et les experts du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) et que ceux-ci étaient parvenus à s'entendre, en tenant compte des besoins et de l'approche générale des deux groupes, sur les dispositions du projet de convention relatives à l'arbitrage.

182. La Commission a été informée en outre que le Groupe de travail, à sa dix-neuvième session, avait entamé la troisième lecture du projet de convention et que des progrès considérables avaient été accomplis à cette occasion, puisqu'il avait terminé la troisième lecture d'un certain nombre de chapitres, ainsi que des définitions correspondantes, portant sur le champ d'application, les documents électroniques concernant le transport, la durée de la responsabilité du transporteur, les obligations et la responsabilité du transporteur, les dispositions supplémentaires relatives à des étapes particulières du transport, la validité des clauses contractuelles, la responsabilité en cas de retard de livraison des marchandises, la relation entre le projet de convention et les autres conventions et les obligations du chargeur. Elle a enfin été informée que la troisième lecture du chapitre relatif aux documents de transport et aux documents électroniques concernant le transport était presque achevée.

183. La Commission a félicité le Groupe de travail pour les progrès qu'il avait réalisés, notamment compte tenu de son objectif qui était de lui présenter le projet de convention en 2008 pour examen. Néanmoins, de vives préoccupations ont été exprimées concernant le traitement, dans le texte, de certaines questions de fond, telles que la liberté contractuelle dans les contrats de volume, et il a été proposé d'examiner ces questions de plus près avant de finaliser le projet de convention. Une délégation a indiqué que le traitement de la question de la liberté contractuelle

---

[26] Ibid., *cinquante-huitième session*, *Supplément n° 17* (A/58/17), par. 208.
[27] Ibid., *cinquante-neuvième session*, *Supplément n° 17* (A/59/17), par. 133.
[28] Ibid., *soixantième session*, *Supplément n° 17* (A/60/17), par. 238.
[29] Ibid., *soixante et unième session*, *Supplément n° 17* (A/61/17), par. 270.

dans les contrats de volume conditionnerait sa position quant à l'adoption de la Convention.

184. S'agissant du calendrier pour l'achèvement du projet de convention, la Commission a été informée que le Groupe de travail prévoyait de terminer sa troisième et dernière lecture fin 2007, afin de lui présenter le texte pour finalisation en 2008. Compte tenu de cet objectif et de la possibilité que le Groupe de travail ait besoin de temps supplémentaire après sa vingtième session pour achever sa dernière lecture, elle est convenue de prévoir une vingt et unième session du 14 au 25 janvier 2008, de manière à lui laisser suffisamment de temps pour terminer cette dernière lecture et distribuer le texte aux gouvernements, pour observations, avant sa quarante et unième session en 2008. Elle est convenue en outre que cette vingt et unième session du Groupe de travail se tiendrait à Vienne au lieu de New York car, si la dernière lecture était terminée à cette session, il faudrait prévoir un groupe de rédaction officiel comprenant des traducteurs et des éditeurs, ce qui n'était possible qu'à Vienne. La Commission a noté également que le Groupe de travail pourrait décider à l'issue de sa vingtième session s'il avait besoin d'une ou de deux semaines pour sa session de janvier 2008, mais que, de façon générale, eu égard à la complexité et à l'ampleur de la tâche que représentait l'élaboration du projet de convention, elle l'autorisait à tenir des sessions de deux semaines. (Pour les deux prochaines sessions du Groupe de travail, voir par. 251 c) ci-après.)

VII. Droit de l'insolvabilité

A. Rapport d'activité du Groupe de travail V

185. La Commission a rappelé qu'à sa trente-neuvième session, en 2006, elle était convenue: a) que la question du traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité était suffisamment avancée pour être présentée au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) afin qu'il l'examine en 2006 et qu'il faudrait laisser à ce groupe de travail toute latitude pour lui présenter des recommandations appropriées concernant la portée de ses travaux futurs et la forme qu'ils devraient prendre, en fonction du contenu des solutions proposées aux problèmes qu'il mettrait en évidence sur le sujet; et b) que la question du financement postérieur à l'ouverture de la procédure devrait, dans un premier temps, être considérée comme un volet des travaux à entreprendre dans le domaine de l'insolvabilité des groupes de sociétés et que le Groupe de travail devrait disposer d'une marge de manœuvre suffisante pour examiner toutes propositions de travaux sur d'autres aspects de la question[30].

186. La Commission a pris note avec satisfaction des progrès réalisés par le Groupe de travail dans l'examen du traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité, dont il était rendu compte dans ses rapports sur ses trente et unième (Vienne, 11-15 décembre 2006) et trente-deuxième (New York, 14-18 mai 2007) sessions (A/CN.9/618 et A/CN.9/622, respectivement), et a félicité le secrétariat pour les documents de travail et les rapports qu'il avait établis pour ces sessions.

[30] Ibid., par. 209 a) et b).

187. La Commission a réaffirmé que le mandat du Groupe de travail était d'examiner le traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité et que la question du financement postérieur à l'ouverture de la procédure devrait être considérée comme un volet des travaux, (voir par. 185 ci-avant).

188. La Commission a noté que le Groupe de travail était convenu, à sa trente et unième session, que le Guide sur l'insolvabilité[31] et la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale[32] constituaient une base solide pour l'unification du droit dans ce domaine et que les travaux en cours sur les groupes de sociétés avaient pour objet de compléter ces textes et non de les remplacer (A/CN.9/618, par. 69). Elle a noté également qu'il avait été estimé à cette session du Groupe de travail qu'une manière possible de procéder serait d'examiner les dispositions des textes précités qui pourraient également s'appliquer dans le contexte des groupes de sociétés, de voir quelles questions devraient être étudiées plus avant et d'élaborer des recommandations supplémentaires. La Commission a noté aussi que d'autres questions, bien que se rapportant aux groupes de sociétés, pourraient être traitées de la même manière que dans le Guide sur l'insolvabilité et la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (A/CN.9/618, par. 70).

189. Des préoccupations ont été exprimées au sein de la Commission à propos de certains aspects des travaux, en particulier du regroupement des patrimoines et de son impact sur l'identité distincte des membres d'un groupe de sociétés. En outre, la possibilité de placer sous procédure collective une société solvable appartenant à un groupe a été sérieusement mise en question. La Commission a pris note de ces préoccupations et prié le Groupe de travail d'en tenir compte lors de ses délibérations. (Pour les deux prochaines sessions du Groupe de travail, voir par. 251 e) ci-après.)

B. Facilitation de la coopération et de la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale

190. La Commission a rappelé qu'à sa trente-neuvième session, en 2006, elle était convenue que des travaux initiaux de compilation des données d'expérience pratique dans le domaine de la négociation et de l'utilisation des protocoles d'insolvabilité internationale devraient être facilités de manière informelle par le biais de consultations avec des juges et des praticiens de l'insolvabilité et qu'un rapport préliminaire sur l'avancement de ces travaux devrait lui être présenté pour qu'elle puisse examiner plus avant la question à sa quarantième session, en 2007[33].

191. La Commission était saisie d'une note du secrétariat sur la facilitation de la coopération, de la communication directe et de la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale (A/CN.9/629). Elle a souligné l'importance pratique que revêt la facilitation de la coopération internationale dans les procédures d'insolvabilité et s'est déclarée satisfaite des progrès réalisés dans les travaux de compilation des données d'expérience pratique en matière de négociation et d'utilisation des protocoles d'insolvabilité internationale compte tenu du projet de

---

[31] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.10.

[32] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/52/17), annexe I.

[33] Ibid., *soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 209 c).

plan présenté dans le document A/CN.9/629. Elle a réaffirmé que le secrétariat devrait poursuivre ces travaux de manière informelle, en consultation avec des juges, des praticiens et d'autres experts.

VIII. Travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique

192. La Commission a rappelé que le Groupe de travail IV (Commerce électronique), après avoir achevé ses travaux concernant le projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux en 2004, avait prié le secrétariat de continuer à suivre diverses questions liées au commerce électronique, notamment les questions liées à la reconnaissance internationale des signatures électroniques, et de publier les résultats de ses recherches en vue de faire des recommandations à la Commission sur le point de savoir s'il serait possible d'entreprendre des travaux dans ces domaines (A/CN.9/571, par. 12).

193. La Commission a rappelé également qu'à sa trente-huitième session, en 2005, elle avait pris note des travaux entrepris par d'autres organisations dans divers domaines liés au commerce électronique, résumés dans une note du secrétariat (A/CN.9/579). À cette session, elle avait prié le secrétariat de réaliser une étude plus détaillée, qui devrait contenir des propositions sur la forme et la nature d'un document de référence général examinant les divers éléments requis pour créer un cadre juridique favorable au commerce électronique, que la Commission pourrait envisager d'élaborer dans l'avenir afin d'aider les législateurs et les responsables politiques du monde entier[34].

194. Il a également été rappelé qu'à sa trente-neuvième session, en 2006, la Commission avait examiné une note du secrétariat établie conformément à cette demande (A/CN.9/604). Cette note identifiait les domaines suivants comme éléments possibles d'un document de référence général: a) authentification et reconnaissance internationale des signatures électroniques; b) responsabilité et normes de conduite pour les fournisseurs d'accès à Internet; c) facturation électronique et questions juridiques liées aux chaînes logistiques dans le commerce électronique; d) transfert de droits sur des biens meubles corporels et d'autres droits par des communications électroniques; e) concurrence déloyale et pratiques commerciales trompeuses dans le commerce électronique; et f) vie privée et protection des données dans le commerce électronique. La note indiquait aussi d'autres questions qui, bien que de façon abrégée, pourraient être traitées dans un tel document: a) protection des droits de propriété intellectuelle; b) communications électroniques non sollicitées (spams); et c) cybercriminalité. Selon un avis qui avait alors été appuyé, la tâche des législateurs et des responsables politiques, en particulier dans les pays en développement, se trouverait considérablement facilitée si la Commission élaborait un document de référence général traitant des questions mises en évidence par le secrétariat. Il y avait également été dit qu'un tel document pourrait aussi aider la Commission à identifier des domaines dans lesquels elle pourrait entreprendre elle-même des travaux d'harmonisation dans l'avenir. Selon un autre point de vue, cependant, l'éventail des questions proposées était trop large

[34] Ibid., *soixantième session, Supplément n° 17* (A/60/17), par. 214.

et il faudrait peut-être réduire la portée du document de référence général. À cette session, la Commission avait prié son secrétariat de préparer un spécimen de chapitre du document de référence général traitant spécifiquement de questions liées à l'authentification et à la reconnaissance internationale des signatures électroniques, pour examen à sa quarantième session, en 2007[35].

195. À sa session en cours, la Commission a examiné le spécimen de chapitre qui avait été élaboré par le secrétariat en réponse à cette demande (A/CN.9/630 et Add.1 à 5). Elle a analysé la structure, le niveau de détail, la nature de la discussion et le type de conseils donnés dans le spécimen de chapitre et félicité le secrétariat pour son travail qu'elle a trouvé très instructif et utile. On a émis l'idée qu'il serait souhaitable que le secrétariat rédige d'autres chapitres sur le même modèle, pour traiter d'autres questions que la Commission pourrait choisir parmi celles qui avaient été proposées antérieurement, en particulier le transfert de droits sur des biens meubles corporels et d'autres droits par des communications électroniques. La Commission n'a toutefois pas été d'avis de demander au secrétariat d'entreprendre des travaux similaires dans d'autres domaines en vue d'élaborer un document de référence général. Elle est convenue de prier le secrétariat de continuer à suivre de près les développements juridiques dans les domaines pertinents en vue de faire des suggestions appropriées en temps utile. Compte tenu de la qualité du travail qui avait déjà été accompli, la Commission a demandé au secrétariat de publier le spécimen de chapitre comme publication indépendante.

IX. Travaux futurs possibles dans le domaine de la fraude commerciale

A. Historique

196. Il a été rappelé que la Commission, de ses trente-cinquième à trente-neuvième sessions, de 2002 à 2006, avait examiné les travaux futurs possibles dans le domaine de la fraude commerciale[36, 37, 38, 39, 40]. Il a été rappelé, en particulier, qu'à sa trente-septième session, en 2004, à des fins de sensibilisation, de formation et de prévention, la Commission était convenue qu'il pourrait être utile d'élaborer des listes de caractéristiques communes aux pratiques frauduleuses classiques pour sensibiliser les acteurs du commerce international et d'autres cibles potentielles des fraudeurs, dans la mesure où ces listes pourraient les aider à se protéger et à ne pas être victimes de telles pratiques. Bien qu'il n'ait pas été proposé que la Commission elle-même ou ses groupes de travail intergouvernementaux participent directement à cette activité, il avait été convenu que le secrétariat devrait envisager d'élaborer, en étroite consultation avec des experts, ces listes de caractéristiques et tenir la Commission informée de l'avancement des travaux à cet égard[41].

---

[35] Ibid., *soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 203 à 206.
[36] Ibid., *cinquante-septième session, Supplément n° 17* (A/57/17), par. 279 à 290.
[37] Ibid., *cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17), par. 231 à 241.
[38] Ibid., *cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 108 à 112.
[39] Ibid., *soixantième session, Supplément n° 17* (A/60/17), par. 216 à 220.
[40] Ibid., *soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 211 à 217.
[41] Ibid., *cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 112.

197. Il a été rappelé également que, à sa trente-huitième session en 2005, l'attention de la Commission avait été appelée sur la résolution 2004/26 du Conseil économique et social en date du 21 juillet 2004, en vertu de laquelle l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC) avait réuni en mars 2005 un groupe intergouvernemental d'experts chargé de réaliser une étude sur la fraude ainsi que l'abus et la falsification d'identité à des fins criminelles et d'élaborer, à partir de cette étude, des pratiques, des principes directeurs ou d'autres éléments sur la question, en tenant compte en particulier des activités pertinentes de la CNUDCI[42]. Les résultats de cette réunion avaient été présentés à la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale ("la Commission du crime") à sa quatorzième session (Vienne, 23-27 mai 2005) (E/CN.15/2005/11), où il avait été convenu d'entreprendre une étude sur le problème à partir des réponses à un questionnaire sur la fraude, ainsi que l'abus et la falsification d'identité à des fins criminelles. Le secrétariat de la CNUDCI avait participé à la réunion précitée, dont l'avancement des travaux avait été communiqué à la Commission du crime à sa quinzième session (Vienne, 24-28 avril 2006) (E/CN.15/2006/11). Le secrétariat de la CNUDCI ayant collaboré avec l'ONUDC pour rédiger et diffuser le questionnaire en vue de l'étude, la Commission lui avait exprimé son soutien pour l'aide qu'il apportait au projet de l'ONUDC[43].

198. Il a été rappelé en outre qu'à sa trente-neuvième session, en 2006, la Commission avait été informée de l'état d'avancement des travaux du secrétariat sur l'établissement de listes de caractéristiques communes aux pratiques frauduleuses classiques. À cette même session, elle avait pris note du format proposé pour la documentation au paragraphe 14 du document A/CN.9/600, et de la possibilité d'y inclure des informations supplémentaires, par exemple des explications sur la manière d'exercer effectivement une diligence raisonnable (A/CN.9/600, par. 16). Elle avait souscrit aux déclarations faites à cette session selon lesquelles la fraude commerciale décourageait le commerce légitime et ébranlait la confiance dans les pratiques et les instruments contractuels établis et le point de vue et l'expertise de la CNUDCI – du fait de sa spécialisation dans le droit des opérations et le droit privé – étaient nécessaires pour comprendre pleinement le problème de la fraude commerciale et particulièrement utiles pour l'élaboration de mesures visant à le combattre. Elle avait conclu que son secrétariat devrait poursuivre, en collaboration avec des experts et d'autres organisations intéressées, ses travaux pour mettre en évidence les caractéristiques communes aux pratiques frauduleuses en vue de lui présenter une documentation provisoire ou définitive pour qu'elle l'examine à une session future; qu'il devrait continuer à coopérer avec l'ONUDC dans le cadre de son étude sur la fraude, l'abus et la falsification d'identité à des fins criminelles et les infractions connexes; et la tenir informée de l'avancement de ces travaux[44].

B. Travaux relatifs aux indicateurs de fraude commerciale

199. À sa session en cours, la Commission a été informée que le secrétariat, comme il en avait été prié, avait poursuivi, en collaboration avec des experts et d'autres organisations intéressées, ses travaux pour mettre en évidence les caractéristiques

[42] Ibid., *soixantième session, Supplément n° 17* (A/60/17), par. 217.
[43] Ibid., par. 218 et 219.
[44] Ibid., *soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 214 à 217.

communes aux pratiques frauduleuses et élaborer ainsi une documentation à caractère informatif destinée à faire échec à ces pratiques. Les résultats de ces travaux figuraient dans une note du secrétariat intitulée "Indicateurs de fraude commerciale" (A/CN.9/624 et Add.1 et 2). Il a été expliqué que, comme indiqué à l'introduction du document dont était saisie la Commission (A/CN.9/624, annexe, chap. Ier), le public visé était très large, à savoir particuliers, professionnels, gens d'affaires, organismes de réglementation, services de répression, parties à un procès et, éventuellement, tribunaux arbitraux et juridictions étatiques ayant à connaître d'affaires de fraude commerciale. Il a été expliqué également que ce document avait pour but d'informer et de guider le public visé, quel que soit le niveau de ses connaissances en matière d'investissements ou d'opérations commerciales. La présentation était la même pour chacun des indicateurs. Tout d'abord, l'indicateur potentiel était identifié, puis décrit plus précisément et enfin illustré par des exemples de fraudes commerciales dans différents contextes. Venaient ensuite des conseils expliquant ce qui pouvait être fait pour prévenir ou contrer, selon le cas, les effets des comportements mis en évidence pour chaque indicateur. Enfin, comme il n'était pas possible de définir des indicateurs séparés en les délimitant de manière parfaitement claire les uns par rapport aux autres, il a été expliqué que nombre d'entre eux pouvaient ou devaient se recouper et que, lorsque cela était nécessaire, des renvois à d'autres indicateurs connexes avaient été insérés. Cependant, la Commission a également été informée que, comme noté à l'introduction du document, aucun des indicateurs, pris isolément ou avec d'autres, ne permettait de conclure indubitablement à l'existence d'une fraude commerciale, mais que la présence d'un seul d'entre eux devait plutôt être le signe d'un risque de fraude, qui était d'autant plus à craindre que les indicateurs étaient nombreux. La Commission a été informée que le texte sur les indicateurs de fraude commerciale dont elle était saisie était une version provisoire. Il lui a été proposé que le secrétariat le distribue aux gouvernements, aux organisations internationales et aux organismes intéressés pour commentaires et pour qu'elle l'examine à sa prochaine session.

200. La Commission a remercié le secrétariat, les experts et les autres organisations intéressées qui avaient collaboré à l'élaboration des indicateurs de fraude commerciale pour leur participation à ce travail difficile de définition des problèmes et de rédaction d'un document qui pourrait être un outil d'information et de prévention très utile. Elle a accepté la proposition de distribuer le document sur les indicateurs de fraude commerciale pour commentaire avant sa prochaine session et s'est réjouie à la perspective d'examiner le document et les commentaires y relatifs à cette prochaine session. Cependant, des préoccupations ont été exprimées à l'égard des travaux futurs dans le domaine de la fraude commerciale, étant donné que d'autres organisations internationales, parmi lesquelles l'ONUDC, travaillaient sur ce problème et ses conséquences. Il a été estimé que la fraude commerciale relevait au premier chef du droit pénal et que, si elle souhaitait entreprendre des travaux sur cette question, la CNUDCI devrait avoir à l'esprit son mandat et se demander si elle pouvait apporter une contribution dans ce domaine. Selon d'autres avis, il n'avait été possible de parvenir à une large coopération et un dialogue étendu entre les autorités de justice pénale et les parties prenantes du droit commercial en matière de fraude commerciale qu'à partir du moment où la CNUDCI avait commencé à travailler sur les indicateurs et à collaborer avec l'ONUDC, collaboration qui était essentielle à la poursuite d'un dialogue constructif sur la fraude commerciale et à un échange d'informations efficace. Il a été estimé

que la CNUDCI, en informant et en sensibilisant sur cette question, avait utilement contribué au renforcement des mesures visant à réduire l'impact de la fraude au niveau mondial.

C. Collaboration avec l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime en matière de fraude économique et commerciale

201. La Commission était saisie, pour information, du rapport du Secrétaire général sur les résultats de la deuxième réunion du Groupe intergouvernemental d'experts chargé de réaliser une étude sur la fraude et l'abus et la falsification d'identité à des fins criminelles (E/CN.15/2007/8 et Add.1 à 3), tenue à Vienne du 16 au 19 janvier 2007.

202. La Commission a été informée que l'étude confirmait la difficulté de mesurer la fraude ainsi que le fait que la plupart des États sous-estimaient la gravité de ce problème mondial en expansion rapide, qui allait de pair avec l'utilisation de plus en plus importante des technologies de l'information. L'étude faisait également apparaître la préoccupation des États devant le fait que les entités commerciales hésitaient parfois à signaler les cas de fraude, et que la perspective de réaliser des gains importants sans courir trop de risques avait rendu cette activité attrayante tant pour les organisations criminelles que pour les organisations terroristes. La Commission a été informée que la Commission du crime avait examiné cette étude à sa seizième session[45] et qu'elle avait alors proposé, pour adoption par le Conseil économique et social, un projet de résolution dans lequel celui-ci: a) prierait le Secrétaire général de diffuser le rapport contenant les conclusions de l'étude le plus largement possible; b) inviterait les États Membres à prendre un certain nombre de mesures, notamment à faire usage des recommandations du rapport lorsqu'ils élaboreraient des stratégies efficaces pour faire face aux problèmes évoqués dans celui-ci et à se concerter et à collaborer avec les entités commerciales et autres entités du secteur privé concernées, dans la mesure du possible, afin de mieux comprendre les phénomènes de la fraude économique et de la criminalité liée à l'identité et de coopérer plus efficacement dans la prévention, les enquêtes et les poursuites concernant ces infractions; c) encouragerait le renforcement de la compréhension mutuelle et de la coopération entre les entités des secteurs public et privé au moyen d'initiatives visant à rapprocher les divers intéressés et à faciliter l'échange de vues et de renseignements entre eux; et d) prierait l'ONUDC de faciliter cette coopération en consultation avec le secrétariat de la CNUDCI, conformément à la résolution 2004/26 du Conseil économique et social en date du 21 juillet 2004[46].

203. La Commission a pris note avec intérêt et satisfaction du rapport du Secrétaire général et du projet de résolution proposé par la Commission du crime pour adoption par le Conseil économique et social. Elle a prié son secrétariat de continuer d'apporter à l'ONUDC coopération et assistance dans ses travaux relatifs à la fraude

---

[45] Voir le rapport de la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale sur sa seizième session (E/2007/30, chap. III) qui sera publié ultérieurement en tant que *Documents officiels du Conseil économique et social, 2007, Supplément n° 10* (E/2007/30/Rev.1).

[46] E/2007/30, chap. Ier, sect. B, projet de résolution II.

commerciale et économique, et de lui rendre compte de tout fait nouveau ou de toute mesure prise dans ce domaine.

X. Suivi de l'application de la Convention de New York

204. La Commission a rappelé qu'à sa vingt-huitième session, en 1995, elle avait approuvé un projet, entrepris conjointement avec le Comité D (aujourd'hui appelé "Comité sur l'arbitrage") de l'Association internationale du barreau, qui visait à suivre l'application de la Convention de New York dans la législation[47]. Il a aussi été rappelé que le secrétariat lui avait présenté, à sa trente-huitième session, en 2005, un rapport préliminaire (A/CN.9/585), qui exposait les questions soulevées par les réponses reçues au questionnaire distribué en rapport avec ce projet[48].

205. Il a en outre été rappelé qu'à cette session, la Commission s'était félicitée des progrès dont il était rendu compte dans le rapport préliminaire, notant que, dans l'ensemble, les réponses reçues avaient servi à faciliter les débats relatifs aux prochaines mesures à prendre et mettaient en évidence les zones d'incertitude sur lesquelles un complément d'information pouvait être demandé aux États parties ou des études plus poussées pouvaient être entreprises. Il avait été estimé qu'une possibilité par la suite serait d'élaborer un guide législatif pour réduire le risque de voir la pratique des États s'écarter de l'esprit de la Convention de New York[49].

206. Il a été noté qu'à sa trente-neuvième session, en 2006, la Commission avait pris note des questions supplémentaires, présentées oralement par le secrétariat, que ce dernier proposait de poser aux États (comme indiqué dans le document A/CN.9/585, par. 73) afin d'obtenir des renseignements plus complets sur différents aspects de l'application de la Convention de New York, notamment la législation, la jurisprudence et la pratique. Elle était convenue à cette session que le projet devrait avoir pour but d'élaborer un guide législatif, afin de promouvoir une interprétation uniforme de la Convention. À la même session, elle avait réaffirmé sa décision, prise à sa trente-huitième session, en 2005, de laisser au secrétariat une certaine marge de manœuvre pour déterminer les délais d'achèvement du projet et le degré de détail à retenir dans le rapport qu'il lui soumettrait en temps utile pour examen[50].

207. À sa session en cours, la Commission a été informée qu'un rapport écrit devrait lui être présenté à sa quarante et unième session, en 2008, ce qui coïnciderait avec le cinquantième anniversaire de la Convention de New York. Elle a félicité le secrétariat pour l'avancement jusque-là de ce projet. Elle a également été informée que le Comité sur l'arbitrage de l'Association internationale du barreau avait proposé d'aider activement le secrétariat à recueillir les informations nécessaires pour terminer le rapport. En outre, elle a noté que la Commission d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale avait créé une équipe spéciale chargée d'examiner, dans chaque pays, les règles de procédure nationales pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, en vue de la publication en 2008 d'un rapport sur les règles de procédure nationales. Elle a

---

[47] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 17* (A/50/17), par. 401 à 404.

[48] Ibid., *soixantième session, Supplément n° 17* (A/60/17), par. 189.

[49] Ibid., par. 190 et 191.

[50] Ibid., *soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 220.

encouragé le secrétariat à rechercher une coopération éventuelle avec la Chambre de commerce internationale afin d'éviter tout chevauchement d'activités dans ce domaine.

208. Aux fins du suivi de l'application de la Convention de New York, il a été proposé de diffuser aux États la recommandation adoptée par la Commission à sa trente-neuvième session, en 2006[51], relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de ladite Convention, afin de recueillir des commentaires sur l'impact de cette recommandation sur leur droit. Cette proposition a été appuyée.

XI. Approbation de textes d'autres organisations: Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, 2004

209. La Commission a rappelé la décision qu'elle avait prise à sa trente-neuvième session, en 2006, de communiquer aux États l'édition 2004 des Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international[52] afin qu'elle puisse éventuellement l'approuver à sa session en cours[53]. Elle a noté que, conformément à cette décision, le secrétariat avait communiqué le texte des Principes à tous les États.

210. La Commission a noté que les Principes, publiés pour la première fois en 1994, constituaient un ensemble complet de règles propres à régir les contrats du commerce international. Elle a noté également que la nouvelle édition achevée en 2004 contenait cinq nouveaux chapitres et des modifications pour prendre en compte les contrats électroniques. Elle a reconnu que les Principes d'Unidroit 2004 complétaient un certain nombre d'instruments relatifs au droit commercial international, notamment la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (1980)[54]. Il a été observé que des traductions non officielles des Principes avaient été publiées dans plus de 12 langues, dont l'ensemble des langues officielles de l'ONU à l'exception de l'arabe. L'observateur d'Unidroit a indiqué qu'une version en arabe devrait être publiée prochainement.

211. D'une manière générale, on s'est déclaré favorable à la reconnaissance de la valeur des Principes d'Unidroit 2004. Il a été noté que les Principes étaient largement reconnus et avaient été appliqués dans de nombreuses situations. Une question a été posée quant à la relation entre la Convention des Nations Unies sur les ventes et les Principes. On a fait observer que la Convention contenait des règles spécialisées détaillées régissant les contrats de vente internationale de marchandises et qu'elle s'appliquait conformément à ses dispositions sur son champ d'application à l'exclusion des Principes. De même, les questions concernant les matières régies par la Convention et qui n'étaient pas expressément tranchées par elle devaient être réglées, comme le prévoyait son article 7, selon les principes généraux dont elle

---

[51] Ibid., annexe II.

[52] Disponible sur le site Web d'Unidroit (http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/main.htm).

[53] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 234.

[54] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1489, n° 25567.

s'inspirait ou, à défaut de tels principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé. Par conséquent, l'utilisation facultative des Principes était subordonnée aux règles régissant l'applicabilité de la Convention.

212. Il a été noté que le préambule des Principes indiquait que ceux-ci pouvaient s'appliquer "lorsque les parties acceptent que leur contrat soit régi par les 'Principes généraux du droit', la '*lex mercatoria*' ou autre formule similaire". Il a été précisé que, selon les circonstances, les Principes pouvaient être considérés comme une expression possible de la *lex mercatoria* mais que cette question dépendait en dernier ressort de la loi applicable, des arrangements contractuels existants et de l'interprétation adoptée par les utilisateurs des Principes.

213. Ayant présentes à l'esprit les considérations ci-dessus, la Commission a adopté, à sa 851e séance, le 4 juillet 2007, la décision suivante concernant les Principes d'Unidroit 2004:

"*La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*,

Remerciant l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) de lui avoir communiqué le texte de l'édition 2004 des Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international,

Notant que les Principes d'Unidroit 2004 complètent un certain nombre d'instruments relatifs au droit commercial international, dont la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (1980),

Notant également que les Principes, comme l'indique leur préambule, énoncent des règles générales propres à régir les contrats internationaux et:

S'appliquent lorsque les parties acceptent d'y soumettre leur contrat,

Peuvent s'appliquer lorsque les parties acceptent que leur contrat soit régi par les "principes généraux du droit", la *lex mercatoria* ou autre formule similaire,

Peuvent s'appliquer lorsque les parties n'ont pas choisi une loi particulière devant régir leur contrat,

Peuvent être utilisés afin d'interpréter ou de compléter d'autres instruments du droit international uniforme,

Peuvent être utilisés afin d'interpréter ou de compléter le droit national,

Peuvent servir de modèle aux législateurs nationaux et internationaux,

Félicitant Unidroit d'avoir de nouveau contribué à faciliter le commerce international en élaborant des règles générales pour les contrats du commerce international,

Recommande l'utilisation des Principes d'Unidroit 2004, selon qu'il convient, conformément à l'objet qui leur a été assigné."

XII. Assistance technique en matière de réforme du droit

A. Activités d'assistance et de coopération techniques

214. La Commission était saisie d'une note du secrétariat (A/CN.9/627) décrivant les activités de coopération et d'assistance techniques entreprises depuis la date de publication de la précédente note sur la même question qui lui avait été présentée à sa trente-neuvième session, en 2006 (A/CN.9/599). Elle a souligné l'importance de cette coopération technique et s'est félicitée des activités entreprises par le secrétariat dont rendaient compte les paragraphes 6 à 28 du document A/CN.9/627.

215. La Commission a noté qu'elle ne pourrait continuer à participer aux activités de coopération et d'assistance techniques pour répondre aux demandes spécifiques des États que si elle disposait de fonds pour couvrir les dépenses y afférentes. Elle a noté en particulier que, malgré les efforts déployés par le secrétariat pour obtenir de nouveaux dons, les ressources financières qui restaient dans le Fonds d'affectation spéciale de la CNUDCI pour les colloques ne seraient suffisantes que pour les activités de coopération et d'assistance techniques déjà prévues pour 2007. Au-delà de la fin 2007, les demandes de coopération et d'assistance techniques entraînant des frais de voyage ou d'autres frais connexes devraient être refusées à moins que le Fonds d'affectation ne reçoive de nouveaux dons ou que d'autres sources de financement ne soient trouvées.

216. La Commission a de nouveau appelé tous les États, les organisations internationales et les autres organismes intéressés à envisager de verser des contributions au Fonds d'affectation spéciale de la CNUDCI pour les colloques, si possible sous la forme de contributions pluriannuelles ou de contributions à des fins spéciales, afin de faciliter la planification et de permettre au secrétariat de répondre à la demande croissante d'activités de coopération et d'assistance techniques émanant de pays en développement et de pays à économie en transition. Elle a remercié le Mexique et Singapour d'avoir contribué au Fonds depuis sa trente-neuvième session ainsi que les organisations qui avaient contribué à son programme en fournissant des fonds ou en accueillant des séminaires. Elle a également remercié la France et la République de Corée, qui avaient financé le détachement d'administrateurs auxiliaires auprès du secrétariat.

217. La Commission a aussi appelé les organismes du système des Nations Unies, les organisations, les institutions et les particuliers intéressés à verser des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale créé pour aider les pays en développement membres à financer leurs frais de voyage, en indiquant qu'aucune contribution n'avait été reçue depuis sa trente-sixième session.

B. Ressources d'assistance technique

218. La Commission a noté avec satisfaction que les travaux se poursuivaient dans le cadre du système mis en place pour la collecte et la diffusion de la jurisprudence relative aux textes de la CNUDCI (Recueil de jurisprudence). Au 18 avril 2007, 63 numéros du *Recueil de jurisprudence* rendant compte de 686 affaires, relatives principalement à la Convention des Nations Unies sur les ventes et à la Loi type de

la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international[55], avaient été préparés en vue de leur publication.

219. Il a été largement admis que le *Recueil de jurisprudence* demeurait un aspect important des activités d'assistance technique entreprises par la CNUDCI et que sa large diffusion, dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies, favorisait l'interprétation et l'application uniformes des textes de la CNUDCI. La Commission a exprimé sa reconnaissance aux correspondants nationaux et aux autres collaborateurs pour avoir contribué au développement du *Recueil de jurisprudence*.

220. La Commission a noté que le précis de jurisprudence concernant la Convention des Nations Unies sur les ventes, publié en décembre 2004[56], avait été revu et édité et que la version révisée serait présentée à la réunion des correspondants nationaux responsables du *Recueil de jurisprudence* le 5 juillet 2007.

221. La Commission a également noté les derniers développements concernant son site Web (www.uncitral.org). Elle a souligné l'importance de ce site en tant qu'élément de son programme d'activités d'information et d'assistance technique, s'est félicitée qu'il soit accessible dans les six langues officielles de l'ONU et a encouragé le secrétariat à continuer de le tenir à jour et de l'améliorer conformément aux directives en vigueur. Il a été noté que depuis la trente-neuvième session de la Commission, le site avait reçu plus de 2 500 visiteurs par jour en moyenne.

222. La Commission a pris note des derniers développements concernant la Bibliothèque de droit de la CNUDCI et les publications de la CNUDCI.

XIII. État et promotion des textes juridiques de la CNUDCI

223. La Commission a examiné l'état des conventions et des lois types issues de ses travaux ainsi que l'état de la Convention de New York en se fondant sur une note du secrétariat (A/CN.9/626) et sur les informations actualisées disponibles sur son site Web. Elle a pris acte avec satisfaction des nouveaux instruments déposés et des nouvelles législations adoptées depuis sa trente-neuvième session concernant les textes ci-après:

a) Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, 1974 (New York) [non modifiée][57]: Dépôt d'un nouvel instrument par le Monténégro; 27 États parties;

---

[55] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 17* (A/40/17), annexe I.

[56] Disponible sur le site Web de la CNUDCI (http://unicitral.org/unicitral/fr/case_law/digests/cisg.html).

[57] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1511, n° 26119. Voir aussi *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur la prescription en matière de vente internationale d'objets mobiliers corporels,* New York, 20 mai-14 juin 1974 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.74.V.8), première partie.

b) Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Hambourg)[58]: Dépôt d'un nouvel instrument par l'Albanie; 32 États parties;

c) Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (1980)[59]: Dépôt de nouveaux instruments par El Salvador, l'ex-République yougoslave de Macédoine et le Monténégro; 70 États parties;

d) Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (2005)[60]: Signature de la Chine, de la Fédération de Russie, de Madagascar, du Paraguay, de la Sierra Leone, de Singapour et de Sri Lanka;

e) Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958)[61]: Dépôt de nouveaux instruments par les Bahamas, les Émirats arabes unis, le Gabon, les Îles Marshall et le Monténégro; 142 États parties;

f) Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985)[62]: Adoption de nouvelles lois fondées sur la Loi type par le Cambodge (2006), l'Estonie (2006), l'Ouganda (2000) et la République bolivarienne du Venezuela (1998);

g) Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (1994)[63]: Adoption d'une nouvelle loi fondée sur la Loi type par l'Afghanistan (2006);

h) Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996)[64]: Adoption de nouvelles lois fondées sur la Loi type par les Émirats arabes unis (2006) et le Viet Nam (2005);

i) Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (1997)[65]: Adoption de nouvelles lois fondées sur la Loi type par la Colombie (2006) et la Nouvelle-Zélande (2006);

j) Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001)[66]: Adoption de nouvelles lois fondées sur la Loi type par les Émirats arabes unis (2006) et le Viet Nam (2005).

224. La Commission a été informée que, lors de la cérémonie des traités[67], qui se tiendrait du 25 au 27 septembre ainsi que les 1er et 2 octobre 2007, les trois

---

58 Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1695, n° 29215.

59 Ibid., vol. 1489, n° 25567.

60 Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.07.V.2.

61 Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, n° 4739.

62 *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/52/17), annexe I.

63 Ibid., *quarantième-neuvième session, supplément n° 17* et rectificatif (A/49/17 et Corr.1), annexe I.

64 Ibid., *cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), annexe I. Voir aussi *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation 1996, avec le nouvel article 5* bis *tel qu'adopté en 1998* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4).

65 *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, supplément n° 17* (A/52/17), annexe I.

66 Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), annexe II.

67 La cérémonie des traités est une manifestement annuelle qui vise à promouvoir l'état de droit

conventions ci-après liées à ses travaux seraient mises en vedette: la Convention de New York, la Convention des Nations Unies sur les ventes et la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux.

225. Les États ont été invités à envisager de participer à la cérémonie des traités en déposant les instruments appropriés concernant ces conventions. Il a été rappelé en particulier que la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux cesserait d'être ouverte à la signature le 16 janvier 2008 et que la cérémonie risquait donc d'être l'une des dernières occasions pour les États de signer ce texte lors d'une réunion de haut niveau.

XIV. Coordination et coopération

A. Remarques générales

226. La Commission était saisie d'une note du secrétariat (A/CN.9/628 et Add.1) rendant brièvement compte des travaux, en particulier des travaux législatifs de fond, des organisations internationales en matière d'harmonisation du droit commercial international. Elle a félicité le secrétariat pour la préparation de ce document, reconnaissant son utilité pour la coordination des activités des organisations internationales dans le domaine du droit commercial international, et a accueilli avec satisfaction sa révision sur une base annuelle.

227. Il a été rappelé que la Commission, à sa trente-septième session, en 2004, était convenue d'adopter une attitude plus proactive, par l'intermédiaire de son secrétariat, pour s'acquitter de son rôle de coordination[68]. Rappelant que l'Assemblée générale avait approuvé – approbation manifestée le plus récemment au paragraphe 5 de sa résolution 61/32 du 4 décembre 2006 – les efforts déployés et les initiatives prises en vue de coordonner les activités des organisations internationales dans le domaine du droit commercial international, la Commission a noté avec satisfaction que le secrétariat prenait des mesures pour engager un dialogue, sur les activités d'assistance législative et d'assistance technique, avec un certain nombre d'organisations, comme la Conférence de La Haye de droit international privé, la Banque mondiale, l'Organisation des États américains, l'Organisation de coopération et de développement économiques, l'Organisation mondiale du commerce et Unidroit. Elle a noté que ce travail impliquait souvent de se rendre aux réunions de ces organisations et d'utiliser les fonds alloués aux voyages officiels. Elle a rappelé l'importance du travail de coordination qu'elle effectuait en tant que principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international et a approuvé l'utilisation à cette fin des fonds alloués aux voyages.

---

international en assurant une plus large participation aux traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général. Elle a lieu généralement au Siège de l'ONU à l'occasion du débat général de l'Assemblée générale.

[68] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 113 à 115.

B. Rapports d'autres organisations internationales

228. La Commission a entendu une déclaration faite au nom d'Unidroit, dans laquelle il était rendu compte des progrès accomplis sur un certain nombre de projets exposés dans le document A/CN.9/628 et Add.1, à savoir:

a) Le Groupe de travail chargé de la préparation des Principes relatifs aux contrats du commerce international avait tenu sa deuxième session en juin 2007. Il avait fait des progrès importants sur les questions de l'enrichissement sans cause ou la restitution; de la pluralité de créanciers et de débiteurs; et de la résolution des contrats à long terme "for cause", ainsi que de premières avancées sur la question de l'illicéité. Un comité de rédaction tiendrait une réunion intersessions;

b) Le Comité d'experts gouvernementaux d'Unidroit avait tenu sa quatrième session en mai 2007 où il avait poursuivi l'examen du projet de convention sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiés. Il y avait étudié un certain nombre de systèmes supplémentaires régissant la négociation, le dépôt, la compensation et le règlement des titres, notamment en Asie (Chine et Malaisie), en Europe (Espagne et plusieurs pays nordiques) et en Amérique latine (Brésil et Colombie). Une conférence diplomatique était prévue du 2 au 13 juin 2008;

c) Unidroit avait suspendu la rédaction d'un guide législatif sur les principes et règles en matière de transactions sur les marchés financiers émergents pour se concentrer sur le projet de convention précité;

d) Seize États étaient désormais parties à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (2001)[69] et au Protocole à cette convention portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques (2001)[70]. La Conférence diplomatique pour l'adoption d'un Protocole ferroviaire à la Convention tenue à Luxembourg du 12 au 23 février 2007 avait adopté le Protocole de Luxembourg portant sur les questions spécifiques au matériel roulant ferroviaire (2007)[71], qui avait été signé par quatre États le 23 février 2007, date de l'adoption. Le Comité d'experts gouvernementaux d'Unidroit continuerait à examiner, lors de la troisième session, qui devait se tenir fin 2007, l'avant-projet de protocole portant sur les questions spécifiques aux biens spatiaux;

e) L'examen de la relation entre la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, ses protocoles et le projet de loi type d'Unidroit sur le leasing s'était poursuivi, la session la plus récente sur le sujet ayant été tenue par le Comité d'experts gouvernementaux à Johannesburg (Afrique du Sud). Une nouvelle session était prévue pour décembre 2007 ou début 2008, et l'Assemblée générale d'Unidroit devait en principe examiner le projet de loi type début 2008.

---

[69] Disponible sur le site Web d'Unidroit (http://www.unidroit.org/french/conventions/mobile-équipement/main.htm).

[70] Disponible sur le site Web d'Unidroit (http://www.unidroit.org/french/conventions/mobile-équipement/main.htm).

[71] Disponible sur le site Web d'Unidroit (http://www.unidroit.org/french/conventions/mobile-équipement/main.htm).

XV. Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis

229. Il a été noté que l'Institut de droit commercial international de la faculté de droit de la Pace University à White Plains (New York) avait organisé le quatorzième Concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis à Vienne du 30 mars au 5 avril 2007. Comme les précédentes années, ce concours avait été coparrainé par la Commission. Il a été noté que les questions juridiques soumises aux équipes d'étudiants participant au quatorzième Concours étaient fondées sur la Convention des Nations Unies sur les ventes[72], le Règlement d'arbitrage de la Cour d'arbitrage commercial international de la Chambre de commerce et d'industrie de la Roumanie[73], la Loi type sur l'arbitrage[74] et la Convention de New York[75]. Avaient participé à ce concours 177 équipes représentant les facultés de droit de 51 pays. L'équipe ayant le mieux plaidé avait été celle de l'Université de Fribourg (Allemagne). Le quinzième concours d'arbitrage commercial international Willem C. Vis se tiendrait à Vienne du 14 au 20 mars 2008.

XVI. Résolutions pertinentes de l'Assemblée générale

230. La Commission a pris note avec satisfaction des résolutions 61/32 et 61/33 de l'Assemblée générale, toutes deux datées du 4 décembre 2006, concernant respectivement son rapport sur les travaux de sa trente-neuvième session et les articles révisés de la Loi type sur l'arbitrage commercial international et la recommandation relative à l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II et du paragraphe 1 de l'article VII de la Convention de New York[76].

231. La Commission a également pris note de la résolution 61/39 de l'Assemblée générale en date du 4 décembre 2006 sur l'état de droit aux niveaux national et international et a entendu un rapport oral du secrétariat sur l'application de la résolution. S'agissant en particulier de l'établissement d'un inventaire, comme demandé par l'Assemblée générale dans la résolution, la Commission a noté que son secrétariat, à partir des réponses à un questionnaire qui avait été distribué, avait présenté un inventaire détaillé de toutes ses activités et de celles de la Commission en matière de promotion de l'état de droit aux niveaux national et international et, comme demandé, avait identifié les problèmes généralement rencontrés dans ces activités et les solutions possibles.

232. La Commission a été informée de la déclaration pertinente faite par le Président de la trente-neuvième session de la Commission à la soixante et unième session de l'Assemblée lors de la présentation du rapport annuel de la Commission à la Sixième Commission de l'Assemblée. Il a été fait savoir à la Commission que le Président, dans la déclaration qu'il avait faite au nom de cette dernière, s'était

---

72 Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1489, n° 25567.

73 Disponible sur le site Web de la Chambre de commerce et d'industrie de la Roumanie (http://arbitration.ccir.ro/engleza/rulesarb.htm).

74 *Documents officiels de l'Assemblée générale quarantième session, Supplément n° 17* (A/40/17), annexe I.

75 Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, n° 4739.

76 Ibid.

félicité de ce que l'Assemblée examine de manière globale et cohérente les moyens de promouvoir l'état de droit aux niveaux national et international. Il avait appelé l'attention sur les approches sporadiques et fragmentées adoptées au sein de l'Organisation des Nations Unies à cet égard. D'après lui, en accordant la priorité à la justice pénale, à la justice transitionnelle et à la réforme de la justice, ces approches négligeaient souvent la dimension économique de l'état de droit, notamment la nécessité de réformer le droit commercial, condition indispensable de la stabilité, du développement, de l'autonomisation et de la bonne gouvernance à long terme. Il avait également fait observer que, comme l'avait montré l'expérience de l'ONU dans plusieurs de ses domaines d'activité, les approches adoptées pour établir et promouvoir l'état de droit devaient être globales et cohérentes pour aboutir à des résultats durables.

233. La Commission a réaffirmé sa conviction que les travaux qu'elle menait pour établir des normes de droit privé modernes sur le commerce international selon des modalités acceptables pour les États ayant des systèmes juridiques, sociaux et économiques différents et pour promouvoir ces normes contribuaient beaucoup à l'instauration de relations internationales harmonieuses, au respect de l'état de droit, à la paix et à la stabilité et qu'ils étaient indispensables pour favoriser le développement économique et construire une économie viable. Elle a donc souligné la nécessité d'une intégration plus efficace des ressources et des compétences de la CNUDCI, en tant que seul organe du système des Nations Unies spécialisé dans le domaine du droit commercial international, dans les programmes menés au sein et hors de l'ONU pour promouvoir l'état de droit aux niveaux national et international. On a exprimé l'espoir que les domaines d'activité, les ressources et les compétences de la CNUDCI, de même que les problèmes rencontrés dans l'exécution de son mandat et les mesures et ressources nécessaires pour les surmonter, seraient dûment pris en compte dans la mise en œuvre de la résolution 61/39 de l'Assemblée générale.

XVII. Questions diverses

A. Observations et propositions de la France sur les méthodes de travail de la Commission

234. La Commission était saisie d'observations et de propositions de la France sur ses méthodes de travail (A/CN.9/635). Les auteurs de ces propositions ont déclaré que le quarantième anniversaire de la Commission était un moment particulièrement opportun pour réexaminer ses méthodes de travail qui, de leur avis, manquaient de clarté et s'écartaient des règles de procédure généralement suivies par les organes subsidiaires de l'Assemblée générale. Ils se sont particulièrement inquiétés de ce que les méthodes de travail de la Commission et de ses groupes de travail n'encourageaient apparemment pas de manière suffisante tous les États à participer effectivement à la création des normes de la CNUDCI ou à les incorporer ensuite dans leur droit. Ils ont cité des exemples d'instruments adoptés par la CNUDCI qui à ce jour n'avaient pas massivement été ratifiés ou incorporés par les États. Les modifications qu'il était proposé d'apporter à ces méthodes ont été décrites comme un moyen pour les États membres de renforcer leur sentiment d'appropriation et d'implication à l'égard de la CNUDCI en contrôlant davantage ses activités

d'élaboration de normes. Parmi les diverses propositions présentées par la France dans ses observations, l'accent a été mis sur le processus de prise de décisions au sein de la Commission et de ses groupes de travail. Il convenait, du point de vue de la délégation française, de mieux définir la notion de "consensus", sur laquelle reposait ce processus. Le rôle des entités non étatiques dans l'élaboration de règles de droit uniforme a aussi été remis en question et il a été proposé d'établir une distinction plus claire entre la phase de négociation, au cours de laquelle les organisations non gouvernementales pourraient apporter une contribution utile, et la phase de décision, à laquelle seuls les États membres devraient participer.

235. En réponse à ces observations et propositions, il a été déclaré que toute contribution visant à maintenir la tradition d'excellence de la CNUDCI et à assurer son efficacité devrait être saluée. On a fait observer qu'en tant qu'organe technique, la CNUDCI avait décidé, lors de ses premières sessions, de mettre en place des méthodes de travail appropriées pour l'exercice de ses fonctions. Au cours de ses 40 années d'existence, elle avait élaboré plusieurs conventions, lois types, guides législatifs et autres normes et standards avec l'aide de membres élus venant de toutes les régions du monde et, de ce fait, ses textes avaient été accueillis favorablement et adoptés à l'échelle du globe. Il a été rappelé que, du fait de la nature de ses travaux (relevant du droit privé), la Commission avait besoin de faire appel aux connaissances spécialisées d'associations professionnelles privées, qui maîtrisaient les domaines juridiques qu'elle envisageait de traiter. Le concours de ces observateurs d'associations internationales privées étant nécessaire, la Commission a été instamment priée de faire en sorte que rien ne nuise à leur volonté de participer à ses réunions. On a indiqué que le fait de reconnaître le rôle essentiel des représentants d'entités non étatiques et de les encourager à continuer de prendre part aux travaux n'empêchait pas de préciser aux organisations non gouvernementales invitées qu'elles avaient un rôle de contribution et non de décision. On a déclaré en outre que le fait que les décisions de la CNUDCI aient jusqu'alors été prises sans qu'un vote soit nécessaire devrait être perçu comme un élément positif qui témoignait des efforts déployés pour rechercher, non des résultats rapides grâce au vote, mais des solutions généralement acceptables. En cherchant ainsi à trouver des solutions qui puissent être acceptées par un grand nombre de pays, la CNUDCI avait évité les désaccords persistants et s'était révélée une organisation normative efficace.

236. Au cours du débat général qui a suivi, on a largement estimé que, si les méthodes de travail actuelles de la Commission avaient démontré leur efficacité, le moment était peut-être venu de les réexaminer en détail, compte tenu en particulier de l'augmentation récente du nombre de ses membres et de sujets abordés par elle ainsi que par ses six groupes de travail, composés de tous ses membres, auxquels des États non membres étaient également invités. Il a été convenu que les principes directeurs pour un tel réexamen devraient être ceux de l'ouverture, de la transparence et de la flexibilité. La tolérance et le professionnalisme ont aussi été évoqués. On a insisté notamment sur la nécessité, lors de toute modification de ses méthodes de travail par le secrétariat, de conserver sa souplesse et son pouvoir d'appréciation. L'avis a aussi été exprimé que les règles de procédure de la Commission étaient insuffisamment connues, extrêmement souples et informelles, et difficilement accessibles et évaluables.

237. Il a été estimé que la poursuite du débat se trouverait considérablement facilitée si le secrétariat pouvait présenter une compilation des règles de procédure et des pratiques, établies par la CNUDCI elle-même ou par l'Assemblée générale dans ses résolutions concernant les travaux de la Commission. Cette dernière a prié le secrétariat de préparer un tel document pour qu'elle l'examine, si possible dès la reprise de sa quarantième session.

238. Plusieurs avis ont été exprimés à propos de la teneur des propositions. En ce qui concerne le processus de prise de décisions, si le consensus était la solution généralement préférée, on a déclaré que des mesures de clarification supplémentaires seraient peut-être nécessaires, en particulier s'agissant de la possibilité de mieux refléter les vues minoritaires et des critères que la présidence devait appliquer pour évaluer le degré de consensus ou reconnaître les situations exceptionnelles où un vote serait inévitable. Il a été estimé à cet égard que l'on pourrait envisager l'élaboration d'un règlement intérieur détaillé ou la préparation d'un ensemble de principes ou d'orientations que devraient appliquer la Commission et ses organes subsidiaires.

239. Pour ce qui est des organisations non gouvernementales, il a été généralement admis que la participation active des milieux commerciaux représentés par les ONG invitées était essentielle à la qualité du travail de la CNUDCI. On a estimé qu'il fallait prendre soin d'établir des règles de nature à garantir la transparence dans le choix de ces organisations et à clarifier le caractère consultatif de leur rôle. Les mécanismes de consultation des organisations non gouvernementales mis en place par le Conseil économique et social ont été mentionnés[77]. Si ces mécanismes pouvaient être, a-t-on dit, une source d'inspiration utile, on a souligné qu'ils ne s'imposaient pas nécessairement à la Commission en tant qu'organe subsidiaire de l'Assemblée générale. On a aussi insisté sur le fait que le rôle, dans le processus décisionnel, des États et des organisations intergouvernementales ayant qualité d'observateur devait être clarifié.

240. Concernant le régime linguistique, on s'est déclaré généralement sensible à une plus large utilisation – en plus de l'anglais – du français et des autres langues officielles de l'ONU, notamment dans les documents diffusés de manière informelle, sous réserve des ressources disponibles. Quant au multilinguisme dans la documentation officielle, on a rappelé qu'il s'agissait là d'une caractéristique essentielle du travail de la CNUDCI en tant qu'organe des Nations Unies.

241. Il a été convenu, au sujet de la manière dont devraient se poursuivre les discussions sur les méthodes de travail, d'inscrire la question à l'ordre du jour de la Commission pour la reprise de sa quarantième session (voir par. 11 ci-avant). Étant donné qu'il était très souhaitable qu'elle finisse alors d'adopter, dans le cadre d'un Comité plénier, le projet de guide législatif sur les opérations garanties, on a jugé qu'elle ne pourrait, à cette occasion, consacrer du temps à la question des méthodes de travail que dans la mesure où le lui permettraient ses travaux sur le projet de guide. Afin de faciliter les consultations informelles entre tous les États intéressés, le secrétariat a été prié d'établir un rapport sur les règles et pratiques existantes (voir par. 237 ci-avant) et de faire le nécessaire, en fonction des ressources disponibles, pour permettre à leurs représentants de se réunir la veille de l'ouverture

[77] Résolution 1996/31 du Conseil économique et social.

de la reprise de la quarantième session de la Commission et, si possible, pendant la reprise de la session.

B. Programme de stages

242. Un rapport oral a été présenté sur le programme de stages au secrétariat de la Commission. Si on s'est généralement félicité de ce programme, qui visait à donner à de jeunes juristes l'occasion de se familiariser avec les travaux de la CNUDCI et d'améliorer leurs connaissances dans des domaines spécifiques du droit commercial international, il a été fait observer que seule une faible proportion des stagiaires étaient ressortissants de pays en développement. Il a été proposé d'envisager la mise en place de moyens financiers pour permettre une plus large participation de jeunes juristes des pays en développement. Cette proposition a été appuyée.

C. Évaluation du rôle du secrétariat dans la facilitation du travail de la Commission

243. La Commission a été informée que, dans le projet de budget-programme pour l'exercice biennal 2008-2009, la "facilitation des travaux de la CNUDCI" figurait parmi les "réalisations escomptées du secrétariat", l'indicateur de succès correspondant étant la "satisfaction de la CNUDCI quant aux services fournis", mesurée sur une échelle de 1 à 5 (5 étant la meilleure note)[78]. Elle est convenue de faire part de son appréciation au secrétariat.

D. Bibliographie

244. La Commission était saisie d'une bibliographie des écrits récents ayant trait à ses travaux (A/CN.9/625).

XVIII. Congrès en 2007

245. La Commission a rappelé qu'à ses trente-huitième et trente-neuvième sessions, en 2005 et 2006, respectivement, elle avait approuvé un projet tendant à organiser, dans le cadre de sa quarantième session, un congrès semblable à son Congrès sur le droit commercial uniforme au XXIe siècle, tenu à New York du 18 au 22 mai 1992[79]. Elle avait prévu qu'à ce congrès les résultats de son programme de travail passé ainsi que des travaux apparentés d'autres organisations actives dans le domaine du droit commercial international seraient examinés, les programmes de

---

[78] Projet de budget-programme pour l'exercice biennal 2008-2009, Titre III, Justice internationale et droit international, Chapitre 8, Affaires juridiques [Programme 6 (Plan-programme biennal et priorités pour la période 2008-2009)], Sous-programme 5, Harmonisation, modernisation et unification progressives du droit commercial international (A/62/6 (Sect. 8), Tableau 8.19 d)).

[79] Pour les actes du Congrès, voir *Le droit commercial uniforme au XXIe siècle: Actes du Congrès de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, New York, 18-22 mai 1992* (A/CN.9/SER.D/1).

travail en cours évalués et les thèmes des programmes de travail futurs étudiés et évalués[80, 81].

246. À sa session en cours, la Commission a pris note avec satisfaction des préparatifs effectués par le secrétariat en vue du Congrès intitulé "Un droit moderne pour le commerce mondial", qui se tiendrait à Vienne après la fin des délibérations officielles de la Commission, du 9 au 12 juillet 2007. Elle a prié le secrétariat de publier les actes du Congrès dans les langues officielles de l'ONU, sous réserve des ressources disponibles.

XIX. Date et lieu des réunions futures

A. Date de la reprise de la quarantième session

247. La Commission est convenue de tenir la reprise de sa quarantième session à Vienne du 10 au 14 décembre 2007 (pour l'ordre du jour de la reprise de la session, voir par. 11 ci-avant).

B. Quarante et unième session de la Commission

248. La Commission a approuvé la tenue de sa quarante et unième session à New York, du 16 juin au 11 juillet 2008, sous réserve de confirmation ou d'abrègement possible de la session, décision qui sera prise pendant la reprise de la quarantième session, à la lumière en particulier de l'avancement des travaux du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) et du Groupe de travail III (Droit des transports). (Le Siège de l'Organisation des Nations Unies à New York sera fermé le vendredi 4 juillet 2008.)

C. Sessions des groupes de travail avant la quarante et unième session de la Commission

249. À sa trente-sixième session, en 2003, la Commission était convenue que: a) les groupes de travail devraient normalement se réunir pour une session d'une semaine deux fois par an; b) du temps supplémentaire pourrait être accordé, si nécessaire, à l'un des groupes de travail si un autre n'utilisait pas entièrement le sien, à condition de ne pas dépasser le nombre total de 12 semaines par an de services de conférence allouées actuellement à l'ensemble de ses six groupes de travail; et c) si une demande d'allongement du temps alloué présentée par un groupe de travail entraînait un tel dépassement, elle devrait l'examiner en priant ce groupe de travail de justifier la nécessité d'un tel changement[82].

250. Au vu de l'ampleur et de la complexité du projet dont le Groupe de travail III (Droit des transports) était saisi, la Commission a décidé de l'autoriser à tenir des sessions de deux semaines au second semestre de 2007 et au premier semestre de

---

[80] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 17* (A/60/17), par. 231.

[81] Ibid., *soixante et unième session*, *Supplément n° 17* (A/61/17), par. 256 à 258.

[82] Ibid., *cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17), par. 275.

2008, en utilisant le temps normalement alloué au Groupe de travail IV (Commerce électronique), qui ne devrait pas se réunir avant la quarante et unième session de la Commission (voir par. 184 ci-avant et 251 c) et d) ci-après).

251. Sous réserve d'une éventuelle modification à la reprise de sa quarantième session (voir par. 11 ci-avant), la Commission a approuvé le calendrier ci-après pour les sessions de ses groupes de travail:

a) Le Groupe de travail I (Passation de marchés) tiendrait sa douzième session à Vienne du 3 au 7 septembre 2007 et sa treizième session à New York du 7 au 11 avril 2008;

b) Le Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) tiendrait sa quarante-septième session à Vienne du 10 au 14 septembre 2007 et sa quarante-huitième session à New York du 4 au 8 février 2008;

c) Le Groupe de travail III (Droit des transports) tiendrait sa vingtième session à Vienne du 15 au 25 octobre 2007 (l'Office des Nations Unies à Vienne sera fermé le 26 octobre) et sa vingt et unième session à Vienne du 14 au 25 janvier 2008, la durée de cette session pouvant être ramenée à une semaine (voir par. 184 ci-avant);

d) Aucune session n'était envisagée pour le Groupe de travail IV (Commerce électronique);

e) Le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) tiendrait sa trente-troisième session à Vienne du 5 au 9 novembre 2007 et sa trente-quatrième session à New York du 3 au 7 mars 2008;

f) Le Groupe de travail VI (Sûretés) tiendrait sa treizième session à New York du 19 au 23 mai 2008.

D. Sessions des groupes de travail en 2008 après la quarante et unième session de la Commission

252. La Commission a noté qu'un calendrier provisoire avait été établi pour les sessions que ses groupes de travail tiendraient en 2008 après sa quarante et unième session (ce calendrier était subordonné à son approbation à cette session):

a) Le Groupe de travail I (Passation de marchés) tiendrait sa quatorzième session à Vienne du 8 au 12 septembre 2008;

b) Le Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) tiendrait sa quarante-neuvième session à Vienne du 15 au 19 septembre 2008;

c) Le Groupe de travail III (Droit des transports) tiendrait sa vingt-deuxième session à Vienne du 20 au 24 octobre 2008;

d) Le Groupe de travail IV (Commerce électronique) tiendrait sa quarante-cinquième session à Vienne du 27 au 31 octobre 2008;

e) Le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) tiendrait sa trente-cinquième session à Vienne du 17 au 21 novembre 2008;

f) Le Groupe de travail VI (Sûretés) tiendrait sa quatorzième session à Vienne du 24 au 28 novembre 2008.

Annexe

Liste des documents dont la Commission était saisie à sa quarantième session

Cote	*Titre ou description*
A/CN.9/613	Ordre du jour provisoire annoté et calendrier de la quarantième session
A/CN.9/614	Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa quarante-cinquième session (Vienne, 11-15 septembre 2006)
A/CN.9/615	Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa dixième session (Vienne, 25-29 septembre 2006)
A/CN.9/616	Rapport du Groupe de travail III (Droit des transports) sur les travaux de sa dix-huitième session (Vienne, 6-17 novembre 2006)
A/CN.9/617	Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa onzième session (Vienne, 4-8 décembre 2006)
A/CN.9/618	Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente et unième session (Vienne, 11-15 décembre 2006)
A/CN.9/619	Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa quarante-sixième session (New York, 5-9 février 2007)
A/CN.9/620	Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa douzième session (New York, 12-16 février 2007)
A/CN.9/621	Rapport du Groupe de travail III (Droit des transports) sur les travaux de sa dix-neuvième session (New York, 16-27 avril 2007)
A/CN.9/622	Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente-deuxième session (New York, 14-18 mai 2007)
A/CN.9/623	Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa onzième session (New York, 21-25 mai 2007)
A/CN.9/624 et Add. 1 et 2	Note du secrétariat sur les indicateurs de fraude commerciale
A/CN.9/625	Bibliographie des écrits récents ayant trait aux travaux de la CNUDCI
A/CN.9/626	Note du secrétariat sur l'état des conventions et des lois types
A/CN.9/627	Note du secrétariat sur la coopération et l'assistance techniques
A/CN.9/628 et Add. 1	Note du secrétariat sur les activités actuelles des organisations internationales en matière d'harmonisation et d'unification du droit commercial international
A/CN.9/629	Note du secrétariat sur la facilitation de la coopération, de la communication directe et de la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale
A/CN.9/630 et Add. 1 à 5	Note du secrétariat sur les travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique: document de référence général sur les éléments requis pour créer un cadre juridique favorable pour le commerce électronique: spécimen de chapitre sur l'utilisation internationale des méthodes d'authentification et de signature électroniques

Cote	*Titre ou description*
A/CN.9/631 et Add. 1 à 11	Note du secrétariat sur les sûretés: recommandations et commentaire du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties
A/CN.9/632	Note du secrétariat sur les travaux futurs possibles sur les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle
A/CN.9/633	Note du secrétariat transmettant les observations de la Communauté européenne et de ses États membres sur le projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties
A/CN.9/634	Note du secrétariat transmettant le rapport du Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage sur ses activités au titre du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI depuis 1976
A/CN.9/635	Note du secrétariat transmettant les observations de la France sur les méthodes de travail de la CNUDCI

Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarantième session (Vienne, 10-14 décembre 2007) (A/62/17) (Part II)

[Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-2
II.	Organisation de la session	3-13
	A. Ouverture de la session	3
	B. Composition et participation	4-8
	C. Élection du Bureau	9-11
	D. Ordre du jour	12
	E. Adoption du rapport	13
III.	Projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties	14-100
	A. Considérations générales	14-15
	B. Examen du projet de guide	16-98
	C. Adoption du Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties	99-100
IV.	Méthodes de travail de la CNUDCI	101-107
V.	Dates des réunions futures	108-110
VI.	Questions diverses	111-113
Annexe		
	Liste des documents dont la Commission était saisie à la reprise de sa quarantième session	

I. Introduction

1. Le présent rapport porte sur la reprise de la quarantième session de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), tenue à Vienne du 10 au 14 décembre 2007.

2. Conformément à la résolution 2205 (XXI) adoptée le 17 décembre 1966 par l'Assemblée générale, ce rapport est présenté à cette dernière et également soumis pour observations à la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement.

II. Organisation de la session

A. Ouverture de la session

3. La quarantième session de la Commission a repris le 10 décembre 2007.

B. Composition et participation

4. La résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, portant création de la Commission, prévoyait que celle-ci serait composée de 29 États, élus par l'Assemblée. Par sa résolution 3108 (XXVIII) du 12 décembre 1973, l'Assemblée a porté de 29 à 36 le nombre des membres de la Commission puis, par sa résolution 57/20 du 19 novembre 2002, de 36 à 60 États. Les membres actuels de la Commission, élus le 17 novembre 2003 et le 22 mai 2007, sont les États ci-après, dont le mandat expire la veille de l'ouverture de la session annuelle de la Commission pour l'année indiquée[83]: Afrique du Sud (2013), Algérie (2010), Allemagne (2013), Arménie (2013), Australie (2010), Autriche (2010), Bahreïn (2013), Bélarus (2010), Bénin (2013), Bolivie (2013), Bulgarie (2013), Cameroun (2013), Canada (2013), Chili (2013), Chine (2013), Colombie (2010), Égypte (2013), El Salvador (2013), Équateur (2010), Espagne (2010), États-Unis d'Amérique (2010), Fédération de Russie (2013), Fidji (2010), France (2013), Gabon (2010), Grèce (2013), Guatemala (2010), Honduras (2013), Inde (2010), Iran (République islamique d') (2010), Israël (2010), Italie (2010), Japon (2013), Kenya (2010), Lettonie (2013), Liban (2010), Madagascar (2010), Malaisie (2013), Malte (2013), Maroc (2013), Mexique (2013), Mongolie (2010), Namibie (2013), Nigéria (2010), Norvège (2013), Ouganda (2010), Pakistan (2010), Paraguay (2010), Pologne (2010), République de Corée (2013), République tchèque (2010), Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (2013), Sénégal (2013), Serbie (2010), Singapour (2013), Sri Lanka (2013), Suisse (2010), Thaïlande (2010), Venezuela (République bolivarienne du) (2010) et Zimbabwe (2010).

5. Tous les membres de la Commission étaient représentés à la reprise de la session à l'exception des États suivants: Arménie, Bahreïn, Bénin, Chine, Colombie, Équateur, Fidji, Gabon, Honduras, Israël, Kenya, Madagascar, Malte, Maroc, Mongolie, Nigéria et Singapour.

6. Ont aussi assisté à la reprise de la session des observateurs des États suivants: Argentine, Belgique, Brésil, Burundi, Croatie, Indonésie, Jamahiriya arabe libyenne, Panama, Pérou, Philippines, Portugal, République démocratique du Congo, République dominicaine, Roumanie, Slovaquie, Slovénie, Tunisie, Turquie et Zambie.

---

[83] En application de la résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, les membres de la Commission sont élus pour un mandat de six ans. Parmi les membres actuels, 30 ont été élus par l'Assemblée à sa cinquante-huitième session, le 17 novembre 2003 (décision 58/407) et 30 par l'Assemblée à sa soixante et unième session, le 22 mai 2007 (décision 61/417). Par sa résolution 31/99, l'Assemblée a modifié les dates de commencement et d'expiration du mandat des membres en décidant que ceux-ci entreraient en fonction le premier jour de la session annuelle ordinaire de la Commission suivant leur élection et que leur mandat expirerait à la veille de l'ouverture de la septième session annuelle ordinaire suivant leur élection.

7. Y ont également assisté des observateurs des organisations suivantes:

a) *Système des Nations Unies*: Banque mondiale et Fonds monétaire international;

b) *Organisations intergouvernementales*: Commission de l'Union africaine, Communauté de l'Afrique de l'Est, Communauté européenne et Institut international pour l'unification du droit privé;

c) *Organisations non gouvernementales invitées par la Commission*: American Bar Association, Association européenne des étudiants en droit, Association française des entreprises privées, Association internationale du barreau, Centre européen pour la paix et le développement, Commercial Finance Association, Forum for International Commercial Arbitration, International Insolvency Institute, International Swaps and Derivatives Association, Union internationale d'assurances transports et Union internationale des avocats.

8. La Commission s'est félicitée de la participation d'organisations internationales non gouvernementales ayant des connaissances spécialisées sur les principaux points de l'ordre du jour. Cette participation était cruciale pour la qualité des textes élaborés par la Commission, qui a prié le secrétariat de continuer à inviter de telles organisations à ses sessions.

C. Élection du Bureau

9. Le Bureau suivant, élu à la première partie de la quarantième session, a été maintenu dans ses fonctions:

Présidence:	Dobrosav Mitrović (Serbie)
Vice-Présidence:	Biu Adamu Audu (Nigéria)
	Horacio Bazoberry (Bolivie)
	Kathryn Sabo (Canada)

10. Le Président étant absent, la Commission a décidé à sa 855e séance, tenue le 10 décembre 2007, que la Vice-Présidente de la quarantième session, Kathryn Sabo (Canada), assurerait la présidence à la reprise de la quarantième session.

11. À sa 859e séance, le 12 décembre 2007, la Commission a élu M. R. Umarji (Inde) Rapporteur pour la reprise de sa quarantième session.

D. Ordre du jour

12. L'ordre du jour de la reprise de la quarantième session, tel qu'adopté par la Commission à sa 855e séance, tenue le 10 décembre 2007, était le suivant:

1. Ouverture de la reprise de la quarantième session.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Adoption d'un projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties et travaux futurs possibles.

4. Méthodes de travail de la CNUDCI.

5. Dates des réunions ultérieures.

6. Adoption du rapport.

E. Adoption du rapport

13. À ses 863e et 864e séances, le 14 décembre 2007, la Commission a adopté le présent rapport par consensus.

III. Projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties

A. Considérations générales

14. La Commission était saisie d'un ensemble complet de recommandations et de commentaires révisés du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties (ci-après "le projet de guide"; voir A/CN.9/637 et Add.1 à 8, ainsi que A/CN.9/631/Add.1 à 3) et des rapports du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa onzième session (A/CN.9/617), tenue à Vienne du 4 au 8 décembre 2006, et de sa douzième session (A/CN.9/620), tenue à New York du 12 au 16 février 2007. La Commission a remercié le Secrétariat pour la préparation d'un nombre extrêmement élevé de documents complexes (environ 300 pages) dans un court délai (entre la première partie de la quarantième session et la reprise de cette session).

15. La Commission a rappelé que, à la première partie de sa quarantième session (A/62/17 (Part I), par. 158), elle avait adopté la recommandation 4, alinéas b) et c) sur la non-application du projet de guide à la propriété intellectuelle, aux valeurs mobilières et aux contrats financiers (A/CN.9/631, chap. II), et les recommandations 74 à 230 (A/CN.9/631, chap. VII à XIV) et approuvé quant au fond les commentaires sur les chapitres VII à XIV (A/CN.9/631/Add.4 à 11) et sur la propriété intellectuelle (A/CN.9/631/Add.1), ainsi que la terminologie (voir A/CN.9/631/Add.1, par. 13 à 19). Elle a rappelé aussi que, comme elle l'avait décidé lors de la première partie de sa quarantième session (A/62/17 (Part I), par. 159), elle reverrait les textes suivants à la reprise de la session: recommandations 1 à 73 (A/CN.9/631, telles que révisées dans le document A/CN.9/637); les commentaires sur les chapitres I à VI (A/CN.9/631/Add. 1 à 3); les recommandations sur l'extension d'un droit de réserve de propriété ou du droit de crédit-bail sur le produit (approche non unitaire), si nécessaire; et le commentaire sur les variantes des recommandations sur l'opposabilité d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail sur le produit (approches unitaire et non unitaire), si nécessaire. Elle a noté encore qu'elle était convenue de reporter à la reprise de la session la question de savoir si la terminologie et les recommandations, reproduites à la fin de chaque chapitre, devaient l'être aussi dans une annexe distincte du projet de guide, (voir A/62/17 (Part I), par. 159).

B. Examen du projet de guide

1. Introduction, chapitre premier (Principaux objectifs) et section C du chapitre II (Champ d'application et autres règles générales)

16. Il a été noté que le contenu de l'introduction, du chapitre premier et de la section C du chapitre II du projet de guide (voir A/CN.9/631/Add.1) pourrait être réorganisé en une nouvelle introduction et modifié comme suit:

a) La section A (Objet du Guide) devrait comprendre le contenu des paragraphes 1 à 12 du document A/CN.9/631/Add.1;

b) Une section B (Exemples de pratiques de financement visées par le Guide) devrait comprendre le contenu des paragraphes 55 à 77 du document A/CN.9/631/Add.1;

c) La section C, avec un nouveau titre (Principaux objectifs et principes fondamentaux d'un régime efficace en matière d'opérations garanties), devrait comprendre le contenu des paragraphes 20 à 31 du document A/CN.9/631/Add.1 ainsi qu'un texte supplémentaire abordant certains principes fondamentaux du projet de guide qui établiraient un lien entre les principaux objectifs du projet de guide et les recommandations concernées;

d) Une nouvelle section D (Application d'une nouvelle loi sur les opérations garanties) devrait être ajoutée pour donner des orientations aux législateurs nationaux quant aux différentes façons d'appliquer les recommandations du projet de guide, compte tenu des lois en vigueur, de la méthode législative et des techniques de rédaction de textes législatifs ainsi que de la nécessité de diffuser les informations à tous ceux qui appliqueraient la loi (juges, arbitres et praticiens) afin d'assurer l'homogénéité du régime;

e) La section E (Terminologie) devrait comprendre le contenu des paragraphes 1 à 6 du document A/CN.9/637;

f) Une section F (Recommandations) devrait comprendre la recommandation 1 du chapitre premier (Principaux objectifs) du document A/CN.9/637, dûment alignée sur la section C de la nouvelle introduction (voir alinéa c) ci-dessus).

17. La Commission a examiné des modifications rédactionnelles proposées pour ces nouvelles sections. En ce qui concerne l'objectif principal consistant à établir un équilibre entre les intérêts des personnes concernées, il a été suggéré que le commentaire fasse expressément référence aux efforts déployés par la Commission pour harmoniser les lois sur les opérations garanties et sur l'insolvabilité. Pour ce qui est du principe fondamental d'une approche intégrée et fonctionnelle, il a été proposé de tenir dûment compte à la fois de l'approche unitaire et de l'approche non unitaire du financement d'acquisitions, le commentaire indique que, dans toute la mesure du possible, toutes les opérations qui créent un droit sur tous types de biens destinés à garantir l'exécution d'une obligation (c'est-à-dire ayant des fonctions de garantie) devraient être considérées comme des sûretés réelles mobilières et être régies par les mêmes règles ou, du moins, les mêmes principes. En ce qui concerne le principe fondamental de la priorité entre sûretés multiples, il a été suggéré que le commentaire examine séparément l'importance de l'existence des sûretés multiples

et l'importance d'une règle de priorité claire pour régir des sûretés multiples consenties par le constituant sur les mêmes biens. S'agissant du principe fondamental de l'égalité de traitement de tous les créanciers qui ont octroyé un crédit pour permettre aux constituants d'acquérir des biens meubles corporels, il a été suggéré de supprimer une référence antérieure selon laquelle les vendeurs réservataires pourraient bénéficier de la totalité des droits accordés aux créanciers garantis, qui d'une certaine façon dépassaient les droits dont disposaient lesdits vendeurs en vertu des lois existantes de la plupart des États. Toutes ces suggestions ont reçu un soutien suffisant.

18. En ce qui concerne la terminologie figurant dans le document A/CN.9/637, il y a eu accord sur les modifications suivantes:

a) Au sous-alinéa t) ii) de la définition du terme "contrôle" en ce qui concerne un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, il faudrait supprimer la fin de la phrase à partir du mot "constaté" et ajouter une nouvelle définition du terme "accord de contrôle", libellée comme suit: "Le terme 'accord de contrôle' désigne un accord entre la banque dépositaire, le constituant et le créancier garanti, constaté par un écrit signé, dans lequel la banque dépositaire est convenue de suivre les instructions du créancier garanti concernant le paiement de fonds crédités sur le compte bancaire sans que le constituant n'ait à donner son consentement";

b) Il faudrait réviser comme suit la définition du terme "émetteur" d'un instrument négociable: "Le terme 'émetteur' d'un document négociable désigne la personne qui est tenue de remettre les biens meubles corporels représentés par le document conformément à la loi régissant les documents négociables, que cette personne ait accepté ou non de s'acquitter de toutes les obligations";

c) Pour aligner la note figurant après la définition du terme "droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant" sur la définition figurant dans le document A/CN.9/637, il faudrait la modifier comme suit: "… Ainsi, ce qui est reçu après que l'engagement de garantie indépendant a été honoré (en d'autres termes du fait d'une présentation conforme en vertu de cet engagement) est le 'produit' du droit de recevoir le produit de cet engagement".

19. Le Secrétariat a également été prié d'envisager de supprimer la numérotation alphabétique des définitions, si cela n'est pas incompatible avec les règles éditoriales de l'Organisation des Nations Unies.

20. Sous réserve des changements susmentionnés et de toutes modifications rédactionnelles pouvant en résulter, la Commission: a) a approuvé la réorganisation de l'introduction, du chapitre premier et de la section C du chapitre II du projet de guide en une nouvelle introduction, ainsi qu'il a été exposé au paragraphe 16 ci-dessus; b) approuvé quant au fond le commentaire de la nouvelle introduction; c) adopté la recommandation 1; et d) convenu que la terminologie ne devrait pas figurer seulement à la section E de la nouvelle introduction, mais aussi, avec les recommandations (qui seraient également reproduites à la fin de chaque chapitre), dans une annexe distincte du projet de guide.

2. Chapitre II (Champ d'application et autres règles générales) et chapitre III (Approches fondamentales en matière de sûretés)

a) Recommandations (A/CN.9/637, recommandations 2 à 12)

21. En ce qui concerne la recommandation 3, la Commission a indiqué que le commentaire expliquerait les raisons pour lesquelles les recommandations du projet de guide (à l'exception de certaines recommandations sur la réalisation) s'appliquaient à toutes les cessions de créances, sans transformer les transferts purs et simples en sûretés réelles mobilières.

22. En ce qui concerne la recommandation 5, il a été convenu qu'il faudrait aussi faire référence comme suit aux recommandations traitant des sûretés réelles mobilières grevant des biens attachés à des biens immeubles: "La loi ne devrait pas s'appliquer aux biens immeubles. Toutefois, les recommandations 21, 25 (chapitre sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière), 34, 43, 48 (chapitre sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière), 84, 85 (chapitre sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière), 161, 162 (chapitre sur la réalisation d'une sûreté réelle mobilière), 180 et 192 (chapitre sur le financement d'acquisitions) peuvent affecter les droits sur des biens immeubles".

23. Après discussion, la Commission a adopté les recommandations 2 à 12, réorganisées conformément à l'ordre du commentaire révisé (voir par. 24 d) ci-dessous).

b) Commentaire ((A/CN.9/631/Add.1, par. 32 à 56 et 78 à 141)

24. Il a été indiqué que le contenu des chapitres II et III du projet de guide figurant dans le document A/CN.9/631/Add.1 pourrait être réorganisé et modifié en un nouveau chapitre premier (Champ d'application et approches fondamentales en matière d'opérations garanties) comme suit:

a) La section A (Champ d'application) devrait comprendre le contenu des paragraphes 32 à 54 du document A/CN.9/631/Add.1 dûment actualisé pour appliquer les décisions prises par la Commission à la première partie de sa quarantième session (A/62/17 (Part I), par. 158);

b) La section B (Approches fondamentales en matière de sûretés) devrait comprendre le contenu des paragraphes 78 à 141 du document A/CN.9/631/Add.1, dûment actualisé pour appliquer les décisions prises par la Commission à la première partie de sa quarantième session (A/62/17 (Part I), par. 158);

c) La section C (Deux thèmes clefs communs à tous les chapitres du Guide) devrait comprendre le contenu des paragraphes 55 et 56 du document A/CN.9/631/Add.1, dûment actualisé pour appliquer les décisions prises par la Commission à la première partie de sa quarantième session (A/62/17 (Part I), par. 158);

d) La section D devrait comprendre les recommandations 2 à 12 du document A/CN.9/637, ordonnées conformément aux alinéas a) à c) ci-dessus.

25. La Commission a examiné des modifications rédactionnelles qui pourraient être apportées à ces nouvelles sections. En ce qui concerne le nouveau chapitre premier, Section B (Approches fondamentales en matière de sûretés), il a été suggéré que le projet de guide explique plus avant la justification de toutes les

approches différentes en matière de sûretés réelles mobilières et leur évolution historique. Cette suggestion a recueilli un appui suffisant. Il a été suggéré aussi que les sûretés sur des droits à paiement découlant de contrats financiers soient exclues du projet de guide, que ces contrats soient régis ou non par une convention de compensation. La Commission a rappelé qu'elle avait déjà adopté la recommandation 4, alinéa c), figurant dans le document A/CN.9/631, excluant uniquement les droits à paiement naissant de contrats financiers régis par des conventions de compensation, à la première partie de sa quarantième session (dans le document A/CN.9/637, les questions sont traitées dans la recommandation 4, alinéas c) et d)) (A/62/17 (Part I), par. 148 à 151 et 158).

26. Sous réserve des changements susmentionnés et d'éventuelles modifications rédactionnelles en résultant, la Commission a approuvé: a) la réorganisation du contenu des chapitres II et III du projet de guide en un nouveau chapitre premier, comme il est indiqué au par. 24 ci-dessus; et b) quant au fond le commentaire du nouveau chapitre premier.

3. Chapitre IV (Constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties))

a) Recommandations (A/CN.9/637, recommandations 13 à 28)

27. En ce qui concerne la recommandation 14, la Commission a confirmé qu'il était nécessaire que le créancier garanti (et non simplement son représentant) soit identifié dans la convention constitutive de sûreté, car: a) celle-ci servirait de base à la réalisation de la sûreté; et b) aucun problème de confidentialité ne se posait du fait que, contrairement à un avis, la convention ne serait pas accessible au public. Il a également été convenu que la recommandation 14 devrait inclure une disposition comme celle de l'alinéa d) de la recommandation 57, de manière à permettre d'indiquer sur l'avis inscrit le montant maximum pour lequel la sûreté pourrait être réalisée. À ce propos, il a été convenu que le commentaire devrait expliquer que l'exigence du montant maximum pouvait être satisfaite même si mention en était faite dans une série de documents se renvoyant l'un à l'autre et non dans un seul document.

28. Pour ce qui était de la recommandation 15, il a été convenu que le texte serait révisé pour indiquer qu'un écrit était suffisant en soi ou en rapport avec le comportement des parties.

29. Sous réserve des modifications mentionnées ci-dessus, la Commission a adopté les recommandations 13 à 28.

b) Commentaire (A/CN.9/631/Add.1, par. 142 à 247)

30. La Commission a approuvé quant au fond le commentaire du chapitre IV sous réserve des changements ci-après et des modifications rédactionnelles pouvant en résulter:

a) Il faudrait expliquer au paragraphe 167 que si le constituant a renoncé à la possession d'un bien grevé et que, s'il n'existait pas déjà de convention écrite, une telle convention serait nécessaire pour que la sûreté continue d'exister après que le constituant a renoncé à la possession du bien;

b) Il faudrait réviser les paragraphes 174 à 176 pour qu'ils donnent une présentation plus équilibrée des deux approches en ce qui concerne le montant maximum à indiquer dans la convention constitutive de sûreté et fassent une distinction entre cette question et la question des sûretés garantissant des obligations futures;

c) Il faudrait modifier comme suit la quatrième phrase du paragraphe 182: "sous réserve des règles …, … la convention doit identifier le bien comme le droit du constituant en tant que preneur en vertu du bail";

d) Il faudrait modifier la deuxième partie de la première phrase du paragraphe 184 pour identifier clairement les biens futurs comme des biens acquis par le constituant ou créés après la conclusion de la convention constitutive de sûreté, tout en faisant référence à la création d'une sûreté et non à une disposition;

e) La dernière phrase du paragraphe 190 devrait faire référence aux biens en général et non seulement aux stocks;

f) Il faudrait modifier le paragraphe 196 pour indiquer qu'une charge flottante est bien une sûreté (et supprimer par conséquent les guillemets entourant "charge flottante" ainsi que le mot "simplement") et examiner brièvement la différence entre une charge flottante et une charge fixe;

g) Les paragraphes 191 à 199 devraient faire référence aux restrictions concernant les sûretés sur tous les biens en vertu de la législation sur la protection des consommateurs, ou bien cette discussion devrait être fusionnée avec la discussion sur l'identification des biens;

h) Le paragraphe 222 devrait donner des précisions sur la limitation d'une sûreté sur des biens meubles corporels à la valeur de ces biens avant qu'ils ne soient mélangés pour former une masse ou un produit final;

i) Il faudrait expliquer aux paragraphes 229 à 232 pourquoi des clauses d'incessibilité étaient invalidées pour certains types de créances et maintenues pour d'autres;

j) Il faudrait modifier la deuxième phrase du paragraphe 247 comme suit: "Par conséquent, …, à condition que la sûreté sur le document soit constituée alors que les biens sont couverts par le titre représentatif."

4. Chapitre V (Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière)

a) Recommandations (A/CN.9/637, recommandations 29 à 53)

31. En ce qui concerne la recommandation 40, il a été convenu de réviser le texte comme suit pour l'aligner sur le libellé de la recommandation 45:

> "La loi devrait prévoir que, si le produit n'est pas décrit dans l'avis inscrit, comme le prévoit la recommandation 39, et ne prend pas la forme d'espèces, de créances, d'instruments négociables ou de droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, la sûreté réelle mobilière sur le produit reste opposable pendant une période de [bref délai à spécifier] jours après que naît le produit. Si la sûreté sur le produit est rendue opposable par une des méthodes mentionnées dans la recommandation 32 ou 34 avant l'expiration de cette période, elle reste opposable par la suite."

32. Sous réserve du changement susmentionné, la Commission a adopté les recommandations 29 à 53.

b) Commentaire (A/CN.9/631/Add.2)

33. La Commission a approuvé quant au fond le commentaire du chapitre V sous réserve des changements suivants et de toute modification rédactionnelle qui en résulterait:

a) Le paragraphe 17 devrait préciser que le concept de "contrôle spécialisé" n'existe que dans certains pays;

b) Le paragraphe 20 devrait indiquer aussi que l'approche examinée était celle qui était recommandée dans le projet de guide;

c) Le paragraphe 42 devrait expliquer que l'approche dans laquelle les créanciers judiciaires se voyaient accorder un certain droit réel sur le bien grevé devrait être compatible avec le droit de l'insolvabilité;

d) Les paragraphes 95 à 98 devraient indiquer clairement qu'il s'agissait du changement de lieu de situation des biens ou du constituant lorsque ce lieu était le facteur de rattachement pour déterminer l'application de la règle de conflit de lois;

e) Le paragraphe 115 devrait faire référence à "certains États", et non à d'"autres États", et devrait examiner les différentes approches de façon équilibrée.

5. Chapitre VI (Le système de registre)

a) Recommandations (A/CN.9/637, recommandations 54 à 72)

34. S'agissant des recommandations 54, alinéa h) et 57 à 59, il a été convenu d'employer le terme "élément identifiant" ("identifier") de manière cohérente.

35. En réponse à une question, il a été noté que la recommandation 57 n'exigeait que les informations nécessaires aux tiers afin: a) d'éviter les éléments inutiles qui pourraient les déconcerter ou entraîner des erreurs susceptibles d'invalider les avis; b) de normaliser les informations requises; et c) de faire passer le message que, contrairement aux registres de la propriété immobilière, les registres des sûretés sur des biens meubles corporels n'exigeaient qu'un minimum d'informations.

36. La Commission a examiné les nouvelles recommandations suivantes figurant dans le document A/CN.9/637 (contenues dans la note faisant suite à la recommandation 57):

"X. La loi devrait prévoir qu'une erreur dans l'élément identifiant le créancier garanti ou son représentant ou dans son adresse ne prive pas d'effet un avis inscrit à condition qu'elle n'ait pas gravement induit en erreur une personne raisonnable effectuant une recherche.

Y. La loi devrait prévoir qu'une erreur dans la description de certains biens grevés ne prive pas d'effet un avis inscrit concernant les autres biens décrits de façon satisfaisante.

Z. La loi devrait prévoir qu'une erreur dans les informations fournies sur l'avis concernant la durée de l'inscription et le montant maximum garanti, si celui-ci doit être mentionné, ne prive pas d'effet un avis inscrit."

37. Il a été noté que les nouvelles recommandations proposées étaient destinées à traiter des erreurs concernant les informations figurant dans l'avis autres que l'élément identifiant le constituant (qui faisait l'objet de la recommandation 58).

38. Bien que la nécessité de ces recommandations ait initialement été mise en doute, la Commission a décidé à l'issue de la discussion qu'elles devraient être maintenues puisqu'elles réalisaient un juste équilibre entre les intérêts des personnes procédant à l'inscription et ceux des personnes effectuant une recherche en préservant les effets d'un avis inscrit lorsqu'une personne raisonnable effectuant une recherche n'était pas gravement induite en erreur par une indication inexacte dans l'avis.

39. Toutefois, plusieurs suggestions ont été faites à propos de la formulation des nouvelles recommandations proposées. L'une d'entre elles était que la recommandation X devrait être rédigée de manière positive pour indiquer qu'un avis contenant une erreur dans l'élément identifiant le créancier garanti ou son représentant ou dans son adresse ne serait pas privé d'effet sauf s'il induit gravement en erreur une personne raisonnable effectuant une recherche. On a aussi suggéré que la même règle s'applique aux avis contenant des descriptions erronées des biens grevés, question traitée dans la recommandation Y. Selon une autre suggestion, la recommandation Y pourrait faire référence aux descriptions des biens grevés qui ne remplissaient pas les conditions de la recommandation 63. On a aussi proposé que la recommandation Z prévoie une disposition en vertu de laquelle une protection serait accordée aux tiers qui subissaient un préjudice après s'être fiés raisonnablement aux avis contenant des indications inexactes quant au montant maximum de l'obligation garantie ou à la durée de l'inscription. Une autre suggestion encore a été qu'il conviendrait de parler d'"indications incorrectes" (le résultat factuel d'une erreur subjective) et non d'"erreurs" (qui reposaient sur un critère tant subjectif qu'objectif) de la personne procédant à l'inscription.

40. Toutes ces différentes propositions ont recueilli un appui suffisant. Il a été convenu que la recommandation X pourrait s'appliquer également aux indications incorrectes concernant la description des biens grevés, tandis que la recommandation Y pourrait être conservée telle quelle, car elle traitait d'un sujet distinct (à savoir si une indication incorrecte concernant la description de certains biens invalidait l'avis concernant les autres biens visés, même s'ils étaient décrits de façon satisfaisante).

41. En outre, il a été proposé de faire référence à l'inscription même plutôt qu'à l'avis inscrit, car ces recommandations avaient pour objectif de préserver l'inscription en tant que mode d'opposabilité. À l'encontre de cette proposition, on a fait valoir que l'inscription devrait être opposable puisque, en tout état de cause, quelque chose était inscrit et la question était de savoir si l'avis particulier donné était opposable.

42. En réponse à une question, il a été dit que la notion de "personne raisonnable effectuant une recherche" ne signifiait pas que, pour être raisonnable, une personne devait effectuer des recherches en dehors du registre pour déterminer, par exemple, si une erreur avait été commise dans l'avis. En réponse à une autre question, il a été indiqué que, si la loi prescrivait une durée limite de l'inscription (voir la recommandation 66), celle-ci n'était pas affectée par une indication erronée. On a également fait observer que le fait que le registre rejette ou non une indication

erronée à cet égard dépendait de ses caractéristiques techniques, qui n'affectaient pas la durée de l'inscription aux termes de la loi. En outre, il a été noté que, si la loi permettait aux parties de déterminer la durée de l'inscription (voir la recommandation 66), des indications erronées concernant cette durée seraient corrigées par le système puisque, si la personne procédant à l'inscription payait pour 5 ans et indiquait 10 ans sur l'avis, ce dernier serait annulé lorsque 5 années seraient écoulées, alors que, si elle payait pour 10 ans et en inscrivait 5, elle pourrait modifier l'avis à tout moment (voir la recommandation 70).

43. S'agissant du montant maximum mentionné dans la nouvelle recommandation Z proposée, on a dit que, si l'avis mentionnait un montant supérieur à celui figurant dans la convention constitutive de sûreté, la personne procédant à l'inscription ne pouvait réaliser sa sûreté prioritaire qu'à hauteur du montant figurant dans la convention. Il a été dit aussi que si l'avis indiquait un montant inférieur à celui figurant dans la convention constitutive de sûreté, la personne procédant à l'inscription pouvait réaliser sa sûreté contre le constituant à concurrence du solde de l'obligation garantie, mais n'aurait priorité sur les autres réclamants concurrents qu'à hauteur du montant inférieur figurant dans l'avis. La discussion a confirmé qu'il était nécessaire de faire référence au montant maximum dans la convention constitutive de sûreté pour que l'alinéa d) de la recommandation 57 et la nouvelle recommandation Z puissent être appliqués (voir par. 27 ci-dessus).

44. Pour ce qui est de la recommandation 61, il a été convenu d'insérer les mots "après le changement de l'élément identifiant le constituant, mais" avant les mots "avant l'enregistrement de la modification" dans les alinéas a) et b).

45. Il a été noté, au sujet de la recommandation 62, que la question principale était ici de savoir comment concilier les droits de deux parties de bonne foi suite au transfert d'un bien grevé (à savoir le créancier garanti initial du constituant et un créancier garanti ultérieur de la personne à laquelle le bien était transféré).

46. Des avis divergents ont été exprimés. Selon un premier point de vue, il fallait protéger un créancier garanti titulaire d'une sûreté sur un bien du constituant que ce dernier transférait à son insu, et ce en préservant l'opposabilité de la sûreté (même si celle-ci se reportait sur le produit reçu par le constituant). Cette solution, a-t-on indiqué, serait conforme à la règle générale posée dans la recommandation 31 (Opposabilité continue après transfert du bien grevé) et donnerait un résultat satisfaisant. Si cette solution n'était pas retenue, un constituant pourrait anéantir la sûreté du créancier garanti en transférant le bien grevé, ce qui risquait de décourager l'offre de crédit garanti. De plus, le créancier garanti de la personne à laquelle était transféré le bien grevé devrait en tout état de cause exercer toute la diligence voulue pour déterminer à qui avait successivement appartenu le bien en question et, ce faisant, pourrait s'apercevoir de l'existence de sûretés consenties par les propriétaires antérieurs du bien. Le registre général des sûretés, a-t-on estimé, n'était pas censé se substituer à l'exercice d'une diligence raisonnable ou à la recherche des propriétaires du bien.

47. Selon un autre point de vue, le créancier garanti du bénéficiaire du transfert, qui effectuait une recherche sur le registre à partir du nom de ce dernier et ne trouvait aucune sûreté inscrite antérieurement devait également bénéficier d'une protection, en ce sens que la sûreté détenue par le créancier du constituant ne devrait

pas lui être opposable. À défaut, a-t-on déclaré, il ne pourrait pas s'en remettre au registre pour asseoir sa priorité, ce qui risquait de compromettre la fiabilité du registre et d'empêcher ainsi le bénéficiaire du transfert d'obtenir un crédit garanti.

48. Plusieurs propositions ont été avancées dans le souci de rapprocher les vues exposées plus haut à savoir: a) imposer au constituant ou au bénéficiaire du transfert l'obligation d'informer le créancier garanti du premier; et b) prévoir que le droit du créancier garanti de l'auteur du transfert reste opposable pendant un bref délai après qu'il a pris connaissance du transfert ou en a été avisé, et ne le soit par la suite que s'il inscrit un avis sous le nom du bénéficiaire du transfert. Ces propositions n'ont pas reçu d'appui suffisant. Il a été estimé que le manquement du constituant à son obligation d'informer le créancier garanti donnerait tout au plus à ce dernier une cause supplémentaire d'action en responsabilité contractuelle qui ne lui serait d'aucun secours en cas d'insolvabilité du constituant. Par ailleurs, a-t-on fait remarquer, le fait d'exiger que le créancier garanti ait connaissance du transfert risquait involontairement de susciter des litiges pour déterminer, notamment, si le créancier avait effectivement connaissance du transfert, ce qu'il fallait entendre par "connaissance" et quand cette connaissance avait été acquise. Il a été ajouté que l'obligation d'adresser un avis écrit au créancier garanti ne serait d'aucune utilité aux créanciers garantis du bénéficiaire du transfert, car ils n'auraient pas connaissance de cet avis.

49. La Commission, reconnaissant qu'il n'existait pas de solution entièrement satisfaisante et que les différentes propositions comportaient tant des avantages que des inconvénients, a décidé que la recommandation 62 serait révisée de manière à indiquer que la loi devrait traiter la question et que le commentaire exposerait les différentes options possibles ainsi que leurs avantages et inconvénients respectifs.

50. Lors de l'examen de la recommandation 62, des vues divergentes ont aussi été exprimées à propos de la relation entre celle-ci et la recommandation 61. Selon un premier point de vue, le lien entre les deux recommandations était très étroit, si bien qu'il fallait adopter la même décision pour les deux. On a fait valoir que le nom du constituant changeait aussi en cas de transfert du bien grevé. Selon une autre opinion, les recommandations abordaient des questions légèrement différentes qui pouvaient donc être résolues de façon différente. Alors qu'un créancier garanti pouvait assez aisément s'apercevoir que le nom du constituant avait changé, il n'en allait pas de même pour une sûreté consentie par une personne qui avait acquis le bien auprès du constituant. Après délibération, il a été décidé de conserver en l'état la recommandation 61 et d'expliquer dans le commentaire pourquoi les recommandations 61 et 62 adoptaient des solutions différentes.

51. En ce qui concerne la recommandation 64, il a été convenu de la réviser de sorte qu'un avis puisse être inscrit avant ou après la constitution d'une sûreté, ou encore avant ou après la conclusion d'une convention constitutive de sûreté.

52. Dans la version anglaise de la recommandation 66, il a été convenu de remplacer le mot "time" employé dans la troisième phrase par le mot "duration" (durée).

53. Sous réserve des changements susmentionnés, la Commission a adopté les recommandations 54 à 72.

b) Commentaire (A/CN.9/631/Add.3)

54. La Commission a approuvé quant au fond le commentaire du chapitre VI sous réserve des changements ci-après et des modifications rédactionnelles pouvant en résulter:

a) Il faudrait expliquer plus précisément dans l'introduction du commentaire pourquoi le Guide consacre un chapitre distinct au système de registre, quelle est la différence entre droit réel et droit personnel, et pourquoi le système de registre est un mécanisme important pour signaler l'existence potentielle de droits sur des biens;

b) Le paragraphe 8 devrait préciser que c'est justement la diversité des approches qui a conduit à la solution du registre général des sûretés reposant sur l'inscription d'avis;

c) Le paragraphe 18 ne devrait pas laisser entendre que le principe de l'accès des utilisateurs n'est valable que dans le contexte des systèmes reposant sur l'inscription d'avis;

d) Le paragraphe 22 devrait bien préciser que même dans un système électronique, l'égalité d'accès est une préoccupation générale;

e) La dernière phrase du paragraphe 27 devrait être transférée au paragraphe 28, où il devrait être indiqué clairement que l'interdiction d'effectuer des recherches par référence au nom du créancier garanti concerne les recherches effectuées par le public et non à des fins internes;

f) Le paragraphe 34, qui traite des recherches par référence à une certaine classe de biens devrait aborder aussi les critères à remplir pour permettre ce type de recherche, par exemple l'utilisation d'un identifiant unique pour le bien concerné, tel qu'un numéro de série, et la limitation des recherches aux biens de grande valeur ayant un marché de revente);

g) Il faudrait réviser les paragraphes 57 et 58 pour assurer un examen équilibré des avantages et des inconvénients de la règle exigeant que le montant maximum de l'obligation garantie soit indiqué dans l'avis (les sûretés réelles mobilières garantissant des obligations futures étant traitées séparément);

h) Le paragraphe 66 devrait traiter de toutes les structures juridiques dans lesquelles des personnes morales et physiques pourraient réaliser des opérations commerciales, y compris les partenariats;

i) Les paragraphes 67 à 69 devraient être reformulés compte tenu des décisions de la Commission concernant les recommandations 61 et 62 (voir par. 44 à 50 ci-dessus).

6. Chapitre VII (Priorité d'une sûreté réelle mobilière)

a) Recommandations (A/CN.9/637, recommandations 73 à 106)

55. À propos de la recommandation 73, il a été convenu qu'il faudrait modifier le texte pour préciser qu'il ne s'appliquait pas aux conflits de priorité entre créanciers garantis qui prenaient une sûreté sur un bien auprès de différents constituants (voir aussi par. 57 a) ci-dessous). Il a été convenu aussi que le commentaire des recommandations 73 à 76 devrait préciser qu'un créancier garanti qui obtenait une

sûreté sur un bien grevé auprès de l'acquéreur du bien prenait le bien grevé de la sûreté (consentie par le vendeur et opposable) conformément au principe général interdisant à une personne de donner à autrui plus de droits qu'elle n'en a elle-même (*nemo dat quod non habet*).

56. Rappelant qu'elle avait adopté les recommandations du chapitre VII lors de la première partie de sa quarantième session (A/62/17 (Part I), par. 158), et sous réserve du changement susmentionné, la Commission a adopté les recommandations 73 à 106 révisées.

b) Commentaire (A/CN.9/637/Add.1)

57. Rappelant qu'elle avait approuvé quant au fond le commentaire du chapitre VII à la première partie de sa quarantième session (A/62/17 (Part I), par. 158), la Commission a approuvé quant au fond le commentaire révisé sous réserve des changements ci-après et de toutes modifications rédactionnelles en résultant:

a) Il faudrait préciser (dans les définitions, les recommandations et le commentaire) que les règles de priorité ont été conçues pour traiter des droits concurrents de réclamants auxquels un droit a été consenti par le même constituant;

b) Il faudrait distinguer clairement entre les questions d'opposabilité et les questions de priorité et éviter des répétitions;

c) S'agissant de la recommandation 79, le commentaire devrait inclure une discussion d'une approche différente, selon laquelle le bénéficiaire du transfert d'un bien grevé prendrait le bien libre de la sûreté si celle-ci garantissait un crédit octroyé après l'expiration d'un certain délai.

7. Chapitre VIII (Droits et obligations des parties à une convention constitutive de sûreté)

a) Recommandations (A/CN.9/637, recommandations 107 à 113)

58. Pour ce qui est de la recommandation 109 et, par extension, de la recommandation 69, il a été convenu qu'elles devraient, pour que leur texte soit aligné sur celui de la recommandation 137, se référer à la fin de tous les engagements de crédit. En conséquence, il a été convenu de modifier la recommandation 109 comme suit:

> "Le créancier garanti doit restituer un bien grevé en sa possession si, tous les engagements de crédit ayant pris fin, la sûreté réelle mobilière est éteinte du fait du complet paiement ou d'une autre manière."

59. Rappelant qu'elle avait adopté les recommandations du chapitre VIII lors de la première partie de sa quarantième session (A/62/17 (Part I), par. 158), et sous réserve du changement susmentionné, la Commission a adopté les recommandations 107 à 113 révisées.

b) Commentaire (A/CN.9/637/Add.2)

60. Rappelant qu'elle avait approuvé quant au fond le commentaire du chapitre VIII à la première partie de sa quarantième session (voir A/62/17 (Part I), par. 158), la Commission a approuvé quant au fond le commentaire révisé sous

réserve des changements ci-après et de toutes modifications rédactionnelles en résultant: en ce qui concerne la recommandation 108, le commentaire devrait expliquer qu'elle s'appliquait uniquement aux sûretés grevant des biens meubles corporels dont prenait possession le créancier garanti, lequel devrait être tenu tant de les conserver que d'en préserver la valeur.

8. Chapitre IX (Droits et obligations des tiers débiteurs)

a) Recommandations (A/CN.9/637, recommandations 114 à 127)

61. S'agissant de l'alinéa b) de la recommandation 124, il a été convenu que celui-ci devrait être modifié comme suit pour bien montrer qu'il traitait d'une sûreté créée par la personne transférant un engagement de garantie indépendant:

> "Les droits d'un bénéficiaire du transfert d'un engagement de garantie indépendant ne sont pas affectés par une sûreté réelle mobilière sur le droit de recevoir le produit de l'engagement constituée par l'auteur du transfert ou par tout auteur d'un transfert antérieur."

62. Rappelant qu'elle avait adopté les recommandations du chapitre IX lors de la première partie de sa quarantième session (A/62/17 (Part I), par. 158), et sous réserve du changement susmentionné, la Commission a adopté les recommandations 114 à 127 révisées.

b) Commentaire (A/CN.9/637/Add.3)

63. Rappelant qu'elle avait approuvé quant au fond le commentaire du chapitre IX à la première partie de sa quarantième session (voir A/62/17 (Part I), par. 158), la Commission a approuvé quant au fond le commentaire révisé et prié le Secrétariat d'apporter toutes modifications nécessaires pour tenir compte des changements susmentionnés dans les recommandations.

9. Chapitre X (Réalisation d'une sûreté réelle mobilière)

a) Recommandations (A/CN.9/637, recommandations 128 à 173)

64. Rappelant qu'elle avait déjà adopté les recommandations du chapitre X à la première partie de sa quarantième session (A/62/17 (Part I), par. 158), la Commission a noté qu'il serait peut-être nécessaire d'apporter certains changements pour traiter les questions qui s'étaient posées lors de la finalisation des commentaires après la clôture de cette première partie.

65. En ce qui concerne la recommandation 137, il a été convenu que le constituant devrait pouvoir exercer son droit à payer l'obligation garantie, non pas jusqu'à ce que le créancier garanti dispose du bien grevé, mais jusqu'à ce qu'il dispose du bien ou conclue une convention pour en disposer, en fonction de ce qui interviendrait en premier. Il a aussi été convenu que la même modification devrait être apportée à la recommandation 142.

66. En ce qui concerne l'alinéa c) de la recommandation 144, qui traitait du moyen pour le créancier garanti d'obtenir la possession d'un bien grevé par voie extrajudiciaire, la Commission est convenue qu'il fallait non seulement faire référence au constituant mais aussi à la personne en possession du bien puisque

l'objet principal de la disposition était de permettre la réalisation extrajudiciaire sans qu'il n'y ait atteinte à l'ordre public.

67. Il a aussi été proposé d'ajouter un nouveau paragraphe indiquant qu'en cas de consentement exprès du constituant au moment où le créancier garanti cherchait à obtenir la possession du bien grevé par voie extrajudiciaire, les conditions des alinéas a), b) et c) n'avaient pas à être remplies. La Commission a noté que la recommandation 130 permettait, après défaillance, au constituant et à toute autre personne tenue d'exécuter l'obligation garantie de renoncer aux droits que leur confèrent les dispositions relatives à la réalisation. Il a aussi été noté que, si le nouveau paragraphe proposé était ajouté dans la recommandation 144, l'application de la règle de la recommandation 130 pourrait être remise en question dans le cas des autres recommandations qui ne prévoyaient pas explicitement le renoncement à des droits ou à des voies de recours. Pour ces raisons, la Commission a décidé que le nouveau paragraphe n'était pas nécessaire, mais qu'il serait utile d'aborder la question dans le commentaire.

68. Il a été convenu que, dans un souci de cohérence avec le paragraphe 1 de l'article 16 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (2001)[84], l'alinéa c) de la recommandation 148 devrait être modifié pour prévoir qu'il suffisait que l'avis envoyé au constituant soit formulé dans la langue de la convention constitutive de sûreté. Quant à l'avis adressé aux autres parties, il a largement été estimé qu'il devrait être rédigé dans une langue dont il était raisonnable de penser qu'elle était comprise par les destinataires.

69. Il a été convenu de supprimer le texte entre crochets dans la recommandation 149 et de le remplacer par une nouvelle recommandation spéciale du type:

> "La loi devrait prévoir qu'en cas de demande de paiement ou d'autre forme de réalisation d'une créance ou d'un instrument négociable ou en cas d'exercice d'un droit, le créancier garanti qui procède à la réalisation doit affecter le produit net de la réalisation (après déduction des frais de réalisation) au paiement de l'obligation garantie. Il doit verser tout excédent restant aux réclamants concurrents qui, avant toute répartition de cet excédent, l'ont avisé de leurs droits, à concurrence de ces droits. Le solde restant, le cas échéant, doit être remis au constituant."

70. S'agissant de la recommandation 152, il a été convenu que le texte entre crochets devrait être supprimé car: a) les recommandations 8 et 130 qui posent le principe de l'autonomie des parties le rendaient superflu; et b) s'il était conservé, une disposition similaire devrait nécessairement être insérée dans toutes les recommandations auxquelles ce principe s'appliquerait.

71. S'agissant de la recommandation 156, il a été convenu de préciser dans le commentaire que, lorsque le constituant demandait au créancier garanti de faire une proposition, ce dernier devait aviser toutes les parties mentionnées dans la recommandation 154, y compris le constituant, lequel pouvait faire objection, car la proposition que faisait celui-ci n'avait pas à être précise au point qu'il ne puisse s'opposer aux conditions particulières fixées dans la proposition du créancier garanti.

---

[84] Résolution 56/81 de l'Assemblée générale, annexe.

72. La Commission est convenue que pour traiter de la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un bien attaché à un bien meuble il fallait ajouter une nouvelle recommandation du type:

> "La loi devrait prévoir qu'un créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur un bien attaché à un bien meuble est fondé à réaliser sa sûreté sur le bien attaché. Un créancier de rang supérieur a le droit de prendre le contrôle du processus de réalisation, comme le prévoit la recommandation 142. Un créancier de rang inférieur peut rembourser l'obligation garantie par la sûreté du créancier garanti procédant à la réalisation sur le bien attaché. Ce dernier est responsable de tout dommage causé au bien meuble par le fait de retirer le bien attaché mais non de la diminution de sa valeur due uniquement à l'absence du bien attaché."

73. Il a été convenu que l'alinéa a) de la recommandation 164 devrait non seulement faire référence à la recommandation 128 (qui posait la règle générale de conduite dans le contexte de la réalisation), mais aussi à la recommandation 129 (qui prévoyait que cette règle ne pouvait faire l'objet d'une renonciation unilatérale ni d'une modification par convention).

74. En ce qui concerne la recommandation 165, il a été convenu de la réviser pour qu'elle soit conforme à la définition du terme "cession" dans la section "terminologie" en faisant référence à une créance cédée "autrement que par un transfert pur et simple" et non "à titre de garantie".

75. Rappelant qu'elle avait déjà adopté les recommandations du chapitre X à la première partie de sa quarantième session (A/62/17 (Part I), par. 158), et sous réserve des changements susmentionnés, la Commission a adopté les recommandations 128 à 173 révisées.

b) Commentaire (A/CN.9/637/Add.4)

76. Rappelant qu'elle avait adopté quant au fond le commentaire du chapitre X à la première partie de sa quarantième session (A/62/17 (Part I), par. 158), la Commission a approuvé quant au fond le commentaire révisé et demandé au Secrétariat d'apporter toutes modifications nécessaires pour tenir compte des changements susmentionnés dans les recommandations, et d'appliquer les décisions qu'elle avait prises concernant le commentaire lors de son examen des recommandations.

10. Chapitre XI (Financement d'acquisitions)

a) Recommandations (A/CN.9/637, recommandations 174 à 199)

77. Rappelant qu'elle avait déjà adopté les recommandations du chapitre sur les droits liés au financement d'acquisitions (qui était le chapitre XII dans le document A/CN.9/631) à la première partie de sa quarantième session (A/62/17 (Part I), par. 158), la Commission a noté que deux variantes étaient présentées dans les recommandations 176 et 189 suite à la décision qu'elle avait prise à la première partie de sa quarantième session (A/62/17 (Part I), par. 63). Il a aussi été noté que, contrairement à la variante A qui distinguait entre les biens meubles corporels autres que des stocks et les stocks et qui prévoyait des règles différentes pour ces types de biens, la variante B n'établissait pas une telle distinction et prévoyait la même règle

pour tous les biens meubles corporels (à savoir que l'inscription d'un avis dans un certain délai après la livraison des biens meubles corporels était suffisante).

78. En outre, la Commission a noté que le Secrétariat avait suggéré que la même approche soit suivie en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions grevant le produit[85], à ceci près que le droit sur le produit serait une sûreté normale et non une sûreté en garantie du paiement d'acquisitions. Elle a aussi observé que les recommandations 183 et 198 avaient été déplacées du chapitre sur l'insolvabilité vers le chapitre sur le financement d'acquisitions pour éviter de donner l'impression que la qualification des opérations de financement d'acquisitions en sûreté réelle mobilière ou en mécanisme de transfert de la propriété relevait de la loi sur l'insolvabilité, ce qui serait contraire au Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité[86] (voir, par exemple, la note de bas de page 6 de la recommandation 35 de ce guide, qui est reproduite comme note de bas de page 41 du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties figurant dans le document A/CN.9/637). Il a aussi été noté qu'une nouvelle recommandation devrait être ajoutée pour prévoir que, si un vendeur n'inscrivait pas son droit de réserve de propriété sur un bien meuble corporel qui était rattaché à un bien immeuble dans le délai prescrit, il devrait avoir une sûreté normale[87]. De plus, a-t-on noté, le commentaire expliquerait que le concept de propriété impliquait que le droit d'un vendeur réservataire aurait priorité sur une sûreté en garantie du paiement d'une acquisition constituée par l'acheteur[88].

79. S'agissant de la recommandation 187, il a été convenu d'en réviser le texte comme suit pour l'aligner sur la recommandation 22:

> "La loi devrait prévoir qu'un acheteur ou un preneur peut constituer une sûreté sur un bien meuble corporel qui fait l'objet d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail. Le montant maximum qui peut être tiré de la réalisation de la sûreté est la valeur du bien qui dépasse le montant dû au vendeur ou au crédit-bailleur."

80. La Commission a adopté les recommandations 174 à 199 révisées, sous réserve des changements susmentionnés.

b) Commentaire (A/CN.9/637/Add.5)

81. Rappelant qu'elle avait approuvé quant au fond le commentaire du chapitre sur les droits liés au financement d'acquisitions à la première partie de sa quarantième session (A/62/17 (Part I), par. 158), la Commission a approuvé quant au fond le commentaire révisé et prié le Secrétariat d'apporter toutes modifications nécessaires pour tenir compte des changements susmentionnés dans les recommandations.

---

[85] Voir dans le document A/CN.9/637, dans les recommandations 182 et 196.
[86] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.10.
[87] Voir dans le document A/CN.9/637/Add.5, la note du paragraphe 182.
[88] Voir dans le document A/CN.9/637/Add.5, la note du paragraphe 178.

11. Chapitre XII (Conflit de lois)

a) Recommandations (A/CN.9/637, recommandations 200 à 224)

82. En ce qui concerne la recommandation 202, il a été convenu de préciser dans le commentaire qu'elle pourrait avoir pour effet d'empêcher les prêteurs de consentir, en toute confiance, un prêt garanti par des biens meubles corporels existants sans examiner leurs lieux de situation successifs et sans vérifier s'ils étaient soumis à un système d'inscription dans un registre spécialisé aux termes de la loi de tout État dans lequel ils se trouvaient précédemment ou s'ils étaient susceptibles de l'être dans tout autre État. On a indiqué qu'il en allait de même pour les certificats de propriété. On a par ailleurs indiqué que la recommandation 202 ne donnait pas d'indication concernant les biens inscrits dans les registres spécialisés de plusieurs États.

83. En ce qui concerne la recommandation 204, il a été convenu de la réviser comme suit:

> "La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel (autre qu'un instrument ou document négociable) en transit ou devant être exporté depuis l'État où il se trouve au moment de la constitution de la sûreté peut être constituée et être rendue opposable conformément à la loi de l'État où le bien se trouve au moment de la constitution, comme le prévoit la recommandation 200 ou, à condition que ce bien parvienne à l'État de sa destination finale dans un délai de [un bref délai à spécifier] jours à compter de la date de la constitution de la sûreté, conformément à la loi de l'État de sa destination finale."

84. S'agissant de la recommandation 205, on a exprimé la crainte qu'elle ne fournisse pas de règle de droit applicable adéquate pour un certain nombre de pratiques importantes, telles que les créances nées de contrats financiers qui n'étaient pas régis par des conventions de compensation globale (et n'étaient pas exclus du champ d'application du projet de guide), les créances nées de contrats d'assurance et les créances cédées dans le contexte d'opérations de titrisation. Il a été dit que la recommandation 205 risquait d'entraîner des problèmes pour ces pratiques du fait: a) qu'il n'était pas toujours facile de déterminer le lieu de l'administration centrale du constituant; b) que ce dernier pouvait le modifier; et c) que le débiteur de la créance ne pouvait pas être protégé par l'application de la loi du lieu où se trouvait le constituant. Il a été fait observer que la sécurité juridique pouvait être assurée par une règle prévoyant que la loi applicable serait la loi régissant la créance puisque les parties au contrat connaîtraient dans tous les cas cette loi (ou le contrat lui donnant naissance) et qu'elle répondrait à leurs attentes. Pour dissiper cette crainte, il a été proposé de modifier la recommandation 205 pour avoir une plus grande souplesse, en indiquant que d'autres approches étaient possibles (par l'ajout, par exemple, du mot "principalement" après les mots "la loi devrait", et que le commentaire explique plus en détail les avantages d'une approche fondée sur la loi régissant la créance.

85. On a dit craindre aussi que la relation entre les recommandations 45, 205 et 217 ne soit pas claire. En particulier, il a été indiqué que, dans les cas où le cédant faisait une cession, modifiait le lieu de son administration centrale et faisait une autre cession, le projet de guide n'indiquait pas clairement quelle loi serait applicable à cette cession. Il a été noté que, en vertu de la recommandation 217:

a) la constitution d'une sûreté (les effets entre les parties sur le plan des droits réels) serait soumise à la loi de l'administration centrale du constituant au moment où elle aurait lieu (ainsi, les deux cessions seraient efficaces entre les parties); et b) l'opposabilité et la priorité à la loi de l'administration centrale du constituant au moment où la question se posait (ce qui signifierait que c'était la loi du nouveau lieu de situation du constituant-cédant qui régirait l'opposabilité et la priorité). Toutefois, il a aussi été noté qu'aux termes de la recommandation 45, le créancier garanti (cessionnaire) qui satisfaisait aux conditions d'opposabilité au premier lieu de situation du constituant (cédant dans le cas d'une créance) disposerait d'un bref délai pour rendre sa sûreté opposable en vertu de la loi du nouveau lieu de situation du constituant, et maintenir ainsi son opposabilité et sa priorité (de sorte que le premier constituant-cédant serait protégé). Bien que l'on se soit demandé si cette analyse apportait une solution pleinement satisfaisante au problème du changement de lieu de situation du constituant, il a été largement estimé que le commentaire devait inclure cette analyse utile pour préciser l'interaction entre les recommandations 45, 205 et 217.

86. On a largement appuyé l'idée de développer davantage l'approche fondée sur la loi régissant la créance (indépendamment de l'approche fondée sur le "lieu de situation" des créances (*lex situs*)). Il a été proposé, comme point de départ, d'envisager un texte du type: "Certains pays ont une règle en matière de conflit de lois pour les biens meubles incorporels qui diffère de la règle figurant dans la recommandation 205. Ces pays visent les opérations sur les marchés des capitaux ou autres pour lesquels ils recherchent peut-être une plus grande sécurité juridique, en se fondant non sur la loi du lieu de situation du constituant mais sur la loi régissant le bien meuble incorporel. La règle qui se fonde sur cette dernière loi a l'avantage d'éviter le risque d'un changement ultérieur du lieu de situation du constituant, et d'offrir une règle de conflit de lois unique et stable pour les opérations impliquant des cessions successives de biens meubles incorporels entre des cédants situés dans des pays différents. Cette solution n'est pas aussi avantageuse pour la cession d'un ensemble de biens meubles incorporels pouvant être régis par les lois de différents pays. De plus, elle fait passer du risque d'un changement du lieu de situation du constituant au risque d'un changement de la loi régissant le bien meuble incorporel." Bien qu'il ait été convenu que ce texte constituait un bon point de départ, les deux dernières phrases ont suscité quelques craintes. Pour les dissiper, il a été suggéré de supprimer les deux dernières phrases ou, tout au moins, de les remplacer par une formulation plus neutre. Il a été répondu qu'il fallait suivre dans le chapitre sur le conflit de lois la même approche que dans tous les autres chapitres du projet de guide et par conséquent le commentaire de ce chapitre sur le conflit de lois devrait examiner les différentes approches, en présentant leurs avantages et leurs inconvénients, de manière à expliquer la raison d'être de la recommandation adoptée par la Commission.

87. La proposition de modification de la recommandation 205 a toutefois suscité des objections. Il a été fait observer que cette recommandation avait déjà été adoptée par la Commission à la première partie de sa quarantième session (voir A/62/17 (Part I), par. 158) et qu'elle était conforme à la Convention des Nations Unies sur la cession, adoptée relativement récemment (en 2001) sur la base d'un projet préparé par la CNUDCI, à savoir la Convention des Nations Unies sur la cession. Il a aussi été dit que tous les arguments avancés au cours de l'examen de la recommandation 205 avaient été étudiés en détail lors du processus qui avait

conduit à l'élaboration de la Convention des Nations Unies sur la cession et revus lors de l'élaboration du projet de guide. En outre, il a été précisé que, si la loi régissant la créance pouvait tout à fait s'appliquer aux pratiques dans lesquelles une seule créance existante entrait en jeu, elle ne pouvait offrir aucune sécurité dans le cas typique du financement par cession globale de créances actuelles et futures car les parties ne pourraient pas, au moment de la cession, déterminer la loi applicable aux questions comme l'opposabilité et la priorité pour ce qui est des créances futures. Il a été dit, de plus, que la loi régissant la créance n'apporterait aucune sécurité non plus en cas d'insolvabilité du constituant (cédant), qui était le risque principal en matière de financement par cession de créances, à moins que le cédant, le cessionnaire et le débiteur ne soient situés dans le même pays. Il a été précisé que la loi du lieu de situation du constituant, au contraire: a) serait la plupart du temps facile à déterminer (même s'il pouvait exceptionnellement arriver que des doutes existent quant au lieu où le constituant-cédant exerçait son administration centrale); et b) surtout, que ce lieu était probablement celui où la procédure d'insolvabilité principale visant le constituant serait ouverte, si bien que la loi régissant la priorité et celle régissant le classement des créances dans la procédure d'insolvabilité seraient la loi d'un seul et même État.

88. À l'issue de la discussion, la Commission a décidé que la recommandation 205 ne devrait pas être modifiée, mais que l'approche fondée sur la loi régissant la créance pourrait être expliquée plus en détail dans le commentaire (en tant qu'approche distincte de celle de la *lex situs*). Il a largement été estimé que, comme tous les commentaires, celui relatif à cette question devrait passer en revue les approches adoptées dans les différents systèmes juridiques en précisant leurs avantages et inconvénients de manière à expliquer les raisons pour lesquelles la Commission recommandait en définitive la règle contenue dans cette recommandation. Il a été convenu que le commentaire devrait clarifier l'interaction entre les recommandations 45, 205 et 217, en particulier en vue d'expliquer comment le problème d'un changement du lieu de situation du constituant serait traité dans le projet de guide.

89. En ce qui concerne l'alinéa a) de la recommandation 214, il a été convenu que la référence à la loi applicable aux rapports entre l'émetteur d'un document négociable et le titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur ce document devrait être supprimée, pour éviter toute incohérence par rapport aux approches suivies actuellement dans les lois sur les transports de différents États et un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] en cours d'élaboration par la CNUDCI.

90. En ce qui concerne la recommandation 220, on a fait observer qu'elle avait été transférée du chapitre XIV (sur l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté) et revue afin d'éviter des incohérences avec le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité. Ce dernier texte, a-t-on indiqué, traitait de la loi applicable à la validité et à l'opposabilité des droits et des créances en cas d'insolvabilité, et non de la loi applicable à la priorité générale ou à la réalisation d'une sûreté. Il a été dit aussi que le commentaire: a) expliquerait que la première phrase de la recommandation introduisait une règle de conflit de lois qui était à la fois généralement acceptable et conforme au guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité (en ce sens que la deuxième phrase maintenait l'application de la *lex fori concursus*); et b) renverrait au

commentaire du chapitre XIV relatif à l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière.

91. Rappelant qu'elle avait adopté les recommandations du chapitre sur le droit international privé (qui était le chapitre XIII dans le document A/CN.9/631) à la première partie de sa quarantième session (A/62/17 (Part I), par. 158), et sous réserve des changements susmentionnés, la Commission a adopté les recommandations 200 à 224 révisées.

b) Commentaire (A/CN.9/637/Add.6)

92. Rappelant qu'elle avait approuvé quant au fond le commentaire du chapitre sur le droit international privé à la première partie de sa quarantième session (A/62/17 (Part I), par. 158), la Commission a approuvé quant au fond le commentaire révisé et demandé au Secrétariat d'apporter toutes modifications nécessaires pour tenir compte des changements susmentionnés dans les recommandations, et d'appliquer les décisions qu'elle avait prises concernant le commentaire lors de son examen des recommandations.

12. Chapitre XIII (Transition)

a) Recommandations (A/CN.9/637, recommandations 225 à 231)

93. En ce qui concerne la recommandation 226, il a été convenu qu'elle ne devrait pas être modifiée mais que le commentaire devrait expliquer qu'un créancier garanti qui avait engagé une procédure de réalisation en vertu de la loi en vigueur avant la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi, devrait avoir le choix entre poursuivre cette procédure en vertu de l'ancienne loi ou l'abandonner et en engager une autre en vertu de la nouvelle loi.

94. En ce qui concerne la recommandation 231, il a été convenu que la référence à la "situation" devrait être remplacée par une référence au "rang de priorité" de manière à préciser que la recommandation 231 expliquait simplement le sens du terme "rang de priorité" employé dans la recommandation 230.

95. Rappelant qu'elle avait adopté les recommandations du chapitre sur la transition (qui était le chapitre XIV dans le document A/CN.9/631) à la première partie de sa quarantième session (A/62/17 (Part I), par. 158), et sous réserve des changements susmentionnés, la Commission a adopté les recommandations 225 à 231 révisées.

b) Commentaire (A/CN.9/637/Add.7)

96. Rappelant qu'elle avait approuvé quant au fond le commentaire du chapitre sur la transition à la première partie de sa quarantième session (A/62/17 (Part I), par. 158), la Commission a approuvé quant au fond le commentaire révisé et demandé au Secrétariat d'apporter toutes modifications nécessaires pour tenir compte des changements susmentionnés dans les recommandations, et d'appliquer les décisions qu'elle avait prises concernant le commentaire lors de son examen des recommandations.

13. Chapitre XIV (Incidence de l'insolvabilité sur une sûreté)

a) Recommandations (A/CN.9/637, recommandations 232 à 239)

97. Rappelant qu'elle avait déjà adopté les définitions et recommandations du chapitre sur l'insolvabilité (qui était le chapitre XI du document A/CN.9/631) à la première partie de sa quarantième session (A/62/17 (Part I), par. 158), la Commission a adopté les recommandations 232 à 239 révisées.

b) Commentaire (A/CN.9/637/Add.8)

98. Rappelant qu'elle avait approuvé quant au fond le commentaire du chapitre sur l'insolvabilité à la première partie de sa quarantième session (A/62/17 (Part I), par. 158), la Commission a approuvé quant au fond le commentaire révisé du chapitre XIV sur l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté. Elle est également convenue que le commentaire devrait expliquer que le terme "contrat financier" était défini à la fois dans le projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties et dans le Guide de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité conformément à l'article 5, alinéa k) de la Convention des Nations Unies sur la cession, et que la note relative à la définition de ce terme dans le projet de guide[89] expliquait simplement la définition.

C. Adoption du Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties

99. À l'issue de ses délibérations sur le projet de guide, la Commission est convenue que le Secrétariat devrait être chargé d'apporter les changements qu'elle avait approuvés ainsi que les modifications rédactionnelles qui en résulteraient, en évitant tout changement dont il n'apparaissait pas clairement s'il concernait le fond ou la forme. Elle est également convenue que le Secrétariat devrait réexaminer l'ensemble du projet de guide afin de supprimer toutes redondances.

100. À sa 864e séance, le 14 décembre 2007, la Commission a adopté les résolutions suivantes:

> *La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*,
>
> *Reconnaissant* l'importance que revêtent pour tous les pays des régimes efficaces sur les opérations garanties qui favorisent l'accès au crédit garanti,
>
> *Reconnaissant également* que l'accès au crédit garanti peut aider tous les pays et, en particulier, les pays en développement et les pays à économie en transition, dans leur développement économique et leur lutte contre la pauvreté,
>
> *Notant* qu'un accès accru au crédit garanti, grâce à des régimes modernes et harmonisés sur les opérations garanties, favorisera incontestablement les échanges de biens et de services entre pays,

---

[89] Voir A/CN.9/637, par. 6, note relative à la définition de "contrat financier".

Notant également que le développement du commerce international sur la base de l'égalité et des avantages mutuels est un élément important dans la promotion de relations amicales entre les États,

Notant en outre qu'il importe de concilier les intérêts de toutes les parties intéressées, à savoir les constituants de sûretés réelles mobilières, les créanciers garantis, les créanciers chirographaires, les vendeurs réservataires, les crédit-bailleurs, les créanciers privilégiés et le représentant de l'insolvabilité en cas d'insolvabilité du constituant,

Tenant compte de la nécessité de réformer les lois sur les opérations garanties, aux niveaux tant national qu'international, comme le démontrent les nombreux efforts actuels de réforme du droit interne et les travaux réalisés par des organisations internationales, telles que l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit), la Conférence de La Haye de droit international privé et l'Organisation des États américains, et des institutions financières internationales, telles que la Banque mondiale, le Fonds monétaire international, la Banque européenne pour la reconstruction et le développement, la Banque asiatique de développement et la Banque interaméricaine de développement,

Remerciant les organisations intergouvernementales et non gouvernementales internationales actives dans le domaine de la réforme du droit des opérations garanties d'avoir participé et aidé à l'élaboration du projet de guide de la CNUDCI sur les opérations garanties,

Remerciant également Kathryn Sabo, Présidente du Groupe de travail VI (Sûretés) et le Président par intérim de la reprise de la quarantième session de la Commission, ainsi que le Secrétariat, de leur contribution spéciale à l'élaboration du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties,

Notant avec satisfaction que le projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties soumet les sûretés réelles mobilières dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité au même traitement que celui prévu dans le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité,

1. *Adopte* le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, qui se compose des documents A/CN.9/631/Add.1 à 3 et A/CN.9/637 et Add.1 à 8, tel que modifié par la Commission à la première partie de sa quarantième session et à la reprise de cette session, et autorise le Secrétariat à en éditer et à en finaliser le texte, en tenant compte de ses délibérations;

2. *Prie* le Secrétaire général d'assurer une large diffusion du texte du Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, en le transmettant aux gouvernements et aux organismes intéressés, comme les institutions financières et les chambres de commerce nationales et internationales;

3. *Recommande* à tous les États d'utiliser le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties pour évaluer l'efficacité économique de leur régime sur les opérations garanties et d'en tenir compte lorsqu'ils modifieront leur législation sur les opérations garanties ou en adopteront une, et invite les États qui ont utilisé le Guide à l'en informer.

IV. Méthodes de travail de la CNUDCI

101. La Commission a rappelé qu'à la première partie de sa quarantième session, elle avait été saisie d'observations et de propositions de la France sur ses méthodes de travail (A/CN.9/635) et avait procédé à un échange de vues préliminaire sur ces observations et propositions. Elle a également rappelé qu'à cette même session elle était convenue que la question des méthodes de travail ferait l'objet d'un point spécifique de son ordre du jour de la reprise de sa quarantième session (A/62/17 (Part I), par. 11). Elle a aussi rappelé que, pour faciliter les consultations informelles entre tous les États intéressés, le Secrétariat avait été prié de préparer une compilation des règles de procédure et des pratiques établies par la CNUDCI elle-même ou par l'Assemblée générale dans ses résolutions concernant les travaux de la Commission. Il a été rappelé en outre que le Secrétariat avait été prié de faire le nécessaire, en fonction des ressources disponibles, pour que les représentants de tous les États intéressés se réunissent la veille de l'ouverture de la reprise de la quarantième session de la Commission et, si possible, pendant la reprise de la session (A/62/17 (Part I), par. 234 à 241).

102. À la reprise de sa session, la Commission était saisie, en plus des observations et propositions de la France sur ses méthodes de travail (A/CN.9/635), d'observations faites par les États-Unis d'Amérique sur le même sujet (A/CN.9/639) et, comme elle l'avait demandé, d'une note du Secrétariat sur le règlement intérieur et les méthodes de travail de la Commission (A/CN.9/638 et Add. 1 à 6). La Commission a noté que, conformément à la demande formulée pendant la première partie de sa quarantième session (voir par. 101 ci-dessus), le Secrétariat avait fait le nécessaire pour que les représentants de tous les États intéressés se réunissent avant l'ouverture de la reprise de la quarantième session afin de tenir des consultations informelles sur le règlement intérieur et les méthodes de travail de la Commission. Il a été indiqué que les consultations informelles s'étaient tenues entre tous les États intéressés le 7 décembre 2007.

103. Il a été rappelé que la Commission, lors de la première partie de sa quarantième session, avait décidé d'examiner en détail son règlement intérieur et ses méthodes de travail (A/62/17 (Part I), par. 236), et que l'Assemblée générale, dans sa résolution 62/64 du 6 décembre 2007, avait accueilli favorablement cette décision. Les délégations se sont félicitées de la possibilité de revoir le règlement intérieur et les méthodes de travail de la Commission et se sont déclarées satisfaites des documents présentés pour faciliter un tel examen.

104. Plusieurs orateurs ont exprimé l'avis qu'il ne serait pas nécessaire d'élaborer un nouveau règlement intérieur et de nouvelles méthodes de travail et que la Commission devrait continuer d'appliquer le règlement intérieur existant de l'Assemblée générale avec la souplesse nécessaire dictée par la nature spécifique de ses travaux. Ils ont souligné à cet égard que l'approche actuelle consistant à appliquer et à interpréter avec souplesse les articles en question s'était révélée efficace et avait contribué à la productivité et au succès de la Commission. Certains se sont néanmoins dits favorables à ce que l'on introduise plus de clarté en ce qui concerne les quelques questions où il pouvait y avoir une incertitude sur le point de savoir quel règlement intérieur et quelles méthodes de travail étaient applicables ou lorsque ce règlement et ces méthodes pouvaient être appliqués différemment par les organes subsidiaires de la Commission. La compétence de la Commission pour

déterminer son règlement intérieur et ses méthodes de travail a été reconnue. Elle a toutefois été instamment invitée à faire preuve de la plus grande prudence avant d'aborder des domaines, tels que la définition éventuelle du consensus, où ses décisions pourraient avoir une incidence sur d'autres organes de l'Assemblée générale.

105. Certains orateurs ont exprimé l'avis qu'il serait prématuré de décider que la Commission n'avait pas besoin de règlement intérieur spécifique ou de tirer des conclusions quant à la forme sous laquelle des travaux futurs sur le sujet pourraient être entrepris, par exemple des orientations pour les présidents et autres membres des bureaux des groupes de travail ou un manuel regroupant les meilleures pratiques. Il a été conclu que la Commission ne serait capable de décider quelle voie suivre que lorsqu'elle aurait terminé l'examen de son règlement intérieur et de ses méthodes de travail.

106. On a fait observer que, dans le courant de cet examen, la Commission devrait continuer à réfléchir sur les moyens pratiques de faciliter la participation de représentants de pays en développement et d'organisations non gouvernementales de ces pays aux travaux de la CNUDCI, y compris à tous travaux préparatoires, pour faire en sorte que la législation et les pratiques de ces pays soient dûment pris en compte.

107. La Commission est convenue que: a) tout examen futur devrait être fondé sur les délibérations antérieures sur le sujet au sein de la Commission, les observations de la France (A/CN.9/635) et des États-Unis (A/CN.9/639) et la note du Secrétariat (A/CN.9/638 et Add. 1 à 6), dont on a considéré qu'elle donnait une vue d'ensemble historique particulièrement importante de l'établissement et de l'évolution du règlement intérieur et des méthodes de travail de la CNUDCI; b) le Secrétariat devrait être chargé de préparer un document de travail décrivant les pratiques actuelles de la Commission avec l'application du règlement intérieur et des méthodes de travail, en particulier en ce qui concerne la prise de décision et la participation d'entités non étatiques aux travaux de la CNUDCI, prenant les informations pertinentes dans sa note précédente (A/CN.9/638 et Add.1 à 6); le document de travail servirait de base aux futures délibérations formelles et informelles de la Commission sur la question, étant entendu que le Secrétariat indiquerait au besoin ses observations sur le règlement intérieur et les méthodes de travail pour examen par la Commission; c) le Secrétariat devrait distribuer le document de travail à tous les États pour commentaires et regrouper tous commentaires qu'il pourrait recevoir; d) des consultations informelles entre tous les États intéressés pourraient se tenir, si possible, avant la quarante et unième session de la Commission; et e) le document de travail pourrait être examiné dès la quarante et unième session de la Commission, si celle-ci en avait le temps.

V. Dates des réunions futures

108. La Commission a rappelé qu'à la première partie de sa quarantième session (A/62/17 (Part I), par. 248), elle avait approuvé la tenue de sa quarante et unième session à New York, du 16 juin au 11 juillet 2008, sous réserve de confirmation ou d'abrègement possible, décision qu'elle devait prendre pendant la reprise de sa quarantième session à la lumière en particulier des progrès réalisés par le Groupe de

travail II (Arbitrage et conciliation) et le Groupe de travail III (Droit des transports). La Commission a en outre rappelé que, à cette session, elle avait aussi approuvé le calendrier des réunions de ses groupes de travail, sous réserve d'une éventuelle modification à la reprise de sa session (A/62/17 (Part I), par. 251).

109. À la reprise de sa quarantième session, la Commission a décidé d'écourter d'une semaine sa quarante et unième session, qui se tiendrait donc du 16 juin au 3 juillet 2008 (le Siège de l'Organisation des Nations Unies à New York étant fermé le vendredi 4 juillet 2008), et d'en réserver les neuf premiers jours, du 16 au 26 juin, à la finalisation et à l'adoption d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]. Elle a confirmé le calendrier des réunions de ses groupes de travail qui avait été approuvé pendant la première partie de sa session (A/62/17 (Part I), par. 251).

110. Il a été noté que la Commission devrait prendre ses décisions concernant la durée de ses sessions en ayant à l'esprit le temps nécessaire pour achever les travaux inscrits à son ordre du jour et le fait que de longues sessions imposaient une charge à certains États.

VI. Questions diverses

111. L'attention de la Commission a été appelée sur les résolutions suivantes de l'Assemblée générale: la résolution 62/64 de l'Assemblée générale sur le rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarantième session, la résolution 62/65 sur le cinquantième anniversaire de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, faite à New York le 10 juin 1958, et la résolution 62/70 de l'Assemblée, en date du 6 décembre 2007, sur l'état de droit aux niveaux national et international.

112. La Commission a pris note de ces résolutions et en a repoussé l'examen à sa quarante et unième session. Elle a noté qu'au paragraphe 3 de la résolution 62/70 de l'Assemblée générale sur l'état de droit aux niveaux national et international, l'Assemblée l'invitait à lui rendre compte, dans le rapport qu'elle lui soumettait, de ce qu'elle faisait actuellement pour promouvoir l'état de droit.

113. La Commission a décidé d'inscrire la question intitulée "Rôle de la CNUDCI dans la promotion de l'état de droit" à l'ordre du jour de sa quarante et unième session et a invité tous ses États membres ainsi que les observateurs à procéder au cours de ladite session à un échange de vues sur cette question.

Annexe

Liste des documents dont était saisie la Commission à la reprise de sa quarantième session

Cote	*Titre ou description*
A/62/17 (Part I)	Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarantième session (Vienne, 25 juin-12 juillet 2007)
A/CN.9/617	Rapport du Groupe de travail VI (sûretés) sur les travaux de sa onzième session (Vienne, 4-8 décembre 2006)
A/CN.9/620	Rapport du Groupe de travail VI (sûretés) sur les travaux de sa douzième session (New York, 12-16 février 2007)
A/CN.9/631/Add.1 à 3	Note du Secrétariat sur les recommandations du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties
A/CN.9/635	Note du Secrétariat transmettant les observations de la France sur les méthodes de travail de la CNUDCI
A/CN.9/636	Ordre du jour provisoire annoté et calendrier de la reprise de la quarantième session
A/CN.9/637	Note du Secrétariat sur la terminologie et les recommandations du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties
A/CN.9/637/Add.1 à 8	Note du Secrétariat sur le projet de guide législatif sur les opérations garanties
A/CN.9/638 et Add.1 à 6	Note du Secrétariat sur le règlement intérieur et les méthodes de travail de la CNUDCI
A/CN.9/639	Note du Secrétariat transmettant les observations des États-Unis sur le règlement intérieur et les méthodes de travail de la CNUDCI

B. Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED): extrait du rapport du Conseil du commerce et du développement sur sa cinquante-quatrième session (TD/B/54/8)

Développement progressif du droit commercial international: quarantième rapport annuel de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

À sa 1009e séance plénière, le 3 octobre 2007, le Conseil a pris note du rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa quarantième session (A/62/17).

C. Assemblée générale: Rapport de la Sixième Commission sur le rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarantième session (A/62/449)

[Original: anglais]

Rapporteur: M. Adam Mulawarman **Tugio** (Indonésie)

I. Introduction

1. À sa 3e séance plénière, le 21 septembre 2007, l'Assemblée générale a décidé, sur la recommandation du Bureau, d'inscrire à l'ordre du jour de sa soixante-deuxième session la question intitulée "Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarantième session" et de la renvoyer à la Sixième Commission.

2. La Sixième Commission a examiné la question à ses 11e, 12e et 28e séances, les 22 et 23 octobre et le 19 novembre 2007. Les vues des représentants qui se sont exprimés à cette occasion sont consignées dans les comptes rendus analytiques correspondants (A/C.6/62/SR.11, 12 et 28).

3. Pour l'examen de la question, la Commission était saisie de la première partie du rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarantième session[1].

4. À la 11e séance, le 22 octobre, le Vice-Président de la quarantième session de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a présenté la première partie du rapport de la Commission sur les travaux de cette session.

II. Examen de propositions

A. Projet de résolution A/C.6/62/L.16

5. À la 28e séance, le 19 novembre, le représentant de l'Autriche a présenté un projet de résolution intitulé "Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarantième session" (A/C.6/62/L.16) au nom des pays suivants: Albanie, Algérie, Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Azerbaïdjan, Bélarus, Belgique, Brésil, Bulgarie, Cameroun, Chili, Chine, Chypre, Colombie, Croatie, Danemark, El Salvador, Équateur, Espagne, Estonie, Éthiopie, ex-République yougoslave de Macédoine, Fédération de Russie, Finlande, France, Gabon, Grèce, Guatemala, Hongrie, Inde, Iran (République islamique d'), Irlande, Islande, Israël, Italie, Japon, Jordanie, Kenya, Lettonie, Liechtenstein, Lituanie, Luxembourg, Madagascar, Malaisie, Maroc, Mexique, Mongolie, Norvège, Ouganda, Pays-Bas, Philippines, Pologne, Portugal,

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 17* [A/62/17 (Part I)].

République de Corée, République démocratique du Congo, République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Serbie, Sierra Leone, Singapour, Slovaquie, Slovénie, Sri Lanka, Suède, Suisse, Thaïlande, Trinité-et-Tobago, Tunisie, Turquie, Ukraine et Uruguay, auxquels se sont ensuite joints le Belize et le Burkina Faso.

6. À la même séance, la Commission a adopté le projet de résolution A/C.6/62/L.16 sans le mettre aux voix (voir par. 10, projet de résolution I).

7. Après l'adoption du projet de résolution, les représentants des États-Unis d'Amérique, du Canada et de la France ont fait des déclarations pour expliquer leur position (voir A/C.6/62/SR.28).

B. Projet de résolution A/C.6/62/L.17

8. À la 28e séance, le 19 novembre, le représentant de l'Autriche a présenté, au nom du Bureau, un projet de résolution intitulé "Cinquantième anniversaire de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, faite à New York le 10 juin 1958" (A/C.6/62/L.17).

9. À la même séance, la Commission a adopté le projet de résolution A/C.6/62/L.17 sans le mettre aux voix (voir par. 10, projet de résolution II).

III. Recommandations de la Sixième Commission

10. La Sixième Commission recommande à l'Assemblée générale d'adopter les projets de résolution suivants:

Projet de résolution I
Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarantième session

L'Assemblée générale,

Rappelant sa résolution 2205 (XXI) du 17 décembre 1966 portant création de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et donnant pour mandat à celle-ci d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international et, ce faisant, de prendre en considération l'intérêt qu'ont tous les peuples, particulièrement ceux des pays en développement, à voir se développer largement le commerce international,

Se déclarant de nouveau convaincue que la modernisation et l'harmonisation progressives du droit commercial international, qui réduisent ou font disparaître les obstacles juridiques aux échanges commerciaux internationaux, notamment ceux auxquels se heurtent les pays en développement, favoriseraient grandement la coopération économique universelle entre tous les États sur la base de l'égalité, de l'équité, de la communauté d'intérêts et du respect de la primauté du droit, ainsi que l'élimination de la discrimination dans le commerce international et, partant, la paix, la stabilité et le bien-être de tous les peuples,

Ayant examiné le rapport de la Commission sur les travaux de la première partie de sa quarantième session[1],

Déclarant de nouveau craindre que les activités que mènent d'autres organes dans le domaine du droit commercial international sans coordination avec la Commission n'aboutissent à des doubles emplois regrettables et ne nuisent à l'efficacité, à l'homogénéité et à la cohérence de l'effort d'unification et d'harmonisation du droit commercial international,

Réaffirmant que la Commission, principal organe juridique des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, a pour mandat de coordonner l'activité juridique dans cette discipline afin d'éviter, en particulier, les doubles emplois, notamment dans les organisations qui élaborent les règles du commerce international, et de favoriser l'efficacité, l'homogénéité et la cohérence de l'effort de modernisation et d'harmonisation du droit commercial international, et que la Commission doit continuer à coopérer étroitement, par l'intermédiaire de son secrétariat, avec les autres organisations et les autres organes internationaux, y compris les organisations régionales, qui s'occupent de droit commercial international,

---

[1] A/62/17 (Part I). Pour le texte définitif, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 17*.

1. *Prend note* avec satisfaction du rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de la première partie de sa quarantième session[1];

2. *Félicite* la Commission de rédiger un guide législatif des opérations garanties pour faciliter les financements garantis et, ce faisant, donner un accès plus large au crédit à faible coût et accroître les échanges commerciaux aux échelons national et international, et constate avec satisfaction que la Commission prévoit d'achever très bientôt ce travail;

3. *Se félicite* des progrès accomplis par la Commission dans la révision de sa Loi type sur la passation des marchés publics de biens, de travaux et de services[2], et du Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international[3], l'élaboration d'un projet d'instrument sur le droit des transports et ses travaux concernant l'évolution du droit de l'insolvabilité, et fait sienne la décision de la Commission de poursuivre son travail sur les sûretés;

4. *Approuve* les efforts déployés et les initiatives prises par la Commission, principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, pour mieux coordonner les activités juridiques des organisations internationales et régionales qui s'occupent de droit commercial international et renforcer la coopération entre elles, ainsi que pour promouvoir la primauté du droit aux échelons national et international dans ce domaine, et, à cet égard, demande aux organisations internationales et régionales compétentes de coordonner leurs activités juridiques avec celles de la Commission afin d'éviter les doubles emplois et de favoriser l'efficacité, l'homogénéité et la cohérence de l'effort de modernisation et d'harmonisation du droit commercial international;

5. *Réaffirme* l'importance, en particulier pour les pays en développement, du travail de la Commission dans le domaine de l'assistance technique et de la coopération en matière de développement et de réforme du droit commercial international, et à cet égard:

a) Se félicite des initiatives qu'a prises la Commission pour développer, par l'entremise de son secrétariat, son programme d'assistance technique et de coopération, et invite le Secrétaire général à rechercher des partenariats avec des États et des acteurs non étatiques pour faire mieux connaître les travaux de la Commission et favoriser le respect effectif des normes juridiques qui en sont issues;

b) Remercie la Commission d'avoir mené des activités d'assistance technique et de coopération aux niveaux national, sous-régional et régional, et d'avoir aidé à l'élaboration de textes de droit commercial international;

c) Remercie les gouvernements dont les contributions ont permis d'entreprendre ces activités d'assistance technique et de coopération, et demande aux gouvernements, aux organismes compétents des Nations Unies et aux organisations, institutions et personnes privées intéressées de verser des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et, s'il y a

---

[2] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/49/17 et Corr.1), annexe I.

[3] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.77.V.6.

lieu, de financer des projets spéciaux et d'aider de toute autre manière le secrétariat de la Commission dans ses activités d'assistance technique, en particulier dans les pays en développement;

d) Engage de nouveau le Programme des Nations Unies pour le développement et les autres organismes d'aide au développement, tels que la Banque mondiale et les banques régionales de développement, ainsi que les gouvernements agissant dans le cadre de leurs programmes d'aide bilatérale à appuyer le programme d'assistance technique de la Commission, à coopérer avec celle-ci et à coordonner leurs activités avec les siennes, étant donné l'utilité et l'importance des travaux et des programmes de la Commission pour la promotion de l'état de droit aux niveaux national et international, et pour la mise en œuvre du programme de l'Organisation des Nations Unies en matière de développement, notamment la réalisation des objectifs du Millénaire pour le développement;

6. *Constate avec regret* que, depuis la trente-sixième session de la Commission, aucune contribution n'a été versée au fonds d'affectation spéciale créé pour l'octroi d'une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement qui sont membres de la Commission, sur leur demande et en consultation avec le Secrétaire général[4], souligne qu'il importe que des contributions soient versées à ce fonds afin que les experts des pays en développement soient plus nombreux à participer aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail, de façon à accroître les connaissances spécialisées et les capacités en matière de droit commercial international de ces pays et ainsi favoriser le développement du commerce international et promouvoir l'investissement étranger, et demande de nouveau aux gouvernements, aux organismes compétents des Nations Unies et aux organisations, institutions et personnes privées intéressées de verser des contributions volontaires à ce fonds;

7. *Décide*, pour que tous les États Membres participent pleinement aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail, de poursuivre à sa soixante-deuxième session, dans le cadre de la grande commission compétente, l'examen de la question de l'octroi d'une aide au titre des frais de voyage aux pays les moins avancés qui sont membres de la Commission, sur leur demande et en consultation avec le Secrétaire général;

8. *Se félicite* que la Commission ait décidé de procéder à l'examen général de ses méthodes de travail, étant donné notamment l'augmentation récente du nombre de ses membres et le nombre de sujets qu'elle traite, examen qui devrait être garant de la qualité de ses travaux et de l'acceptation internationale des textes qu'elle élabore, et rappelle à ce propos les résolutions qu'elle a déjà prises elle-même sur la question[5];

9. *Rappelle* ses résolutions sur les relations entre l'Organisation des Nations Unies et ses partenaires non étatiques, en particulier le secteur privé[6], et les résolutions dans lesquelles elle a invité la Commission à continuer d'étudier les diverses manières de mettre à profit les relations avec les entités non étatiques

---

[4] Résolution 48/32, par. 5.

[5] Voir en particulier les résolutions 36/32, 37/106, 38/134, 39/82. 40/71. 41/77, 42/152, 43/166 et 57/20.

[6] Résolutions 55/215, 56/76, 58/129 et 60/215.

intéressées pour accomplir sa tâche, en particulier dans le domaine de l'assistance technique, selon les principes et les directives applicables et en coopération et coordination avec d'autres services compétents du Secrétariat, notamment le Bureau du Pacte mondial[7];

10. *Prie à nouveau* le Secrétaire général, eu égard à ses résolutions sur la documentation[8] dans lesquelles elle insiste particulièrement sur le fait que l'abrègement des documents ne doit pas nuire à la qualité de leur présentation et de leur contenu, de prendre en considération la nature particulière du mandat et des travaux de la Commission lorsqu'il applique à la documentation de celle-ci les règles tendant à en limiter le volume;

11. *Prie* le Secrétaire général de continuer à faire établir un compte rendu analytique des séances que la Commission consacre à l'élaboration de textes normatifs;

12. *Rappelle* la résolution par laquelle elle a approuvé la publication de l'*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international* pour faire connaître plus largement et rendre plus aisément accessibles les travaux de la Commission[9], se déclare préoccupée par le fait que l'Annuaire ne paraît pas régulièrement et demande au Secrétaire général d'étudier toutes les solutions propres à favoriser la publication de l'Annuaire en temps voulu;

13. *Souligne* l'importance pour l'unification et l'harmonisation du droit commercial international au niveau mondial de l'entrée en vigueur des conventions issues des travaux de la Commission, et invite donc instamment les États qui ne l'ont pas encore fait à envisager de signer et de ratifier ces conventions ou d'y adhérer;

14. *Se félicite* de l'élaboration de recueils analytiques de jurisprudence concernant les textes de la Commission, en particulier ceux qui concernent la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises[10] et la Loi type sur l'arbitrage commercial international de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international[11], le but étant d'aider à diffuser des informations sur ces textes et d'en promouvoir l'utilisation, l'adoption et l'interprétation uniforme;

15. *Relève avec satisfaction* que le Congrès "Un droit moderne pour le commerce mondial", tenu à Vienne du 9 au 12 juillet 2007, dans le cadre de la quarantième session de la Commission, a été l'occasion de passer en revue les résultats des travaux antérieurs de la Commission et les activités connexes des organisations qui s'occupent de droit commercial international, d'évaluer les programmes de travail en cours et de s'interroger sur les sujets et les domaines à étudier encore, et, devant l'importance des résultats du Congrès pour la coordination et la promotion de l'effort de modernisation et d'harmonisation du droit commercial

---

[7] Résolutions 59/39, 60/20 et 61/32.

[8] Résolutions 52/214, sect. B, 57/283 B, sect. III, et 58/250, sect. III.

[9] Résolution 2502 (XXIV), par. 7.

[10] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1489, n° 25567.

[11] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 17* (A/40/17), annexe I.

international, prie le Secrétaire général de faire publier les actes du Congrès dans la mesure où les ressources disponibles le permettent;

16. *Rappelle* ses résolutions dans lesquelles elle affirme qu'il importe que l'Organisation des Nations Unies ait des sites Web de grande qualité, d'usage facile et économiques, et qu'il faut veiller à leur développement, leur mise à jour et leur enrichissement en plusieurs langues[12], accueille avec satisfaction le site Web de la Commission restructuré dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies et se félicite des efforts que continue de déployer la Commission pour le tenir à jour et l'améliorer conformément aux directives en vigueur.

[12] Résolutions 52/214, sect. C, par. 3, 55/222, sect. III, par. 12, 56/64 B, sect. X, 57/130 B, sect. X, 58/101 B, sect. V, par. 61 à 76, 59/126 B, sect. V, par. 76 à 95, 60/109 B, sect. IV, par. 66 à 80, et 61/121 B, sect. IV, par. 65 à 77.

Projet de résolution II
Cinquantième anniversaire de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, faite à New York le 10 juin 1958

L'Assemblée générale,

Rappelant l'adoption de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères[1], le 10 juin 1958, par la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international (New York, 20 mai-10 juin 1958)[2],

Notant que cent quarante-deux États sont devenus parties à la Convention, faisant de celle-ci l'un des traités de droit commercial les plus largement acceptés,

Reconnaissant l'intérêt que présente l'arbitrage comme moyen de règlement des différends dans les relations commerciales internationales dans la mesure où il harmonise les relations commerciales, stimule les échanges internationaux et le développement et favorise le règne du droit dans la sphère internationale et nationale,

Convaincue que la Convention, qui établit le cadre juridique fondamental de recours à l'arbitrage et de l'efficacité de celui-ci, encourage le respect des engagements, inspire confiance dans le droit et assure l'équité du règlement des différends liés aux obligations et aux droits contractuels,

Notant que la Convention a servi de modèle à des traités multilatéraux et bilatéraux ultérieurs et à d'autres textes législatifs internationaux relatifs à l'arbitrage,

Prenant note avec satisfaction des efforts déployés par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international pour promouvoir la Convention et l'interprétation uniforme et l'application effective de ses dispositions,

Soulignant la nécessité de poursuivre les efforts au plan national et au plan international, de resserrer la coopération pour assurer l'adhésion universelle à la Convention et l'interprétation uniforme et l'application effective de ses dispositions, et réaliser ainsi pleinement ses objectifs,

Exprimant l'espoir que les États qui ne le sont pas encore deviendront bientôt parties à la Convention, ce qui assurerait la jouissance universelle de la certitude juridique qu'elle offre, réduirait les risques et les coûts de transaction liés aux opérations commerciales et encouragerait ainsi le commerce international,

1. *Accueille favorablement* les initiatives prises par divers organes et diverses institutions faisant ou non partie du système des Nations Unies pour organiser conférences et autres manifestations pour célébrer le cinquantième anniversaire de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères[1] et offrir l'occasion de procéder à des échanges de vues sur les enseignements tirés de l'application de la Convention dans le monde entier;

---

[1] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, n° 4739.
[2] E/CONF.26/8/Rev.1.

2. *Encourage* le recours à de telles manifestations pour promouvoir une plus large adhésion à la Convention et une meilleure compréhension de ses dispositions ainsi que l'interprétation uniforme et l'application effective de celles-ci;

3. *Invite* tous les États qui ne l'ont pas encore fait à envisager de devenir parties à la Convention;

4. *Prie* le Secrétaire général de redoubler d'efforts pour promouvoir une plus large adhésion à la Convention ainsi que l'interprétation uniforme et l'application effective de ses dispositions.

D. Résolutions 62/64, 62/65 et 62/70 de l'Assemblée générale en date du 6 décembre 2007 Résolutions adoptées par l'Assemblée générale sur la base du rapport de la Sixième Commission (A/62/449)

62/64. Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarantième session

L'Assemblée générale,

Rappelant sa résolution 2205 (XXI) du 17 décembre 1966 portant création de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et donnant pour mandat à celle-ci d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international et, ce faisant, de prendre en considération l'intérêt qu'ont tous les peuples, particulièrement ceux des pays en développement, à voir se développer largement le commerce international,

Se déclarant de nouveau convaincue que la modernisation et l'harmonisation progressives du droit commercial international, qui réduisent ou font disparaître les obstacles juridiques aux échanges commerciaux internationaux, notamment ceux auxquels se heurtent les pays en développement, favoriseraient grandement la coopération économique universelle entre tous les États sur la base de l'égalité, de l'équité, de la communauté d'intérêts et du respect de la primauté du droit, ainsi que l'élimination de la discrimination dans le commerce international et, partant, la paix, la stabilité et le bien-être de tous les peuples,

Ayant examiné le rapport de la Commission sur les travaux de la première partie de sa quarantième session[1],

Déclarant de nouveau craindre que les activités que mènent d'autres organes dans le domaine du droit commercial international sans coordination avec la Commission n'aboutissent à des doubles emplois regrettables et ne nuisent à l'efficacité, à l'homogénéité et à la cohérence de l'effort d'unification et d'harmonisation du droit commercial international,

Réaffirmant que la Commission, principal organe juridique des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, a pour mandat de coordonner l'activité juridique dans cette discipline afin d'éviter, en particulier, les doubles emplois, notamment dans les organisations qui élaborent les règles du commerce international, et de favoriser l'efficacité, l'homogénéité et la cohérence de l'effort de modernisation et d'harmonisation du droit commercial international, et que la Commission doit continuer à coopérer étroitement, par l'intermédiaire de son secrétariat, avec les autres organisations et les autres organes internationaux, y compris les organisations régionales, qui s'occupent de droit commercial international,

---

[1] A/62/17 (Part I). Pour le texte définitif, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 17*.

1. *Prend note avec satisfaction* du rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de la première partie de sa quarantième session[1];

2. *Félicite* la Commission de rédiger un guide législatif des opérations garanties pour faciliter les financements garantis et, ce faisant, donner un accès plus large au crédit à faible coût et accroître les échanges commerciaux aux échelons national et international, et constate avec satisfaction que la Commission prévoit d'achever très bientôt ce travail;

3. *Se félicite* des progrès accomplis par la Commission dans la révision de sa Loi type sur la passation des marchés publics de biens, de travaux et de services[2], et du Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international[3], l'élaboration d'un projet d'instrument sur le droit des transports et ses travaux concernant l'évolution du droit de l'insolvabilité, et fait sienne la décision de la Commission de poursuivre son travail sur les sûretés;

4. *Approuve* les efforts déployés et les initiatives prises par la Commission, principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international, pour mieux coordonner les activités juridiques des organisations internationales et régionales qui s'occupent de droit commercial international et renforcer la coopération entre elles, ainsi que pour promouvoir la primauté du droit aux échelons national et international dans ce domaine, et, à cet égard, demande aux organisations internationales et régionales compétentes de coordonner leurs activités juridiques avec celles de la Commission afin d'éviter les doubles emplois et de favoriser l'efficacité, l'homogénéité et la cohérence de l'effort de modernisation et d'harmonisation du droit commercial international;

5. *Réaffirme* l'importance, en particulier pour les pays en développement, du travail de la Commission dans le domaine de l'assistance technique et de la coopération en matière de développement et de réforme du droit commercial international, et à cet égard:

a) Se félicite des initiatives qu'a prises la Commission pour développer, par l'entremise de son secrétariat, son programme d'assistance technique et de coopération, et invite le Secrétaire général à rechercher des partenariats avec des États et des acteurs non étatiques pour faire mieux connaître les travaux de la Commission et favoriser le respect effectif des normes juridiques qui en sont issues;

b) Remercie la Commission d'avoir mené des activités d'assistance technique et de coopération aux niveaux national, sous-régional et régional, et d'avoir aidé à l'élaboration de textes de droit commercial international;

c) Remercie les gouvernements dont les contributions ont permis d'entreprendre ces activités d'assistance technique et de coopération, et demande aux gouvernements, aux organismes compétents des Nations Unies et aux organisations, institutions et personnes privées intéressées de verser des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et, s'il y a lieu, de financer des projets spéciaux et d'aider de toute autre manière le secrétariat

---

[2] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/49/17 et Corr.1), annexe I.

[3] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.77.V.6.

de la Commission dans ses activités d'assistance technique, en particulier dans les pays en développement;

d) Engage de nouveau le Programme des Nations Unies pour le développement et les autres organismes d'aide au développement, tels que la Banque mondiale et les banques régionales de développement, ainsi que les gouvernements agissant dans le cadre de leurs programmes d'aide bilatérale à appuyer le programme d'assistance technique de la Commission, à coopérer avec celle-ci et à coordonner leurs activités avec les siennes, étant donné l'utilité et l'importance des travaux et des programmes de la Commission pour la promotion de l'état de droit aux niveaux national et international, et pour la mise en œuvre du programme de l'Organisation des Nations Unies en matière de développement, notamment la réalisation des Objectifs du Millénaire pour le développement;

6. *Constate avec regret* que, depuis la trente-sixième session de la Commission, aucune contribution n'a été versée au fonds d'affectation spéciale créé pour l'octroi d'une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement qui sont membres de la Commission, sur leur demande et en consultation avec le Secrétaire général[4], souligne qu'il importe que des contributions soient versées à ce fonds afin que les experts des pays en développement soient plus nombreux à participer aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail, de façon à accroître les connaissances spécialisées et les capacités en matière de droit commercial international de ces pays et ainsi favoriser le développement du commerce international et promouvoir l'investissement étranger, et demande de nouveau aux gouvernements, aux organismes compétents des Nations Unies et aux organisations, institutions et personnes privées intéressées de verser des contributions volontaires à ce fonds;

7. *Décide*, pour que tous les États Membres participent pleinement aux sessions de la Commission et de ses groupes de travail, de poursuivre à sa soixante-deuxième session, dans le cadre de la grande commission compétente, l'examen de la question de l'octroi d'une aide au titre des frais de voyage aux pays les moins avancés qui sont membres de la Commission, sur leur demande et en consultation avec le Secrétaire général;

8. *Se félicite* que la Commission ait décidé de procéder à l'examen général de ses méthodes de travail, étant donné notamment l'augmentation récente du nombre de ses membres et le nombre de sujets qu'elle traite, examen qui devrait être garant de la qualité de ses travaux et de l'acceptation internationale des textes qu'elle élabore, et rappelle à ce propos les résolutions qu'elle a déjà prises elle-même sur la question[5];

9. *Rappelle* ses résolutions sur les relations entre l'Organisation des Nations Unies et ses partenaires non étatiques, en particulier le secteur privé[6], et les résolutions dans lesquelles elle a invité la Commission à continuer d'étudier les diverses manières de mettre à profit les relations avec les entités non étatiques intéressées pour accomplir sa tâche, en particulier dans le domaine de l'assistance technique, selon les principes et les directives applicables et en coopération et

---

[4] Résolution 48/32, par. 5.
[5] Voir en particulier les résolutions 36/32, 37/106, 38/134, 39/82. 40/71. 41/77, 42/152, 43/166 et 57/20.
[6] Résolutions 55/215, 56/76, 58/129 et 60/215.

coordination avec d'autres services compétents du Secrétariat, notamment le Bureau du Pacte mondial[7];

10. *Prie à nouveau* le Secrétaire général, eu égard à ses résolutions sur la documentation[8] dans lesquelles elle insiste particulièrement sur le fait que l'abrègement des documents ne doit pas nuire à la qualité de leur présentation et de leur contenu, de prendre en considération la nature particulière du mandat et des travaux de la Commission lorsqu'il applique à la documentation de celle-ci les règles tendant à en limiter le volume;

11. *Prie* le Secrétaire général de continuer à faire établir un compte rendu analytique des séances que la Commission consacre à l'élaboration de textes normatifs;

12. *Rappelle* la résolution par laquelle elle a approuvé la publication de l'*Annuaire de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international* pour faire connaître plus largement et rendre plus aisément accessibles les travaux de la Commission[9], se déclare préoccupée par le fait que l'*Annuaire* ne paraît pas régulièrement et demande au Secrétaire général d'étudier toutes les solutions propres à favoriser la publication de l'*Annuaire* en temps voulu;

13. *Souligne* l'importance pour l'unification et l'harmonisation du droit commercial international au niveau mondial de l'entrée en vigueur des conventions issues des travaux de la Commission, et invite donc instamment les États qui ne l'ont pas encore fait à envisager de signer et de ratifier ces conventions ou d'y adhérer;

14. *Se félicite* de l'élaboration de recueils analytiques de jurisprudence concernant les textes de la Commission, en particulier ceux qui concernent la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises[10] et la Loi type sur l'arbitrage commercial international de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international[11], le but étant d'aider à diffuser des informations sur ces textes et d'en promouvoir l'utilisation, l'adoption et l'interprétation uniforme;

15. *Relève avec satisfaction* que le Congrès "Un droit moderne pour le commerce mondial", tenu à Vienne du 9 au 12 juillet 2007, dans le cadre de la quarantième session de la Commission, a été l'occasion de passer en revue les résultats des travaux antérieurs de la Commission et les activités connexes des organisations qui s'occupent de droit commercial international, d'évaluer les programmes de travail en cours et de s'interroger sur les sujets et les domaines à étudier encore, et, devant l'importance des résultats du Congrès pour la coordination et la promotion de l'effort de modernisation et d'harmonisation du droit commercial international, prie le Secrétaire général de faire publier les actes du Congrès dans la mesure où les ressources disponibles le permettent;

---

[7] Résolutions 59/39, 60/20 et 61/32.
[8] Résolutions 52/214, sect. B, 57/283 B, sect. III, et 58/250, sect. III.
[9] Résolution 2502 (XXIV), par. 7.
[10] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1489, n° 25567.
[11] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 17* (A/40/17), annexe I.

16. *Rappelle* ses résolutions dans lesquelles elle affirme qu'il importe que l'Organisation des Nations Unies ait des sites Web de grande qualité, d'usage facile et économiques, et qu'il faut veiller à leur développement, leur mise à jour et leur enrichissement en plusieurs langues[12], accueille avec satisfaction le site Web de la Commission restructuré dans les six langues officielles de l'Organisation des Nations Unies et se félicite des efforts que continue de déployer la Commission pour le tenir à jour et l'améliorer conformément aux directives en vigueur.

62e séance plénière
6 décembre 2007

[12] Résolutions 52/214, sect. C, par. 3, 55/222, sect. III, par. 12, 56/64 B, sect. X, 57/130 B, sect. X, 58/101 B, sect. V, par. 61 à 76, 59/126 B, sect. V, par. 76 à 95, 60/109 B, sect. IV, par. 66 à 80, et 61/121 B, sect. IV, par. 65 à 77.

62/65. Cinquantième anniversaire de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, faite à New York le 10 juin 1958

L'Assemblée générale,

Rappelant l'adoption de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères[1], le 10 juin 1958, par la Conférence des Nations Unies sur l'arbitrage commercial international (New York, 20 mai-10 juin 1958)[2],

Notant que cent quarante-deux États sont devenus parties à la Convention, faisant de celle-ci l'un des traités de droit commercial les plus largement acceptés,

Reconnaissant l'intérêt que présente l'arbitrage comme moyen de règlement des différends dans les relations commerciales internationales dans la mesure où il harmonise les relations commerciales, stimule les échanges internationaux et le développement et favorise le règne du droit dans la sphère internationale et nationale,

Convaincue que la Convention, qui établit le cadre juridique fondamental de recours à l'arbitrage et de l'efficacité de celui-ci, encourage le respect des engagements, inspire confiance dans le droit et assure l'équité du règlement des différends liés aux obligations et aux droits contractuels,

Notant que la Convention a servi de modèle à des traités multilatéraux et bilatéraux ultérieurs et à d'autres textes législatifs internationaux relatifs à l'arbitrage,

Prenant note avec satisfaction des efforts déployés par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international pour promouvoir la Convention et l'interprétation uniforme et l'application effective de ses dispositions,

Soulignant la nécessité de poursuivre les efforts au plan national et au plan international, de resserrer la coopération pour assurer l'adhésion universelle à la Convention et l'interprétation uniforme et l'application effective de ses dispositions, et réaliser ainsi pleinement ses objectifs,

Exprimant l'espoir que les États qui ne le sont pas encore deviendront bientôt parties à la Convention, ce qui assurerait la jouissance universelle de la certitude juridique qu'elle offre, réduirait les risques et les coûts de transaction liés aux opérations commerciales et encouragerait ainsi le commerce international,

1. *Accueille favorablement* les initiatives prises par divers organes et diverses institutions faisant ou non partie du système des Nations Unies pour organiser conférences et autres manifestations pour célébrer le cinquantième anniversaire de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères[1] et offrir l'occasion de procéder à des échanges de vues sur les enseignements tirés de l'application de la Convention dans le monde entier;

2. *Encourage* le recours à de telles manifestations pour promouvoir une plus large adhésion à la Convention et une meilleure compréhension de ses dispositions ainsi que l'interprétation uniforme et l'application effective de celles-ci;

---

[1] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, n° 4739.
[2] E/CONF.26/8/Rev.1.

3. *Invite* tous les États qui ne l'ont pas encore fait à envisager de devenir parties à la Convention;

4. *Prie* le Secrétaire général de redoubler d'efforts pour promouvoir une plus large adhésion à la Convention ainsi que l'interprétation uniforme et l'application effective de ses dispositions.

62e séance plénière
6 décembre 2007

62/70. L'état de droit aux niveaux national et international

L'Assemblée générale,

Rappelant sa résolution 61/39 du 4 décembre 2006,

Réaffirmant son attachement aux buts et principes consacrés dans la Charte des Nations Unies et au droit international, fondements essentiels d'un monde plus pacifique, plus prospère et plus juste, et se déclarant de nouveau résolue à les faire strictement respecter et à instaurer une paix juste et durable dans le monde entier,

Réaffirmant également que les droits de l'homme, l'état de droit et la démocratie sont interdépendants, se renforcent mutuellement et font partie des valeurs et des principes fondamentaux, universels et indivisibles de l'Organisation des Nations Unies,

Réaffirmant en outre la nécessité de voir l'état de droit universellement respecté et instauré aux niveaux national et international, et son engagement solennel en faveur d'un ordre international fondé sur l'état de droit et le droit international, ce qui, avec les principes de la justice, est essentiel à la coexistence pacifique et à la coopération entre les États,

Convaincue que la promotion de l'état de droit aux niveaux national et international est essentielle pour une croissance économique soutenue, le développement durable, l'élimination de la pauvreté et de la faim et la protection de tous les droits de l'homme et libertés fondamentales, et sachant que la sécurité collective appelle une coopération efficace, dans le respect de la Charte et du droit international, contre les menaces transnationales,

Réaffirmant que tous les États doivent s'abstenir de recourir dans leurs relations internationales à la menace ou à l'emploi de la force d'une façon incompatible avec les buts et principes des Nations Unies et qu'ils doivent régler leurs différends internationaux par des moyens pacifiques de manière à ne pas mettre en péril la paix et la sécurité internationales et la justice, conformément au Chapitre VI de la Charte, et demandant aux États qui ne l'ont pas encore fait d'envisager de reconnaître la compétence de la Cour internationale de Justice, conformément au statut de celle-ci,

Convaincue que la promotion et le respect de l'état de droit aux niveaux national et international ainsi que la justice et la bonne gouvernance doivent inspirer l'action de l'Organisation des Nations Unies et de ses États Membres,

Rappelant l'alinéa *e*) du paragraphe 134 du Document final du Sommet mondial de 2005[1],

1. *Prie à nouveau* le Secrétaire général de lui présenter à sa soixante-troisième session l'inventaire des activités actuellement réalisées par les divers organes, organismes, bureaux, départements, fonds et programmes du système des Nations Unies pour promouvoir l'état de droit aux niveaux national et international, et accueille avec intérêt le rapport intérimaire sur ce sujet qui lui a été présenté à sa soixante-deuxième session[2];

[1] Voir résolution 60/1.
[2] A/62/261.

2. *Prie également à nouveau* le Secrétaire général, après qu'il aura sollicité l'avis des États Membres, d'établir et de lui présenter à sa soixante-troisième session un rapport indiquant comment renforcer et coordonner les activités figurant dans l'inventaire demandé au paragraphe 1 ci-dessus, eu égard en particulier à l'efficacité de l'aide que pourraient demander les États pour renforcer leur capacité de promotion de l'état de droit aux niveaux national et international;

3. *Invite* la Cour internationale de Justice, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et la Commission du droit international à lui rendre compte dans les rapports qu'elles lui soumettent de ce qu'elles font actuellement pour promouvoir l'état de droit;

4. *Prend note avec satisfaction* du rapport du Secrétaire général intitulé "Unissons nos forces: renforcement de l'action de l'ONU en faveur de l'état de droit"[3], appuie le Groupe de coordination et de conseil sur l'état de droit qui est présidé par la Vice-Secrétaire générale et appuyé par l'Unité de l'état de droit du Cabinet du Secrétaire général, et prie le Secrétaire général de lui donner dans les meilleurs délais le détail des effectifs et des ressources nécessaires à cette unité, afin qu'elle les examine à sa soixante-deuxième session selon les procédures applicables;

5. *Décide* d'inscrire à l'ordre du jour provisoire de sa soixante-troisième session la question intitulée "L'état de droit aux niveaux national et international".

62e séance plénière
6 décembre 2007

[3] A/61/636-S/2006/980 et Corr.1.

Deuxième partie

ÉTUDES ET RAPPORTS SUR DES SUJETS ÉTUDIÉS PAR LA COMMISSION

I. SÛRETÉS

A. Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa onzième session (Vienne, 4-8 décembre 2006)

(A/CN.9/617) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

			Paragraphes
I.	Introduction		1
II.	Organisation de la session		2-7
III.	Délibérations et décisions		8
IV.	Élaboration d'un guide législatif sur les opérations garanties		9-104
	Chapitre I.	Principaux objectifs d'une loi efficace sur les opérations garanties	9-10
	Chapitre II.	Champ d'application	11-18
	Chapitre V.	Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière	19-30
	Chapitre VI.	Le système de registre	31-44
	Chapitre VII.	Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur les droits de réclamants concurrents	45-65
	Chapitre X.	Défaillance et réalisation	66-79
	Chapitre XI.	Insolvabilité	80-82
	Chapitre XII.	Mécanismes de financement d'acquisitions	83-104
		Terminologie	83-88
		A. Approche unitaire des mécanismes de financement d'acquisitions	89-92
		B. Approche non unitaire des mécanismes de financement d'acquisitions	93-104
V.	Travaux futurs		105

I. Introduction

1. À sa onzième session, le Groupe de travail VI (Sûretés) a poursuivi l'élaboration d'un guide législatif sur les opérations garanties conformément à une décision prise par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) à sa trente-quatrième session, en 2001[1]. Cette dernière avait en effet décidé d'entreprendre des travaux dans le domaine du droit du crédit garanti en raison de la nécessité de mettre en place un régime juridique efficace qui permette de supprimer les obstacles juridiques au crédit garanti et puisse ainsi avoir un effet bénéfique sur l'offre et le coût du crédit[2].

II. Organisation de la session

2. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa onzième session à Vienne du 4 au 8 décembre 2006. Ont assisté à cette session des représentants des États membres ci-après: Algérie, Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Belgique, Canada, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Guatemala, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Jordanie, Mexique, Nigéria, Ouganda, Pakistan, Paraguay, Pologne, Qatar, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Suède, Suisse, Thaïlande, Tunisie et Turquie.

3. Ont également assisté à la session des observateurs des États ci-après: Congo, Indonésie, Irlande, Jamahiriya arabe libyenne, Koweït, Lettonie, Malaisie, Maurice, Pérou, Philippines, République dominicaine, Roumanie et Slovaquie.

4. Ont en outre assisté à la session des observateurs des organisations internationales suivantes:

a) *Système des Nations Unies*: Banque mondiale et Fonds monétaire international;

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 358. Pour l'historique du projet, voir A/CN.9/WG.VI/WP.31. Les rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses première à dixième sessions ont été publiés sous les cotes A/CN.9/512, A/CN.9/531, A/CN.9/532, A/CN.9/543, A/CN.9/549, A/CN.9/570, A/CN.9/574, A/CN.9/588, A/CN.9/593 et A/CN.9/603. Les rapports sur les première et deuxième sessions conjointes des Groupes de travail V (Droit de l'insolvabilité) et VI (Sûretés) ont été publiés sous les cotes A/CN.9/535 et A/CN.9/550. Il est rendu compte de l'examen de ces rapports par la Commission dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n°* 17 (A/57/17), par. 202 à 204, *cinquante-huitième session, Supplément n°* 17 (A/58/17), par. 217 à 222, *cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 75 à 78, *soixantième session, Supplément n° 17* (A/60/17), par. 186 et 187 et *soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 13 à 78.

[2] *Documents officiels de l'Assemblée générale*, *cinquante-cinquième session*, *Supplément n° 17* (A/55/17), par. 455, et *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 347.

b) *Organisations internationales non gouvernementales invitées par la Commission*: American Bar Association, Association européenne des étudiants en droit, Center for International Legal Studies, Chambre de commerce internationale, Commercial Finance Association, Forum for International Commercial Arbitration, Insolvency and Bankruptcy Professionals (INSOL International), Institut Max-Planck de droit privé étranger et international, International Association of Restructuring, International Swaps and Derivatives Association, Moot Alumni Association et Union internationale des avocats.

5. Le Groupe de travail a élu les membres du Bureau ci-après:

Présidente: Kathryn SABO (Canada)

Rapporteuse: Maria Mercedes BUONGERMINI (Paraguay)

6. Le Groupe de travail était saisi du document A/CN.9/WG.VI/WP.29, qui contient des recommandations révisées destinées à être insérées dans le projet de guide.

7. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour ci-après:

1. Ouverture et déroulement de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Élaboration d'un guide législatif sur les opérations garanties.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

III. Délibérations et décisions

8. Le Groupe de travail a examiné les recommandations des chapitres premier (Principaux objectifs d'une loi efficace sur les opérations garanties), II (Champ d'application), VI (Le système de registre), VII (Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur les droits de réclamants concurrents), X (Défaillance et réalisation), XI (Insolvabilité) et XII (Mécanismes de financement d'acquisitions). Il est rendu compte au chapitre IV ci-après de ses délibérations et décisions. Le secrétariat a été prié de revoir les recommandations figurant dans les chapitres susmentionnés du projet de guide en tenant compte des délibérations et décisions du Groupe de travail.

IV. Élaboration d'un guide législatif sur les opérations garanties

Chapitre I. Principaux objectifs d'une loi efficace sur les opérations garanties

Objet

9. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section relative à l'objet sans modification.

Recommandation 1 (principaux objectifs)

10. Sous réserve de mentionner, en tant qu'autre objectif principal du projet de guide, la nécessité de promouvoir la prévisibilité et la transparence des sûretés réelles mobilières par leur inscription, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 1 quant au fond.

Chapitre II. Champ d'application

Objet

11. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section relative à l'objet sans modification.

Recommandation 2 (biens, parties, obligations garanties et sûretés réelles mobilières)

12. S'agissant de l'alinéa e) de la recommandation 2, il a été convenu de préciser dans le commentaire que les obligations régionales ou internationales d'un État pourraient exiger que des exceptions soient faites à la recommandation. On a noté, en particulier, que pour les États membres de l'Union européenne, il serait peut-être nécessaire d'exclure le transfert de la propriété de biens servant de garantie financière, tels que des valeurs mobilières, des espèces et des fonds crédités sur des comptes bancaires, puisque, en vertu de la Directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière, le transfert de propriété devait être reconnu selon les modalités qu'il prévoyait.

Recommandation 4 (aéronefs, matériel roulant ferroviaire, objets spatiaux, navires et propriété intellectuelle)

13. S'agissant de l'alinéa a) de la recommandation 4, il a été convenu de le modifier pour tenir compte de la décision concernant la relation entre la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (la "Convention des Nations Unies sur la cession") et la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Le Cap, 2001). Pour ce qui est de l'alinéa b) de cette recommandation, il a été convenu de faire référence aux lois spéciales en général plutôt qu'aux lois existantes uniquement.

Recommandation 5 (valeurs mobilières et biens immeubles)

14. S'agissant de la recommandation 5, il a été convenu de la scinder en deux parties, l'une traitant des valeurs mobilières et l'autre des biens immeubles.

15. Pour ce qui est des premières, le Groupe de travail est convenu que le projet de guide devrait traiter des valeurs mobilières détenues directement de manière à s'appliquer aux opérations financières importantes, telles que celles où une société mère obtenait un crédit en constituant une sûreté sur les actions des filiales qu'elle détenait entièrement. Il a également été convenu que l'exclusion prévue dans la recommandation 5 devrait concerner les valeurs mobilières détenues indirectement.

16. S'agissant de savoir si le projet de guide devrait s'appliquer au produit des valeurs mobilières détenues directement ou indirectement, il a été convenu qu'aucun texte supplémentaire n'était nécessaire. De l'avis général, le produit de valeurs mobilières détenues directement serait de toute façon couvert, tandis que le produit de valeurs mobilières détenues indirectement ne serait couvert que dans la mesure où il ne l'était pas par un autre instrument international.

17. Pour ce qui est des biens immeubles, il a été convenu de les exclure du champ d'application du projet de guide, étant donné que le droit dans ce domaine était bien établi et ne se prêtait pas à unification. S'agissant du produit des biens immeubles, qui était considéré comme un meuble ou un immeuble selon les systèmes juridiques, il a été convenu que, si le produit revêtait la forme de créances, le projet de guide pourrait s'y appliquer sous réserve de l'inclusion d'un texte semblable à l'article 4, paragraphe 5 a), de la Convention des Nations Unies sur la cession. Il a été noté que ce texte visait à éviter toute incidence sur la constitution et la priorité d'une sûreté dans le cadre de la loi régissant le bien immeuble. S'agissant du produit d'un bien immeuble revêtant une forme autre que des créances, il a été convenu qu'il pouvait entrer dans le champ d'application du projet de guide, si une sûreté était constituée sur ce produit conformément à la loi régissant le bien immeuble ou par un accord entre les parties.

18. Sous réserve des modifications susmentionnées, le Groupe de travail a approuvé les recommandations 2 à 7 quant au fond.

Chapitre V. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière

Objet

19. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond la section relative à l'objet sans modification.

Recommandation 39 (caducité de l'inscription anticipée ou perte de l'opposabilité)

20. Bien qu'on ait estimé que la deuxième phrase de la recommandation 39 était peut-être superflue du fait qu'elle réaffirmait une règle de priorité énoncée dans la recommandation 78, il a été convenu que la recommandation 39 était importante et devait être conservée. Cependant, pour préciser le sens de cette recommandation, il a aussi été convenu de la diviser en deux parties, l'une traitant de l'opposabilité et de l'inscription après la constitution d'une sûreté et l'autre de l'inscription anticipée (c'est-à-dire avant la constitution d'une sûreté).

Recommandation 40 (opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels par prise de possession)

21. De l'avis général, bien que la "possession" soit un terme défini, la recommandation 40 serait plus facile à comprendre si elle faisait référence au "transfert de la possession au créancier garanti" plutôt qu'à l'opposabilité "par prise de possession".

22. Il a été proposé, pour éviter de donner l'impression que le transfert de la possession était une condition de la création d'une sûreté plutôt qu'une exigence

formelle visant à faciliter la preuve de l'existence d'une convention constitutive de sûreté (voir recommandation 13), soit que la recommandation 34 fasse également référence au transfert de la possession, soit qu'un libellé analogue à celui de la recommandation 34 soit inséré dans la recommandation 40. Il a été convenu que le texte proposé devrait figurer dans le commentaire. Selon un point de vue largement partagé, la disposition de la recommandation 34, qui visait à préciser que le régime d'inscription envisagé dans le projet de guide différait des autres formes d'inscription connues de la plupart des systèmes juridiques (telles que l'inscription dans des registres immobiliers), était extrêmement importante et ne devrait pas être diluée par l'ajout d'une référence à la possession. Il a aussi été estimé dans l'ensemble que la recommandation 13 était suffisante pour faire comprendre que la possession était un élément de preuve et non une condition de la constitution d'une sûreté.

Recommandation 41 (opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens de consommation de faible valeur non liée au paiement de leur acquisition)

23. Notant qu'à la trente-neuvième session de la Commission, la suppression de la recommandation 41 avait été largement appuyée[3], le Groupe de travail est convenu de supprimer cette recommandation. De l'avis général, celle-ci était superflue, car on ne recensait aucune pratique financière où des sûretés seraient constituées sur des biens de consommation de faible valeur à d'autres fins que la garantie de leur paiement, et une référence à la valeur serait source d'insécurité du fait que les tiers seraient contraints de s'enquérir de la valeur des biens de consommation pour déterminer si un avis concernant une sûreté sur ces derniers devait être inscrit. Le Groupe de travail est également convenu que l'alinéa b) de la recommandation 35, qui ne faisait que renvoyer à la recommandation 41, était superflu et devait lui aussi être supprimé.

Recommandations 43 et 44 (opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit)

24. Selon un avis, la variante A devait être conservée. Il a été dit que le fait de rendre une sûreté réelle mobilière sur le produit automatiquement opposable au moment de la naissance du produit, sans qu'aucun acte supplémentaire ne soit nécessaire, contribuerait à la réalisation de l'objectif général du projet de guide, qui était de promouvoir le crédit garanti bon marché. On a aussi signalé qu'en tout état de cause un créancier garanti averti ferait figurer une référence générique ou spécifique au produit dans son avis. Il a été fait observer que la variante A avait donc pour objet principal d'éviter de piéger les créanciers garantis peu vigilants.

25. Cependant, selon l'avis qui a prévalu, seule la variante B devait être retenue. On a fait valoir que les deux variantes n'étaient pertinentes que si l'avis contenait une description des biens initialement grevés qui ferait référence à une catégorie de biens ou à un bien particulier, étant donné qu'une description générique ("tous les biens", par exemple) engloberait toutes les formes de produit. Il a aussi été fait observer que, dans la variante B, si le produit prenait la forme d'argent ou de biens similaires, l'avis n'aurait pas à être modifié au moment de la naissance du produit.

---

[3] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 25.

Il ne devrait l'être, a-t-on souligné, que si le produit revêtait d'autres formes (par exemple, celle d'une catégorie de biens ou d'un bien particuliers). On a dit, en outre, que si le constituant souhaitait octroyer une sûreté sur une catégorie de biens ou sur un bien particulier, l'avis devrait être modifié en conséquence, après la naissance du produit, de sorte que la sûreté ne s'applique pas à un produit autre que celui qui était décrit dans l'avis inscrit concernant les biens initialement grevés. On a aussi indiqué qu'à la différence des constituants qui pouvaient même être des particuliers, les créanciers garantis étaient des entreprises qui étaient généralement bien informées et n'avaient pas besoin de protection spéciale en la matière.

26. Au cours du débat, il a été proposé de conserver la variante A, tout en élaborant éventuellement une règle de priorité inspirée de la variante B pour protéger les acheteurs en dehors du cours normal des affaires, les acheteurs dans le cours normal des affaires étant eux suffisamment protégés par la recommandation 82 et les parties qui octroyaient ultérieurement un financement n'ayant pas besoin de protection, puisqu'en tout état de cause, elles feraient une recherche en dehors du registre pour déterminer quels biens étaient visés par l'avis. Il a été fait objection à cette suggestion pour les raisons susmentionnées (voir par. 25).

27. À l'issue du débat, le Groupe de travail a décidé de supprimer la variante A et de conserver la variante B. Il a aussi décidé qu'il faudrait examiner dans le commentaire la variante A ainsi que le raisonnement sur lequel s'appuyait la variante B. Il a par ailleurs été convenu que la brève référence, dans l'alinéa d) de la recommandation 35, à la règle énoncée dans les recommandations 43 et 44 devrait être alignée sur la nouvelle formulation de ces recommandations.

Recommandation 45 (opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur une sûreté garantissant une créance, un instrument négociable ou toute autre obligation)

28. On s'est inquiété de ce que les termes employés dans le titre et le texte de la recommandation 45 n'étaient pas neutres, car ils faisaient référence à "une sûreté réelle mobilière sur une sûreté réelle mobilière", ce qui ne convenait pas dans certains systèmes juridiques, et à son opposabilité. Pour apaiser cette inquiétude, il a été proposé de modifier ou de supprimer la recommandation. On a fait valoir, à l'appui de la suppression, que la recommandation 24 était suffisante pour que, par exemple, une sûreté garantissant une créance cédée suive cette créance. Selon l'avis qui l'a emporté, toutefois, la recommandation 45 était utile et devait être conservée, tout en étant modifiée pour être alignée sur le libellé de la recommandation 24 concernant le bénéfice des sûretés garantissant une créance cédée.

Recommandation 54 (opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur une masse ou un produit fini)

29. Les avis ont divergé sur la question de savoir quelle variante serait préférable pour la recommandation 54. Il a été dit, en faveur de la variante A, que contrairement au cas du produit, où le créancier garanti conservait une sûreté sur les biens grevés et acquérait en outre une sûreté sur un autre bien en tant que produit, dans le cas d'une masse de biens meubles corporels ou d'un produit fini, l'assiette de sa sûreté ne s'élargissait pas, comme l'indiquait la recommandation 29. En faveur de la variante B, il a été fait observer que, comme dans le cas du produit, un bien différent de celui initialement grevé entrait en jeu lorsque des biens meubles

corporels étaient mélangés pour constituer une masse ou un produit fini (par exemple des chaussures ou des sacs à main en cuir) et les tiers avaient besoin d'être informés de l'existence d'une sûreté sur ce nouveau bien qui leur serait opposable. De l'avis général, cependant, il y avait une différence entre le produit et une masse de biens meubles corporels ou un produit fini, du moins dans la mesure où le produit fini obtenu prendrait le plus souvent la forme de stocks et les acheteurs de stocks dans le cours normal des affaires du vendeur étaient déjà protégés par la recommandation 83. On a aussi généralement estimé qu'une règle simple, semblable à celle posée dans la variante A, conviendrait le mieux pour servir les objectifs du projet de guide. À l'issue de sa discussion, le Groupe de travail a décidé de conserver la variante A et de supprimer la variante B.

30. Sous réserve des modifications susmentionnées, le Groupe de travail a approuvé les recommandations 30 à 54 quant au fond.

Chapitre VI. Le système de registre

Recommandation 55 (cadre de fonctionnement de l'inscription et de la recherche)

31. En ce qui concerne l'alinéa c) de la recommandation 55, il a été convenu d'expliquer dans le commentaire que les effets de l'inscription ne dépendaient pas de l'identité de la personne procédant à cette inscription mais plutôt de l'existence, au moment de l'accomplissement de cette formalité ou après, d'un pouvoir d'inscription pour lequel la constitution de la sûreté devrait suffire.

32. S'agissant de l'alinéa j) de cette même recommandation, il a été convenu de le modifier afin d'y indiquer que, dans le cas d'un registre électronique, celui-ci pourrait fonctionner en continu, sauf pendant les heures prévues de maintenance.

Recommandation 56 (sécurité et intégrité du registre)

33. Les avis ont divergé à propos de l'alinéa c) de la recommandation 56. Selon un point de vue, l'obligation d'envoyer une copie de l'avis devait incomber au registre. Il a été dit que ce dernier, en tant que tiers neutre, était mieux placé pour transmettre l'avis. Il a aussi été fait observer que les dépenses éventuellement occasionnées par cette obligation seraient financées par les frais d'inscription, que paieraient les personnes inscrivant des sûretés, mais supportées en définitive par les constituants. Il a été ajouté que le registre ne pourrait être tenu responsable d'une erreur due à des informations inexactes consignées dans l'avis.

34. Selon l'opinion qui a prévalu, cependant, l'obligation d'envoyer une copie de l'avis au constituant devait peser sur le créancier garanti. On a fait valoir que ce dernier était mieux placé, que le registre, pour envoyer l'avis rapidement et à moindres frais. En outre, a-t-on fait observer, en imposant une telle obligation au registre, on risquait d'accroître non seulement le coût de son fonctionnement mais également les coûts qu'il devrait exposer en cas de responsabilité.

35. Au cours du débat, on s'est demandé ce qu'il adviendrait sur le plan juridique si copie de l'avis n'était pas envoyée au constituant par la personne tenue de le faire. Selon un point de vue largement partagé, un tel manquement ne pourrait avoir aucune incidence sur l'efficacité de la sûreté ni de l'inscription et les conséquences éventuelles devraient se limiter à l'imposition de sanctions mineures.

36. À l'issue de la discussion, il a été convenu que l'obligation d'envoyer une copie de l'avis inscrit au constituant incomberait au créancier garanti. Pour ce qui est des conséquences juridiques d'un manquement de la part du créancier garanti à cette obligation, il a été convenu que la recommandation précise que ces conséquences se limiteraient à des sanctions mineures et à la réparation de tout dommage, causé par ce manquement, susceptible d'être prouvé.

Recommandation 57 (responsabilité en cas de perte ou de dommage)

37. Il a été proposé de limiter la responsabilité en cas de perte ou de dommage causé par une erreur du registre aux actes illicites commis par le personnel de ce dernier et de ne pas appliquer cette responsabilité aux défaillances du système. Cette proposition n'a pas été appuyée.

Recommandation 58 (teneur exigée de l'avis)

38. Le Groupe de travail est convenu de supprimer les crochets entourant l'alinéa d) de la recommandation 58 et de conserver cet alinéa de sorte qu'un État puisse exiger que l'avis indique le montant maximum pour lequel la sûreté pouvait être réalisée s'il jugeait cette information utile pour les prêts subordonnés.

Recommandation 62 (changement de l'élément identifiant le constituant)

39. Toutes les variantes de la recommandation 62, relatives à un changement des éléments permettant d'identifier le constituant, ont été appuyées. À l'issue de son débat, le Groupe de travail a décidé de conserver la variante B qui donnait au créancier garanti suffisamment de temps pour découvrir ce changement et modifier l'avis inscrit en conséquence. Il a été dit que la recommandation, dans sa rédaction initiale, faisait une distinction entre les biens existant au moment de l'inscription et ceux acquis par la suite, distinction qui était sans rapport avec la nécessité d'informer les tiers de ce changement. Il a aussi été déclaré que la variante A risquait d'être inapplicable, puisqu'elle exigeait du constituant qu'il adresse une notification au créancier garanti, ce qui lui permettrait de rendre une sûreté inopposable.

40. À l'issue de l'examen de la recommandation 62, le secrétariat a été prié d'élaborer une nouvelle recommandation sur un changement de constituant suite à la vente des biens grevés, à une fusion, à une acquisition ou à une opération similaire.

Recommandation 64 (date de l'inscription)

41. Il a été convenu que le commentaire pourrait utilement expliquer que l'inscription anticipée pourrait intervenir avant l'accomplissement d'une formalité quelconque de constitution de la sûreté (à savoir convention, écrit ou acquisition des biens par le constituant).

Recommandations 68 et 71 (annulation ou modification d'un avis)

42. S'agissant de la recommandation 68, il a été convenu que les mots "du fait du paiement intégral ou autre" étaient utiles car ils clarifiaient à partir de quand une sûreté était éteinte et devaient donc être conservés sans les crochets.

43. S'agissant de la recommandation 71, il a été convenu de la conserver sans les crochets afin de traiter la question de savoir si l'avis devait être modifié lorsque le créancier garanti changeait par suite d'une cession de l'obligation garantie. En ce qui concerne les variantes de la recommandation, il a été convenu de conserver la première d'entre elles, présentée entre crochets, de sorte que l'avis puisse être modifié mais qu'un avis non modifié puisse aussi continuer à produire effet. Il a en outre été convenu d'expliquer, dans le commentaire, que les tiers se fiant à l'avis devaient être protégés.

44. Sous réserve des modifications susmentionnées, le Groupe de travail a approuvé les recommandations 55 à 71 quant au fond.

Chapitre VII. Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur les droits de réclamants concurrents

Recommandation 72 (portée de la priorité)

45. Rappelant sa décision relative à l'alinéa d) de la recommandation 58 (voir par. 38 ci-dessus), le Groupe de travail a convenu d'aligner le texte entre crochets, qui faisait référence au montant maximum indiqué dans l'avis, sur le texte de cet alinéa et de le conserver sans les crochets.

Recommandation 80 (priorité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit)

46. Il a été convenu d'énumérer, dans la recommandation 80, toutes les exceptions à la règle selon laquelle la sûreté sur le produit avait le même rang de priorité que la sûreté sur le bien initialement grevé.

Recommandations 82 et 83 (droit des acheteurs, des preneurs à bail et des titulaires de licence de biens grevés)

47. S'agissant de la recommandation 82, il a été convenu de supprimer l'alinéa a) ii) car le constituant ne pouvait consentir une sûreté sur un bien qui avait déjà été vendu à un tiers. Il a en outre été convenu de conserver l'alinéa b) ii) car le constituant pouvait consentir un bail ou octroyer une licence sur un bien grevé.

48. S'agissant de l'alinéa a) de la recommandation 83, il a été convenu que les acheteurs de biens de consommation devaient acquérir ces derniers libres de toute sûreté, car les sûretés grevant des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition n'étaient pas soumises à inscription (voir la recommandation 185). Il a en outre été convenu, par souci de clarté, d'ajouter le texte de la définition du terme "acheteur dans le cours normal des affaires" (ainsi que les autres définitions en rapport avec la recommandation 83) au texte de la recommandation elle-même, du fait en particulier que les définitions ne faisaient pas partie intégrante des recommandations.

Recommandation 86 (priorité des droits des créanciers judiciaires)

49. S'agissant de la règle énoncée dans la première phrase de la recommandation 86, il a été convenu qu'une sûreté réelle mobilière devait avoir priorité sur le droit d'un créancier judiciaire "à moins que" ce dernier ait obtenu un jugement et pris des mesures pour le faire exécuter avant que la sûreté n'ait été

rendue opposable. À titre d'exception à cette règle, il a aussi été convenu qu'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition devait avoir priorité sur le droit d'un créancier judiciaire même si elle avait été rendue opposable après l'engagement par ce dernier d'une procédure d'exécution mais pendant le délai de grâce prévu dans la recommandation 184 (voir aussi recommandation 188).

50. S'agissant de la règle énoncée dans la deuxième phrase de la recommandation 86, les points de vue ont divergé. Selon un avis, la règle devait être supprimée ou clarifiée de manière à disposer qu'une sûreté réelle mobilière avait priorité sur le droit d'un créancier judiciaire si le crédit était octroyé (effectivement versé) ou engagé (promis) avant que le créancier judiciaire n'ait avisé le créancier garanti. Il a été indiqué que le prononcé d'un jugement contre le constituant à l'initiative d'un créancier chirographaire ne constituait pas toujours un cas de défaillance permettant au créancier garanti de mettre fin à un engagement de crédit. Partant, la règle découragerait les opérations fondées sur des engagements de crédit, telles que les mécanismes de crédit permanent. On a aussi fait remarquer que, même lorsque le prononcé d'un jugement contre le constituant était un cas de défaillance permettant au créancier garanti de mettre un terme à un engagement de crédit, cette règle n'en demeurerait pas moins inappropriée car elle mettrait fin au crédit, résultat qui serait contraire aux objectifs généraux du projet de guide. On a signalé en outre que, dans certains cas, il était impossible de mettre fin à des engagements de crédit (par exemple, pour les lettres de crédit irrévocables).

51. Selon un autre avis, la règle énoncée dans la deuxième phrase de la recommandation 86 était appropriée et devait être conservée. Il a été indiqué qu'une sûreté réelle mobilière aurait priorité si elle était rendue opposable avant l'engagement d'une procédure d'exécution par un créancier chirographaire. On a aussi fait observer qu'elle aurait priorité même après l'engagement d'une telle procédure jusqu'au moment où le créancier judiciaire aviserait le créancier garanti. On a en outre jugé essentiel que par la suite, le créancier judiciaire sache si les biens du constituant avaient une valeur résiduelle permettant de faire exécuter le jugement. À cette fin, il pourrait suffire – a-t-on estimé – de mentionner et de protéger les types d'opérations faisant l'objet d'engagements de crédit irrévocables.

52. Après discussion, le Groupe de travail est convenu de modifier la deuxième phrase de la recommandation 86 de manière à tenir compte des deux points de vue (voir, toutefois, par. 53 ci-après).

53. À l'issue de ses délibérations, le Groupe de travail a examiné une proposition visant à faire primer une sûreté réelle mobilière sur le droit d'un créancier judiciaire en ce qui concerne non seulement les avances versées mais aussi les engagements irrévocables pris avant que le créancier garanti ait été avisé du jugement. Cette proposition a recueilli un large soutien. Le secrétariat a été prié de rédiger le texte approprié correspondant.

Recommandation 87 (priorité des droits des personnes ayant augmenté ou préservé la valeur des biens grevés)

54. Des avis divergents ont été exprimés sur le point de savoir si la recommandation 87 devait accorder la priorité aux personnes qui rendaient des services en rapport avec les biens grevés (par exemple, les personnes qui les réparaient, les stockaient ou les transportaient) à concurrence de la valeur de ces

services, de la valeur ajoutée ou préservée grâce à ces services ou du montant des dépenses raisonnables au choix des parties. Selon un avis, seules les créances à concurrence de la valeur ajoutée ou préservée devaient avoir priorité sur les sûretés réelles mobilières. On a estimé que le fait d'attribuer un rang inférieur à une sûreté par rapport aux créances de personnes qui n'avaient pas valorisé les biens grevés ni préservé leur valeur pouvait être source d'insécurité et nuire de ce fait à l'offre ou au coût du crédit.

55. Cependant, selon l'avis qui a prévalu, la priorité devait être donnée aux droits des personnes fournissant des services concernant les biens grevés, à concurrence de la valeur raisonnable desdits services. On a indiqué qu'il s'agissait d'une règle limitée qui s'appliquait en vertu de lois autres que la loi sur les opérations garanties et uniquement si la personne rendant les services était en possession des biens grevés. Cette règle, a-t-on ajouté, avait pour objet de protéger les personnes peu averties qui fournissaient des services dans le cours normal de leurs affaires et qui n'avaient pas suffisamment de pouvoir de négociation pour obtenir une sûreté réelle mobilière. Il a été dit en outre qu'une référence à la valeur ajoutée ou préservée risquait involontairement de rendre la charge de la preuve difficile et onéreuse pour ces fournisseurs de services peu avertis.

56. À l'issue de la discussion, il a été convenu que la recommandation 87 devait être révisée de manière à donner la priorité aux créances des personnes fournissant des services à concurrence d'un montant équivalant à la valeur raisonnable des services rendus.

Recommandation 92 (priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire)

57. En réponse à une question, il a été indiqué qu'aucune règle de priorité n'était impérative, la recommandation 75 disposant en effet qu'un réclamant concurrent pouvait à tout moment renoncer unilatéralement ou conventionnellement à sa priorité en faveur d'un autre réclamant concurrent existant ou futur.

58. À une autre question sur le point de savoir si le projet de guide tenait compte des systèmes qui distinguaient la "sûreté flottante" (c'est-à-dire celle grevant tous les biens du constituant) de la "sûreté classique" (sur des biens spécifiés), on a répondu que le projet de guide prévoyait la possibilité de créer une sûreté sur l'ensemble des biens d'un constituant, lequel pouvait dans ce cas les garder en sa possession et les utiliser, mais qu'il englobait ce type de sûreté sous la notion générale de "sûreté réelle mobilière" et ne lui donnait pas un rang inférieur par rapport aux sûretés sur des biens spécifiés. À cet égard, il a été indiqué qu'il appartiendrait au législateur de chacun des États adoptant une législation fondée sur les recommandations du projet de guide de revoir les autres corps de lois internes en vigueur et d'y apporter toutes modifications nécessaires.

59. En réponse à une autre question encore, il a été indiqué que, si la banque dépositaire manquait à ses obligations contractuelles en faisant valoir sa priorité en vertu de la troisième phrase de la recommandation 92, même sur une personne avec laquelle elle avait conclu un accord de contrôle, elle pouvait être tenue de verser des dommages et intérêts en vertu d'une loi autre que la loi sur les opérations garanties.

60. À l'issue de la discussion, il a été convenu que tous ces points devaient être clarifiés dans le commentaire.

Recommandation 95 (priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant de l'argent)

61. Il a été convenu de donner, dans le commentaire, des exemples d'opérations dans lesquelles une sûreté réelle mobilière était octroyée sur de l'argent et d'expliquer le sens du mot "argent" (à savoir billets et pièces).

Recommandations 101 et 102 (priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant des biens rattachés à un bien meuble soumis à un système d'inscription sur des registres spécialisés ou à un système de certificat de propriété)

62. Il a été convenu que la recommandation 101 pouvait être supprimée étant entendu que la recommandation 79 serait modifiée de manière à viser également les sûretés réelles mobilières sur des biens rattachés.

63. Il a aussi été convenu que la recommandation 102 pouvait être conservée pour couvrir certains types de biens rattachés à un bien meuble, tels que les moteurs de grands aéronefs ou les pièces de véhicules motorisés, qui étaient soumis à une inscription séparée dans des registres autres que ceux où les sûretés sur le bien meuble pouvaient être inscrites.

Recommandations 103 à 105 (priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant une masse ou un produit fini)

64. On est convenu qu'il pourrait être utile de clarifier l'expression "reste de la valeur totale" employée dans la recommandation 104.

65. Sous réserve des modifications susmentionnées, le Groupe de travail a approuvé les recommandations 72 à 105 quant au fond.

Chapitre X. Défaillance et réalisation

Recommandation 131 (responsabilité)

66. Il a été convenu que le commentaire pourrait expliquer que la recommandation 128 était suffisante pour traiter de la possibilité d'écarter ou de modifier la responsabilité – prévue dans la recommandation 131 – du créancier garanti en cas de manquement aux obligations qui lui incombaient en vertu des dispositions de la loi régissant la défaillance et la réalisation.

Recommandation 136 (procédure judiciaire simplifiée)

67. Il a été convenu que la recommandation 136 ou le commentaire pourrait préciser la signification de la notion de "procédure judiciaire simplifiée" en mentionnant: a) la nécessité de pouvoir engager la procédure rapidement sur demande; b) le fait que toutes les parties intéressées devraient être avisées et se voir accorder la possibilité d'être entendues conformément aux garanties procédurales minimales prévues dans la loi du pays concerné; et c) le coût de la procédure.

Recommandation 140 (recours judiciaires)

68. Il a été largement estimé que la recommandation 140 ne pouvait pas inclure une liste uniforme des mesures visant à décourager les demandes dépourvues de fondement auprès d'un tribunal ou les manœuvres destinées à empêcher

abusivement le processus de réalisation, car les procédures différaient d'un État à l'autre. Toutefois, on a convenu qu'une mesure susceptible d'être recommandée était de reporter l'obligation de payer les frais de procédure sur la partie perdante, ce qui pourrait être utile, à tout le moins, si le débiteur n'était pas insolvable ou si un tiers garant solvable était impliqué.

Recommandation 142 (droit du créancier garanti de prendre possession d'un bien grevé)

69. Il a été convenu que l'alinéa a) de la recommandation 142, qui était commun aux variantes A et B, devait être conservé. De l'avis général, le fait de mentionner, dans la convention constitutive de sûreté, le droit du créancier garanti de prendre possession du bien grevé sans saisir le tribunal permettait d'avertir le constituant d'emblée.

70. Il a également été convenu que l'alinéa c) de cette recommandation devait être conservé de manière à poser la règle selon laquelle la prise de possession extrajudiciaire des biens grevés par le créancier garanti était autorisée uniquement en l'absence d'objection de la part du constituant à ce moment-là. Il a été largement estimé que l'objection serait évidente en cas de recours ou de menace de recours à la force, à la contrainte ou à un autre acte illégal de même nature de la part du créancier garanti. Il a aussi été convenu que l'exigence d'un consentement exprès risquait de créer des incertitudes quant à la signification, à la date et à la portée d'un tel consentement.

71. S'agissant de l'alinéa b) de la recommandation, des avis divergents ont été exprimés. Selon un point de vue, la variante A était préférable parce qu'elle permettait d'avertir le constituant, sans donner à un constituant de mauvaise foi l'occasion de dissimuler des biens ou de les garder d'une autre manière illégalement en sa possession, ou sans exiger du créancier garanti qu'il décrive toutes les modalités du processus de réalisation à un moment où cela n'était peut-être pas possible, problèmes que, a-t-on estimé, la variante B soulevait. Selon une autre opinion, la variante B était préférable car, en exigeant que le créancier garanti notifie son intention de procéder à une réalisation extrajudiciaire en en précisant les détails, elle donnait véritablement au constituant la possibilité de formuler une objection, s'il le souhaitait.

72. Toutefois, il a été dit que l'alinéa b) ne devait pas nécessairement être aussi général puisque: a) la recommandation 141 prévoyait le droit du créancier garanti de prendre possession du bien grevé sans saisir le tribunal en cas de défaillance de la part du constituant; b) un avis de défaillance suffisait à informer le constituant qu'il avait manqué à ses obligations; c) la convention constitutive de sûreté était suffisante pour aviser le constituant du fait que le créancier garanti avait le droit de prendre possession des biens grevés sans passer par un tribunal; et d) les recommandations 145 et 148 étaient suffisantes pour traiter de la disposition extrajudiciaire d'un bien grevé et de l'attribution extrajudiciaire d'un bien grevé au créancier garanti à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie. On a également fait observer qu'il était important d'élaborer une règle qui encouragerait les constituants à payer plutôt qu'à recourir au système judiciaire pour retarder la réalisation, problème dont on estimait, de manière générale, qu'il avait un impact négatif sur l'offre et le coût du crédit. De plus, il a été dit que, dans la plupart des cas, on aurait affaire à des parties commerciales et à des actifs

commerciaux, tels que des stocks ou du matériel, et non à des véhicules automobiles de consommateurs, pour lesquels la législation sur la protection des consommateurs prévaudrait dans tous les cas (voir l'alinéa b) de la recommandation 2).

73. Au cours du débat, on a suggéré que l'alinéa b) de la recommandation 142 fasse obligation au créancier garanti d'informer le constituant du moment où il avait l'intention de prendre possession du bien grevé sans saisir le tribunal. Il a été fait objection à cette suggestion. Il a été dit que la référence au "moment" risquait de soulever certaines questions, comme celle de savoir si un avis ne comportant pas cette indication produirait effet, quelles seraient les conséquences juridiques si le créancier garanti ne réalisait pas la sûreté au moment indiqué ou ce qu'il adviendrait si le constituant demandait que la réalisation ait lieu à un autre moment.

74. À l'issue de la discussion, il a été convenu que l'alinéa b) devait se limiter à la prise de possession extrajudiciaire, se concentrer sur l'avis de défaillance et le droit du créancier garanti de prendre possession du bien grevé sans passer par un tribunal, en vertu de la recommandation 141, ainsi que sur le consentement du constituant, donné dans la convention constitutive de sûreté, à la prise de possession extrajudiciaire par le créancier garanti.

Recommandations 144 à 146 (notification préalable de la disposition extrajudiciaire)

75. Il a été convenu que l'alinéa d) de la recommandation 145 devait être supprimé pour les raisons suivantes: a) la recommandation 131 traitait de la responsabilité du créancier garanti en cas de manquement de sa part aux obligations que lui imposait la loi; b) la recommandation 140 autorisait le constituant à saisir le tribunal si le créancier garanti procédant à la réalisation extrajudiciaire ne respectait pas les obligations lui incombant en vertu de la loi; et c) une nouvelle recommandation pouvait être insérée pour traiter des conséquences du non-respect par le créancier garanti de ses obligations en ce qui concerne les droits acquis par un acheteur, un preneur à bail ou un titulaire de licence de bonne foi.

76. Il a également été convenu que la recommandation 146 était utile en ce qu'elle définissait les objectifs de la notification et la manière dont elle devait être donnée, et qu'elle pouvait donc être conservée et placée avant la recommandation 145, ou au début de cette dernière.

Recommandations 157 et 158 (droits acquis par disposition extrajudiciaire)

77. Il a été convenu qu'une nouvelle recommandation pouvait être insérée dans le projet de guide pour traiter des conséquences du non-respect par le créancier garanti de l'une quelconque des obligations lui incombant en vertu des dispositions de la loi régissant la défaillance et la réalisation relatives aux droits d'un acheteur, d'un preneur à bail ou d'un titulaire de licence de bonne foi d'un bien grevé.

78. S'agissant des recommandations 157 et 158, il a été convenu que la référence à la bonne foi pouvait être supprimée. Il a largement été estimé que, dans le cas d'une vente, location ou mise sous licence extrajudiciaire respectant les règles énoncées dans la loi, la question de savoir si l'acheteur, le preneur à bail ou le titulaire de licence était de bonne foi ne se poserait pas. Pour ce qui est des voies de droit du constituant dans le cas d'une vente, location ou mise sous licence extrajudiciaire par le créancier garanti qui ne respecterait pas la loi à une personne agissant de

mauvaise foi, il a été convenu que la question pouvait être traitée dans la recommandation 140.

79. Sous réserve des modifications susmentionnées, le Groupe de travail a approuvé quant au fond les recommandations 126 à 170.

Chapitre XI. Insolvabilité

80. Il a été noté que les recommandations sur l'insolvabilité étaient le fruit d'une importante coordination entre le Groupe de travail V et le Groupe de travail VI et qu'elles avaient été approuvées sur le principe par la Commission à sa trente-neuvième session[4]. On a dit, cependant, qu'il fallait peut-être encore modifier quelque peu le libellé des recommandations supplémentaires du projet de guide relatives à l'évaluation des actifs et au financement postérieur à l'ouverture de la procédure. On a aussi fait observer qu'il faudrait probablement insérer d'autres recommandations du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*[5] (par exemple la recommandation 63).

81. S'agissant de la recommandation 172, les deux variantes, A et B, ont été appuyées. En ce qui concerne la variante B, il a été suggéré de mentionner le principe de l'équivalence fonctionnelle entre les opérations garanties et les mécanismes de réserve de propriété. Il a aussi été suggéré, dans un souci de clarté, d'ajouter une recommandation semblable à la variante A pour tenir compte de l'approche unitaire, qui serait normalement celle retenue dans le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* (autrement dit, les références aux sûretés dans ce dernier s'appliqueraient à la réserve de propriété et aux équivalents fonctionnels si une approche unitaire était suivie).

82. À l'issue de sa discussion, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'élaborer une recommandation semblable à la variante A pour tenir compte de l'approche unitaire et a renvoyé à la Commission les autres propositions formulées sur la recommandation 172. En outre, rappelant sa décision (voir par. 84 ci-dessous) de ne mentionner que le mécanisme de réserve de propriété dans la recommandation concernant l'approche non unitaire et d'élaborer un texte distinct pour les équivalents fonctionnels de ce mécanisme, le Groupe de travail est convenu que la même solution devrait être suivie dans la recommandation 172.

Chapitre XII. Mécanismes de financement d'acquisitions

Terminologie

83. Le Groupe de travail a examiné les définitions a) ("sûreté réelle mobilière") et b) ("sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition"), de même que les définitions suggérées dans la note relative à la définition b) ("mécanismes de financement d'acquisitions", "mécanismes de réserve de propriété" et "droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété").

---

[4] Ibid., par. 62.

[5] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.10.

84. Il a été noté que, à la suite de consultations entre le secrétariat de l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) et le secrétariat de la Commission, il avait été provisoirement convenu que, pour éviter les chevauchements et les conflits entre la loi recommandée dans le projet de guide et le projet de loi type sur le leasing qu'Unidroit était en train d'élaborer, ce dernier donnerait préséance à la loi recommandée dans le projet de guide en ce qui concerne les baux constitutifs d'une sûreté et la définition d'une "sûreté réelle mobilière". Toutefois, il a été noté que le Groupe de travail devait, à cette fin, élaborer une définition de la "sûreté réelle mobilière" qui couvre à la fois la "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition" (ce que faisait déjà la définition a)) et la "propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété" (notion que la définition a) ne couvrait pas actuellement car elle n'était pas adaptée à l'approche non unitaire développée dans le projet de guide). De plus, il a été noté que les crédits-bails devaient être définis de manière à couvrir ceux qui créaient une sûreté réelle mobilière ou l'équivalent fonctionnel d'une telle sûreté, mais pas d'autres baux. Après discussion, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'élaborer les définitions nécessaires pour permettre une coordination efficace entre la loi recommandée dans le projet de guide et le projet de loi type d'Unidroit sur le leasing.

85. Il a été convenu que la définition des "mécanismes de financement d'acquisitions" pouvait être conservée. S'agissant des définitions des "mécanismes de réserve de propriété" et du "droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété", il a été suggéré qu'elles ne se réfèrent qu'à la "réserve de propriété", à l'acheteur et au vendeur, car, bien que les mêmes règles doivent s'appliquer aux équivalents fonctionnels des mécanismes de réserve de propriété, tels que les crédits-bails et les opérations de prêt pour le financement du prix d'achat, ces dernières n'entraient pas, du point de vue terminologique, dans la notion de "mécanismes de réserve de propriété". Cette suggestion a été appuyée sous réserve que l'on ajoute un texte dans les recommandations sur l'approche non unitaire, de manière à ce que les recommandations sur les mécanismes de réserve de propriété s'appliquent aux équivalents fonctionnels tels que les crédits-bails et les opérations de prêt pour le financement du prix d'achat.

86. À cet égard, il a été dit que le terme "crédit-bail" devait être défini de sorte que la loi recommandée dans le projet de guide s'applique aux baux à l'expiration desquels le preneur conserverait le bien moyennant le paiement d'une somme, mais pas à ceux à l'expiration desquels le preneur restituerait le bien au bailleur. Cette suggestion a été appuyée.

87. S'agissant de la définition "du droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété", il a aussi été convenu qu'elle devait être révisée pour tenir compte de la nature conditionnelle de la vente et du transfert qui s'en suivait ("jusqu'à ce que ou à condition que le prix soit payé").

88. Sous réserve des modifications susmentionnées, le Groupe de travail a approuvé quant au fond la définition des termes "sûreté réelle mobilière", "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition", "mécanismes de financement d'acquisitions", "mécanismes de réserve de propriété" et "droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété". Il est aussi convenu qu'il fallait compléter le libellé des recommandations sur les mécanismes de réserve de propriété pour faire en sorte qu'elles s'appliquent à des opérations

fonctionnellement équivalentes, telles que les opérations de crédit-bail et de prêt pour le financement du prix d'achat. Il a en outre été convenu qu'une définition du terme "crédit-bail" devait aussi être inclue dans la section "terminologie".

A. Approche unitaire des mécanismes de financement d'acquisitions

Recommandation 183 (constitution d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition)

89. Il a été convenu que la règle applicable à la constitution d'une sûreté réelle mobilière non liée au paiement d'une acquisition (recommandation 13) devait aussi s'appliquer à la constitution d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition et que, de ce fait, la recommandation 183 (approche unitaire) devait être supprimée.

Recommandation 185 (exceptions à l'obligation d'inscription d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition)

90. Il a été convenu qu'on pouvait supprimer la référence à la "prise de possession" dans la deuxième phrase de la recommandation 185, qui visait à faire en sorte que l'exception faite à la règle de l'inscription dans la première phrase pour les sûretés réelles mobilières grevant des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition soit sans incidence sur les méthodes d'opposabilité autres que l'inscription sur le registre général des sûretés. On a largement estimé que la "prise de possession" ferait généralement partie de la constitution.

Recommandation 186 (priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant des biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition sur une sûreté grevant les mêmes biens non liée à leur acquisition qui a été inscrite antérieurement)

91. Il a été convenu que la priorité, reconnue par la recommandation 186 à une sûreté réelle mobilière grevant des biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition devait aussi s'appliquer à une sûreté réelle mobilière sur des biens de consommation garantissant le paiement de leur acquisition. Il a été largement estimé que la vente de tels biens à des consommateurs devait être protégée. L'absence d'inscription, a-t-on dit, n'aurait pas d'incidence négative sur les mécanismes généraux de financement de biens de consommation non liés à leur acquisition car normalement, une partie octroyant un tel financement n'accorderait pas un crédit garanti par des biens de consommation futurs.

Recommandation 192 (priorité d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition grevant le produit de stocks)

92. Il a été largement estimé que la superpriorité accordée dans la recommandation 187 aux sûretés réelles mobilières grevant des stocks en garantie du paiement de leur acquisition ne devait pas s'étendre au produit de ces stocks sous forme de créances. Une telle approche, a-t-on dit, ne découragerait pas le financement de l'acquisition de stocks, étant donné que, dans la majorité des pays, les droits de la partie finançant une telle acquisition s'éteignaient après la vente des stocks dans le cours normal des affaires. Le fait de ne pas exclure les créances de la

règle énoncée dans la recommandation 192, a-t-on par ailleurs signalé, découragerait le financement par cession de créances, car la partie octroyant ce type de financement aurait un rang inférieur par rapport à la partie finançant les stocks. À l'issue de la discussion, il a été convenu que les mots "autres que des créances" devaient être maintenus sans les crochets dans la recommandation 192.

B. Approche non unitaire des mécanismes de financement d'acquisitions

Objet

93. Le Groupe de travail a décidé de ne pas examiner le texte figurant entre crochets à l'alinéa b) de la section relative à l'objet avant d'avoir eu la possibilité d'étudier la recommandation 193, où la question de la compatibilité avec le régime régissant la réalisation des droits de propriété se posait (voir, par. 103 ci-dessous). Il a été convenu que l'alinéa c) de cette même section devrait être aligné sur l'alinéa c) de la section relative à l'objet de l'approche unitaire.

Recommandation 182 (équivalence entre un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété et une sûreté réelle mobilière)

94. Le Groupe de travail a décidé de ne pas examiner le texte figurant entre crochets dans la recommandation 182 avant d'avoir eu la possibilité d'étudier la recommandation 193, où la question de la compatibilité avec le régime régissant la réalisation des droits de propriété se posait.

Recommandation 183 (constitution d'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété)

95. Il a été convenu qu'une exigence minimale en matière d'écrit devrait être adoptée, pour permettre l'utilisation d'enregistrements électroniques et de tout élément de preuve attestant la volonté du vendeur de conserver la propriété des biens meubles corporels vendus sous réserve de propriété. Il a également été convenu d'insérer une recommandation supplémentaire de sorte que l'acheteur, qui avait acquis des biens auprès du vendeur réservataire, puisse, même avant le complet paiement et l'acquisition de la propriété sur ces biens, utiliser la valeur payée pour obtenir un crédit garanti par les biens. Il a été dit que cela était possible même dans les systèmes juridiques où les mécanismes de réserve de propriété étaient la principale forme de sûreté sans dépossession selon différentes théories, comme celle qui considérait que l'acheteur avait un droit de propriété éventuel.

96. En outre, il a été déclaré qu'on ne devait pas parler de "constitution d'un droit de propriété", car une vente avec réserve de propriété n'emportait pas réellement "constitution" d'un tel droit. On a aussi fait observer qu'une règle d'interprétation pourrait être ajoutée de sorte qu'une sûreté réelle mobilière en garantie du prix d'achat puisse être constituée et avoir priorité et pour bien préciser que le prêteur du financement du prix d'achat ne devenait pas propriétaire. À l'issue de la discussion, le secrétariat a été prié de revoir le texte de la recommandation 183, ainsi que toute autre recommandation utilisant la même formulation.

Recommandations 185 (exceptions à l'obligation d'inscription d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition), 186 (priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant des biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition sur une sûreté grevant les mêmes biens non liée à leur acquisition qui a été inscrite antérieurement) et 192 (priorité d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition grevant le produit de stocks)

97. Il a été convenu que les changements apportés aux recommandations 185, 186 et 192 dans le contexte de l'approche unitaire devraient être apportés aux mêmes recommandations dans le contexte de l'approche non unitaire.

Recommandation 187 (priorité d'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété grevant des stocks sur une sûreté grevant des stocks du même type non liée à leur acquisition qui est inscrite antérieurement)

98. On s'est demandé s'il convenait d'employer la notion de "priorité" pour des droits de propriété dans le cadre de mécanismes de réserve de propriété (bien qu'il ait été admis que cette notion était appropriée pour les droits découlant de crédits-bails et d'opérations de prêt pour le financement du prix d'achat). Il a cependant été précisé que cette question ne remettait en cause ni l'utilité des recommandations 187 et 188 ni la nécessité d'inscrire un avis concernant les mécanismes de réserve de propriété et leurs équivalents fonctionnels dans le registre général des sûretés.

99. À cet égard, l'obligation d'inscrire des droits de propriété a suscité une grande préoccupation au motif que cette approche était contraire à la pratique actuellement suivie dans de nombreux pays. Il a été noté à ce propos qu'à sa trente-neuvième session, la Commission avait approuvé le contenu de toutes les recommandations du projet de guide[6] et que, par conséquent, les questions de fond qu'elle avait tranchées ne pouvaient plus être débattues par le Groupe de travail. Il a été dit qu'en tout état de cause, le projet de guide n'exigeait pas l'inscription des droits de propriété mais celle d'un avis informant les tiers que l'acheteur en possession de biens meubles corporels achetés sous réserve de propriété n'en était peut-être pas propriétaire. Il a en outre été fait observer que l'approche fonctionnelle (qui exigeait que des règles identiques ou équivalentes, y compris sur l'inscription, s'appliquent à tous les mécanismes faisant office de sûreté) avait été approuvée à la fois par le Groupe de travail (voir A/CN.9/574, par. 46, et A/CN.9/588, par. 52) et par la Commission[7], car elle était essentielle à un régime d'opérations garanties qui visait à promouvoir l'offre de crédit bon marché.

100. Au cours de la discussion, il a été expliqué que, du moins pour ceux qui avaient fait part de leur inquiétude au sujet de l'inscription des droits de réserve de propriété, il n'y avait pas d'objection fondamentale à l'idée d'inscription de tels droits à condition de bien préciser que le projet de guide n'exigeait pas l'inscription du droit de propriété mais plutôt celle d'un avis destiné à informer les tiers que l'acheteur n'était peut-être pas propriétaire des biens meubles corporels dont il avait la possession.

---

[6] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 13 à 78.

[7] Ibid., par. 18.

Recommandation 193 (réalisation d'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété)

101. Il a été convenu que les variantes A et B devraient toutes deux être conservées. De l'avis général, s'agissant de la réalisation des droits de propriété dans le cadre de mécanismes de réserve de propriété, le principe de l'équivalence fonctionnelle devait être appliqué mais uniquement s'il n'était pas incompatible avec le régime applicable à l'exercice des droits de propriété. Il a été dit que, du fait que cet exercice différait d'un État à l'autre, l'application du principe consacré dans la variante B donnerait des résultats non uniformes. Il a été convenu aussi que le commentaire devrait expliquer comment s'appliquerait les deux variantes.

102. Rappelant sa décision de ne pas examiner le texte entre crochets à l'alinéa b) de la section relative à l'objet avant d'avoir eu la possibilité d'étudier la recommandation 193, le Groupe de travail est convenu que ce texte ainsi que la recommandation 182 pouvaient être supprimés. De l'avis général, la question abordée dans le texte entre crochets était déjà suffisamment traitée dans la variante B de la recommandation 193 (approche non unitaire).

103. Rappelant également sa décision de ne faire référence, dans l'approche non unitaire, qu'à la réserve de propriété, aux acheteurs et aux vendeurs (voir par. 85 ci-dessus), le Groupe de travail est convenu de compléter le texte de sorte que les recommandations relatives à l'approche non unitaire s'appliquent non seulement à la réserve de propriété mais aussi à des mécanismes fonctionnellement équivalents, tels que le crédit-bail (défini strictement comme le mécanisme à l'expiration duquel les biens seraient transférés au preneur) et d'autres opérations de financement d'acquisitions.

104. Sous réserve des modifications susmentionnées, le Groupe de travail a approuvé les recommandations 182 à 194 (approches unitaire et non unitaire) quant au fond.

V. Travaux futurs

105. Il a été noté que la douzième session du Groupe de travail se tiendrait à New York du 12 au 16 février 2007 et la quarantième session de la Commission à Vienne du 25 juin au 12 juillet 2007. Le Groupe de travail a aussi noté que le projet de guide devrait en principe être examiné par la Commission du 25 juin au 2 juillet et être définitivement adopté le 6 juillet 2007. Il a noté également qu'un congrès sur le droit commercial international, organisé à l'intention des représentants et des experts pour discuter de certaines questions en vue de travaux futurs, se déroulerait du 9 au 12 juillet 2007 dans le cadre de la session de la Commission.

B. Note du Secrétariat sur le projet de guide législatif sur les opérations garanties: terminologie et recommandations, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa onzième session

(A/CN.9/WG.VI/WP.29) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
	Terminologie et règles d'interprétation	1-3
	Recommandations	1-227
I	Principaux objectifs d'une loi efficace sur les opérations garanties	1
II.	Champ d'application	2-7
III.	Approches fondamentales en matière de sûretés et autres règles générales	8-11
IV.	Constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties)	12-29
	A. Recommandations générales	12-21
	B. Recommandations sur des biens particuliers	22-29
V.	Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière	30-54
	A. Recommandations générales	30-44
	B. Recommandations sur des biens particuliers	45-54
VI.	Le système de registre	55-71
VII.	Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur les droits de réclamants concurrents	72-105
	A. Recommandations générales	72-88
	B. Recommandations sur des biens particuliers	89-105
VIII.	Droits et obligations des parties	106-111
	A. Recommandations générales	106-107
	B. Recommandations sur des biens particuliers	108-111
IX.	Droits et obligations des tiers débiteurs	112-125
	A. Droits et obligations du débiteur de la créance	112-118
	B. Droits et obligations du débiteur dans le cadre d'un instrument négociable	119
	C. Droits et obligations de la banque dépositaire	120-121
	D. Droits et obligations du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée dans un engagement de garantie indépendant	122-124
	E. Droits et obligations de l'émetteur d'un document négociable	125
X.	Défaillance et réalisation	126-170
	A. Recommandations générales	126-159

B. Recommandations sur des biens particuliers 160-170

XI. Insolvabilité 171-181

A. Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité: définitions et recommandations . . . . . .

B. Recommandations supplémentaires du Guide sur les opérations garanties concernant l'insolvabilité 171-181

XII. Mécanismes de financement d'acquisitions 182-194

A. Approche unitaire des mécanismes de financement d'acquisitions 182-194

B. Approche non unitaire des mécanismes de financement d'acquisitions. 182-194

XIII. Conflit de lois 195-217

A. Recommandations générales 195-206

B. Recommandations sur des biens particuliers 207-213

C. Règles spéciales lorsque la loi applicable est celle d'un État à plusieurs unités 214-217

XIV Transition 218-227

Terminologie et règles d'interprétation[1]

1. Le Guide adopte une certaine terminologie pour exprimer les concepts qui sont à la base d'un régime efficace en matière d'opérations garanties. Cette terminologie n'est empruntée à aucun système juridique particulier. Même lorsqu'un terme se trouve être identique à celui employé dans une loi nationale, il peut ici revêtir un autre sens. L'objectif est de donner au lecteur un vocabulaire et un cadre conceptuel communs et d'encourager l'harmonisation du droit des sûretés réelles mobilières.

2. "Ou" n'est pas exclusif; le singulier inclut le pluriel et vice-versa; les mots "inclure", "comprendre" et leurs équivalents ne signifient pas que les énumérations qu'ils introduisent sont exhaustives; le verbe "peut" exprime la permission et le verbe "devrait" une instruction; et les formules "tel que", "par exemple" et "notamment" et autres formules du même type doivent être interprétées de la même manière que le verbe "inclure" et ses équivalents. [Le terme "créanciers" devrait être interprété comme désignant à la fois les créanciers de l'État du for et les créanciers étrangers, sauf indication contraire.] Le terme "personne" devrait être interprété comme désignant à la fois les personnes physiques et les personnes morales, sauf indication contraire. Dans l'ensemble du Guide, les termes "loi" ou "droit" désignent aussi bien le droit législatif que le droit non législatif. L'expression "loi régissant les instruments négociables" ou toute expression

---

[1] Les définitions et les règles d'interprétation font partie du commentaire et non des recommandations du Guide. Elles ont été placées dans le présent document pour la commodité du Groupe de travail. Elles se fondent sur les définitions et règles d'interprétation figurant dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.27/Add.1, sauf indication contraire.

similaire désigne toute loi s'appliquant aux instruments négociables, à savoir non seulement le droit des instruments négociables proprement dit, mais aussi le droit des contrats et d'autres branches du droit éventuellement applicables. Les mêmes règles s'appliquent à l'expression "loi régissant les documents négociables".

3. On trouvera donc ci-après la liste des principaux termes qui sont employés et le sens fondamental qui leur est donné dans le Guide. Ce sens est précisé dans les chapitres suivants où apparaissent les termes. Ces chapitres définissent et emploient en outre d'autres termes (comme c'est le cas notamment du chapitre sur l'insolvabilité). Les définitions doivent être lues conjointement avec les recommandations où figurent les termes.

a) Le terme "sûreté réelle mobilière" désigne un droit réel conventionnel sur un bien meuble ou un bien rattaché qui garantit le paiement ou une autre forme d'exécution d'une ou de plusieurs obligations, que les parties aient ou non appelé ce droit "sûreté réelle mobilière". Il désigne également les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'une acquisition et les sûretés réelles mobilières non liées au paiement d'une acquisition. En ce qui concerne les créances, ce terme désigne aussi un transfert pur et simple d'une créance, ainsi qu'un transfert à titre de garantie. Il désigne en outre le "droit d'un cessionnaire";

b) Le terme "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition" désigne [, dans le contexte d'une approche unitaire,] une sûreté réelle mobilière sur un bien qui garantit l'obligation de rembourser toute fraction non payée du prix d'achat de ce bien ou une obligation contractée pour permettre au constituant d'acquérir ce bien. Il englobe les droits appelés sûretés réelles mobilières, ainsi que les droits acquis dans le cadre de ventes avec réserve de propriété, d'opérations de location-vente, de crédits-bails et d'opérations de prêt pour le financement du prix d'achat. Le terme "constituant" d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition désigne un acheteur, un crédit-preneur ou un constituant dans une opération de prêt finançant le prix d'achat. Le terme "partie finançant l'acquisition" désigne le créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition et inclut un vendeur réservataire, un crédit-bailleur ou un prêteur du financement du prix d'achat;

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être donner une définition des "mécanismes de financement d'acquisitions", qui pourrait par exemple être libellée comme suit:*

"Le terme "mécanismes de financement d'acquisitions" désigne [, dans le contexte d'une approche unitaire,] des arrangements qui, appelés ou non sûretés réelles mobilières, permettent à une personne d'acquérir la possession ou l'utilisation de biens sous réserve d'une obligation d'en payer le prix à une personne qui conserve une sûreté sur eux jusqu'à ce que le prix soit payé."

Cette définition pourrait être placée immédiatement avant la définition de "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition".

Le Groupe de travail considérera peut-être aussi que des définitions supplémentaires sont nécessaires pour l'approche non unitaire, par exemple:

a) Le terme "mécanismes de réserve de propriété" désigne [, dans le contexte d'une approche non unitaire,] des arrangements qui permettent à une

personne d'acquérir la possession ou l'utilisation de biens sous réserve d'une obligation d'en payer le prix à une personne qui en reste propriétaire jusqu'à ce que le prix soit payé. Ces mécanismes [, dans le contexte d'une approche non unitaire,] comprennent les ventes avec réserve de propriété, les accords de location-vente, les crédits-bails et les opérations de prêt pour le financement du prix d'achat; et

b) Le terme "droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété" désigne [, dans le contexte d'une approche non unitaire,] la propriété d'un bien qui garantit l'obligation de rembourser toute fraction non payée du prix d'achat de ce bien ou une autre obligation contractée pour permettre à l'acheteur, au crédit-preneur ou au constituant d'acquérir ce bien." *(Pour cette note, voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5, note sur les définitions).*]

c) Le terme "obligation garantie" désigne l'obligation garantie par une sûreté réelle mobilière;

d) Le terme "créancier garanti" désigne un créancier titulaire d'une sûreté réelle mobilière. Il désigne également dans le Guide le "cessionnaire";

e) Le terme "débiteur" désigne une personne qui doit exécuter l'obligation garantie [et inclut les débiteurs subsidiaires, tels que les garants de l'obligation]. Le débiteur peut être ou non la personne qui consent la sûreté réelle mobilière à un créancier garanti (voir "constituant");

f) Le terme "constituant" désigne une personne qui constitue une sûreté réelle mobilière sur un ou plusieurs de ses biens en faveur d'un créancier garanti pour garantir sa propre obligation ou celle d'une autre personne (voir "débiteur de la créance"). Il désigne également dans le Guide le "cédant";

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que la deuxième phrase dans les définitions des termes "sûreté réelle mobilière", "créancier garanti" et "constituant" est destinée à faire en sorte que les recommandations générales s'appliquent aux sûretés sur des créances et aux transferts purs et simples de créances, sauf indication contraire.*]

g) Le terme "convention constitutive de sûreté" désigne une convention entre un constituant et un créancier, quelle qu'en soit la forme ou l'appellation, qui crée une sûreté réelle mobilière;

h) Le terme "bien grevé" désigne un bien meuble corporel ou incorporel sur lequel porte une sûreté réelle mobilière;

i) Le terme "biens meubles corporels" désigne notamment les stocks, le matériel, les biens rattachés, ainsi que les instruments et documents négociables;

j) Le terme "stocks" désigne un ensemble de biens meubles corporels destinés à être vendus ou loués dans le cours normal des affaires, mais aussi les matières premières et les produits semi-finis (produits en cours de fabrication);

k) Le terme "matériel" désigne des biens meubles corporels utilisés par une personne dans l'exploitation de son entreprise;

l) Le terme "biens rattachés à des biens immeubles" désigne des biens meubles corporels qui sont physiquement attachés à des biens immeubles au point

d'être traités comme des immeubles sans toutefois perdre leur identité de meubles en vertu de la loi de l'État où se trouvent ces biens immeubles;

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire donnera des exemples de biens rattachés à des immeubles, par exemple du matériel de climatisation ou une chaudière, mais pas les briques ni le ciment (pour cette note, voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, définitions).*]

m) Le terme "biens rattachés à des biens meubles" désigne des biens meubles corporels qui sont physiquement attachés à d'autres biens meubles [au point d'être traités comme faisant partie de ces biens meubles] sans toutefois perdre leur identité en vertu d'une loi autre que la présente loi;

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire donnera des exemples de biens rattachés à des biens meubles, tels que des pneus et des moteurs d'avion (pour cette note, voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, définitions).*]

n) Les termes "masse ou produit fini" désignent des biens meubles corporels autres que de l'argent qui sont physiquement associés ou unis entre eux au point de perdre leur identité distincte en vertu d'une loi autre que la présente loi;

o) Le terme "biens meubles incorporels" désigne notamment les créances et d'autres droits à l'exécution d'obligations non monétaires;

p) Le terme "créance" désigne un droit au paiement d'une obligation monétaire et un droit contractuel à l'exécution d'une obligation non monétaire, à l'exclusion des droits à paiement attestés par un instrument négociable, de l'obligation de payer en vertu d'un engagement de garantie indépendant et de l'obligation pour une banque de verser des fonds crédités sur un compte bancaire;

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que la définition du terme "créance" a été modifiée pour tenir compte du fait qu'il est convenu d'appliquer les recommandations générales, complétées par les recommandations sur les créances: a) aux créances contractuelles non monétaires (voir A/CN.9/603, par. 35); et b) aux créances non contractuelles (voir A/CN.9/603, par. 36). La définition du terme "contrat initial" (ci-dessous w)) a en outre été complétée pour que ce terme englobe aussi toute autre source non contractuelle d'une créance. Des ajouts ont également été faits entre crochets: a) à la recommandation 22 (Efficacité d'une cession globale et d'une cession de créances futures, de fractions de créances ou d'un droit indivis sur des créances) afin de préserver les dispositions légales limitant la cessibilité des créances non contractuelles; et b) à la recommandation 109 (Garanties dues par le cédant) de sorte que les recommandations sur les garanties dues par le cédant ne s'appliquent pas à la cession d'une créance non contractuelle* (*voir A/CN.9/603, par. 36; voir aussi notes sur les recommandations 2 a), 22 et 109*)].

q) Le terme "cession" désigne la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une créance ainsi que le transfert pur et simple d'une créance;

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire précisera que la constitution d'une sûreté sur une créance comprend aussi le transfert pur et simple de créances en garantie, transfert qui est traité dans le Guide comme une sûreté réelle mobilière.*]

r) Le terme “cédant” désigne la personne qui cède une créance;

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

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

u) Le terme “débiteur de la créance” désigne une personne tenue de payer une créance. Il inclut un garant étant donné qu’une garantie accessoire est une créance;

[*Note à l’intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail se souviendra peut-être qu’à sa dixième session, il est convenu de supprimer les mots “en compte” du terme “débiteur en compte”. Ce dernier terme a été remplacé par “débiteur de la créance”. Ainsi, le terme “débiteur”, employé seul, désigne toujours le débiteur de l’obligation garantie, ce qui évite toute confusion. De plus, cette solution est compatible avec la Convention des Nations Unies sur la cession, qui fait référence au “débiteur” pour parler du “débiteur de la créance”. Cette légère différence terminologique tient au fait que la Convention emploie le terme “cédant” pour désigner le débiteur de l’obligation garantie.*]

v) Les termes “notification” et “avis” désignent une communication par écrit [, sauf indication contraire dans le Guide]. Le terme “notification de la cession” désigne une communication par écrit qui identifie suffisamment la créance cédée et le cessionnaire. Une communication électronique satisfait à l’exigence d’un écrit si l’information qu’elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement (voir article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et article 9-2 de la Convention sur les contrats électroniques);

[*Note à l’intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le Guide fait référence à différents types d’avis ou de notifications (à savoir, l’avis inscrit sur le registre général des sûretés, l’avis de défaillance, la notification de l’intention de procéder à la réalisation extrajudiciaire, la notification de la cession et la notification aux parties inscrites finançant les stocks). Il voudra peut-être examiner si l’un de ces avis ou notifications ne devrait pas être sous forme écrite et s’il faudrait employer le même terme (en anglais) pour tous les avis ou notifications ou un terme différent pour certains d’entre eux (par exemple “notice” ou “registered notice” s’agissant de l’avis inscrit sur le registre général des sûretés et “notification” pour les autres cas).*

Le Groupe de travail notera peut-être que la règle selon laquelle l’“écrit” comprend les communications électroniques figure dans la recommandation 10. Selon que la référence à un “écrit signé” sera conservée ou non dans les recommandations 13 (Constitution) et 116 c) (Engagement de ne pas opposer d’exceptions), le Groupe de travail pourrait examiner si la règle figurant dans la recommandation 11, selon laquelle la “signature” comprend la signature électronique, devrait aussi figurer dans les définitions.]

w) Le terme “contrat initial” désigne, dans le contexte d’une cession, le contrat entre le cédant et le débiteur de la créance d’où naît la créance. Dans le cas d’une créance non contractuelle, il désigne la source non contractuelle de la créance;

x) Le terme “instrument négociable” désigne un instrument représentatif d’un droit à paiement, tel qu’un chèque, une lettre de change ou un billet à ordre, qui satisfait aux conditions de négociabilité prévues par la loi régissant les instruments négociables;

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

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

aa) Le terme “produit d’un engagement de garantie indépendant” désigne le droit de recevoir un paiement dû, une traite acceptée, un paiement différé souscrit ou un autre article de valeur, que doit dans chaque cas remettre le garant/émetteur honorant le tirage d’un engagement de garantie indépendant ou une personne désignée fournissant une prestation au titre de ce tirage. Il ne désigne pas:

i) Le droit de tirer un engagement de garantie indépendant (c’est-à-dire de demander paiement); ni

ii) Ce qui est reçu au titre d’un engagement de garantie indépendant ou après disposition du produit d’un engagement de garantie indépendant (à savoir le produit lui-même);

[*Note à l’intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que la définition parle de “produit d’un engagement de garantie indépendant”, suivant ainsi la terminologie généralement utilisée dans le droit et la pratique des engagements de garantie indépendants. Tel qu’employé dans le Guide, ce terme désigne le droit du constituant, en tant que bénéficiaire d’un engagement de garantie indépendant, de recevoir tout paiement effectué ou autre prestation donnée au titre de l’engagement à condition de se conformer aux conditions dudit engagement. Il ne désigne pas le produit lui-même, autrement dit ce qui est effectivement reçu après que le tirage a été honoré par le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée (la réception par le bénéficiaire d’une prestation d’une banque négociatrice ne devrait pas être assimilée à l’acte d’honorer ou de disposer) ou après disposition du droit au produit d’un engagement de garantie indépendant.*

Le terme “produit d’un engagement de garantie indépendant” désigne un droit de recevoir même si le mot “produit”, tel qu’employé dans le droit et la pratique des engagements indépendants, peut renvoyer soit au droit de recevoir soit à tout ce qui est reçu au titre de l’engagement et même si le “produit” désigne, dans d’autres parties du Guide, tout ce qui est reçu. Le commentaire mettra en évidence la

distinction entre une sûreté sur le produit d'un engagement de garantie indépendant (en tant que bien initialement grevé) et le "produit" (concept clef du Guide) de biens visés par le Guide.]

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

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

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le commentaire expliquera que, comme à l'alinéa e) de l'article 6 de la Convention des Nations Unies sur les garanties et les stand-by, une confirmation donne au bénéficiaire la possibilité de demander paiement au confirmateur, au lieu du garant/émetteur, conformément aux conditions de l'engagement confirmé.*]

dd) Le terme "personne désignée" désigne une banque ou une autre personne qui est identifiée dans un engagement de garantie indépendant par un nom ou type (par exemple, "toute banque dans un pays X") comme étant la personne désignée pour fournir une prestation au titre de l'engagement et qui agit conformément à cette désignation;

ee) Un créancier garanti a le "contrôle" [par rapport à un garant/émetteur, à un confirmateur ou à une personne désignée] du produit d'un engagement de garantie indépendant:

i) Automatiquement dès la constitution de la sûreté réelle mobilière s'il est le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée; ou

ii) Si le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée a émis une acceptation en sa faveur;

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être se reporter, en ce qui concerne le texte entre crochets, à la note sur la recommandation 96 (Priorité d'une sûreté grevant le produit d'un engagement de garantie indépendant).*]

ff) Le terme "acceptation" en ce qui concerne le produit d'un engagement de garantie indépendant signifie que le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée qui effectuera un paiement ou fournira une autre prestation suite au tirage de l'engagement de garantie indépendant, unilatéralement ou conventionnellement:

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

ii) S'est engagé à payer le créancier garanti ou à lui fournir une prestation suite au tirage de l'engagement;

gg) Le terme "compte bancaire" désigne un compte tenu par une banque sur lequel des fonds peuvent être déposés ou crédités. Il inclut les comptes chèques ou autres comptes courants, les comptes d'épargne ou les dépôts à terme. Il n'inclut pas une créance contre la banque née en vertu de la loi régissant les instruments négociables;

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le commentaire expliquera que le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire comprend le droit au paiement de fonds transférés sur un compte interne de la banque qui ne sont pas affectés au règlement d'obligations dues à la banque. Le commentaire expliquera en outre que les fonds transférés à la banque à titre de remboursement anticipé d'une obligation de paiement futur que la banque a acceptée dans le cours normal de ses activités sont également visés dans la mesure où la personne ayant donné des instructions à la banque a droit à ces fonds si la banque n'effectue pas ce paiement futur.*]

hh) Un créancier garanti a le "contrôle" d'un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire:

i) Automatiquement dès la constitution d'une sûreté réelle mobilière s'il est la banque dépositaire;

ii) Si la banque dépositaire a conclu avec le constituant et avec lui un accord de contrôle dans lequel elle est convenue de suivre les instructions du créancier concernant le droit au paiement des fonds crédités sur le compte bancaire sans que le constituant ait à donner son consentement; ou

iii) S'il est titulaire du compte.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera: a) qu'une banque dépositaire n'est pas obligée de conclure un accord de contrôle; b) que les droits d'un créancier garanti seront soumis aux droits et obligations que la loi et la pratique régissant les comptes bancaires confèrent à la banque dépositaire; et c) qu'un accord de contrôle ne peut être conclu sans le consentement du constituant (et de la banque dépositaire) et que le constituant conserve le droit de disposer des fonds se trouvant sur le compte bancaire jusqu'à ce que le créancier garanti donne à la banque dépositaire d'autres instructions (bien que, dans certains accords de contrôle, les fonds soient bloqués dès la conclusion de l'accord). Le commentaire expliquera aussi que le point c) vise les situations où: a) un compte existant est transféré au créancier garanti; b) le créancier garanti convient avec le constituant que les fonds seront déposés sur un compte qui sera ouvert ultérieurement; et c) le créancier garanti est seul titulaire du compte (autrement dit il n'est pas un simple cotitulaire).*]

ii) Le terme "droit de propriété intellectuelle" désigne les brevets, les marques de fabrique, de commerce ou de service, les secrets de fabrique, le droit d'auteur et les droits voisins ainsi que les dessins et modèles. Il désigne aussi les droits découlant de licences de droits de propriété intellectuelle;

jj) Le terme "produit" désigne tout ce qui est reçu en relation avec des biens grevés. Par exemple, on entend par produit ce qui est reçu d'une vente ou d'un autre acte de disposition ou d'administration, d'un recouvrement, d'une location ou d'une mise sous licence d'un bien grevé, le produit du produit, les fruits civils et naturels, les dividendes, les répartitions, les indemnités d'assurance et les créances nées de vices, d'un dommage ou d'une perte;

kk) Le terme "priorité" désigne le droit d'une personne d'obtenir l'avantage économique de sa sûreté réelle mobilière sur un bien grevé par préférence à un réclamant concurrent;

ll) Le terme “réclamant concurrent” désigne:

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

ii) Dans le contexte d’un système fondé sur une approche non unitaire en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d’une acquisition, le vendeur, le crédit-bailleur ou le prêteur du financement du prix d’achat du même bien grevé qui en est resté propriétaire;

iii) Un autre créancier du constituant faisant valoir un droit sur le même bien grevé (par exemple, de plein droit, par saisie conservatoire, saisie exécutoire ou par une procédure similaire);

iv) Le représentant de l’insolvabilité en cas d’insolvabilité du constituant[2]; ou

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

mm) Le terme “sûreté réelle mobilière avec dépossession” désigne une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels qui sont en possession effective du créancier garanti ou d’une autre personne (qui n’est ni le débiteur ni un autre constituant) qui les détient pour le créancier garanti;

nn) Le terme “sûreté réelle mobilière sans dépossession” désigne une sûreté réelle mobilière sur: i) des biens meubles corporels qui ne sont pas en possession effective du créancier garanti ou d’une autre personne qui les détiendrait pour lui; ou ii) des biens meubles incorporels;

[*Note à l’intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si les alinéas mm) et nn) sont nécessaires compte tenu de la décision de ne pas faire de distinction entre les sûretés réelles mobilières avec dépossession et sans dépossession. Ces termes sont uniquement utilisés dans les recommandations 1 e) (Principaux objectifs) et 2 d) (Biens, parties, obligations garanties et sûretés réelles mobilières).*]

oo) Le terme “possession”, sauf tel qu’il est employé dans les recommandations 27 et 48 à 50 en ce qui concerne l’émetteur d’un document négociable, désigne la possession effective de biens meubles corporels par une personne, ou un mandataire ou un employé de cette personne, ou encore une autre personne détenant ces biens au nom de cette personne, ou une personne indépendante qui accepte de les détenir pour cette personne. Ce terme n’inclut pas la possession virtuelle, fictive ou symbolique;

pp) Le terme “émetteur” d’un document négociable désigne la personne qui est tenue de remettre les biens meubles corporels représentés par le document conformément à la loi régissant les documents négociables;

[*Note à l’intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, dans le cas d’un connaissement*

---

[2] Dans le chapitre sur l’insolvabilité, il est fait référence à “l’insolvabilité du débiteur” afin de suivre la terminologie employée dans le *Guide de la CNUDCI sur le droit de l’insolvabilité* (voir note 55).

"multimodal" (s'il est considéré comme un document négociable par la loi applicable), l'"émetteur" peut être une personne qui sous-traite plusieurs parties du transport à d'autres personnes mais qui assume la responsabilité du transport et de tout dommage qui pourrait survenir pendant celui-ci.]

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

rr) Le terme "masse de l'insolvabilité" désigne les biens et les droits du débiteur qui sont soumis au contrôle ou à la surveillance du représentant de l'insolvabilité et qui font l'objet de la procédure d'insolvabilité;

ss) Le terme "procédure d'insolvabilité" désigne une procédure collective, judiciaire ou administrative, menée conformément à la loi sur l'insolvabilité en vue du redressement ou de la liquidation de l'entreprise du débiteur;

tt) Le terme "représentant de l'insolvabilité" désigne une personne ou un organe chargé d'administrer la masse de l'insolvabilité;

uu) Le terme "acheteur dans le cours normal des affaires" désigne une personne qui achète dans des conditions commerciales normales des stocks à un professionnel vendant des biens meubles corporels du même genre sans savoir que cette vente viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté [ou d'autres droits détenus par une autre personne sur ces biens];

vv) Le terme "preneur à bail dans le cours normal des affaires" désigne une personne qui prend à bail dans des conditions commerciales normales des stocks à un professionnel louant des biens meubles corporels du même genre sans savoir que cette location viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté [ou d'autres droits détenus par une autre personne sur ces biens];

ww) Le terme "titulaire de licence dans le cours normal des affaires" désigne une personne qui prend sous licence dans des conditions commerciales normales des biens meubles incorporels à un professionnel mettant sous licence des biens du même genre sans savoir que cette licence viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté [ou d'autres droits détenus par une autre personne sur ces biens];

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que les termes "acheteur dans le cours normal des affaires", "preneur à bail dans le cours normal des affaires" et "titulaire de licence dans le cours normal des affaires" sont mentionnés dans la recommandation 83 (Droit des acheteurs, des preneurs à bail et des titulaires de licence de biens grevés). Le commentaire précisera qu'il est possible pour un acheteur, un preneur à bail ou un titulaire de licence de connaître l'existence d'une sûreté sans pour autant savoir que le transfert se fait en violation des clauses de la convention constitutive de sûreté. Il expliquera aussi que, dans les rares cas où l'acheteur des stocks a connaissance non seulement de la sûreté mais aussi du fait que la vente se fait en violation de la convention constitutive, il ne sera pas considéré comme acheteur dans le cours normal des affaires et par conséquent ne prendra pas les stocks libres de sûretés, comme le prévoit la recommandation 83 a). Il précisera en outre que le critère établi dans la recommandation 83 est le même que dans les recommandations 94*

(Priorité d'une sûreté sur un droit au paiement des fonds crédités sur un compte bancaire) et 95 (Priorité d'une sûreté sur de l'argent).]

xx) Le terme "biens de consommation" désigne des biens meubles corporels destinés à être utilisés à des fins personnelles, familiales ou domestiques.

Recommandations[3]

I. Principaux objectifs d'une loi efficace sur les opérations garanties[4]

Objet

La recommandation relative aux principaux objectifs a pour objet de fournir un cadre général pour la mise en place et le développement d'une loi sur les opérations garanties efficace. Cette recommandation pourrait être insérée sous forme de préambule dans la loi sur les opérations garanties (ci-après "la loi") en tant que guide des principes législatifs fondamentaux à prendre en considération pour interpréter et appliquer celle-ci.

Principaux objectifs

1. La loi devrait avoir pour but:

a) De promouvoir le crédit garanti;

b) De permettre l'utilisation de la valeur intrinsèque totale d'un large éventail de biens afin de garantir des crédits dans le plus large éventail possible d'opérations de crédit;

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

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

e) De valider les sûretés réelles mobilières sans dépossession;

f) D'encourager un comportement responsable de la part de toutes les parties en renforçant la prévisibilité et la transparence;

g) D'établir des règles de priorité claires et prévisibles;

h) De faciliter l'exercice des droits des créanciers de manière prévisible et efficace;

i) D'établir un équilibre entre les intérêts des personnes concernées;

j) De reconnaître l'autonomie des parties; et

---

[3] Les recommandations du présent document se fondent sur les recommandations contenues dans le document indiqué dans la note de bas de page se rapportant au titre du chapitre, sauf indication contraire dans une note de bas de page se rapportant au titre d'une recommandation particulière ou note.

[4] Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7.

k) D'harmoniser les lois sur les opérations garanties, y compris les règles de conflit de lois.

II. Champ d'application[5]

Objet

Les dispositions de la loi relatives au champ d'application ont pour objet d'établir un régime unique global pour les opérations garanties. Ces dispositions devraient spécifier les biens, les parties, les obligations garanties et les sûretés réelles mobilières auxquels la loi s'applique.

Biens, parties, obligations garanties et sûretés réelles mobilières

2. La loi devrait s'appliquer:

a) À tous les types de biens meubles et de biens rattachés, corporels ou incorporels, présents ou futurs, y compris les stocks, le matériel et autres biens meubles corporels, les créances contractuelles et non contractuelles, les obligations non monétaires contractuelles, les instruments négociables, les documents négociables, les droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, le produit d'un engagement de garantie indépendant et les droits de propriété intellectuelle;

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le commentaire expliquera que les recommandations générales, complétées par les recommandations sur les créances, s'appliquent: a) aux créances contractuelles et non contractuelles (cependant, les recommandations 22 et 109 ne s'appliquent pas aux créances non contractuelles); et b) aux obligations contractuelles non monétaires. Le commentaire expliquera aussi qu'une loi autre que celle recommandée dans le Guide s'applique aux droits des débiteurs d'obligations contractuelles non monétaires (voir aussi notes sur la définition p), "créance", et recommandations 22 et 109).*]

b) À toutes les personnes morales et physiques, y compris les consommateurs, sans toutefois avoir d'incidence sur leurs droits découlant de la législation sur la protection des consommateurs;

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

d) À tous les types de sûretés réelles mobilières avec ou sans dépossession sur des biens meubles;

e) À tous les types de sûretés réelles créées contractuellement pour garantir le paiement ou une autre forme d'exécution d'une obligation, quelle que soit la forme de l'opération, y compris les différentes formes de réserve de propriété, de crédits-bails et d'accords de location-vente, ainsi que les transferts de propriété à titre de garantie.

---

[5] Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le commentaire précisera que, si le Guide s'applique aux sûretés réelles mobilières (définies comme des sûretés contractuelles), le chapitre sur la priorité s'applique aux conflits de priorité entre des sûretés contractuelles et non contractuelles.*]

Transferts purs et simples de créances[6]

3. La loi devrait s'appliquer aux transferts purs et simples de créances, sous réserve de la recommandation 160 (Application du chapitre sur la réalisation aux transferts purs et simples de créances).

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, la définition p), "créance", excluant les droits à paiement en vertu d'un instrument négociable, l'obligation de payer en vertu d'un engagement de garantie indépendant et l'obligation pour une banque de verser des fonds crédités sur un compte bancaire, la recommandation 3 ne s'applique pas au transfert pur et simple d'un instrument négociable, du produit d'un engagement de garantie indépendant ou d'un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire. En revanche, les recommandations du Guide s'appliquent au transfert de ces biens à titre de garantie car ils sont traités comme des opérations garanties.*

Le commentaire expliquera que les transferts purs et simples d'instruments négociables, du produit d'un engagement de garantie indépendant et de fonds crédités sur un compte bancaire ont été exclus car: a) ils soulèvent des questions différentes et nécessiteraient des règles spéciales; et b) à la différence des créances où un conflit de priorité entre un transfert à titre de garantie et un transfert pur et simple se réglerait en fonction de l'ordre d'inscription, dans le cas des instruments négociables, un créancier garanti pourrait toujours obtenir un rang supérieur en prenant possession de l'instrument. De même, dans le cas du produit d'un engagement de garantie indépendant et de droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, il pourrait obtenir un rang supérieur en prenant le contrôle. Le commentaire examinera aussi les questions soulevées par les transferts purs et simples d'instruments négociables autres que les chèques à l'intention des États qui souhaiteraient les traiter dans la loi (pour cette note, voir A/CN.9/611, note sur la recommandation 3 f)).

À cet égard, le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, si les principes de la loi sur les opérations garanties peuvent facilement s'appliquer au transfert pur et simple de billets à ordre et, éventuellement, de lettres de change à peu près de la même manière qu'au transfert pur et simple de créances dans le Guide, ils ne s'appliquent en revanche pas de manière satisfaisante au transfert pur et simple de chèques. Cette dernière question est suffisamment traitée par le droit des instruments négociables et celui du recouvrement bancaire.

Le commentaire expliquera aussi qu'un État adoptant qui souhaite étendre l'application de son droit des opérations garanties aux transferts purs et simples d'instruments négociables qui sont soit des billets à ordre soit des lettres de change (et élargir sa définition de "sûreté réelle mobilière" pour englober le droit du

[6] Voir A/CN.9/611, recommandation 3 f).

bénéficiaire de ce type de transferts), pourrait envisager de prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sous forme de transfert pur et simple d'un instrument négociable devient automatiquement opposable lors du transfert. Une telle règle éviterait de perturber les pratiques financières existantes.

En outre, le commentaire expliquera que la priorité d'une telle sûreté serait régie par les principes généraux de la priorité et plus particulièrement par le principe général énoncé dans la recommandation 76, sous réserve des recommandations 89 et 90. Comme dans le cas du transfert pur et simple d'une créance, le bénéficiaire du transfert pur et simple d'un instrument négociable devrait pouvoir en obtenir l'exécution sans que le cédant ait à donner son accord, sous réserve des droits des débiteurs dans le cadre de l'instrument tels que décrits dans le chapitre sur la réalisation (pour les trois précédents paragraphes, voir A/CN.9/611/Add.1, note sur la recommandation 3 f)).]

Aéronefs, matériel roulant ferroviaire, objets spatiaux, navires et propriété intellectuelle

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

a) Aux aéronefs, au matériel roulant ferroviaire, aux objets spatiaux, aux navires et aux biens qui y sont rattachés dans la mesure où les recommandations de la présente loi sont incompatibles avec des lois spéciales existantes ou des obligations internationales de l'État concernant ces types de biens. En cas d'incompatibilité directe, la loi devrait confirmer expressément que ces lois spéciales et obligations internationales régissent les biens en question là où il y a incompatibilité;

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que les mots "aéronefs, matériel roulant ferroviaire, objets spatiaux et navires" devraient être interprétés selon le sens qui leur est donné par la législation nationale ou les conventions internationales les régissant.*]

b) Aux droits de propriété intellectuelle dans la mesure où les recommandations de la présente loi sont incompatibles avec des lois existantes ou des obligations internationales de l'État concernant ces biens.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera qu'un État qui adopte une législation sur les opérations garanties conformément au Guide devrait examiner s'il conviendrait d'adapter certaines des recommandations quand elles s'appliquent aux sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle. À cet égard, l'État devrait examiner ses lois existantes sur la propriété intellectuelle ainsi que ses obligations découlant de traités, de conventions et d'autres accords internationaux en la matière et, dans les cas où les recommandations du Guide seraient directement incompatibles avec une de ces lois ou obligations, la loi sur les opérations garanties de l'État devrait confirmer expressément que ces lois et obligations régissent la question là où il y a incompatibilité.*

Lorsqu'il examine s'il convient d'adapter d'une quelconque manière les recommandations quand elles s'appliquent aux sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle, l'État devrait analyser chaque situation sous tous les

aspects et tenir dûment compte à la fois de la nécessité de mettre en place un régime efficace en matière d'opérations garanties et de celle d'assurer la protection et l'exercice des droits de propriété intellectuelle conformément aux conventions internationales et à la législation interne.

Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter qu'à sa trente-neuvième session, la Commission a prié le secrétariat de préparer une note sur le financement garanti par la propriété intellectuelle pour examen à sa quarantième session afin de donner aux États des orientations plus détaillées sur ce type de financement.]

Valeurs mobilières et biens immeubles

5. La loi devrait prévoir qu'elle ne s'applique pas aux valeurs mobilières [détenues indirectement] et aux biens immeubles, bien qu'elle puisse avoir un effet sur ces biens, comme le prévoient les recommandations 24 et 45.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les valeurs mobilières et les biens immeubles sont exclus du champ d'application du Guide en tant que biens initialement grevés. Ils peuvent toutefois être affectés par les recommandations du Guide.*

Si une sûreté réelle mobilière portant sur des valeurs mobilières ou une hypothèque garantit une créance, un instrument négociable ou une autre obligation et que la créance, l'instrument négociable ou l'autre obligation soit cédée, la sûreté sur les valeurs mobilières ou l'hypothèque suit. Cette règle n'a aucune incidence sur les droits des tiers ou les prescriptions en matière de priorité et de réalisation prévus dans la loi sur les valeurs mobilières ou les biens immeubles. Par exemple, une sûreté réelle mobilière sur des valeurs mobilières intermédiées qui a été rendue opposable par une inscription en compte ou par prise de contrôle en vertu de la loi sur les valeurs mobilières aura la priorité.

Le Groupe de travail pourrait examiner si, dans le cas où les valeurs mobilières ou le bien immeuble sont le produit d'un bien visé par le Guide, la sûreté s'étend aussi à ce produit. Dans l'affirmative, il faudra peut-être faire un ajout de sorte que les droits des tiers, la priorité et la réalisation de la sûreté grevant les valeurs mobilières ou le bien immeuble en tant que produit soit soumise à la loi régissant les valeurs mobilières ou les immeubles, selon le cas.

Le Groupe de travail notera peut-être aussi que le texte entre crochets dans la recommandation 5 vise à éviter que les valeurs mobilières détenues directement soient exclues du champ d'application du Guide dans la mesure où elles ne sont pas soumises à une législation spéciale (même le projet de convention d'UNIDROIT sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiés ne s'applique pas aux valeurs détenues directement). Seraient ainsi couvertes, par exemple, les sûretés sur les actions d'une filiale entièrement détenues par la société mère, puisque ces sûretés sont utilisées dans d'importantes opérations de prêts commerciaux.]

Paiements reçus dans le cadre du travail

6. La loi devrait prévoir qu'elle ne s'applique pas aux créances sous la forme de rémunérations, prestations de retraite, avantages sociaux et autres paiements reçus dans le cadre de contrats ou de relations de travail, ainsi que d'autres paiements similaires (par exemple, prestations familiales) dans la mesure où une loi autre que

la présente loi limite la constitution de sûretés réelles mobilières sur ces créances ou le transfert de ces créances.

Autres exceptions

7. La loi devrait limiter toutes autres exceptions à son champ d'application et, si d'autres exceptions sont néanmoins prévues, elles devraient être énoncées dans la loi de manière claire et précise.

III. Approches fondamentales en matière de sûretés et autres règles générales[7]

Objet

Les recommandations relatives aux approches fondamentales en matière de sûretés ont pour objet de faire en sorte que la loi s'applique de manière intégrée et cohérente à tous les types de droits sur des biens meubles qui remplissent une fonction de garantie.

Approche intégrée et fonctionnelle

8. La loi devrait établir un ensemble intégré et cohérent de dispositions relatives aux sûretés réelles mobilières sur les biens meubles corporels et incorporels. Ses règles devraient s'appliquer à toutes les sûretés créées par voie contractuelle (quelle qu'en soit la forme) sur des biens meubles garantissant une obligation, y compris les droits découlant d'un transfert de la propriété de biens meubles corporels ou une cession de créances à titre de garantie, une vente assortie d'une réserve de propriété, un crédit-bail ou un accord de location-vente [, sauf dans la mesure où les recommandations 171 (Approche non unitaire des mécanismes de financement d'acquisitions, variante B) et 193 (Réalisation des droits de propriété dans le cadre de mécanismes de réserve de propriété, approche non unitaire, variante B) en disposent autrement].

Autonomie des parties

9. La loi devrait prévoir que, sauf disposition contraire de [spécifier les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé ou qui ne peuvent être modifiées par convention, par exemple la règle de conduite dans le contexte de la réalisation], le créancier garanti et le constituant ou le débiteur peuvent déroger à ses dispositions relatives à leurs droits et obligations respectifs ou modifier ces dispositions par convention. Une telle convention n'a pas d'incidence sur les droits de quiconque n'y est pas partie.

Communications électroniques

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

---

[7] Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que la présente recommandation reprend le texte de l'article 9-2 de la Convention des Nations Unies sur les contrats électroniques, qui est conforme à l'article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique.*]

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

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

b) Si la méthode utilisée est:

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

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

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que la présente recommandation reprend le texte de l'article 9-3 de la Convention des Nations Unies sur les contrats électroniques, qui est conforme à l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Il voudra peut-être aussi noter que, d'après la recommandation 116 c) (Engagement de ne pas opposer d'exceptions ou de droits à compensation), un écrit signé est exigé pour que le débiteur d'une créance puisse renoncer à son droit d'opposer des exceptions.*]

IV. Constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties)[8]

Objet

Les dispositions de la loi relatives à la constitution ont pour objet de spécifier de quelle manière une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble est constituée (c'est-à-dire prend effet entre les parties).

A. Recommandations générales

Constitution d'une sûreté réelle mobilière

12. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière est constituée par une convention entre le constituant et le créancier garanti qui identifie le créancier garanti et le constituant et qui décrit suffisamment l'obligation garantie et les biens

[8] Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.7.

devant être grevés. Une description générique des biens grevés est suffisante (par exemple “tous les biens” ou “tous les stocks”).

13. La loi devrait prévoir que la convention peut être verbale si elle s’accompagne d’un transfert de la possession du bien grevé. Dans le cas contraire, la convention doit revêtir la forme d’un écrit [signé par le constituant conformément à la recommandation 11] [qui atteste la volonté du constituant d’octroyer une sûreté].

Moment de la constitution

14. La loi devrait prévoir qu’une sûreté réelle mobilière est constituée lorsque les conditions prévues dans les recommandations 12 et 13 (Constitution d’une sûreté réelle mobilière) pour la convention constitutive de sûreté sont remplies et que le constituant a des droits sur les biens ou le droit de grever les biens, à moins que les parties ne conviennent d’une date ultérieure.

Obligations pouvant faire l’objet d’une convention constitutive de sûreté[9]

15. La loi devrait prévoir qu’une sûreté réelle mobilière peut garantir tout type d’obligation, présente ou future, déterminée ou déterminable, ainsi que des obligations conditionnelles et des obligations dont le montant fluctue.

Biens pouvant faire l’objet d’une convention constitutive de sûreté

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

[*Note à l’intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera qu’une sûreté sur des biens futurs ou sur des biens appartenant à des tiers n’est pas constituée tant que le constituant n’a pas acquis de droits sur ces biens. Une autre loi (par exemple, la loi sur les ventes ou sur les biens) peut permettre à une personne de constituer une sûreté sur des biens dont elle n’est pas propriétaire ou d’en disposer d’une autre manière (par exemple, une règle qui protège le bénéficiaire d’un transfert de bonne foi qui acquiert un droit d’un constituant qui se trouve en possession de biens dont il n’est pas propriétaire).*]

17. La loi devrait prévoir qu’une sûreté réelle mobilière peut être consentie sur l’ensemble des biens d’un constituant.

[*Note à l’intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire traite d’une approche adoptée dans certains systèmes juridiques, qui consiste à réserver, en cas d’insolvabilité d’une personne ayant consenti une sûreté réelle mobilière sur l’ensemble de ses biens (pour un examen des sûretés assises sur la totalité des biens, voir A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.2, par. 20 à 25), un certain pourcentage de la valeur des biens grevés aux créanciers chirographaires (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, par. 33 à 35).*

[9] Voir A/CN.9/611.

Toutefois, pour les raisons exposées dans le commentaire, le Guide ne recommande pas cette approche (voir recommandation 85 (Priorité des créances privilégiées)).]

Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur le produit[10]

18. La loi devrait prévoir que, sauf accord contraire des parties à la convention constitutive de sûreté, la sûreté réelle mobilière sur le bien grevé s'étend à son produit identifiable.

19. [La loi devrait prévoir que, nonobstant la recommandation 18, la sûreté ne s'étend au produit sous la forme de fruits civils et naturels des biens grevés que si les parties le prévoient dans la convention constitutive de sûreté.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la recommandation 19 adopte pour les fruits civils et naturels de biens grevés une approche différente de celle suivie par la recommandation 18 en ce qui concerne d'autres types de produit. Or, la notion de "produit", telle que définie dans la section "terminologie", inclut les fruits civils et naturels et on peut naturellement s'attendre à ce que la sûreté s'étende automatiquement aux fruits civils et naturels. Le Groupe de travail voudra donc peut-être envisager de supprimer la recommandation 19.*

Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi examiner ensemble toutes les définitions et recommandations sur les sûretés grevant le produit (à savoir définition jj) et recommandations 18 à 21, 43 et 44, 80, 173 et 174, 191 et 192 et 198). Il voudra peut-être également noter que le commentaire précisera que ces recommandations doivent être lues conjointement.]

Produit mélangé

20. La loi devrait prévoir que, lorsque le produit sous forme d'argent a été mélangé avec d'autres biens de sorte qu'il n'est pas identifiable, le montant du produit immédiatement avant qu'il ait été mélangé avec les autres biens doit être traité comme un produit identifiable, à condition qu'à tout moment après que le produit a été mélangé, le montant total des biens soit supérieur au montant du produit. Si, à tout moment après que le produit a été mélangé, le montant total des biens est inférieur au montant du produit, le montant total des biens au moment où son montant était le plus faible, plus le montant de tout produit ultérieurement mélangé aux biens doit être traité comme un produit identifiable.

21. La loi devrait prévoir que, si le produit sous une forme autre que de l'argent a été mélangé à d'autres biens du même type de sorte qu'il n'est pas identifiable, la part de la valeur du produit dans la valeur totale des biens doit être traitée comme un produit identifiable.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la recommandation 20 vise uniquement l'argent car: a) un produit mélangé autre que l'argent est relativement rare; et b) les règles d'identification pour ces situations sont également rares. La recommandation 21, en revanche, pourrait être appliquée dans le cas d'un produit sous la forme de biens fongibles qui seraient mélangés à d'autres biens du même type (par exemple lorsque*

[10] Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recommandations 29, 29 *bis* et 30.

le produit d'une opération de troc prend la forme de céréales stockées dans un élévateur à grains commun).]

B. Recommandations sur des biens particuliers

Efficacité d'une cession globale et d'une cession de créances futures, de fractions de créances ou d'un droit indivis sur des créances[11]

22. La loi devrait prévoir que:

a) La cession de créances [contractuelles] non identifiées précisément, de créances futures, de fractions de créances ou d'un droit indivis sur des créances a effet entre le cédant et le cessionnaire et à l'égard du débiteur de la créance à condition que celles-ci soient identifiables, à la date de la cession ou, dans le cas de créances futures, à la date où elles naissent, comme étant celles qui font l'objet de la cession; et

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

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le texte entre crochets à l'alinéa a) de la présente recommandation vise à éviter tout empiètement sur les dispositions légales limitant la cessibilité des créances non contractuelles (voir A/CN.9/603, par. 36 et notes sur la définition p), "créance", et recommandations 2 a) et 109). Il voudra peut-être examiner ensemble toutes les définitions et recommandations concernant les sûretés sur des créances (à savoir définitions a), p) à w) et recommandations 18 à 20, 22 à 24, 45, 108 à 118, 160 à 162, 172, 192, 197, 207 et 213). Il voudra peut-être également noter que le commentaire précisera que ces recommandations ainsi que toutes les autres recommandations sur des biens particuliers doivent être lues conjointement.*]

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

23. La loi devrait prévoir que:

a) Une cession a effet entre le cédant et le cessionnaire et à l'égard du débiteur de la créance nonobstant toute convention entre le cédant initial ou tout cédant subséquent et le débiteur de la créance ou tout cessionnaire subséquent, limitant d'une quelconque manière le droit du cédant de céder ses créances;

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que l'alinéa a) de la présente recommandation prive d'effet uniquement une convention entre un débiteur et un créancier qui limite le droit du second de céder une créance qu'il détient sur le premier. Si la créance est cédée, le débiteur est appelé "débiteur de la créance" et le créancier "cédant".*

Par exemple, si une convention pour la location de biens meubles corporels limite le droit du bailleur de céder les loyers qui lui sont dus en vertu du bail,

[11] Pour les recommandations 22 à 24, voir A/CN.9/611, recommandations 14 à 16.

l'alinéa a) prive d'effet cette restriction car la convention est passée entre le débiteur (le preneur) et le créancier (le bailleur) de la créance (le loyer dû en vertu du bail). À l'inverse, si la convention de location entre le bailleur et le preneur limite le droit de ce dernier de céder une créance prenant la forme de loyers qui lui sont dus par le sous-locataire en vertu d'un contrat de sous-location, l'alinéa a) ne s'applique pas et aucune disposition du Guide ne prive d'effet la restriction. Il en est ainsi parce que la convention limitant le droit du preneur de céder les loyers qui lui sont dus par le sous-locataire dans le cadre de la sous-location n'est pas une convention entre le preneur (bailleur et créancier dans la sous-location) et le sous-locataire (débiteur dans la sous-location). La question de savoir si la restriction dans le contrat de location peut être opposée au preneur serait tranchée par une loi autre que celle recommandée dans le Guide.

La même analyse serait valable si la restriction était contenue dans une licence de propriété intellectuelle. L'alinéa a) priverait d'effet une clause du contrat de licence qui empêcherait le donneur de licence de céder les redevances dues par le titulaire de la licence. En revanche, elle ne priverait pas d'effet une clause du contrat de licence empêchant ce dernier de céder les redevances d'une sous-licence. L'efficacité ou non de cette dernière clause serait déterminée par une loi autre que celle recommandée dans le Guide.

Le commentaire expliquera aussi que les États qui ne peuvent se protéger en limitant la cession dans leur loi pourraient envisager une exception à cette recommandation qui s'inspirerait de l'article 40 de la Convention des Nations Unies sur la cession.]

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

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

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

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

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

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

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera que la "résolution" du contrat mentionnée à l'alinéa b) désigne le fait de mettre fin au contrat en général.*]

Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une sûreté garantissant une créance, un instrument négociable ou toute autre obligation

24. La loi devrait prévoir que:

a) Un créancier garanti détenant une sûreté réelle mobilière sur une créance, un instrument négociable ou toute autre obligation considérée comme un bien grevé par la présente loi bénéficie automatiquement, sans que le constituant ni lui-même aient à accomplir d'autres formalités, de toute sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement ou une autre forme d'exécution de cette créance, de cet instrument ou de cette obligation;

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

c) La présente recommandation ne s'applique pas à une sûreté sur un bien immeuble qui, en vertu d'une loi autre que la présente loi, peut être transférée séparément d'une créance, d'un instrument négociable ou d'une autre obligation qu'elle garantit;

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

e) Aucune disposition de la présente recommandation n'a d'incidences sur les obligations ou la responsabilité du constituant découlant de la violation de la convention mentionnée à l'alinéa d) de la présente recommandation, mais l'autre partie à la convention ne peut, au seul motif de cette violation, résoudre le contrat d'où naît la créance, l'instrument négociable ou l'autre obligation, ou la convention constitutive de sûreté créant la sûreté personnelle ou réelle. Une personne qui n'est pas partie à une telle convention n'est pas responsable au seul motif qu'elle en avait connaissance;

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

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

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

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

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

g) La règle énoncée à l'alinéa a) de la présente recommandation n'a pas d'incidences sur les obligations que le constituant a envers le débiteur de la créance, le débiteur dans le cadre de l'instrument négociable ou le débiteur de toute autre obligation;

h) À condition que les effets automatiques découlant de l'alinéa a) de la présente recommandation et l'opposabilité automatique, prévue dans la recommandation 45, d'une sûreté réelle mobilière sur une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement ou une autre forme d'exécution d'une créance, d'un instrument négociable ou d'une autre obligation ne soient pas compromis, la présente recommandation n'a pas d'incidences sur les exigences d'une loi autre que la présente loi relatives à la forme ou à l'enregistrement de la constitution de sûretés réelles mobilières sur des biens quelconques, garantissant le paiement ou une autre forme d'exécution d'une créance, d'un instrument négociable ou d'une autre obligation, qui sortent du champ d'application de la présente loi.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire expliquera que la recommandation a pour objet de faciliter les opérations de financement, telles que les titrisations de portefeuilles de prêts garantis par des sûretés réelles mobilières ou immobilières. Dans de tels cas, l'acheteur des prêts voudra pouvoir se prévaloir des sûretés garantissant les prêts mais sans avoir à supporter, dès l'achat, la dépense supplémentaire d'un acte de transfert séparé (si une loi autre que celle recommandée dans le Guide exige un tel acte) pour chaque prêt du portefeuille, qui pourrait en contenir des centaines ou des milliers. Des actes de transfert séparés seraient éventuellement nécessaires (si l'autre loi l'exige) uniquement pour le recouvrement des prêts non remboursés par la suite, lesquels représentent généralement une petite partie des prêts du portefeuille. L'acheteur pourrait décider d'accepter le coût de ces actes de transfert lors du recouvrement, qu'il soit effectué volontairement par le vendeur ou avec l'assistance d'une juridiction. Cependant, pour décider de l'achat ou non des prêts et de leur prix, l'acheteur tiendrait compte du coût des actes de transfert séparés uniquement pour la petite partie des prêts dont il prévoit qu'ils ne seront pas remboursés mais non pour l'ensemble des prêts du portefeuille. L'acheteur réduisant ainsi ses dépenses, le vendeur devrait être en mesure d'obtenir un prix de vente plus élevé, ce qui augmenterait les fonds à sa disposition.*

Le commentaire précisera également que la recommandation s'applique aux transferts purs et simples de créances (mais non d'instruments négociables ou d'autres obligations) puisque le Guide ne s'applique, d'une manière générale, qu'aux transferts purs et simples de créances.

Le commentaire précisera aussi que les alinéas a) à c) suivent le libellé du paragraphe 1 de l'article 10 de la Convention des Nations Unies sur la cession auquel les modifications appropriées ont été apportées compte tenu du caractère national de la loi recommandée dans le Guide, alors que les alinéas e) et f) suivent le libellé de la recommandation 23 b) et c) et des paragraphes 3 et 4 de l'article 10 de la Convention.

En outre, le commentaire précisera que l'alinéa g) suit le libellé du paragraphe 5 de l'article 10 de la Convention, selon lequel, si la sûreté implique la remise de la possession d'un bien et si cette remise cause un dommage au débiteur de la créance, au débiteur dans le cadre de l'instrument négociable ou au débiteur de toute autre obligation, la responsabilité pouvant être encourue en vertu de la loi applicable en dehors de celle recommandée dans le Guide reste la même. Une telle responsabilité peut naître, par exemple, dans le cas où, lors de la remise de la possession d'un bien meuble corporel de valeur, le créancier garanti ou le bénéficiaire du transfert endommage ou perd ce bien.

Le commentaire expliquera enfin que l'alinéa h), qui suit le libellé du paragraphe 6 de l'article 10 de la Convention, indique clairement que la forme du transfert d'une sûreté sur un bien n'entrant pas dans le champ d'application de la présente loi (par exemple, un immeuble) relève d'une autre loi, du moins à condition que la constitution et l'opposabilité automatiques de la sûreté ne soient pas compromises. Ainsi, un document authentique et une inscription peuvent être nécessaires pour que la personne à laquelle est transférée une hypothèque obtienne différents droits en vertu de la loi régissant les immeubles, comme celui de réaliser l'hypothèque. Le commentaire expliquera aussi que la forme du transfert d'une sûreté sur un bien entrant dans le champ d'application de la présente loi relèvera de cette dernière.]

Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable[12]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, conformément aux recommandations 12 et 13, une sûreté sur un instrument négociable peut être constituée par une convention écrite, éventuellement signée, entre le constituant et le créancier garanti, ou par une convention verbale et le transfert de la possession de l'instrument négociable. Le commentaire expliquera aussi que la constitution d'une sûreté conformément à ces recommandations n'aura pas d'incidences sur les droits obtenus par endossement de l'instrument négociable en vertu de la loi régissant ces instruments.*

Le Groupe de travail souhaitera peut-être en outre examiner ensemble toutes les définitions et recommandations sur les sûretés grevant des instruments négociables (à savoir la définition x), et les recommandations 45, 89 et 90, 119, 163 et 164, 195, 209 et 213). Il voudra peut-être aussi noter que le commentaire précisera que ces recommandations doivent être lues conjointement.]

Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire[13]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, conformément aux recommandations 12 et 13, une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire peut être constituée par une convention entre le constituant et le créancier garanti. Le commentaire expliquera aussi que la recommandation 25 a pour objet de valider entre le constituant et le créancier garanti (mais non à l'égard*

[12] Voir A/CN.9/611/Add.1.

[13] Voir A/CN.9/611/Add.1, recommandation 26.

de la banque dépositaire) une sûreté constituée sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire en dépit d'une convention d'incessibilité conclue entre la banque et le constituant (titulaire du compte).]

25. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire a effet nonobstant toute convention entre le constituant et la banque dépositaire limitant d'une quelconque manière le droit du constituant de constituer une sûreté sur son droit au paiement des fonds crédités sur le compte bancaire. Toutefois, la banque dépositaire n'a aucune obligation de reconnaître le créancier garanti et aucune autre obligation concernant la sûreté ne lui est imposée sans son consentement.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire sur la recommandation 2 b) précisera que les États adoptants pourront tenir compte, s'ils le souhaitent, des éventuelles incidences que les recommandations du Guide pourraient avoir sur la législation relative à la protection des consommateurs.*

Le Groupe de travail souhaitera peut-être en outre examiner ensemble toutes les définitions et recommandations sur les droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire (à savoir les définitions gg) et hh), ainsi que les recommandations 25, 46, 92 à 94, 120 et 121, 165 à 167, 208 et 209 et 213). Il voudra peut-être aussi noter que le commentaire précisera que ces recommandations doivent être lues conjointement.]

Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant[14]

26. La loi devrait prévoir qu'un bénéficiaire peut accorder une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant, même si le droit de tirage de l'engagement n'est pas lui-même transférable en vertu de la loi et de la pratique qui régissent les engagements de garantie indépendants. L'octroi d'une sûreté sur le produit d'un engagement de garantie indépendant ne constitue pas un transfert du droit de tirage de l'engagement. [La question de savoir si le droit de tirage de l'engagement peut être transféré relève de la loi et de la pratique qui régissent les engagements de garantie indépendants.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera que la deuxième partie de la première phrase précise un point important, à savoir que la transférabilité d'un engagement de garantie indépendant (à savoir du droit de tirage) n'a pas d'incidence sur la faculté de constituer une sûreté sur le produit de l'engagement. Le commentaire expliquera aussi que la deuxième phrase fait la distinction entre le droit de demander paiement au titre d'un engagement et le droit de recevoir le produit d'un engagement.*

Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si la troisième phrase entre crochets devrait figurer dans la recommandation ou dans le commentaire, puisqu'elle fait référence aux dispositions d'une autre loi et non à ce que la loi sur les opérations garanties devrait prévoir. Il souhaitera peut-être en outre examiner

[14] Voir A/CN.9/611/Add.1, recommandation 25.

ensemble toutes les définitions et recommandations sur les sûretés grevant le produit d'un engagement de garantie indépendant (à savoir les définitions z) et aa) à ff), ainsi que les recommandations 26, 47, 96, 122 à 124, 168 et 210 à 212). Il voudra peut-être aussi noter que le commentaire précisera que ces recommandations doivent être lues conjointement.]

Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable[15]

27. La loi devrait prévoir que la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable fait également naître une sûreté réelle mobilière sur les biens meubles corporels représentés par ce document, à condition que l'émetteur soit, directement ou indirectement, en possession des biens au moment où la sûreté sur le document est constituée.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera qu'une sûreté sur des biens meubles corporels représentés par un document négociable peut être créée directement sur les biens conformément aux recommandations 12 et 13 (par une convention écrite, éventuellement signée, entre le constituant et le créancier garanti, voire par une convention verbale et le transfert de la possession du document) ou par constitution d'une sûreté sur le document négociable représentant ces biens conformément à la recommandation 27. Le commentaire précisera en outre que la recommandation 27 a pour objet d'éviter la nécessité de créer une sûreté distincte sur les biens représentés par un document négociable lorsqu'une sûreté sur un tel document existe déjà. Il expliquera aussi que ni les recommandations 12 et 13 ni la recommandation 27 ni aucune autre recommandation n'ont d'incidence sur les droits acquis sur des documents négociables en vertu de la loi régissant ces documents.*

Le commentaire expliquera aussi, à l'intention des États adoptants qui envisageraient de traiter des documents de transport multimodal, que le Guide renvoyant, pour la définition des documents négociables, à la loi régissant ces documents, la négociabilité des documents de transport multimodal relève également de cette loi. Le Groupe de travail souhaitera peut-être en outre examiner ensemble toutes les définitions et recommandations sur les sûretés grevant des documents négociables (à savoir les définitions y), oo) et pp), ainsi que les recommandations 27, 48 à 50, 97 et 98, 169, 125, 195 et 213). Il voudra peut-être aussi noter que le commentaire précisera que ces recommandations doivent être lues conjointement.]

Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur des biens rattachés[16]

28. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière peut être constituée sur des biens meubles corporels qui sont des biens rattachés au moment de sa constitution ou qu'elle peut se maintenir sur des biens meubles corporels qui deviennent ensuite des biens rattachés. Des sûretés sur des biens rattachés à des biens immeubles peuvent être constituées en vertu de la présente loi ou du droit immobilier.

---

[15] Voir A/CN.9/611/Add.1, recommandation 28.

[16] Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recommandation 31.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, si la sûreté sur des biens rattachés à des biens immeubles est constituée en vertu du droit immobilier, elle peut aussi être opposable. Il sera également expliqué dans le commentaire que, si une telle sûreté est constituée en vertu de la loi sur les opérations garanties, les droits acquis en vertu de la législation immobilière ne pourront pas être modifiés. Par exemple, une sûreté constituée en vertu de la législation relative aux opérations garanties ne peut être réalisée que si aucun droit concurrent n'a été créé en vertu du droit immobilier ou n'a pas priorité sur des droits concurrents acquis en vertu du droit immobilier (voir recommandation 99).*

Le Groupe de travail souhaitera peut-être en outre examiner ensemble toutes les définitions et recommandations sur les sûretés grevant des biens rattachés (à savoir les définitions l) et m), ainsi que les recommandations 28, 51 à 53, 99 à 102, 170, 189, 195, 200 et 201). Il voudra peut-être aussi noter que le commentaire précisera que ces recommandations doivent être lues conjointement.]

Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une masse ou un produit fini[17]

29. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière ne peut pas être constituée sur des biens meubles corporels qui sont mélangés pour former une masse ou un produit fini. Toutefois, une sûreté constituée sur des biens meubles corporels avant qu'ils ne soient mélangés pour former une masse ou un produit fini se maintient sur la masse ou le produit fini. La sûreté se limite à la valeur des biens meubles corporels immédiatement avant qu'ils ne soient incorporés dans la masse ou le produit fini.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera qu'une sûreté ne peut être constituée sur des biens meubles corporels qui sont mélangés pour former une masse ou un produit fini car, au moment de la constitution de la sûreté, ils n'existent pas en tant que biens meubles corporels distincts (voir définition n), "Masse ou produit fini"). Le commentaire expliquera aussi qu'une sûreté grevant des biens meubles corporels avant qu'ils ne soient mélangés pour former une masse ou un produit fini se reporte sur cette masse ou ce produit selon la formule contenue dans la troisième phrase de la recommandation. D'après cette formule, si la valeur de la farine est 5 et la valeur du sucre 5, alors que la valeur du gâteau est 20 et qu'il y ait deux créanciers garantis, chacun d'eux obtiendra 5, et la valeur restante, à savoir 10, sera conservée pour le constituant et ses créanciers chirographaires. Si la valeur du gâteau est inférieure à la valeur des ingrédients, les créanciers garantis partageront la perte proportionnellement (ainsi, si la valeur du gâteau est 8, chaque créancier garanti obtiendra 4). Cela signifie que: a) le créancier garanti ne peut obtenir plus que ce qui lui est dû; et b) si la valeur de la masse ou du produit fini est inférieure, le créancier garanti subira une réduction proportionnelle (question de priorité).*

Le Groupe de travail souhaitera peut-être en outre examiner ensemble toutes les définitions et recommandations sur les sûretés grevant une masse ou un produit fini (à savoir la définition n), ainsi que les recommandations 29, 54, 103 à 105

[17] Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recommandation 32.

et 195). Il voudra peut-être aussi noter que le commentaire précisera que ces recommandations doivent être lues conjointement.]

V. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière[18]

Objet

Les conditions prévues par la loi pour qu'une sûreté réelle mobilière soit opposable ont pour objet d'établir une base pour le classement prévisible, équitable et efficace des rangs de priorité:

a) En exigeant l'inscription comme condition préalable à l'opposabilité d'une sûreté, sauf lorsque des exceptions et des alternatives à l'inscription se justifient par des considérations de politique commerciale; et

b) En établissant un cadre juridique pour créer et maintenir un système de registre public simple, économique et efficace pour l'inscription d'avis relatifs aux sûretés réelles mobilières.

A. Recommandations générales

Sens de l'opposabilité

30. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière n'est opposable que si elle a été constituée conformément à la présente loi et si l'une des méthodes mentionnées dans les recommandations 33, 35 ou 36 a été suivie.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que la recommandation 30 a pour but de préciser le sens de l'opposabilité en raison de son importance tant pour le chapitre sur l'opposabilité que pour celui sur la priorité et du fait que la notion d'opposabilité qui se distingue de celle d'efficacité entre les parties est nouvelle pour de nombreux systèmes juridiques. La recommandation 30 est complétée par les recommandations 31 et 32 qui précisent encore ce sens.*]

Efficacité d'une sûreté réelle mobilière qui n'est pas opposable

31. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière constituée conformément à ses dispositions relatives à la constitution a effet à l'égard du constituant, même si elle n'est pas opposable.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le commentaire expliquera qu'une sûreté inopposable est sans effet à l'égard des créanciers chirographaires ou des créanciers garantis dont les sûretés ne sont pas opposables. Cette approche est conforme au sens de l'"opposabilité" adopté dans le Guide. Son résultat concret est qu'aucun problème de priorité ne se pose dans le cas des sûretés non opposables et que celles-ci seraient donc égales entre elles et égales aux droits des créanciers chirographaires (sauf s'ils deviennent des créanciers judiciaires, voir recommandation 86).*]

[18] Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.5.

Opposabilité continue d'une sûreté réelle mobilière après transfert du bien grevé

32. La loi devrait prévoir que, sous réserve des dispositions des recommandations 82 à 84, après transfert d'un droit sur un bien grevé, une sûreté réelle mobilière qui est opposable au moment du transfert continue de grever le bien et reste opposable.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire expliquera que la présente recommandation s'inspire de la règle selon laquelle le simple transfert d'un bien grevé ne rend pas la sûreté inopposable (droit de suite). Cette règle est également posée, quoique en des termes un peu différents, dans la recommandation 81. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si cette règle devrait figurer dans le présent chapitre ou dans le chapitre sur la priorité.*]

Méthode générale pour rendre une sûreté réelle mobilière opposable

33. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière constituée conformément à ses dispositions relatives à la constitution est opposable si un avis la concernant est inscrit dans le registre général des sûretés mentionné dans les recommandations 55 à 71.

34. [La loi devrait prévoir que l'inscription d'un tel avis n'emporte pas constitution d'une sûreté et n'est pas nécessaire pour constituer une sûreté.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le commentaire expliquera que l'inscription d'un avis de sûreté est une condition préalable à l'opposabilité, mais ne fait pas naître la sûreté, et qu'elle n'est pas non plus nécessaire pour créer une sûreté. La constitution exige principalement un accord entre les parties, comme le prévoient les recommandations du chapitre relatif à la constitution.*]

Autres méthodes d'opposabilité

35. La loi devrait prévoir qu'il est également possible de rendre une sûreté opposable par l'une des méthodes autres que l'inscription mentionnées ci-dessous:

a) S'agissant de biens meubles corporels, par transfert de la possession d'un bien grevé, comme le prévoient les recommandations 40 et 48 à 50;

b) [S'agissant de biens de consommation d'une valeur inférieure à [spécifier la valeur] au moment de la constitution de la sûreté, automatiquement dès la constitution de la sûreté non liée au paiement de leur acquisition (pour les sûretés grevant des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition, voir recommandation 185), comme le prévoit la recommandation 41];

c) S'agissant de biens meubles soumis à inscription sur un registre spécialisé ou annotation sur un certificat de propriété, par cette inscription ou annotation, comme le prévoit la recommandation 42;

d) S'agissant du produit, automatiquement en rendant opposable la sûreté en ce qui concerne le produit, comme le prévoient les recommandations 43 et 44;

e) S'agissant d'une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement ou une autre forme d'exécution d'une créance, d'un instrument négociable ou d'une

autre obligation, en rendant opposable la sûreté réelle mobilière sur la créance, l'instrument ou l'obligation, comme le prévoit la recommandation 45;

f) S'agissant d'un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, par prise de contrôle, comme le prévoit la recommandation 46;

g) S'agissant de biens rattachés, par inscription comme le prévoient les recommandations 51 à 53; et

h) S'agissant d'une masse ou d'un produit fini, en rendant opposable [la sûreté sur un bien meuble corporel avant qu'il ne soit incorporé dans la masse ou le produit fini] [la sûreté sur la masse ou le produit fini dans un certain délai après que le bien meuble corporel a été incorporé dans la masse ou le produit fini], comme le prévoit la recommandation 54.

Méthode exclusive d'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant

36. La loi devrait prévoir que, sous réserve de la recommandation 45, une sûreté réelle mobilière sur le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant est rendue opposable uniquement par prise de contrôle, comme le prévoit la recommandation 47.

Différentes méthodes d'opposabilité pour différents types de biens

37. La loi devrait prévoir que différentes méthodes d'opposabilité peuvent être utilisées pour différents biens individualisés ou types de biens, qu'ils soient ou non grevés en vertu de la même convention constitutive de sûreté.

Continuité de l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière

38. La loi devrait prévoir que l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière est continue nonobstant un changement de méthode pour la rendre opposable, à condition que la sûreté ne soit inopposable à aucun moment.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que la présente recommandation ne se réfère pas spécifiquement à l'inscription (c'est-à-dire l'inscription anticipée avant la constitution), car, si le créancier garanti change de méthode d'opposabilité avant que l'inscription ne devienne caduque, la sûreté aura été constituée et donc rendue opposable.*]

Caducité de l'inscription anticipée ou perte de l'opposabilité

39. La loi devrait prévoir que, si un avis de sûreté a été inscrit ou une sûreté a été rendue opposable et si, par la suite, la sûreté, à un certain moment, n'est plus ni inscrite ni opposable, l'inscription ou l'opposabilité peut être rétablie. Dans ce cas, l'inscription ou l'opposabilité remonte à la première date à laquelle la sûreté est ensuite soit inscrite soit rendue opposable.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le commentaire expliquera que la présente recommandation fait référence à l'inscription séparément de l'opposabilité car l'inscription peut avoir lieu avant la constitution de la sûreté (voir recommandation 64), alors que*

l'opposabilité exige que la sûreté soit créée et que les formalités d'opposabilité aient été accomplies suivant une des méthodes prévues (voir recommandation 31).

Le Groupe de travail notera peut-être que le libellé de la recommandation est semblable à celui des recommandations 77 et 78, selon lesquelles la priorité remonte au moment où l'opposabilité est rétablie ou à celui où un avis relatif à la sûreté est inscrit. Il souhaitera peut-être examiner si la première phrase de la recommandation 39 devrait être conservée dans le présent chapitre puisqu'elle traite de la caducité de l'inscription ou de la perte de l'opposabilité, et si la deuxième phrase devrait figurer uniquement dans le chapitre sur la priorité, puisqu'elle traite essentiellement de ce sujet.

Le Groupe de travail notera peut-être aussi que le commentaire expliquera que la sûreté peut devenir inopposable si, par exemple, le créancier garanti ne renouvelle pas son inscription avant l'expiration de sa durée de validité initiale ou s'il a obtenu l'opposabilité en prenant possession des biens grevés mais qu'il les restitue par la suite au constituant. Le commentaire expliquera également que la sûreté conserve son opposabilité dans ces cas si elle est inscrite ou rendue opposable avant caducité de la méthode d'opposabilité considérée.

Le commentaire inclura les exemples suivants de situations dans lesquelles l'opposabilité est maintenue malgré la caducité de la méthode d'opposabilité considérée:

a) Le premier jour, le constituant crée une sûreté en faveur du créancier garanti qui, le même jour, prend possession des biens grevés. Le deuxième jour, le créancier garanti inscrit un avis relatif à sa sûreté puis restitue les biens. L'opposabilité est continue à partir du premier jour;

b) Le premier jour, le constituant crée une sûreté en faveur du créancier garanti qui, le même jour, inscrit un avis relatif à sa sûreté. Le deuxième jour, le créancier garanti prend possession des biens grevés. L'inscription devient caduque le troisième jour. L'opposabilité est continue à partir du premier jour. Le résultat est identique si le créancier garanti inscrit à nouveau un avis le quatrième jour et remet la possession des biens grevés au constituant le cinquième jour.]

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels par prise de possession

40. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels peut aussi être rendue opposable par prise de possession.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le commentaire expliquera que, le terme "biens meubles corporels" désignant les instruments et documents négociables (voir définition i)), la présente recommandation s'applique à l'opposabilité des sûretés sur des instruments et documents négociables. Ces sûretés peuvent donc être rendues opposables par inscription ou par prise de possession. Les recommandations 48 à 50 ajoutent des règles spéciales pour l'opposabilité des sûretés sur des documents négociables et des biens meubles corporels représentés par des documents négociables.*]

[Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens de consommation de faible valeur non liée au paiement de leur acquisition

41. Une sûreté réelle mobilière sur des biens de consommation d'une valeur inférieure à [spécifier la valeur] au moment de sa constitution et non liée au paiement de leur acquisition (pour les sûretés grevant des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition, voir recommandation 185) qui n'est pas soumise à un système d'inscription sur des registres spécialisés ou à un système de certificat de propriété est opposable automatiquement dès sa constitution.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que, les opérations de financement dans lesquelles des biens de consommation sont grevés de sûretés non liées au paiement de leur acquisition étant peu importantes, la Commission s'est dite largement favorable à sa trente-neuvième session à la suppression de la recommandation 41 (et, partant, de la recommandation 35 b); voir A/61/17, par. 25). Si cette recommandation est maintenue, il souhaitera peut-être tenir compte du fait que, comme une valeur faible dans un pays peut être considérée comme élevée dans un autre, la détermination de cette valeur devrait se fonder sur une analyse coût-avantages comparant la valeur de réalisation potentielle d'un bien au coût de l'inscription.*]

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles pour lesquels il existe un système d'inscription sur un registre spécialisé ou un système de certificat de propriété

42. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles soumis à inscription sur un registre spécialisé ou à annotation sur un certificat de propriété conformément à une autre loi peut aussi être rendue opposable par:

a) Inscription sur le registre spécialisé; ou

b) Annotation sur le certificat de propriété.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le commentaire expliquera que l'inscription sur un registre spécialisé peut avoir davantage une valeur constitutive qu'un effet d'opposabilité et consister en l'inscription de documents en lieu et place d'un simple avis. Le commentaire expliquera aussi que la recommandation 42 est libellée de manière à ne pas aborder la question qui relève d'une autre loi. Il expliquera en outre que l'inscription au registre général des sûretés et l'inscription au registre spécialisé sont les seules méthodes possibles pour rendre opposable une sûreté sur un bien meuble du type mentionné dans la présente recommandation (autrement dit cette dernière ne peut être rendue opposable par prise de possession), si la législation spéciale applicable en l'espèce en dispose ainsi (pour les biens rattachés soumis à inscription sur un registre spécialisé, voir recommandation 53).*

Le commentaire expliquera aussi que la recommandation 42 est complétée par la recommandation 79, dans laquelle une sûreté qui a été inscrite sur le registre spécialisé ou qui a été consignée sur un certificat de propriété a priorité sur une sûreté inscrite sur le registre général des sûretés. Par conséquent, pour obtenir une priorité maximum sur toutes les classes de créanciers concurrents, la sûreté devrait être rendue opposable par inscription conformément à la recommandation 42 plutôt qu'à la recommandation 33. Cette approche se justifie par la nécessité de préserver

la fiabilité du système de registre spécialisé ou du système de certificat de propriété pour les acheteurs de biens grevés ou les créanciers garantis qui se fient à ces systèmes pour protéger leurs droits.]

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit[19]

Variante A

43. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière sur un bien grevé est opposable, une sûreté sur tout produit découlant de ce bien est opposable quand naît le produit, à condition que:

a) La sûreté sur le bien grevé ait été rendue opposable par inscription d'un avis sur le registre général des sûretés, inscription sur un registre spécialisé, ou annotation sur un certificat de propriété, et reste opposable à ce moment-là; ou

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que l'alinéa a) ne s'appliquerait pas, par exemple, à une sûreté rendue opposable par prise de possession. La disposition supplétive formulée dans la recommandation 44 s'appliquerait alors. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi noter qu'à sa trente-neuvième session, la Commission lui a renvoyé les deux variantes pour qu'il essaie, dans la mesure du possible, de parvenir à un accord sur l'une des deux (voir A/61/17, par. 26).*]

b) Le produit prenne la forme d'argent, de créances, d'instruments négociables ou de droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire.

44. Si la recommandation 43 ne s'applique pas, la sûreté réelle mobilière sur le produit est opposable pendant [...] jours après que naît le produit et de manière permanente par la suite, si elle a été rendue opposable par une des méthodes mentionnées dans la recommandation 33 ou 35 avant l'expiration de ce délai.

Variante B

43. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière sur un bien grevé est opposable, une sûreté sur tout produit découlant de ce bien est opposable quand naît le produit, à condition que le produit prenne la forme d'argent, de créances, d'instruments négociables ou de droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire.

44. Si la recommandation 43 ne s'applique pas, la sûreté réelle mobilière sur le produit est opposable pendant [...] jours après que naît le produit et de manière permanente par la suite, si elle a été rendue opposable par une des méthodes mentionnées dans la recommandation 33 ou 35 avant l'expiration de ce délai.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, compte tenu de la divergence d'opinions entre ses membres sur le point de savoir si la sûreté sur le produit devrait être automatiquement opposable ou si une formalité distincte d'opposabilité devrait intervenir lorsque naît le produit (voir A/CN.9/593, par. 26 à 32), la recommandation 43 prévoit deux variantes.*

[19] Pour les recommandations 43 et 44, voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recommandations 41 et 41 *bis*.

Selon la variante A, une sûreté sur le produit est automatiquement opposable, si la sûreté sur les biens initialement grevés a été rendue opposable par inscription ou si le produit se présentait sous forme d'argent ou d'un bien analogue. Si la sûreté a été rendue opposable par prise de possession, conformément à la recommandation 44, la sûreté sur le produit serait opposable pendant une brève période et par la suite uniquement sous réserve de l'accomplissement d'une formalité distincte d'opposabilité.

Selon la variante B, l'opposabilité automatique serait limitée au produit sous forme d'argent ou d'un bien analogue, et la recommandation 44 s'appliquerait à tous les autres cas. De ce fait, une sûreté sur le produit resterait opposable pendant quelques jours après la naissance du produit et, par la suite, uniquement par inscription d'un avis concernant la sûreté sur le produit ou par prise de possession. Il sera précisé dans le commentaire que les fruits civils et naturels sont automatiquement couverts puisqu'ils entrent dans la définition du "produit" (voir définition jj)).

Le Groupe de travail voudra peut-être également considérer que, pour établir un équilibre entre le besoin de protéger un créancier garanti et celui de protéger des tiers, le délai mentionné dans la recommandation 44 devrait être aussi court que le délai de grâce prévu dans la recommandation sur l'opposabilité applicable aux sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions (à savoir entre 20 et 30 jours, voir recommandation 184).]

B. Recommandations sur des biens particuliers

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur une sûreté garantissant une créance, un instrument négociable ou toute autre obligation[20]

45. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière sur une créance, sur un instrument négociable ou sur toute autre obligation considérée comme un bien grevé par la présente loi est opposable, elle est automatiquement opposable en ce qui concerne toute sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement ou l'exécution de la créance, de l'instrument négociable ou de l'autre obligation, sans que le constituant ni le créancier garanti aient à accomplir d'autres formalités. Si la sûreté personnelle ou réelle est un engagement de garantie indépendant, une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un tel engagement est automatiquement opposable (mais, comme le prévoit la recommandation 24 b), la sûreté ne s'étend pas au droit de tirer l'engagement). La présente recommandation ne s'applique pas à une sûreté sur un bien immeuble qui, en vertu d'une loi autre que la présente loi, peut être transférée séparément d'une créance, d'un instrument négociable ou d'une autre obligation qu'elle garantit.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que les recommandations générales sur l'opposabilité s'appliquent aux sûretés réelles mobilières sur des créances ainsi qu'aux transferts purs et simples de créances. Il expliquera aussi que le passage entre parenthèses dans la deuxième phrase explique que la sûreté ne s'étend pas au droit de tirage (en d'autres termes le droit de demander paiement) d'un engagement*

[20] Voir A/CN.9/611, recommandation 37.

de garantie indépendant. Comme aucune sûreté sur le droit de tirage n'est constituée, la question de l'opposabilité ne se pose pas à cet égard.]

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire[21]

46. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire peut également être rendue opposable si le créancier garanti obtient le contrôle du droit au paiement de ces fonds.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, conformément à la recommandation 33, une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire peut également devenir opposable par inscription d'un avis dans le registre général des sûretés.*]

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant[22]

47. La loi devrait prévoir que, sous réserve de la recommandation 45, une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant ne peut être rendue opposable que si le créancier garanti obtient le contrôle du produit.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que ni la prise de possession d'un engagement de garantie indépendant, ni l'inscription d'un avis ne devraient être des méthodes d'opposabilité d'une sûreté sur un droit au produit d'un tel engagement. La possession d'un engagement (même sous forme matérielle) n'a qu'un rôle restreint dans l'usage moderne des engagements de garantie indépendants. En outre, si la possession figurait dans le Guide parmi les méthodes d'opposabilité, il faudrait prévoir des règles complexes pour la priorité et le conflit de lois. Il convient toutefois de noter que, si la possession ne constitue pas une méthode d'opposabilité, dans la pratique, elle offrirait une protection à un créancier garanti lorsque les clauses de l'engagement subordonnent le tirage à la présentation matérielle de ce dernier. En pareil cas, le bénéficiaire ne pourrait effectuer un tirage valable sans la coopération du créancier garanti, qui pourrait prendre des mesures pour s'assurer d'être payé (par exemple, le créancier garanti pourrait exiger du bénéficiaire qu'il obtienne une acceptation lui donnant le contrôle avant qu'il remette l'engagement et autorise sa présentation au garant/émetteur ou à la personne désignée ayant donné cette acceptation).*]

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable[23]

48. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable peut aussi être rendue opposable si le créancier garanti obtient possession du document.

49. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière sur un document négociable est opposable, la sûreté correspondante sur les biens meubles corporels

---

21 Voir A/CN.9/611/Add.1, recommandation 43.
22 Voir A/CN.9/611/Add.1, recommandation 49.
23 Voir A/CN.9/611/Add.1, recommandations 44 à 44 *ter*.

représentés par ce document l'est également. Aussi longtemps qu'un document négociable représente des biens meubles corporels, il est possible de rendre une sûreté sur ces biens opposable si le créancier garanti obtient possession du document.

50. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable qui a été rendue opposable du fait de l'obtention par le créancier garanti de la possession du document reste opposable pendant une courte durée de [à spécifier] jours après que le document négociable a été restitué au constituant ou à une autre personne, afin que les biens meubles corporels représentés par le document soient définitivement vendus ou échangés, chargés ou déchargés, ou encore que d'autres mesures soient prises à leur égard.

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens rattachés[24]

51. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel est opposable au moment où ce bien devient un bien rattaché, la sûreté reste opposable par la suite.

52. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un bien rattaché à un bien immeuble peut aussi être rendue opposable par inscription dans le registre immobilier.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, conformément à la recommandation 33, une sûreté sur un bien meuble corporel qui est rattaché à un autre bien lorsque la sûreté est rendue opposable ou qui est rattaché par la suite peut être rendue opposable par inscription d'un avis dans le registre général des sûretés. Le commentaire expliquera aussi que la recommandation 51 vise à préciser qu'aucune formalité supplémentaire n'est nécessaire pour rendre opposable une sûreté sur un bien rattaché qui était opposable avant que ce bien ne soit rattaché. Il expliquera en outre que la recommandation 52 indique clairement qu'une sûreté sur un bien rattaché à un immeuble peut être rendue opposable par inscription au registre général des sûretés ou au registre immobilier.*

La présente recommandation vise à protéger l'intégrité et la fiabilité du registre immobilier. Elle est complétée par la recommandation 99, selon laquelle une sûreté sur des biens rattachés à un immeuble rendue opposable conformément au droit immobilier a priorité sur une sûreté grevant les mêmes biens rendue opposable conformément à la présente loi. La recommandation 52 est également complétée par la recommandation 100, selon laquelle une sûreté sur des biens rattachés à un immeuble rendue opposable par inscription au registre immobilier conformément à la recommandation 52 a priorité sur une sûreté grevant l'immeuble concerné inscrite ultérieurement. Il sera également expliqué dans le commentaire que, si une sûreté sur un bien rattaché à un bien immeuble est rendue opposable en vertu de la présente recommandation, ce qui est inscrit ressortit en principe au droit immobilier. Toutefois, il conviendrait peut-être d'appeler l'attention du législateur sur la nécessité de modifier le droit immobilier de manière à autoriser l'inscription d'un avis de sûreté plutôt que des seuls actes notariés. Une difficulté pour les tiers

[24] Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recommandations 45 et 46.

recherchant cet avis est que l'inscription dans le registre immobilier concerne le bien et non le constituant.

Il sera en outre expliqué dans le commentaire que la sûreté grèvera le bien immeuble dans son ensemble, mais que l'avis devrait décrire le bien rattaché et la priorité devrait être limitée à la valeur de ce dernier, s'il est détaché. La question de savoir si le bien rattaché pourrait être détaché et comment le créancier garanti serait payé devrait aussi être abordée sous l'angle de la réalisation (voir recommandation 170). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si un créancier titulaire d'un droit acquis en vertu du droit immobilier devrait avoir le droit de rembourser la dette due au créancier garanti détenant une sûreté acquise en vertu du droit mobilier. Cette question pourrait être réglée dans des accords intercréanciers.

Le commentaire examinera également les solutions adoptées dans la législation récente, dans lesquelles une sûreté sur un bien rattaché est inscrite uniquement au registre général des sûretés et où le registre transmet un avis d'inscription au registre immobilier.]

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière ou d'un autre droit sur des biens rattachés à des biens meubles soumis à un système d'inscription sur un registre spécialisé ou à un système de certificat de propriété[25]

53. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un bien rattaché à un bien meuble soumis à inscription sur un registre spécialisé ou à annotation sur un certificat de propriété conformément à une autre loi peut aussi être rendue opposable par:

a) Inscription sur le registre spécialisé; ou

b) Annotation sur le certificat de propriété.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que la présente recommandation reprend le libellé de la recommandation 42.*]

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur une masse ou un produit fini[26]

Variante A

54. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel est opposable au moment où ce bien est incorporé dans une masse ou un produit fini, la sûreté sur la masse ou sur le produit fini constituée conformément à la présente loi, comme il est prévu dans la recommandation 29, est opposable par la suite sans qu'un acte supplémentaire soit nécessaire.

Variante B

54. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel est opposable au moment où ce bien est incorporé dans une masse ou un produit fini, la sûreté sur la masse ou sur le produit fini constituée conformément à

[25] Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recommandation 46 *bis*.
[26] Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recommandation 47.

la présente loi, comme il est prévu dans la recommandation 29, est opposable par la suite pendant […] jours après la création de la masse ou du produit fini. La sûreté reste opposable par la suite si elle est rendue opposable par une des méthodes mentionnées dans la recommandation 33 ou 35 avant l'expiration de ce délai.

VI. Le système de registre[27]

Objet

Les dispositions de la loi relatives au système de registre ont pour objet d'établir un registre général des sûretés et de réglementer son fonctionnement. Le système de registre a pour objet de fournir:

a) Une méthode par laquelle une sûreté réelle mobilière existante ou future sur des biens existants ou futurs du constituant peut être rendue opposable;

b) Une base pour les règles de priorité qui sont fonction de la date à laquelle une sûreté réelle mobilière a été rendue opposable; et

c) Une source objective d'information permettant aux tiers réalisant des opérations avec des biens du constituant (comme des créanciers garantis ou des acheteurs éventuels, des créanciers judiciaires et le représentant de l'insolvabilité du constituant) de savoir si les biens sont grevés d'une sûreté réelle mobilière.

Le système de registre devrait être conçu de sorte que l'inscription et la recherche soient simples, rapides, économiques, commodes et accessibles au public.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le commentaire établira un lien entre la section "objet" du présent chapitre et les recommandations 12 et 13 (Constitution), 30 (qui distingue la constitution de l'opposabilité), 34 (qui souligne que l'inscription n'emporte pas constitution d'une sûreté), 42 (inscription sur un registre spécialisé) et 64 (qui souligne que l'inscription peut avoir lieu avant la constitution de la sûreté).*

Le commentaire expliquera également que les systèmes de registre: a) qui exigent le dépôt de documents (plutôt que l'inscription d'un avis comme le prévoient les recommandations 55 b) et 58); b) qui exigent une vérification ou un examen approfondi des documents (par opposition à ceux qui n'exigent aucune vérification ni aucun examen approfondi par quiconque excepté la personne procédant à l'inscription, comme le prévoit la recommandation 55 c)); c) qui ont des effets constitutifs (et non les effets décrits dans la recommandation 33 ou 35); et d) qui imposent des frais d'inscription élevés (par exemple ad valorem*) (plutôt que des tarifs modiques à prix coûtant, comme le prévoit la recommandation 55 h)) ne se prêtent pas à une inscription rapide, efficace, peu coûteuse et commode, qui est cruciale pour une loi sur les sûretés réelles mobilières qui favorise l'accès à un crédit meilleur marché.*]

Cadre de fonctionnement de l'inscription et de la recherche

55. La loi devrait prévoir un cadre administratif pour que l'inscription et la recherche fonctionnent comme suit:

---

[27] Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.5.

a) Des guides clairs et concis sur les procédures d'inscription et de recherche sont accessibles à un large public et des informations relatives à l'existence et au rôle du registre sont largement diffusées;

b) L'inscription est effectuée par enregistrement d'un avis, contenant les informations spécifiées dans la recommandation 58, et non d'une copie de la convention constitutive de sûreté sous-jacente ou d'un autre document;

c) Un avis peut être enregistré sans vérification ni examen approfondi de la part de quiconque excepté la personne procédant à l'inscription;

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le commentaire expliquera que des avis faux ou trompeurs peuvent être annulés conformément à la recommandation 68, tandis que la question de savoir s'il faut sanctionner une personne ayant sciemment enregistré un avis faux ou trompeur est laissée au droit de la responsabilité délictuelle, au droit pénal ou à un autre droit. Le commentaire apportera également des orientations sur les types de sanctions possibles.*]

d) L'utilisateur peut effectuer une recherche sans avoir à justifier celle-ci;

e) Le fichier du registre est centralisé et contient tous les avis de sûretés enregistrés en vertu de la présente loi;

f) Les avis sont indexés et peuvent être retrouvés par les utilisateurs à partir du nom du constituant ou de quelque autre élément fiable permettant d'identifier celui-ci, comme le numéro d'identification ou d'immatriculation au registre du commerce attribué par l'État;

g) Le registre est ouvert au public;

h) Les tarifs d'inscription et de recherche ne sont pas plus élevés que nécessaire pour permettre le recouvrement des coûts;

i) Les personnes procédant à l'inscription ont le choix entre plusieurs modes et points d'accès au registre;

j) Le registre pratique des horaires de service fiables et réguliers qui sont compatibles avec les besoins des utilisateurs potentiels; et

k) Dans la mesure où les infrastructures de l'État le permettent, le système d'inscription est informatisé. En particulier,

i) Les avis sont conservés sous forme électronique dans une base de données informatique;

ii) Les personnes qui procèdent à une inscription et celles qui font une recherche ont un accès immédiat au fichier du registre par des moyens électroniques ou similaires, y compris Internet et l'échange de données informatisées;

iii) Le système est programmé pour réduire au maximum le risque de saisie d'informations incomplètes ou inutiles (par exemple, en exigeant que les champs concernant les données essentielles soient remplis); et

iv) Le système est programmé pour faciliter une extraction rapide et complète des informations et pour réduire au maximum les conséquences pratiques des erreurs humaines.

Sécurité et intégrité du registre

56. Afin d'assurer la sécurité et l'intégrité du fichier du registre, le cadre de fonctionnement et le cadre juridique du registre devraient présenter les caractéristiques suivantes:

a) Une personne procédant à l'inscription peut obtenir une copie de cette inscription aussitôt après la saisie des informations dans le fichier du registre;

b) L'identité de la personne procédant à l'inscription est demandée et saisie dans le fichier du registre;

c) [Le registre] [Le créancier garanti] est tenu de transmettre une copie de l'avis au constituant désigné sur celui-ci;

d) Le registre est tenu d'envoyer une copie de toute modification apportée à un avis au créancier garanti désigné sur celui-ci;

e) Bien que l'exploitation courante du registre puisse être déléguée à un organisme privé, l'État reste chargé de s'assurer que le registre est exploité conformément au cadre juridique qui s'applique à lui; et

f) Le fichier du registre peut être reconstitué.

Responsabilité en cas de perte ou de dommage

57. La loi devrait prévoir des dispositions pour l'attribution de la responsabilité en cas de perte ou de dommage causé par une erreur dans l'administration ou l'exploitation du système d'inscription et de recherche. Si le système est conçu pour permettre aux utilisateurs d'inscrire et de rechercher directement des avis sans intervention du personnel du registre, la responsabilité du registre se limite aux défaillances du système.

Teneur exigée de l'avis

58. La loi devrait prévoir que l'avis doit contenir seulement les éléments suivants:

a) L'identité du constituant, conformément aux recommandations 59 à 61, et celle du créancier garanti, ou de son représentant, ainsi que leur adresse;

b) Une description du bien visé par l'avis conformément à la recommandation 63;

c) La durée de l'inscription conformément à la recommandation 64; et

[d) Une déclaration du montant monétaire maximum pour lequel la sûreté peut être réalisée [si l'État estime que cette information est utile pour faciliter des prêts subordonnés.]]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le commentaire expliquera que la définition du terme "représentant" peut relever d'une autre loi, mais que ce terme inclut un mandataire, un fiduciaire ou une autre personne agissant au nom ou en faveur du créancier garanti.*]

Caractère suffisant de l'élément identifiant le constituant

59. La loi devrait prévoir qu'un avis n'a effet que s'il indique l'élément permettant d'identifier correctement le constituant ou, en cas d'indication incorrecte, s'il est possible de retrouver cet avis en effectuant une recherche dans le fichier du registre à partir de l'élément d'identification correct.

60. La loi devrait prévoir que, lorsque le constituant est une personne physique, l'élément permettant de l'identifier aux fins d'une inscription efficace est son nom, tel qu'il figure sur un document officiel spécifié, tel qu'un acte de naissance, une carte d'identité ou un passeport. Lorsque cela est nécessaire, des informations supplémentaires, comme la date de naissance ou le numéro de carte d'identité, devraient être exigées pour bien identifier le constituant.

61. La loi devrait prévoir que, lorsque le constituant est une personne morale, l'élément permettant de l'identifier aux fins d'une inscription efficace est le nom qui figure dans ses documents constitutifs.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le commentaire précisera que lorsque le nom du constituant figure dans un fichier distinct tenu par l'État, par exemple, un registre du commerce ou des sociétés, l'État peut, s'il le souhaite, créer des liens entre les deux registres pour faciliter la saisie de données exactes. Le commentaire expliquera aussi qu'un identifiant autre que le nom (par exemple la date de naissance) est exigé pour les personnes physiques afin de distinguer deux personnes qui porteraient le même nom. Un tel identifiant n'est pas exigé pour les sociétés car leur nom doit être unique pour pouvoir être accepté par le registre des sociétés.*]

Changement de l'élément identifiant le constituant

62. La loi devrait prévoir que, si l'élément utilisé dans l'avis pour identifier le constituant change après que l'avis a été enregistré:

a) Une sûreté réelle mobilière sur un bien grevé sur lequel le constituant a des droits à la date du changement reste opposable;

b) Une sûreté réelle mobilière sur un bien acquis par le constituant ou créé dans les [...] jours qui suivent la date du changement est opposable; et

c) Une sûreté réelle mobilière sur un bien acquis par le constituant ou créé plus de [...] jours après la date du changement n'est pas opposable sauf si l'avis est modifié de manière à indiquer le nouvel élément identifiant le constituant.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les variantes suivantes pour la recommandation 62:*

"Variante A

La loi devrait prévoir que, si l'élément identifiant le constituant change après qu'un avis a été enregistré, la sûreté reste opposable jusqu'à ce que le constituant notifie le changement de nom au créancier garanti. Ce dernier dispose ensuite de [...] jours pour modifier l'avis. S'il ne le modifie pas, la sûreté est inopposable aux créanciers garantis qui inscrivent et aux acheteurs qui acquièrent un droit sur le bien grevé après l'expiration de ce délai, sauf si le créancier garanti modifie l'avis

avant que la sûreté concurrente soit inscrite ou que l'acheteur acquière un droit sur le bien.

Variante B

La loi devrait prévoir que, si l'élément identifiant le constituant change après qu'un avis a été enregistré, le créancier garanti dispose de [...] jours pour modifier l'avis. S'il ne le modifie pas, la sûreté est inopposable aux créanciers garantis qui inscrivent et aux acheteurs qui acquièrent un droit sur le bien grevé après l'expiration d'un délai de [...] jours à compter de ce changement, sauf si le créancier garanti modifie l'avis avant que la sûreté concurrente soit inscrite ou que l'acheteur acquière un droit sur le bien."

Le Groupe de travail voudra peut-être aussi noter que le commentaire apportera des orientations sur la durée du délai mentionné dans la recommandation 62 (par exemple 60, 90 ou 120 jours). Le commentaire examinera également les différents cas dans lesquels une personne morale peut changer de nom (par exemple, fusion ou acquisition).]

Caractère suffisant de la description des biens visés par un avis

63. La loi devrait prévoir qu'une description des biens visés par un avis est suffisante si elle identifie ces biens d'une façon qui permette de les distinguer des autres biens du constituant. Une description générique des biens grevés est suffisante.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le commentaire expliquera que des descriptions comme "tous les stocks" ou "tous les biens présents et futurs" seraient suffisantes.*]

Date de l'inscription

64. La loi devrait prévoir qu'un avis relatif à une sûreté peut être inscrit avant ou après la constitution de la sûreté.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que l'objet de la présente recommandation est de confirmer que l'inscription peut avoir lieu avant la constitution de la sûreté. Le commentaire expliquera qu'en autorisant l'inscription anticipée, le Guide cherche à permettre aux créanciers garantis d'assurer leur position prioritaire en procédant à l'inscription – surtout face à d'éventuels réclamants concurrents – le plus tôt possible, de manière à faciliter l'octroi de crédits dès la conclusion de la convention constitutive de sûreté officielle (voir aussi recommandation 76, selon laquelle la priorité remonte à la date de l'inscription (c'est-à-dire avant la constitution de la sûreté, si l'on part du principe qu'une sûreté voit le jour par la suite) ou au moment de l'opposabilité (c'est-à-dire la constitution plus l'inscription ou la prise de possession). Le commentaire expliquera aussi que les avis inexacts ou faux sont sans conséquence pour le constituant car ils n'ont aucune incidence juridique et, en tout état de cause, le débiteur peut toujours demander l'annulation de l'avis conformément à la recommandation 68 ou exercer d'autres moyens en se fondant sur le droit de la responsabilité délictuelle, le droit pénal ou autre.*]

Avis unique pour plusieurs conventions constitutives de sûretés conclues entre les mêmes parties

65. La loi devrait prévoir que l'inscription d'un seul avis suffit pour assurer l'opposabilité des sûretés réelles mobilières qui ont été ou qui seront constituées par l'ensemble des conventions conclues entre les mêmes parties dans la mesure où elles couvrent des biens meubles individualisés ou des types de biens meubles qui entrent dans la description figurant dans l'avis.

Durée et prorogation de l'avis

66. La loi devrait spécifier la durée d'un avis ou autoriser la personne procédant à l'inscription à choisir cette durée lors de l'inscription et à la prolonger à tout moment avant son expiration.

Moment où prend effet l'avis ou la modification

67. La loi devrait prévoir qu'un avis ou sa modification prend effet lorsque les informations qui y sont contenues sont saisies dans le fichier du registre de manière à être accessibles aux personnes effectuant une recherche dans le fichier.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que, si le système d'inscription autorise le dépôt d'avis sur papier auprès du registre (et non la saisie directe des données par la personne procédant à l'inscription), un certain laps de temps s'écoulera entre la réception de l'avis par le conservateur du registre et le moment où les informations contenues dans cet avis seront saisies dans le fichier par le personnel du registre pour devenir accessibles aux personnes effectuant une recherche. La question ici est de savoir quand l'inscription devrait prendre effet, à savoir au moment de la réception de l'avis par le conservateur ou au moment où celui-ci est intégré dans le fichier et devient accessible aux utilisateurs. Dans le premier cas, une recherche ne fera pas apparaître toutes les inscriptions ayant effet juridiquement. Pour répondre au besoin d'information des tiers, la présente recommandation fait donc correspondre le moment de l'inscription et celui où l'information est consultable. Bien que, dans cette solution, le risque associé à tout retard soit supporté par le créancier garanti, ce dernier est mieux à même de se protéger que les tiers. En outre, les recommandations précédentes sur la conception et le fonctionnement du registre devraient garantir des procédures d'inscription rapides et efficaces. Dans un système entièrement électronique qui n'exige pas d'intervention de la part du personnel du registre, la saisie de l'avis dans le fichier et sa mise à disposition des utilisateurs sont presque simultanées et ce problème est considérablement réduit.*

Le Groupe de travail notera peut-être aussi que le commentaire expliquera qu'une modification peut prendre plusieurs formes telles que: a) ajout ou suppression de biens individualisés ou de types de biens grevés, b) ajout ou suppression de l'élément d'identification du constituant; c) enregistrement d'un changement de l'élément d'identification du constituant ou du créancier garanti; d) déclaration d'une cession de la sûreté par le créancier garanti désigné dans l'inscription initiale à un nouveau créancier garanti; ou e) déclaration d'un accord de cession de rang ou d'un engagement qui a une incidence sur une sûreté inscrite.]

Annulation ou modification d'un avis

68. La loi devrait prévoir que, si aucune convention constitutive de sûreté n'a été conclue, si la sûreté est éteinte [du fait du paiement intégral ou autre] ou si l'avis contient une information qui n'est pas autorisée par le constituant:

a) Le créancier garanti doit annuler ou modifier l'avis dans un délai de [...] jours suivant la demande écrite du constituant;

b) Le constituant est en droit de faire annuler ou modifier l'avis par une procédure simplifiée;

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que le commentaire expliquera que le constituant peut demander l'annulation de l'avis conformément à l'alinéa b) même avant l'expiration du délai prévu à l'alinéa a). Dans ce cas, toutefois, il aura peut-être à supporter lui-même tous les frais en découlant (voir A/CN.9/593, par. 54). Le Groupe de travail notera peut-être aussi que le commentaire fournira des orientations aux États quant à la durée du délai mentionné dans la présente recommandation (par exemple 20 à 30 jours).*]

69. La loi devrait prévoir que le créancier garanti est en droit d'annuler ou de modifier un avis à tout moment.

70. La loi devrait prévoir que, lorsqu'un avis a été annulé, il devrait être supprimé des fichiers consultables du registre dans un bref délai après son annulation. Toutefois, les informations figurant sur l'avis annulé et l'acte d'annulation devraient être conservés pour pouvoir être retrouvés si nécessaire.

71. [La loi devrait prévoir que, dans le cas d'une cession de l'obligation garantie, [l'avis peut être modifié pour que soit indiqué le nom du nouveau créancier garanti, mais l'avis non modifié continue à produire effet] [pour continuer à produire effet, l'avis doit être modifié pour que soit indiqué le nom du nouveau créancier garanti].]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner laquelle des variantes présentées entre crochets dans la recommandation ci-dessus est préférable (voir A/CN.9/593, par. 56).*]

VII. Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur les droits de réclamants concurrents[28]

Objet

Les dispositions de la loi relatives à la priorité ont pour objet:

a) D'établir un régime efficace et prévisible pour déterminer le rang de priorité d'une sûreté réelle mobilière par rapport aux droits de tous les réclamants concurrents possibles; et

b) De faciliter les opérations par lesquelles un constituant peut créer plus d'une sûreté réelle mobilière sur le même bien et tirer ainsi parti de toute la valeur de ses biens pour obtenir des crédits.

[28] Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.6.

A. Recommandations générales

Portée de la priorité

72. La loi devrait prévoir que la priorité accordée à une sûreté réelle mobilière s'applique à l'ensemble des obligations garanties dans la convention constitutive de sûreté [à concurrence d'un montant monétaire maximum indiqué dans l'avis].

Caractère indifférent de la connaissance de l'existence de la sûreté

73. La loi devrait prévoir que la connaissance de l'existence de la sûreté réelle mobilière de la part d'un réclamant concurrent n'a aucune incidence sur ses droits découlant des dispositions la loi relatives à la priorité.

Priorité des sûretés réelles mobilières garantissant des obligations futures

74. [Sous réserve de la recommandation 86,] la priorité d'une sûreté réelle mobilière ne dépend pas de la date à laquelle l'obligation garantie a été souscrite.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire précisera qu'au cas où une sécurité garantissant un crédit est rendue opposable le jour 1 et que le crédit est octroyé le jour 2 puis les jours 3 et 4, la priorité compte à partir du moment où la sûreté a été rendue opposable (c'est-à-dire à partir du jour 1). Le commentaire expliquera aussi qu'une exception à cette règle est énoncée dans la recommandation 86 qui prévoit que, si l'obligation garantie a été souscrite après qu'un créancier judiciaire a acquis des droits sur le bien grevé, la sûreté est subordonnée aux droits du créancier judiciaire. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si d'autres exceptions devraient être introduites (par exemple la superpriorité d'une sûreté en garantie du paiement d'une acquisition devrait être limitée aux obligations garanties souscrites jusqu'au moment de l'acquisition des biens concernés par le bénéficiaire du transfert).*]

Accords de cession de rang

75. La loi devrait prévoir qu'un réclamant concurrent prioritaire peut à tout moment renoncer unilatéralement ou conventionnellement à sa priorité en faveur de tout autre réclamant concurrent existant ou futur.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera que, dans la présente recommandation, un accord de cession de rang serait possible non seulement entre des réclamants concurrents n'ayant pas le même rang de priorité mais aussi entre des réclamants concurrents ayant le même rang de priorité (voir A/CN.9/593, par. 61). Il souhaitera peut-être aussi noter que les accords de cession de rang en cas d'insolvabilité du constituant sont traités dans la recommandation 179.*]

Priorité entre des sûretés réelles mobilières grevant les mêmes biens

76. La loi devrait prévoir que, sous réserve des dispositions des recommandations [...], une sûreté sur des biens meubles inscrite ou rendue opposable, selon ce qui intervient en premier, a priorité sur une sûreté grevant les mêmes biens qui a été inscrite ou rendue opposable par la suite. La date de l'inscription détermine la priorité d'une sûreté réelle mobilière pour tous les biens

grevés, que ceux-ci soient acquis par le constituant ou soient créés à cette date ou encore avant ou après cette date.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire précisera que l'inscription ici fait référence à l'inscription avant la constitution de la sûreté, conformément à la recommandation 64, tandis que l'opposabilité renvoie à la constitution de la sûreté complétée par les formalités d'opposabilité, conformément aux recommandations 33, 35 ou 36. Le commentaire expliquera aussi que les questions de priorité se posent lorsqu'il y a des droits concurrents sur les mêmes biens, lorsque le débiteur n'exécute pas l'obligation garantie et lorsque la valeur des biens grevés n'est pas suffisante pour satisfaire l'ensemble des obligations garanties. Le commentaire précisera également que:*

a) Entre deux sûretés inscrites dans le registre général des sûretés, la première sûreté inscrite l'emporte;

b) Entre deux sûretés inscrites dans un registre spécialisé ou annotées sur un certificat de propriété, la première sûreté inscrite l'emporte;

c) Entre une sûreté inscrite dans le registre général des sûretés et une sûreté inscrite dans un registre spécialisé ou annotée sur un certificat de propriété, la seconde l'emporte (du fait de la recommandation 79); et

d) Entre une sûreté inscrite (avant sa constitution) dans le registre général des sûretés ou dans un registre spécialisé ou annotée sur un certificat de propriété et une sûreté (constituée et) rendue opposable, la première sûreté inscrite ou rendue opposable l'emporte.

De plus, le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera aussi que lorsqu'une sûreté n'est pas opposable, aucune question de priorité ne se pose et les sûretés ont donc le même rang. Le commentaire expliquera en outre que la recommandation 76 s'applique à un conflit entre deux sûretés sur les mêmes biens grevés (pour savoir si elle devrait s'appliquer aux conflits avec un acheteur et un créancier judiciaire, voir la note sur la recommandation 82).

Enfin, le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire expliquera également que la priorité est donnée dès son inscription à une sûreté inscrite avant sa constitution afin d'encourager l'inscription anticipée (qui informe les tiers) et de sécuriser les créanciers garantis en leur permettant de déterminer la priorité de leurs sûretés avant d'accorder un crédit. Ce motif ne s'applique pas à la possession anticipée. Une telle règle serait en outre inutile en ce qui concerne les instruments et documents négociables, car leur possession donne un droit supérieur à celui accordé par l'inscription (voir recommandations 89, 90, 97 et 98). Pour les autres biens meubles corporels, on part du principe que la possession anticipée n'est pas pratiquée (la remise de la possession reposera toujours sur un accord concernant la sûreté). En conséquence, aucune règle générale s'inspirant de la recommandation 76 n'est introduite en ce qui concerne la possession anticipée. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il existe des pratiques de financement importantes dans lesquelles le créancier garanti peut prendre possession des biens grevés avant un tel accord et, dans l'affirmative, si le créancier garanti qui a pris possession de manière anticipée devrait avoir la priorité à partir de ce moment (voir A/CN.9/593, par. 68).]

Maintien de la priorité

77. La loi devrait prévoir que la priorité d'une sûreté réelle mobilière n'est pas affectée par une modification de la méthode par laquelle la sûreté est rendue opposable, à condition que la sûreté ne soit inopposable à aucun moment.

78. La loi devrait prévoir que, si une sûreté a été inscrite ou rendue opposable et si, par la suite, à un certain moment elle n'est ni inscrite ni opposable, sa priorité remonte à la première date à laquelle elle est ensuite soit inscrite soit rendue opposable.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que, dans la recommandation 39, l'opposabilité est continue. Si elle s'interrompt, elle remonte au moment où elle a été rétablie (voir aussi les exemples donnés dans la note relative à la recommandation 39).*]

Priorité d'une sûreté réelle mobilière ou d'un autre droit inscrit dans un registre spécialisé ou annoté sur un certificat de propriété

79. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière ou un autre droit (tel que le droit d'un acheteur ou d'un bailleur) sur des biens meubles autres que des biens rattachés qui a été rendue opposable conformément à la recommandation 42 a la priorité sur:

a) Une sûreté réelle mobilière grevant les mêmes biens pour laquelle un avis a été inscrit dans le registre général des sûretés ou qui a été rendue opposable par toute autre méthode indépendamment de l'ordre; et

b) Une sûreté réelle mobilière qui a par la suite été inscrite dans le registre spécialisé ou annotée sur un certificat de propriété.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit[29]

80. Sous réserve des dispositions des recommandations [...], la loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un bien grevé qui est opposable a le même rang de priorité que la sûreté sur le bien grevé lui-même.

Droit des acheteurs, des preneurs à bail et des titulaires de licence de biens grevés

81. La loi devrait prévoir que, lorsqu'une sûreté réelle mobilière est opposable, elle est maintenue sur les biens grevés aux mains d'un tiers sous réserve des dispositions des recommandations 82, 83 et 84.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que la présente recommandation est destinée à énoncer la règle selon laquelle le créancier garanti peut suivre le bien entre les mains d'une personne à qui le bien a été transféré (droit de suite, énoncé quelque peu différemment dans la recommandation32).*]

82. La loi devrait prévoir que:

a) Une sûreté réelle mobilière cesse lorsque le constituant vend le bien grevé ou en dispose autrement si [:

[29] Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recommandation 67.

i)] Le créancier garanti autorise cette vente ou cet autre acte de disposition du bien libre de la sûreté [; ou

ii) Dans le cas d'une sûreté inscrite avant sa constitution, le créancier garanti a connaissance de la vente]; et

b) Une sûreté réelle mobilière est sans incidence sur les droits d'un preneur à bail ou d'un titulaire de licence du bien grevé si [:

i)] Le créancier garanti autorise le constituant à louer ou à mettre sous licence le bien [sur lequel la sûreté n'a aucune incidence] [; ou

ii) Dans le cas d'une sûreté inscrite avant sa constitution, le créancier garanti a connaissance du bail ou de la licence.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le libellé de l'alinéa b) de la présente recommandation a été modifié pour répondre à une préoccupation exprimée à la trente-neuvième session de la Commission (voir A/61/17, par. 37); pour la même raison, des modifications analogues ont été apportées aux recommandations 83 b) et c) et 84 (deuxième phrase) et la question a été traitée dans les paragraphes suivants.*

Conformément à la recommandation 76, l'inscription d'un avis sur un registre avant la constitution d'une sûreté donne la priorité sur une autre sûreté (constituée et) rendue opposable plus tard. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si cette recommandation devrait s'appliquer aux conflits de priorité entre un créancier garanti et un acheteur, un preneur à bail ou un titulaire de licence de biens grevés acquérant un droit sur les biens après l'inscription d'un avis mais avant la constitution effective d'une sûreté sur ces biens. On peut considérer que l'acheteur, le preneur à bail ou le titulaire de licence devrait alors prendre le bien libre de toute sûreté, car au moment où la sûreté est constituée, les biens grevés ne sont plus la propriété du vendeur ou sont détenus ou utilisés par le preneur à bail ou le titulaire de la licence. L'inconvénient d'une telle approche serait que le créancier garanti pourrait alors invoquer l'inscription anticipée pour préserver la priorité uniquement par rapport à d'autres créanciers garantis. Par rapport à ceux auxquels le bien a été transféré entre-temps, il devrait mener d'autres recherches avant de pouvoir accorder en toute sécurité un crédit une fois que la sûreté voit le jour.

Un problème analogue se pose lorsqu'un créancier judiciaire acquiert des droits sur les biens grevés après l'inscription anticipée d'un avis relatif à une sûreté mais avant la constitution effective de la sûreté. La situation est alors quelque peu différente, car un créancier garanti n'est pas subordonné aux droits du créancier judiciaire, conformément aux recommandations du présent chapitre, tant qu'il n'a pas véritablement connaissance des droits de ce dernier; il a alors un rang inférieur pour ce qui est des avances faites après avoir eu connaissance de ces droits. Par conséquent, si la sûreté n'a pas encore été constituée lorsque le créancier judiciaire informe le créancier garanti des droits qu'il a acquis entre-temps, celui-ci peut se protéger soit en demandant au constituant de s'acquitter du jugement, soit en réduisant le crédit qu'il envisage d'accorder. Une règle analogue pourrait être adoptée pour les personnes ayant acheté les biens entre-temps. Conformément à cette approche, un acheteur, un preneur à bail ou un titulaire de licence prendrait les biens libres d'une sûreté préalablement enregistrée qui n'est pas encore constituée à condition que le créancier garanti ait connaissance de la vente, du bail

ou de la licence. Les acheteurs, les preneurs à bail et les titulaires de licence pourraient alors se protéger en notifiant leur opération plutôt qu'en obtenant du créancier garanti qu'il renonce concrètement à sa priorité. Le créancier garanti serait aussi protégé car il aurait en fait connaissance de l'opération effectuée entre-temps avant de conclure la convention constitutive de la sûreté. Le texte entre crochets, aux alinéas a) ii) et b) ii) aborde ce point.

Le Groupe de travail voudra peut-être noter aussi que l'application de la règle figurant dans la recommandation 82 exige une comparaison de la date à laquelle une sûreté a été rendue opposable et de la date de la vente, du bail ou de la licence du bien grevé (une sûreté non opposable ne produisant aucun effet à l'égard des acheteurs, des preneurs à bail et des titulaires de licence). Si la date à laquelle la sûreté a été rendue opposable est en général évidente (dans la mesure où le registre indiquera la date à laquelle l'avis a été inscrit), il n'en va pas nécessairement de même pour la date à laquelle une vente a eu lieu. Par exemple, un contrat concernant la vente de biens meubles corporels qui sont des biens grevés peut avoir été conclu entre le constituant/vendeur et l'acheteur à la date 1, ces biens peuvent avoir été expédiés à l'acheteur à la date 2 (soit parce que le contrat prévoyait l'expédition à cette date, soit pour une autre raison), ils peuvent avoir été reçus par l'acheteur à la date 3 et celui-ci peut les avoir payés à la date 4; en vertu de la loi applicable, la vente par le constituant/vendeur à l'acheteur peut avoir eu lieu à l'une quelconque de ces dates ou à une autre date encore. L'application de la règle énoncée dans la recommandation 82 exige de connaître la date à laquelle la vente a eu lieu, car la date à laquelle la sûreté a été rendue opposable pourrait être antérieure à certaines de ces dates mais pas à toutes. Le Groupe de travail voudra donc peut-être examiner si la recommandation 82 (ou le commentaire qui l'accompagne) devrait donner des indications supplémentaires sur le moment auquel une vente devrait être considérée comme ayant eu lieu afin de déterminer les droits de l'acheteur sur les biens par rapport au créancier garanti. Le commentaire précisera aussi que, si le constituant d'un bien le vend avec une réserve de propriété, l'acheteur prend ce bien libre de cette réserve lorsqu'il s'acquitte du prix. Avant cela, le vendeur réservataire a les droits d'un propriétaire (ou d'un créancier garanti selon qu'une approche unitaire ou non unitaire est suivie).]

83. La loi devrait aussi prévoir que:

a) Un acheteur dans le cours normal des affaires [et un acheteur de biens de consommation] prend les biens libres de toute sûreté réelle mobilière;

b) Une sûreté réelle mobilière est sans incidence sur les droits d'un preneur à bail dans le cours normal des affaires; et

c) Une sûreté réelle mobilière est sans incidence sur les droits d'un titulaire de licence dans le cours normal des affaires dans le cadre d'une licence non exclusive.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que, d'après la définition uu), l'"acheteur dans le cours normal des affaires" est un acheteur de stocks dans le cours normal des affaires qui ne sait pas que la vente se fait en violation d'une sûreté ou d'un autre droit. Il voudra peut-être recommander que les acheteurs de biens de consommation [de faible valeur] qui ne savent pas qu'une sûreté grève ces biens acquièrent ces derniers libres de la sûreté. À cet égard, il souhaitera peut-être tenir compte du fait que l'acheteur n'aurait*

aucun moyen de connaître l'existence d'une sûreté sur les biens car, conformément aux recommandations 41 et 185, les sûretés sur des biens de consommation de faible valeur non liées à leur acquisition et les sûretés grevant des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition ne sont pas soumises à inscription (voir A/CN.9/593, par. 77). En ce qui concerne les alinéas b) et c), le commentaire expliquera que la sûreté ne cesse pas d'exister, mais que pendant la durée du bail ou de la licence, le droit du créancier garanti est limité à celui du bailleur ou du donneur de licence.]

84. La loi devrait prévoir que, lorsqu'un acheteur ou un bénéficiaire d'un transfert acquiert un bien grevé libre d'une sûreté réelle mobilière, toute personne qui acquiert auprès de lui par la suite un droit sur ce bien l'acquiert aussi libre de la sûreté. Lorsqu'une sûreté réelle mobilière n'a aucune incidence sur les droits d'un preneur à bail ou d'un titulaire de licence, elle n'a aucune incidence non plus sur les droits d'un sous-locataire ou d'un titulaire d'une sous-licence.

Priorité des créances privilégiées

85. La loi devrait limiter tant le nombre que le montant des créances privilégiées naissant par l'effet de la loi qui ont priorité sur des sûretés réelles mobilières et, dans la mesure où des créances privilégiées existent, elles devraient être décrites dans la loi de manière claire et précise.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si les acheteurs, les preneurs à bail et les titulaires de licence devraient prendre le bien libre de toutes créances privilégiées. Comme cette question ne concerne pas un conflit de priorité avec une sûreté réelle mobilière, elle pourra être traitée dans le commentaire.*]

Priorité des droits des créanciers judiciaires

86. La loi devrait prévoir que [, sous réserve des dispositions de la recommandation 188,] une sûreté réelle mobilière a priorité sur les droits d'un créancier chirographaire à condition qu'elle ait été rendue opposable avant que celui-ci ait obtenu [, en vertu d'une loi autre que la présente loi,] un jugement ou une décision judiciaire provisoire contre le constituant et pris les mesures nécessaires pour acquérir des droits sur des biens du constituant sur le fondement de ce jugement ou de cette décision. La priorité de la sûreté s'applique au crédit accordé par le créancier garanti dans un nombre de jours spécifié après que le créancier chirographaire a notifié à celui-ci l'existence de ses droits sur les biens mais non au crédit accordé après l'expiration de ce délai.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner: a) s'il est possible qu'une sûreté sur un bien particulier devienne opposable au moment où un créancier chirographaire acquiert, sur le fondement d'un jugement ou d'une décision judiciaire provisoire, un droit sur ce bien; et b) dans l'affirmative, lequel de ces droits a priorité sur l'autre.*

Le problème est extrêmement important dans le cas d'une sûreté sur des biens futurs d'un constituant. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner l'exemple ci-après. Un créancier garanti prend une sûreté sur l'ensemble des biens présents et futurs du constituant et octroie un crédit à ce dernier. Il inscrit un avis qui couvre les biens actuels et futurs. Par la suite, en vertu d'une loi autre que la loi

sur les opérations garanties, un créancier chirographaire du constituant obtient un jugement ou une décision judiciaire provisoire lui conférant un droit sur les biens actuels et futurs du constituant. Plus tard encore, le constituant achète des biens nouveaux dont il prend livraison. À ce moment, il acquiert des droits sur ces biens et la sûreté sur eux est constituée et, du fait de l'inscription antérieure de l'avis, elle est immédiatement opposable. Parallèlement, le créancier chirographaire obtient un droit sur ces biens en raison du jugement ou de la décision judiciaire provisoire précédemment prononcé qui prévoit un tel droit. Le libellé actuel de la recommandation 86 dispose que le droit du créancier chirographaire a priorité sur la sûreté du créancier garanti.

Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si, en pareil cas, c'est le créancier garanti qui devrait avoir la priorité au lieu du créancier judiciaire. Ce résultat semblerait aller dans le sens des objectifs du Guide, à savoir créer une plus grande sécurité pour le créancier garanti en vue d'augmenter l'offre de crédit meilleur marché. Il serait facile d'obtenir ce résultat, sans grande modification du texte, en ajoutant dans la première phrase de la recommandation 86 les mots "au moment où celui-ci a obtenu" immédiatement avant les mots "ou avant que celui-ci ait obtenu".

Le Groupe de travail voudra peut-être examiner aussi si une exception à cette recommandation devrait être introduite pour les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions rendues opposables pendant le délai de grâce applicable (voir recommandation 184). Ces sûretés ne devraient pas être primées par un créancier judiciaire mentionné dans la présente recommandation dont le droit sur le bien grevé est né après la constitution de la sûreté mais avant qu'elle soit rendue opposable. S'il en était autrement, l'utilisation du délai de grâce serait trop risquée pour les parties finançant l'acquisition.

Le Groupe de travail voudra peut-être noter en outre que le commentaire expliquera que la priorité énoncée dans la recommandation 84 ne s'applique pas au crédit promis mais non octroyé avant que le créancier judiciaire ait pris les mesures nécessaires pour acquérir des droits sur les biens grevés. Cette approche repose sur l'hypothèse que le jugement sera un cas de défaillance dans le cadre du mécanisme de crédit permettant au créancier garanti de cesser d'accorder tout crédit.

Le commentaire expliquera aussi les incidences de la présente recommandation sur certaines pratiques dans lesquelles le mécanisme de crédit ne prévoit pas de cas de défaillance, comme un engagement de garantie indépendant que l'émetteur ne peut révoquer s'il n'autorise pas la révocation du fait d'un jugement contre les biens garantissant l'obligation du constituant de le rembourser de la somme versée en vertu de l'engagement.

Le commentaire expliquera en outre que, si la priorité devait se limiter à un montant indiqué dans l'avis inscrit, le problème pourrait être résolu car les biens restants du constituant garanti permettraient de régler les créances des créanciers chirographaires (voir A/CN.9/593, par. 80 à 82). Il donnera aussi des indications sur le délai évoqué dans la présente recommandation.]

Priorité des droits des personnes ayant augmenté ou préservé la valeur des biens grevés

87. Si une loi autre que la présente loi confère des droits équivalents à des sûretés réelles mobilières à un créancier qui a valorisé des biens meubles corporels (par exemple en les réparant) ou en a préservé la valeur (par exemple en les stockant ou en les transportant), ces droits sont limités aux biens en possession dudit créancier, dont la valeur a été augmentée ou préservée, à concurrence de la valeur ainsi ajoutée ou préservée, et ont priorité sur les sûretés réelles mobilières antérieures sur les mêmes biens.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que limiter la priorité accordée aux droits acquis au titre du stockage et de la réparation sur des sûretés par référence à la mesure dans laquelle les biens grevés ont été valorisés ou leur valeur préservée risque de rendre la charge de la preuve difficile et onéreuse pour les personnes qui réparent, stockent ou transportent les biens. Il souhaitera peut-être envisager de faire référence à la place à la valeur (ou à la valeur raisonnable) des services de réparation, de transport ou de stockage rendus concernant les biens grevés. Il serait également possible de faire référence aux dépenses raisonnables encourues par la personne qui a réparé, stocké ou transporté les biens. Ces formulations garantiraient aussi que la priorité de la personne qui a réparé, stocké ou transporté les biens est limitée aux services rendus concernant les biens grevés et éviteraient en même temps les questions délicates de preuve quant à la valeur relative des biens grevés avant et après que les services ont été rendus.*]

Priorité des droits de revendication d'un fournisseur

88. Si une loi autre que la présente loi prévoit que les fournisseurs de biens meubles corporels ont le droit de revendiquer ces biens, la loi devrait prévoir que le droit de revendiquer les biens a un rang inférieur aux sûretés réelles mobilières sur ces biens.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire expliquera que la présente recommandation crée une règle de droit commercial destinée à faire primer les créanciers garantis sur les droits de revendication. Ces droits peuvent naître par application de la loi en cas de défaillance ou d'insolvabilité financière du constituant. Si une procédure d'insolvabilité est ouverte, la loi sur l'insolvabilité applicable déterminera la mesure dans laquelle les créanciers garantis et les titulaires de droits de revendication devront arrêter leurs poursuites ou verront, d'une autre manière, leurs droits restreints (voir les recommandations 39 à 51 du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité). Toutefois, la règle de priorité établie par la présente recommandation ne serait pas affectée par la procédure d'insolvabilité, comme le prévoit la recommandation 179. Le commentaire expliquera aussi, dans l'intérêt des États qui adoptent une approche non unitaire, que le droit de revendication n'inclut pas la réserve de propriété.*]

Priorité d'une sûreté réelle mobilière dans une procédure d'insolvabilité

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Voir la recommandation 178 dans le chapitre sur l'insolvabilité.*]

B. Recommandations sur des biens particuliers

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant une créance[30]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire précisera que les recommandations générales sur la priorité s'appliquent aux sûretés sur des créances ainsi qu'aux transferts purs et simples de créances.*]

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un instrument négociable[31]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire expliquera que les recommandations générales sur la priorité s'appliquent à la priorité des sûretés sur des instruments négociables, tandis que les recommandations 89 et 90 portent sur d'autres conflits de priorité.*]

89. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable qui est rendue opposable par prise de possession de l'instrument a priorité sur une sûreté réelle mobilière grevant l'instrument qui est rendue opposable par n'importe quelle autre méthode.

90. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable qui est rendue opposable par une méthode autre que la prise de possession de l'instrument a un rang inférieur aux droits d'un créancier garanti, d'un acheteur ou d'une autre personne à qui l'instrument est transféré (dans une opération contractuelle) qui:

a) Est considérée comme un porteur protégé par la loi régissant les instruments négociables; ou

b) Prend possession de l'instrument négociable et fournit une prestation de bonne foi sans savoir que le transfert est effectué en violation des droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, pour préserver la négociabilité des instruments dans tous les cas, la connaissance de l'existence d'une sûreté de la part de la personne à qui l'instrument a été transféré ne signifie pas en soi que cette personne n'a pas agi de bonne foi.*]

91. [...]

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire[32]

92. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire qui est rendue opposable par prise de contrôle a priorité sur une sûreté réelle mobilière concurrente rendue opposable par n'importe quelle autre méthode. Si une banque dépositaire conclut des accords de

[30] Voir A/CN.9/611.
[31] Pour les recommandations 90 et 91, voir A/CN.9/611/Add.1, recommandations 74 et 74 *bis*.
[32] Pour les recommandations 93 à 95, voir A/CN.9/611/Add.1, recommandations 76 à 78.

contrôle avec plusieurs créanciers garantis, l'ordre de priorité de ces créanciers garantis est établi en fonction de l'ordre dans lequel ces accords ont été conclus. Si la banque dépositaire est le créancier garanti, sa sûreté a priorité sur toute autre sûreté (y compris une sûreté rendue opposable par un accord de contrôle passé avec elle, même si sa sûreté est postérieure) à l'exception de celle d'un créancier garanti qui a acquis le contrôle en devenant titulaire du compte.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera qu'une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire peut être rendue opposable soit par inscription soit par prise de contrôle. Si une sûreté est opposable aux tiers, elle l'est aussi à un réclamant concurrent (par exemple, un représentant de l'insolvabilité ou un créancier garanti ultérieur) et a priorité sur lui. Le commentaire expliquera aussi que le contrôle renforce la priorité car il rend la sûreté non seulement opposable mais lui donne aussi la priorité sur un créancier garanti antérieur dont la sûreté a été rendue opposable par une autre méthode.*

Le commentaire expliquera en outre qu'une sûreté de la banque dépositaire est toujours prioritaire, même par rapport à une sûreté pour laquelle la banque a conclu antérieurement un accord de contrôle, et ce pour les raisons suivantes: a) une sûreté de la banque dépositaire devrait avoir le même rang de priorité que son droit à compensation, qui lui est toujours prioritaire; b) si la sûreté de la banque dépositaire n'était pas prioritaire, la banque ne conclurait aucun accord de contrôle; et c) un créancier garanti pourrait toujours tenter d'obtenir de la banque dépositaire un accord de cession de rang. Le commentaire expliquera aussi que, selon les termes de l'accord de contrôle, la banque dépositaire pourrait avoir une obligation contractuelle envers un créancier garanti signataire de l'accord, même s'il se peut que ce dernier ne soit pas prioritaire.

Le Groupe de travail se souviendra peut-être qu'à sa dixième session, il était convenu d'examiner l'identification des fonds crédités sur un compte bancaire en même temps que la question de l'identification du produit (voir A/CN.9/603, par. 67). Il voudra peut-être aborder cette question sous l'angle de la priorité. Le commentaire de la recommandation précisera que, si un créancier garanti a le contrôle d'un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, sa sûreté a priorité sur une sûreté grevant le produit en espèces, crédité sur le même compte bancaire, d'un bien grevé affecté à un autre créancier garanti, même si ce dernier est en mesure d'identifier le produit sur le compte. Il en est ainsi même si la sûreté concurrente est devenue opposable avant celle détenue par le créancier garanti qui a le contrôle.]

93. La loi devrait prévoir que tout droit de la banque dépositaire d'effectuer une compensation entre les obligations dont le constituant lui est redevable et le droit du constituant au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire a priorité sur la sûreté réelle mobilière de tout créancier garanti autre qu'un créancier garanti ayant acquis le contrôle en devenant titulaire du compte.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que les recommandations 92 et 93 signifient que les tiers sont censés savoir qu'ils ne peuvent s'en remettre à un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire comme source principale de sûreté pour octroyer un crédit ou qu'ils ne peuvent le faire qu'en obtenant un*

accord de cession de rang de la banque dépositaire ou en faisant inscrire le compte à leur nom. L'absence de publicité de la sûreté n'est donc pas jugée problématique. Le commentaire expliquera également que, à la différence de la recommandation 120 b), la recommandation 93 traite des conflits de priorité entre les droits à compensation de la banque dépositaire et les sûretés d'autres personnes, et qu'elle ne crée aucun droit à compensation, question qui reste régie par d'autres lois. De plus, le commentaire précisera que l'exception prévue dans la recommandation 93 concerne un créancier garanti qui a pris le contrôle en devenant l'unique titulaire du compte. Si le créancier garanti n'était que cotitulaire du compte, il n'aurait pas le contrôle car le constituant serait toujours en mesure de disposer des fonds crédités sur le compte (voir définition hh), "contrôle").]

94. Lorsque le constituant transfère des fonds d'un compte bancaire, la loi devrait prévoir que le bénéficiaire de ce transfert prend ces fonds libres de toute sûreté réelle mobilière sur le droit au paiement des fonds crédités sur le compte, sauf s'il sait que le transfert viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté. La présente recommandation n'affaiblit pas les droits conférés par une loi autre que la présente loi aux bénéficiaires de transferts de fonds provenant de comptes bancaires.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que les recommandations générales relatives aux questions de priorité s'appliquent aux sûretés sur les droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, sous réserve des recommandations 120 et 121. Le commentaire expliquera aussi que le critère établi dans la recommandation 83 a) (voir définition uu), "acheteur dans le cours normal des affaires") et dans les recommandations 93 et 94 est le même pour l'essentiel (à savoir si l'acheteur ou le bénéficiaire du transfert savait que cette vente ou ce transfert viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté). Il expliquera également que le terme "transfert de fonds" recouvre divers transferts, y compris par chèque et par voie électronique (voir A/61/17, par. 38).*]

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant de l'argent

95. La loi devrait prévoir qu'une personne qui entre en possession d'argent grevé d'une sûreté réelle mobilière prend cet argent libre de la sûreté, que l'argent représente un bien initialement grevé ou un produit, à moins que cette personne sache que le transfert viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté. La présente recommandation n'affaiblit pas les droits des détenteurs d'argent découlant d'une loi autre que la présente loi.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire expliquera que la présente recommandation est destinée à promouvoir l'objectif important de maximisation de la négociabilité de l'argent en limitant cette négociabilité uniquement lorsque cela est nécessaire pour protéger le détenteur d'une sûreté sur l'argent contre la collusion du bénéficiaire et de l'auteur d'un transfert de cet argent. Cette recommandation est censée faire pendant à la recommandation 94 relative aux sûretés sur des fonds transférés depuis un compte bancaire.*

Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi noter que le commentaire précisera que le mot "argent" dans le Guide désigne uniquement la monnaie ayant cours légal, c'est-à-dire la monnaie actuellement utilisée comme moyen d'échange autorisé par un État. Le terme "argent" est employé dans la langue courante pour désigner d'autres formes de biens, mais il ne s'agit pas d'argent aux fins du Guide. Par exemple, si une personne dépose de l'argent sur son compte bancaire, elle parle souvent de l'argent (ou des liquidités) qu'elle a en banque, alors qu'en réalité il s'agit, dans le Guide, "de fonds crédités sur un compte bancaire" et la créance du déposant sur la banque est désignée dans le Guide comme le "droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire". De même, à la suite du dépôt d'un chèque, le bien du déposant n'est plus un instrument négociable mais des fonds crédités sur un compte bancaire. En outre, l'argent détenu par un marchand de pièces de monnaie dans le cadre d'une collection n'est pas de l'"argent" au sens du Guide.

Le Guide traite des sûretés sur l'argent à la fois en tant que bien initialement grevé et en tant que produit d'une autre forme de bien grevé. Un exemple de ce dernier cas serait la réception, par un vendeur qui a accordé une sûreté sur ses créances, du paiement de ses factures non acquittées en argent (et non par chèque ou par transfert électronique de fonds). Conformément au Guide, l'argent entre les mains du vendeur serait le produit de sa créance et le créancier garanti aurait une sûreté sur l'argent en tant que produit. De même, si une personne ayant accordé une sûreté sur un matériel vend ce dernier à une personne qui le règle en espèces, l'argent entre les mains du vendeur constitue un produit du matériel et est grevé de la sûreté.

Comme l'argent, les fonds crédités sur un compte bancaire peuvent faire l'objet de sûretés, soit en tant que biens initialement grevés, soit en tant que produit. Si l'argent et les chèques faisaient l'objet d'une sûreté en faveur du créancier du déposant, les fonds crédités sur le compte bancaire seraient dans les deux cas le produit du bien grevé préexistant (l'argent ou l'instrument négociable). Si le crédit sur le compte bancaire du déposant résulte d'un transfert électronique de fonds par un tiers en paiement d'une créance due par l'émetteur au déposant, les fonds crédités sur le compte bancaire seraient le produit du bien grevé préexistant (la créance).

Chaque disposition du Guide (par exemple les règles applicables à la constitution, l'opposabilité, la priorité, etc.) s'applique à tous les biens grevés, sauf dans la mesure où une règle spéciale est prévue pour un type particulier de bien. Il faut donc toujours vérifier s'il existe une règle spéciale concernant l'argent ou le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire.

Un exemple important de règle spéciale est celle qui régit les droits du bénéficiaire d'un transfert a) d'argent qui, entre les mains de l'auteur du transfert, faisait l'objet d'une sûreté; et b) de fonds qui ont été transférés d'un compte bancaire sur lequel ils faisaient l'objet d'une sûreté alors qu'ils étaient la propriété de l'auteur du transfert et crédités sur ce compte bancaire. Compte tenu de la nécessité de préserver la négociabilité de l'argent et des fonds transférés de comptes bancaires, le Guide prévoit des règles spéciales pour protéger les bénéficiaires de transferts de tels biens.

En ce qui concerne l'argent et les fonds crédités sur un compte bancaire, il est important de déterminer avant tout si le point examiné concerne: a) ces deux biens

en tant que biens du constituant; ou b) les droits de tiers bénéficiaires d'argent ou de fonds transférés du compte bancaire du constituant. Le paragraphe précédent, qui porte sur la règle régissant les droits des bénéficiaires de transferts (la deuxième catégorie) illustre cette distinction. Elle est distincte de la règle (première catégorie) qui régit un conflit de priorité entre une sûreté sur de l'argent ou sur des fonds crédités sur un compte bancaire et le droit d'un réclamant concurrent lorsque le constituant est encore propriétaire du bien grevé (c'est-à-dire ne l'a pas transféré).]

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant le produit d'un engagement de garantie indépendant[33]

96. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant qui a été rendue opposable par prise de contrôle, à l'égard d'un garant/émetteur, d'un confirmateur ou d'une personne désignée ayant fourni une prestation au titre de l'engagement, a priorité sur les droits de tous les autres créanciers garantis qui ont, à l'égard de cette personne, rendu leur sûreté opposable par une méthode autre que la prise de contrôle. Si le contrôle a été obtenu par acceptation et si des acceptations contradictoires ont été données par une personne à plusieurs créanciers garantis, l'ordre de priorité de ces derniers est établi en fonction de l'ordre dans lequel les acceptations ont été données.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, la méthode classique de prise de contrôle étant l'obtention d'une acceptation, dans le cas où il y a plusieurs payeurs potentiels (par exemple le garant/émetteur, le confirmateur et plusieurs personnes désignées), le contrôle est obtenu uniquement à l'égard du (ou des) garant(s)/émetteur(s), du (ou des) confirmateur(s) ou de la (ou des) personne(s) désignée(s) qui ont donné la (ou les) acceptation(s). La règle de priorité doit donc se concentrer sur la personne qui est le payeur. La règle de priorité fondamentale précise qu'un créancier garanti qui a le contrôle du droit au produit d'un engagement de garantie indépendant a priorité sur un créancier garanti dont la sûreté est devenue opposable automatiquement. Le commentaire expliquera également que le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée peut, indépendamment de toute question de priorité, avoir un droit contractuel ou une obligation contractuelle de payer un créancier garanti accepté.*]

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un document négociable[34]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire précisera que les recommandations générales relatives à la priorité s'appliquent aux sûretés sur des documents négociables, tandis que les recommandations 97 et 98 traitent d'autres conflits de priorité.*]

97. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels représentés par un document négociable qui est devenue opposable du fait que la sûreté sur le document négociable a été rendue opposable a priorité sur une

[33] Voir A/CN.9/611/Add.1, recommandation 62.
[34] Pour les recommandations 97 et 98, voir A/CN.9/611/Add.1, recommandations 80 et 81.

sûreté grevant les biens en question rendue opposable par une autre méthode alors que les biens étaient représentés par le document.

98. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable et sur les biens meubles corporels qu'il représente a un rang inférieur aux droits conférés par la loi régissant les documents négociables à une personne à laquelle ce document a été dûment transmis.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant des biens rattachés à un bien immeuble[35]

99. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière ou tout autre droit (tel que le droit d'un acheteur ou d'un bailleur) sur des biens rattachés à un bien immeuble qui est constitué et rendu opposable conformément au droit immobilier a priorité sur une sûreté grevant ces biens rattachés rendue opposable par une des méthodes mentionnées dans la recommandation 33 ou 35.

100. La loi devrait prévoir que, lorsqu'elle est rendue opposable par inscription sur le registre immobilier conformément à la recommandation 52, une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels qui sont rattachés à un bien immeuble au moment où elle est rendue opposable ou qui le sont par la suite a priorité sur une sûreté réelle mobilière ou sur tout autre droit inscrit ultérieurement (tel que le droit d'un acheteur ou d'un bailleur) sur le bien immeuble.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les recommandations 99 et 100 avec la recommandation correspondante du chapitre sur les mécanismes de financement d'acquisitions (voir recommandation 189). Il sera expliqué dans le commentaire que les mots "tout autre droit" désignent tout droit susceptible d'être enregistré en vertu du droit immobilier.*]

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant des biens rattachés à un bien meuble soumis à un système d'inscription sur des registres spécialisés ou à un système de certificat de propriété[36]

101. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière ou un autre droit (tel que le droit d'un acheteur ou d'un bailleur) sur des biens rattachés à un bien meuble, qui est rendu opposable en vertu d'une autre loi par inscription sur un registre spécialisé [ou annotation sur un certificat de propriété] a priorité sur une sûreté réelle mobilière grevant ces biens rattachés rendue opposable par une des méthodes mentionnées dans la recommandation 33 ou 35.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la présente recommandation vise à déterminer l'ordre de priorité entre une sûreté grevant un bien rattaché inscrite sur le registre général des sûretés et une sûreté ou un autre droit sur le même bien inscrit sur le registre spécialisé ou annoté sur un certificat de propriété. Comme la recommandation 79*

[35] Pour les recommandations 99 et 100, voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recommandations 82 et 83.

[36] Pour les recommandations 101 et 102, voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recommandations 84 et 84 *bis*.

pourrait suffire pour régler ce conflit de priorité, la recommandation 101 ne sera peut-être pas nécessaire.]

102. Une sûreté réelle mobilière ou tout autre droit (tel que le droit d'un acheteur ou d'un bailleur) sur des biens rattachés à un bien meuble qui est rendu opposable par inscription sur un registre spécialisé ou annotation sur un certificat de propriété conformément à la recommandation 53 a priorité sur une sûreté réelle mobilière ou sur un autre droit sur le bien meuble concerné inscrit ultérieurement.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la présente recommandation vise à déterminer l'ordre de priorité entre une sûreté ou un autre droit grevant un bien rattaché inscrit sur un registre spécialisé et une sûreté ou un autre droit sur le meuble concerné inscrit par la suite dans le même registre. Il souhaitera peut-être examiner si cette recommandation est utile dans la pratique car aucun système de registre spécialisé ne prévoit l'inscription séparée des sûretés sur des biens rattachés. Si les registres concernant les aéronefs prévoient généralement l'inscription séparée des moteurs, ils ne sont pas considérés comme faisant partie automatiquement de la cellule d'aéronef et sont financés et inscrits séparément.*]

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant une masse ou un produit fini[37]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que l'ordre de priorité entre les créanciers titulaires de sûretés sur un bien qui est mélangé et intégré à une masse ou à un produit fini et les créanciers chirographaires n'exigent pas de traitement spécial puisque les règles de priorité ordinaires s'appliquent dès lors qu'il est établi que la sûreté se maintient sur la masse ou le produit fini. Toutefois, trois types de conflits de priorité peuvent surgir entre créanciers lorsque chacun est titulaire d'une sûreté sur la masse ou le produit fini: a) les conflits entre sûretés constituées sur les mêmes biens meubles corporels qui sont finalement intégrés à une masse ou à un produit fini (par exemple du sucre et du sucre); b) les conflits entre sûretés sur différents biens meubles corporels qui sont finalement intégrés à une masse ou à un produit fini (par exemple du sucre et de la farine); et c) les conflits entre une sûreté initialement constituée sur les biens meubles corporels distincts et une sûreté sur la masse ou sur le produit fini (par exemple, sucre et gâteau). Pour tenir compte de toutes ces situations, la recommandation a été reformulée en trois parties.*]

103. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur les mêmes biens meubles corporels distincts qui se maintient sur une masse ou sur un produit fini et qui est opposable a la même priorité par rapport à d'autres sûretés réelles mobilières accordées sur les biens meubles corporels distincts qu'elle avait immédiatement avant que ces biens aient été intégrés au produit fini ou à la masse.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que cette recommandation a pour conséquence que toutes les sûretés sur des biens meubles corporels qui sont mélangés ont les unes à l'égard des autres le même rang de priorité qu'elles avaient sur les biens distincts. La raison de cette règle proposée est que l'incorporation de biens dans une masse ou un produit fini*

[37] Pour les recommandations 103 à 105, voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, recommandations 85, 85 *bis* et 85 *ter*.

ne devrait pas avoir d'incidence sur les droits respectifs des créanciers titulaires de sûretés concurrentes sur les biens distincts. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la règle est formulée de manière à respecter les règles générales de priorité et à prendre en compte la superpriorité accordée aux créanciers qui peuvent faire valoir des "sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions". La recommandation se fonde sur le principe, énoncé dans la recommandation 29 (Constitution) qu'un créancier garanti ne peut recevoir un montant supérieur à celui des biens meubles corporels immédiatement avant leur intégration dans la masse ou le produit fini.]

104. La loi devrait prévoir que, si plusieurs sûretés réelles mobilières sur des biens meubles corporels distincts se maintiennent sur la même masse ou le même produit fini et si chaque sûreté est opposable, les créanciers garantis ont droit à une part de la valeur totale de leurs sûretés sur la masse ou le produit fini en proportion de la valeur des biens meubles corporels distincts immédiatement avant qu'ils aient été intégrés à la masse ou au produit fini. S'il y a plusieurs autres sûretés, les titulaires de ces sûretés ont droit à une part du reste de la valeur totale de leurs sûretés sur la masse ou le produit fini dans la proportion indiquée. S'il n'y a qu'une autre sûreté, le titulaire de cette sûreté a droit au reste de la valeur de sa sûreté sur la masse ou le produit fini.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, conformément à la recommandation 104, si la valeur du sucre est 2 et celle de la farine 5, alors que la valeur du gâteau est 6 et le montant de l'obligation garantie 7, les créanciers se verront attribuer 2/7 et 5/7 de 6. En tout état de cause, si la valeur de la masse ou du produit fini est inférieure au montant des obligations garanties, il ne restera rien pour les créanciers chirographaires. Les créanciers garantis ont le même rang et la règle a pour objet de déterminer la valeur relative de leurs droits.*]

105. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels distincts qui se maintient sur une masse ou sur un produit fini et qui est opposable a priorité sur une sûreté réelle mobilière accordée par le même débiteur sur la masse ou le produit fini, s'il s'agit d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que cette recommandation a pour conséquence l'application des règles générales de priorité. Les sûretés sur le bien initial ont la priorité sur toutes les sûretés sur la masse ou le produit fini qui ont été prises afin de couvrir le futur bien, uniquement si elles sont des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions.*]

VIII. Droits et obligations des parties[38]

Objet

Les dispositions de la loi relatives aux droits et obligations des parties ont pour objet de renforcer l'efficacité des opérations garanties et de réduire le coût de ces opérations et les risques de litiges:

a) En énonçant des règles sur les clauses supplémentaires à insérer dans la convention constitutive de sûreté;

b) En évitant aux parties d'avoir à négocier et à rédiger des clauses à insérer dans la convention constitutive de sûreté lorsque ces règles constituent une base acceptable sur laquelle s'entendre;

c) En fournissant un outil d'aide à la rédaction ou une liste récapitulative de questions que les parties souhaiteront peut-être aborder lorsqu'elles négocieront et concluront la convention constitutive de sûreté; et

d) En encourageant l'autonomie des parties.

A. Recommandations générales

Règles supplétives concernant les droits du créancier garanti

106. La loi devrait prévoir que, sauf convention contraire:

a) Le créancier garanti a le droit de se faire rembourser les frais raisonnables engagés pour préserver les biens grevés en sa possession;

b) Le créancier garanti a le droit de faire un usage raisonnable des biens grevés en sa possession et d'inspecter les biens grevés en possession du constituant.

Règles impératives concernant les obligations de la partie en possession des biens grevés

107. La loi devrait prévoir que:

a) Le créancier garanti ou le constituant en possession des biens grevés a l'obligation de prendre toutes les mesures nécessaires pour préserver ces biens;

b) Le créancier garanti a l'obligation de restituer les biens grevés en sa possession ou de faire radier l'avis inscrit dès le complet paiement de l'obligation garantie et la fin de tous les engagements de crédit.

B. Recommandations sur des biens particuliers

Droits et obligations du cédant et du cessionnaire[39]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les recommandations 108 à 111 sont fondées sur les articles 11*

[38] Voir A/CN.9/611/Add.2, objet et recommandations 86 et 87.

[39] Pour les recommandations 108 à 111, voir A/CN.9/611, recommandations 16 *bis* à 16 *quinquies*.

à 14 de la Convention des Nations Unies sur la cession. Le commentaire expliquera qu'elles traitent des droits et obligations du cédant et du cessionnaire dans leurs relations entre eux.]

108. La loi devrait prévoir que:

a) Les droits et obligations réciproques du cédant et du cessionnaire découlant d'une convention entre eux sont déterminés par les termes et conditions de cette convention, y compris toutes règles ou toutes conditions générales qui y sont mentionnées;

b) Le cédant et le cessionnaire sont liés par les usages auxquels ils ont consenti et, sauf convention contraire, par les habitudes qui se sont établies entre eux.

Garanties dues par le cédant

109. [En ce qui concerne une cession d'une créance contractuelle,] la loi devrait prévoir que:

a) Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, le cédant garantit, à la date de la conclusion du contrat de cession, que:

i) Il a le droit de céder la créance;

ii) Il n'a pas déjà cédé la créance à un autre cessionnaire; et

iii) Le débiteur de la créance ne peut ni ne pourra invoquer aucune exception ni aucun droit à compensation;

b) Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, le cédant ne garantit pas que le débiteur de la créance peut ou pourra payer.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le texte entre crochets, dans le chapeau de la recommandation, traduit la décision du Groupe de travail de ne pas appliquer cette recommandation à une cession de créance non contractuelle (A/CN.9/603, par. 36; voir aussi notes concernant la définition p), "créance", et les recommandations 2 a) et 22).*]

Droit de notifier la cession au débiteur de la créance

110. La loi devrait prévoir que:

a) Sauf convention contraire entre eux, le cédant et le cessionnaire peuvent, l'un ou l'autre ou ensemble, envoyer au débiteur de la créance une notification de la cession ainsi que des instructions de paiement mais, une fois la notification envoyée, il appartient au seul cessionnaire d'envoyer ces instructions; et

b) Une notification de la cession ou des instructions de paiement, envoyées en violation d'une convention visée à l'alinéa a) de la présente recommandation, ne sont pas invalidées aux fins de la recommandation 114 en raison de cette violation. Toutefois, aucune disposition de la présente recommandation n'a d'incidences sur les obligations ou la responsabilité de la partie ayant violé la convention à raison du dommage qui en résulte.

Droit du cessionnaire à recevoir paiement

111. La loi devrait prévoir que:

a) Dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire, sauf convention contraire et qu'une notification de la cession ait ou non été envoyée:

i) Si un paiement au titre de la créance cédée est effectué au cessionnaire, celui-ci est fondé à conserver le produit et les biens meubles corporels restitués au titre de cette créance;

ii) Si un paiement au titre de la créance cédée est effectué au cédant, le cessionnaire est fondé à recevoir paiement du produit et à se faire remettre les biens meubles corporels restitués au cédant au titre de la créance cédée; et

iii) Si un paiement au titre de la créance cédée est effectué à une autre personne sur laquelle le cessionnaire a priorité, celui-ci est fondé à recevoir paiement du produit et à se faire remettre les biens meubles corporels restitués à cette personne au titre de la créance cédée.

b) Le cessionnaire n'est pas fondé à conserver plus que la valeur de son droit sur la créance.

IX. Droits et obligations des tiers débiteurs

A. Droits et obligations du débiteur de la créance[40]

Protection du débiteur de la créance

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les recommandations 112 à 118 se fondent sur les articles 15 à 21 de la Convention des Nations Unies sur la cession. Le commentaire expliquera que ces recommandations traitent des droits et obligations du débiteur de la créance et que si ce débiteur paie conformément aux dispositions des recommandations de cette partie il pourra être valablement libéré de son obligation, qu'il ait ou non payé un réclamant concurrent prioritaire. La question de savoir lequel des réclamants concurrents recevra finalement le produit du paiement effectué par le débiteur de la créance sera tranchée dans les recommandations du Guide relatives à la priorité (voir, par exemple, recommandation 152).*]

112. La loi devrait prévoir que:

a) Sauf disposition contraire de la présente loi et à moins que le débiteur de la créance n'y consente, une cession de créances n'a pas d'incidences sur les droits et obligations de ce dernier, y compris sur les conditions de paiement énoncées dans le contrat initial;

b) Les instructions de paiement peuvent être modifiées en ce qui concerne la personne, l'adresse ou le compte auxquels le débiteur de la créance doit effectuer le paiement, mais non en ce qui concerne:

i) La monnaie de paiement spécifiée dans le contrat initial; ou

[40] Pour les recommandations 112 à 118, voir A/CN.9/611, recommandations 17 à 23.

ii) L'État dans lequel il est spécifié dans le contrat initial que le paiement doit être effectué, sauf à le remplacer par l'État dans lequel le débiteur de la créance est situé.

Notification de la cession au débiteur de la créance

113. La loi devrait prévoir que:

a) Une notification de la cession ou des instructions de paiement produisent leurs effets lorsqu'elles sont reçues par le débiteur de la créance, si elles sont formulées dans une langue dont il est raisonnable de penser qu'elle permet à celui-ci d'en comprendre le contenu. Il suffit en tout état de cause qu'elles soient formulées dans la langue du contrat initial; et

b) La notification de la cession ou les instructions de paiement peuvent porter sur des créances nées après la notification; et

c) La notification d'une cession subséquente vaut notification de toute cession antérieure.

Paiement libératoire du débiteur de la créance

114. La loi devrait prévoir que:

a) Tant qu'il n'a pas reçu notification de la cession, le débiteur de la créance est fondé à effectuer un paiement libératoire conformément au contrat initial;

b) Lorsqu'il a reçu notification de la cession, sous réserve des alinéas c) à h) de la présente recommandation, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire uniquement au cessionnaire ou, si d'autres instructions de paiement lui sont données dans la notification de la cession ou lui sont communiquées ultérieurement par écrit par le cessionnaire, conformément à ces instructions;

c) S'il reçoit plusieurs instructions de paiement relatives à une seule cession de la même créance effectuée par le même cédant, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire conformément aux dernières instructions reçues du cessionnaire avant le paiement;

d) S'il reçoit notification de plusieurs cessions de la même créance effectuées par le même cédant, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire conformément à la première notification reçue;

e) S'il reçoit notification d'une ou plusieurs cessions subséquentes, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire conformément à la notification de la dernière de ces cessions subséquentes;

f) S'il reçoit notification de la cession d'une fraction d'une ou plusieurs créances ou d'un droit indivis sur celles-ci, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire conformément à la notification ou conformément à la présente recommandation comme s'il n'avait pas reçu de notification. S'il paie conformément à la notification, le paiement n'est libératoire qu'à concurrence de la fraction ou du droit indivis payé;

g) S'il reçoit notification de la cession du cessionnaire, le débiteur de la créance est fondé à demander à celui-ci de prouver de manière appropriée, dans un délai raisonnable, que la cession du cédant initial au cessionnaire initial et toute cession intermédiaire ont été effectuées; faute pour le cessionnaire de se conformer à cette demande, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire conformément à la présente recommandation comme s'il n'avait pas reçu de notification. La cession est considérée comme prouvée de manière appropriée au moyen, notamment, de tout écrit émanant du cédant et indiquant qu'elle a bien eu lieu;

h) La présente recommandation n'a d'incidence sur aucun autre motif conférant valeur libératoire au paiement effectué par le débiteur de la créance à la personne fondée à le recevoir, à une autorité judiciaire ou autre autorité compétente ou à un organisme public de consignation.

Exceptions et droits à compensation du débiteur de la créance

115. La loi devrait prévoir que:

a) Lorsque le cessionnaire forme contre le débiteur de la créance une demande de paiement de la créance cédée, celui-ci peut lui opposer toutes les exceptions et tous les droits à compensation qui découlent du contrat initial ou de tout autre contrat faisant partie de la même opération et qu'il pourrait invoquer comme si la cession n'avait pas eu lieu et si la demande était formée par le cédant;

b) Le débiteur de la créance peut opposer au cessionnaire tout autre droit à compensation, à condition qu'il ait pu invoquer ce droit au moment où il a reçu notification de la cession; et

c) Nonobstant les dispositions des alinéas a) et b) de la présente recommandation, les exceptions et droits à compensation que le débiteur de la créance peut, en vertu de la recommandation 23 ou 24, invoquer contre le cédant pour violation d'une convention limitant d'une quelconque manière le droit du cédant à procéder à la cession ne peuvent être invoqués par le débiteur de la créance contre le cessionnaire.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, conformément à la recommandation 2 b), le Guide s'applique aux consommateurs sans toutefois avoir d'incidence sur leurs droits découlant de la législation régissant leur protection.*]

Engagement de ne pas opposer d'exceptions ou de droits à compensation

116. La loi devrait prévoir que:

a) Le débiteur de la créance peut convenir avec le cédant, par un écrit qu'il signe, de ne pas opposer au cessionnaire les exceptions et droits à compensation qu'il pourrait invoquer en vertu de la recommandation 115. Une telle convention empêche le débiteur de la créance d'opposer au cessionnaire ces exceptions et droits à compensation;

b) Le débiteur de la créance ne peut renoncer à invoquer:

i) Les exceptions découlant de manœuvres frauduleuses de la part du cessionnaire; ou

ii) Les exceptions fondées sur son incapacité; et

c) Une telle convention ne peut être modifiée que par convention, consignée dans un écrit signé par le débiteur de la créance. L'effet de la modification à l'égard du cessionnaire est déterminé par application de l'alinéa b) de la recommandation 117.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que la présente recommandation se fonde sur l'article 19 de la Convention des Nations Unies sur la cession, qui mentionne un écrit signé uniquement pour l'acte de renonciation au droit d'opposer des exceptions ou sa modification. Si le Groupe de travail décide de ne pas mentionner la signature dans la recommandation 13 mais plutôt la preuve que le constituant avait l'intention de constituer une sûreté, il souhaitera peut-être reconsidérer la mention de la signature dans la recommandation 116. Si la référence à la signature est conservée dans la recommandation 13, une signature électronique devrait être suffisante (voir note concernant la définition v), "notification de la cession", et recommandation 11).*]

Modification du contrat initial

117. La loi devrait prévoir que:

a) Toute convention conclue avant notification de la cession entre le cédant et le débiteur de la créance qui a des incidences sur les droits du cessionnaire produit effet à l'égard de ce dernier, qui acquiert alors les droits correspondants;

b) Toute convention conclue après notification de la cession entre le cédant et le débiteur de la créance qui a des incidences sur les droits du cessionnaire est sans effet à l'égard de ce dernier, sauf:

i) Si celui-ci y consent; ou

ii) Si la créance n'est pas encore acquise en totalité du fait de l'exécution incomplète du contrat initial et si, ou bien la modification était prévue dans ledit contrat, ou bien tout cessionnaire raisonnable y consentirait, dans le contexte de ce contrat; et

c) Les alinéas a) et b) de la présente recommandation sont sans incidences sur tout droit du cédant ou du cessionnaire résultant de la violation d'une convention conclue entre eux.

Recouvrement des paiements

118. La loi devrait prévoir que la non-exécution du contrat initial par le cédant n'habilite pas le débiteur de la créance à recouvrer auprès du cessionnaire une somme qu'il a payée au cédant ou au cessionnaire.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire précisera que la présente recommandation n'a pas d'incidence sur la responsabilité du cédant envers le débiteur de la créance pour violation de contrat.*]

B. Droits et obligations du débiteur dans le cadre d'un instrument négociable[41]

119. La loi devrait prévoir que les droits d'un créancier garanti sur un instrument négociable par rapport à une personne débitrice dans le cadre de l'instrument négociable ou toute autre personne revendiquant des droits en vertu de la loi régissant les instruments négociables sont régis par cette dernière.

C. Droits et obligations de la banque dépositaire[42]

120. La loi devrait prévoir que:

a) La constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire n'a aucune incidence sur les droits et obligations de la banque dépositaire sans son consentement; et

b) Les droits à compensation de la banque dépositaire ne sont pas affectés en raison d'une sûreté réelle mobilière qu'elle pourrait détenir sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que les recommandations 120 et 121 sont complétées par les recommandations 92 et 93 (dans la mesure où il y a conflit de priorité entre une sûreté ou un droit à compensation de la banque dépositaire et la sûreté d'une autre personne) ainsi que les recommandations 165 à 167 (Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire).*

Le commentaire expliquera également que la recommandation 120 b) ne traite pas d'un conflit de priorité, mais de la situation où la banque dépositaire elle-même a à la fois un droit à compensation et une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire. Dans ce cas, selon cette recommandation, les droits à compensation de la banque ne sont ni affectés ni confondus avec sa sûreté (ils en restent distincts).]

121. La loi devrait prévoir qu'aucune disposition des présentes recommandations n'oblige une banque dépositaire:

a) À payer une personne autre que celle qui a le contrôle des fonds crédités sur un compte bancaire; ou

b) À répondre aux demandes d'information de personnes souhaitant savoir si un accord de contrôle ou une sûreté réelle mobilière existe en sa faveur et si le constituant conserve le droit de disposer des fonds crédités sur le compte.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que la présente recommandation n'a aucune incidence sur la relation entre la banque et son client ni sur les droits et obligations découlant d'autres lois régissant les comptes bancaires (par exemple en ce qui concerne le blanchiment d'argent et le secret bancaire).*]

---

[41] Voir A/CN.9/611/Add.1, recommandation X.

[42] Pour les recommandations 123 et 124, voir A/CN.9/611/Add.1, recommandations V et W.

D. Droits et obligations du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée dans un engagement de garantie indépendant[43]

122. La loi devrait prévoir que:

a) Les droits d'un créancier garanti sur le produit d'un engagement de garantie indépendant sont soumis aux droits que la loi et la pratique régissant les engagements de garantie indépendants confèrent au garant/émetteur, au confirmateur ou à la personne désignée et à tout autre bénéficiaire qui est désigné dans l'engagement ou à qui les droits de tirage ont été transmis;

b) Les droits d'un bénéficiaire du transfert d'un engagement de garantie indépendant [ne sont pas affectés par] [priment] une sûreté réelle mobilière sur le droit au produit de l'engagement consentie par l'auteur du transfert [ou par tout auteur d'un transfert antérieur]; et

c) Les droits indépendants d'un garant/émetteur, d'un confirmateur, d'une personne désignée ou d'un bénéficiaire du transfert découlant d'un engagement de garantie indépendant ne sont pas affectés en raison d'une sûreté réelle mobilière qu'ils pourraient détenir sur des droits au produit de l'engagement, y compris tout droit sur le produit résultant d'un transfert des droits de tirage à un bénéficiaire du transfert.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera que le commentaire précisera que cette recommandation vise à donner la priorité aux titulaires de droits indépendants au paiement, notamment les personnes désignées qui ont fourni une prestation et les bénéficiaires du transfert, sur les simples cessionnaires du droit au produit du tirage effectué par le bénéficiaire initial. Le commentaire expliquera aussi que les droits indépendants de ces personnes sont distincts et ne sont pas affectés en raison de leurs droits en tant que créanciers garantis du bénéficiaire initial (en d'autres termes, il ne faut pas confondre leur statut de titulaires protégés de droits indépendants et leur statut de créanciers garantis.) Lorsqu'une personne désignée fournit une prestation et obtient remboursement du garant/émetteur, elle le fait en qualité de titulaire de droits indépendants au remboursement et non en tant qu'acquéreur des droits du bénéficiaire.*]

123. La loi devrait prévoir qu'un garant/émetteur, un confirmateur ou une personne désignée ne sont pas tenus de payer une personne autre qu'un confirmateur, une personne désignée, un bénéficiaire désigné, un bénéficiaire accepté du transfert de l'engagement de garantie indépendant ou un cessionnaire accepté du produit d'un engagement de garantie indépendant.

124. La loi devrait prévoir que, si un créancier garanti obtient le contrôle en devenant cessionnaire accepté du produit d'un engagement de garantie indépendant, il est fondé à opposer cette acceptation au garant/émetteur, au confirmateur ou à la personne désignée qui l'a donnée.

---

[43] Pour les recommandations 120 à 122, voir A/CN.9/611/Add.1, recommandations 25 *bis*, *ter* et *quater*.

E. Droits et obligations de l'émetteur d'un document négociable[44]

125. La loi devrait prévoir que les droits d'un créancier garanti sur un document négociable par rapport à l'émetteur du document négociable ou toute autre personne débitrice dans le cadre de ce document sont soumis à la loi régissant les documents négociables.

X. Défaillance et réalisation[45]

Objet

Les dispositions de la loi relatives à la défaillance et à la réalisation ont pour objet de prévoir:

a) Des procédures claires et simples permettant de réaliser les sûretés réelles mobilières de façon prévisible et efficace après défaillance du débiteur;

b) Des procédures permettant de maximiser la valeur de réalisation des biens grevés au profit du constituant, du débiteur ou de toute autre personne tenue de payer l'obligation garantie, du créancier garanti et d'autres créanciers ayant un droit sur les biens grevés;

c) Des méthodes rapides de réalisation judiciaire et, sous réserve des mesures de protection appropriées, de réalisation extrajudiciaire afin que le créancier garanti réalise la valeur des biens grevés.

A. Recommandations générales

Règle générale de conduite dans le contexte de la réalisation

126. La loi devrait prévoir qu'une personne doit exercer ses droits et exécuter ses obligations conformément aux dispositions de la présente loi régissant la défaillance et la réalisation de bonne foi et de manière commercialement raisonnable.

Limites de l'autonomie des parties

127. La loi devrait prévoir que les droits et obligations visés à la recommandation 126 ne peuvent à aucun moment faire l'objet d'une renonciation unilatérale ni d'une modification par convention.

128. La loi devrait prévoir que, sous réserve de la recommandation 127, le constituant et toute autre personne tenue de payer l'obligation garantie ou de l'exécuter d'une autre manière peuvent renoncer unilatéralement à l'un quelconque des droits et voies de droit qui s'offrent à eux dans les dispositions de la présente loi régissant la défaillance et la réalisation ou le modifier par convention, mais uniquement après défaillance.

129. La loi devrait prévoir que, sous réserve de la recommandation 127, le créancier garanti peut, à tout moment, renoncer unilatéralement à l'un quelconque

---

[44] Voir A/CN.9/611/Add.1, recommandation Z.
[45] Voir A/CN.9/611/Add.2, recommandations 89 à 124.

des droits et voies de droit qui s'offrent à lui dans les dispositions de la présente loi régissant la défaillance et la réalisation ou le modifier par convention.

130. La loi devrait prévoir qu'une modification par convention des droits et voies de droit est sans incidence sur les droits de quiconque n'est pas partie à cette convention. Il incombe à une personne contestant une convention de montrer que celle-ci a été conclue avant la défaillance ou est contraire à la recommandation 127.

Responsabilité

131. La loi devrait prévoir qu'une personne est responsable des dommages causés par un manquement aux obligations qui lui incombent en vertu des dispositions de la présente loi régissant la défaillance et la réalisation.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si la possibilité d'écarter ou de modifier la responsabilité qui découle de la recommandation 131 devrait être abordée dans cette même recommandation ou si elle devrait être laissée à une autre loi.*]

Droits et voies de droit après défaillance

132. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le constituant et le créancier garanti bénéficient des droits et voies de droit décrits dans les dispositions de la présente loi régissant la défaillance et la réalisation, dans la convention constitutive de sûreté (sauf s'ils sont contraires aux dispositions de la présente loi) et dans toute autre loi.

Droits et voies de droit du créancier garanti

133. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le créancier garanti est fondé à exercer une ou plusieurs des voies de droit suivantes à l'égard d'un bien grevé:

a) Obtenir la possession d'un bien meuble corporel grevé, comme le prévoient les recommandations 141 et 142;

b) Vendre un bien grevé ou en disposer d'une autre manière, le louer ou le mettre sous licence, comme le prévoit la recommandation 143;

c) Proposer au constituant de se faire attribuer un bien grevé à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie, comme le prévoient les recommandations 147 à 150;

d) Obtenir paiement ou réaliser d'une autre manière une sûreté réelle mobilière sur un bien grevé qui revêt la forme d'une créance, d'un instrument négociable, d'un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire ou du produit d'un engagement de garantie indépendant, comme le prévoient les recommandations 160 à 168;

e) Exercer ses droits en vertu d'un document négociable, comme le prévoit la recommandation 169;

f) Réaliser sa sûreté réelle mobilière sur un bien rattaché à un immeuble, comme le prévoit la recommandation 170; et

g) Exercer tout autre droit ou toute autre voie de droit prévus dans la convention constitutive de sûreté (sauf s'ils sont contraires aux dispositions de la présente loi) ou dans toute autre loi.

Réalisation judiciaire et extrajudiciaire

134. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le créancier garanti peut exercer ses droits et voies de droit prévus dans la recommandation 133 en saisissant un tribunal ou une autre autorité. Sous réserve de la règle générale de conduite prévue dans la recommandation 126 et des exigences prévues dans les recommandations 141 à 146 en ce qui concerne la possession et la disposition extrajudiciaires, le créancier garanti peut choisir d'exercer ses droits et voies de droit prévus dans la recommandation 133 sans avoir à saisir un tribunal ou une autre autorité.

Droits et voies de droit du constituant

135. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le constituant est fondé à exercer une ou plusieurs des voies de droit suivantes:

a) Régler intégralement l'obligation garantie et obtenir la libération de tous les biens grevés, comme le prévoit la recommandation 139;

b) Saisir un tribunal ou une autre autorité si le créancier garanti ne s'acquitte pas des obligations qui lui incombent en vertu des dispositions de la présente loi régissant la défaillance et la réalisation en ce qui concerne la réalisation extrajudiciaire, comme le prévoit la recommandation 140;

c) Proposer au créancier garanti, ou rejeter la proposition du créancier garanti, de se faire attribuer un bien grevé à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie, comme le prévoient les recommandations 147 à 150; et

d) Exercer tout autre droit ou toute autre voie de droit prévus dans la convention constitutive de sûreté (sauf s'ils sont contraires aux dispositions de la présente loi régissant la défaillance et la réalisation) ou dans toute autre loi.

Procédure judiciaire simplifiée

136. La loi devrait prévoir une procédure judiciaire simplifiée pour l'exercice des droits et voies de droit du créancier garanti, du constituant et de toute autre personne qui doit exécuter l'obligation garantie ou qui revendique un droit sur un bien grevé.

Cumul des droits et voies de droit

137. La loi devrait prévoir que l'exercice d'un droit ou d'une voie de droit n'empêche pas l'exercice d'un autre droit ou d'une autre voie de droit, sauf si l'exercice d'un droit ou d'une voie de droit a rendu impossible l'exercice d'un autre droit ou d'une autre voie de droit.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera que l'exercice d'une voie de droit (par exemple, la prise de possession et la disposition d'un bien grevé) peut rendre impossible l'exercice d'une autre voie de droit (par exemple l'attribution du bien grevé à titre d'exécution de l'obligation garantie).*]

Droits et voies de droit en ce qui concerne l'obligation garantie

138. La loi devrait prévoir que l'exercice d'un droit ou d'une voie de droit en ce qui concerne un bien grevé n'empêche pas l'exercice d'un droit ou d'une voie de droit en ce qui concerne l'obligation garantie par ce bien et vice-versa.

Libération des biens grevés après complet paiement

139. La loi devrait prévoir qu'après défaillance et avant que le créancier garanti dispose d'un bien grevé, se le fasse attribuer ou reçoive paiement sur ce bien, le débiteur, le constituant ou toute autre personne intéressée (par exemple, un créancier garanti dont la sûreté a un rang inférieur à celle du créancier garanti procédant à la réalisation, un garant ou un copropriétaire des biens grevés) a le droit de payer l'obligation garantie dans son intégralité, y compris les intérêts et frais de réalisation comptés jusqu'à complet paiement. Si tous les engagements de crédit ont pris fin, ce paiement éteint la sûreté sur tous les biens grevés et, dans la mesure prévue dans une autre loi, subroge la personne effectuant le paiement dans les droits du créancier garanti.

Recours judiciaires

140. La loi devrait prévoir que le débiteur, le constituant ou toute autre personne intéressée (par exemple un créancier garanti de rang inférieur à celui du créancier garanti procédant à la réalisation, un garant ou un copropriétaire des biens grevés) sont fondés à saisir un tribunal ou une autre autorité à tout moment en cas de manquement de la part du créancier garanti aux obligations qui lui incombent en vertu des dispositions de la présente loi régissant la défaillance et la réalisation. Il faudrait décourager et éviter les demandes dépourvues de fondement et les manœuvres destinées à empêcher ou retarder abusivement le processus de réalisation.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le principe donnant au débiteur, au constituant ou à d'autres tiers intéressés le droit de saisir le tribunal pour sanctionner les manquements du créancier garanti devrait s'appliquer de façon générale à l'exercice de tous les droits et voies de droit prévus par les recommandations du présent chapitre et pas uniquement à la réalisation extrajudiciaire. Il pourrait envisager de préciser les mesures nécessaires pour décourager les demandes infondées et les manœuvres visant à empêcher la réalisation.*]

Droit du créancier garanti de prendre possession d'un bien grevé

141. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le créancier garanti a droit à la possession d'un bien meuble corporel grevé.

Variante A

142. La loi devrait prévoir que le créancier garanti peut choisir de prendre possession du bien grevé sans saisir de tribunal ou d'autre autorité uniquement si:

a) Le constituant a consenti dans la convention constitutive de sûreté à ce que le créancier garanti obtienne la possession sans saisir de tribunal ou d'autre autorité;

b) Le créancier garanti a adressé au constituant et à toute personne en possession du bien grevé un avis de défaillance; et

c) Le créancier garanti peut prendre possession du bien sans recourir ou menacer de recourir à la force.

Variante B

142. La loi devrait prévoir que le créancier garanti peut choisir de prendre possession du bien grevé sans saisir de tribunal ou d'autre autorité uniquement si:

a) Le constituant a consenti dans la convention constitutive de sûreté à ce que le créancier garanti obtienne la possession sans saisir de tribunal ou d'autre autorité;

b) Le créancier garanti a adressé au constituant et à toute personne en possession du bien grevé un avis de défaillance dans lequel il fait part de son intention de procéder à une réalisation extrajudiciaire en précisant la date et les modalités de la réalisation; et

c) [Le créancier garanti peut prendre possession du bien sans recourir ou menacer de recourir à la force ou à tout autre acte illégal.] [Au moment de la réalisation extrajudiciaire, le constituant ne s'oppose pas.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, si les deux variantes prévoient que le constituant doit donner son consentement dans la convention constitutive de sûreté, elles diffèrent en ce qui concerne les notifications et les mesures de protection du constituant.*]

Disposition des biens grevés

143. La loi devrait prévoir qu'après défaillance un créancier garanti a le droit de vendre un bien grevé ou d'en disposer d'une autre manière, de le louer ou de le mettre sous licence. Sous réserve de la recommandation 126, un créancier garanti qui choisit d'exercer cette voie de droit sans saisir de tribunal ou d'autre autorité peut choisir la méthode, les modalités, la date, le lieu et d'autres aspects de la disposition, de la location ou de la mise sous licence.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que cette recommandation a pour but et pour effet d'établir un équilibre entre les intérêts du constituant (et de ses autres créanciers) et ceux du créancier garanti en laissant une certaine latitude dans le choix de la méthode de disposition utilisée de façon à permettre une réalisation économiquement efficace tout en protégeant le constituant contre des mesures prises par le créancier garanti qui, dans le contexte commercial, ne seraient pas raisonnables. Le commentaire expliquera aussi que le créancier garanti n'a pas besoin d'être en possession des biens grevés pour exercer ses droits et voies de droit conformément au présent chapitre.*]

Notification préalable de la disposition extrajudiciaire

144. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le créancier garanti doit notifier son intention de disposer du bien grevé, de le louer ou de le mettre sous licence par voie extrajudiciaire.

145. La loi devrait:

a) Prévoir que la notification doit être adressée:

i) Au constituant, au débiteur et à toute autre personne tenue de payer l'obligation garantie;

ii) À toute personne ayant des droits sur le bien grevé qui, avant l'envoi de la notification au constituant par le créancier garanti, a avisé ce dernier par écrit de ces droits; et

iii) À tout autre créancier garanti qui, plus de [...] jours avant l'envoi de la notification au constituant, inscrit un avis de sûreté sur le bien grevé au nom du constituant ou qui est en possession du bien grevé au moment où celui-ci est saisi par le créancier garanti;

b) Indiquer la manière dont cette notification doit être donnée, le moment où elle doit l'être et quel doit être son contenu minimal et préciser si la notification [au constituant] doit contenir un décompte du montant dû et une référence au droit du débiteur ou du constituant d'obtenir la libération des biens grevés, comme le prévoit la recommandation 139;

c) Prévoir que la notification doit être rédigée dans une langue dont il est raisonnable de penser qu'elle permet à ses destinataires d'en comprendre le contenu;

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera qu'une notification adressée au constituant est suffisante si elle est formulée dans la langue de la convention constitutive de sûreté et, lorsque la sûreté a été rendue opposable par inscription, une notification adressée conformément à la présente recommandation est suffisante si elle est formulée dans la langue du registre.*]

d) Déterminer les conséquences juridiques du non-respect des recommandations régissant la notification; et

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si l'alinéa d) est nécessaire. La recommandation 131 traite de la responsabilité du créancier garanti en cas de manquement de sa part aux obligations que lui impose la présente loi. La recommandation 140 autorise en outre le constituant à saisir le tribunal si le créancier garanti procédant à la réalisation extrajudiciaire ne respecte pas ses obligations. Enfin, la note accompagnant la recommandation 158 propose l'insertion d'une nouvelle recommandation sur les conséquences du non-respect par le créancier garanti de ses obligations en ce qui concerne les droits acquis par un acheteur, un preneur à bail ou un titulaire de licence de bonne foi.*]

e) Énumérer les cas dans lesquels la notification n'est pas nécessaire soit parce que le délai associé à l'obligation de notification préalable pourrait avoir un effet négatif sur la valeur de réalisation des biens grevés (comme dans le cas de biens meubles corporels périssables ou d'autres biens dont la valeur pourrait diminuer rapidement), soit parce que les biens grevés sont d'un type vendu sur un marché reconnu dont le prix est par conséquent fixé par ce marché.

146. La loi devrait énoncer des règles pour que la notification visée à la recommandation 144 puisse être donnée de manière efficace, rapide et fiable afin de

protéger le constituant ou d'autres parties intéressées, tout en évitant d'avoir un effet négatif sur les voies de droit du créancier garanti et sur la valeur de réalisation potentielle des biens grevés.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si la recommandation 146 devrait être plus précise ou devrait figurer dans le commentaire. Il souhaitera peut-être aussi noter que le commentaire expliquera que ces règles devraient assurer l'équilibre entre l'intérêt du créancier garanti à avoir une certaine flexibilité pour disposer rapidement du bien grevé afin de tirer parti de conditions favorables sur le marché (intérêt qui profite également au constituant et à d'autres parties intéressées) et celui du constituant et de ces autres parties à être avisés suffisamment tôt d'une disposition extrajudiciaire pour qu'ils puissent prendre des mesures afin de mieux protéger leurs intérêts (telles qu'identifier des acheteurs potentiels du bien grevé ou assister à une disposition publique du bien grevé afin de s'assurer que le créancier garanti se conforme aux obligations que lui imposent les dispositions de la présente loi régissant la défaillance et la réalisation). Le commentaire expliquera également que la recommandation n'impose pas l'inscription de la notification parce que la notification remplit les mêmes objectifs généraux que l'inscription.*]

Attribution des biens grevés au créancier garanti à titre d'exécution de l'obligation garantie

147. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le créancier garanti peut proposer par écrit de se faire attribuer un ou plusieurs des biens grevés à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie.

148. La loi devrait prévoir qu'un créancier garanti qui propose de se faire attribuer un bien grevé à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie doit notifier cette proposition, en spécifiant le montant dû à la date d'envoi de la proposition ainsi que le montant de l'obligation dont il propose l'exécution par la prise en paiement du bien grevé:

a) Au constituant, au débiteur et à toute autre personne tenue de payer l'obligation garantie (par exemple, un garant);

b) À toute personne ayant des droits sur le bien grevé qui, plus de [...] jours avant l'envoi de la proposition au constituant par le créancier garanti, a avisé par écrit ce dernier de ces droits; et

c) À tout autre créancier garanti qui, plus de [...] jours avant l'envoi de la proposition au constituant, a inscrit un avis de sûreté sur le bien grevé au nom du constituant [plus de [...] jours avant l'envoi de la proposition au constituant] ou qui était en possession du bien grevé au moment où celui-ci a été saisi par le créancier garanti.

149. La loi devrait prévoir que, si un destinataire quelconque d'une proposition notifiée conformément à la recommandation 148 s'oppose par écrit dans un bref délai, par exemple de 20 jours, à compter de cet envoi, le créancier garanti ne peut mettre à exécution sa proposition.

150. La loi devrait prévoir que, si le constituant fait la proposition mentionnée à la recommandation 147 et que le créancier garanti l'accepte, ce dernier doit procéder comme prévu dans les recommandations 148 et 149.

Répartition du produit de la réalisation

151. La loi devrait prévoir qu'en cas de disposition extrajudiciaire d'un bien grevé ou de recouvrement d'une créance, d'un instrument négociable ou d'une autre obligation, le créancier garanti qui procède à la réalisation doit affecter le produit net de la réalisation (après déduction des frais de réalisation) au paiement de l'obligation garantie. Sous réserve des dispositions de la recommandation 152, il doit verser tout excédent restant à un réclamant concurrent de rang inférieur qui, avant toute répartition de cet excédent, l'a avisé de ses droits, à hauteur de ces droits. Tout solde restant doit être remis au constituant.

152. La loi devrait aussi prévoir qu'en cas de réalisation extrajudiciaire, qu'il y ait ou non litige concernant le montant auquel a droit un réclamant concurrent quelconque ou l'ordre de priorité des paiements, le créancier garanti qui procède à la réalisation peut, conformément aux règles de procédure généralement applicables, verser l'excédent à une autorité judiciaire ou autre autorité compétente ou à un organisme public de consignation pour répartition. L'excédent devrait être réparti conformément aux règles de priorité prévues par la présente loi.

153. La loi devrait prévoir que le produit obtenu par disposition judiciaire ou par une autre procédure de réalisation administrée par une autorité officielle doit être réparti conformément aux règles générales de l'État régissant les procédures d'exécution, sous réserve toutefois des règles de priorité prévues par la présente loi.

154. La loi devrait prévoir que, sauf convention contraire, le débiteur et toute autre personne tenue de payer l'obligation garantie doivent régler tout solde restant dû après affectation du produit net de la réalisation au paiement de l'obligation garantie.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que la présente recommandation prévoit que le créancier garanti détient une créance chirographaire pour tout solde restant dû après paiement de l'obligation garantie. Le commentaire expliquera aussi que le créancier garanti et le constituant peuvent convenir, dans le cadre d'opérations sans recours ou à recours limité, que le créancier ne peut pas réclamer le solde restant dû.*]

Droit du créancier garanti de rang supérieur de prendre le contrôle de la réalisation

155. La loi devrait prévoir que, lorsqu'un créancier garanti ou un créancier judiciaire a commencé la réalisation, un créancier garanti dont la sûreté réelle mobilière a priorité sur celle du créancier garanti ou créancier judiciaire procédant à la réalisation, a le droit de prendre le contrôle du processus de réalisation à tout moment avant la disposition d'un bien grevé, son attribution ou le paiement définitifs. Ce droit comprend celui de réaliser la sûreté par l'une des méthodes prévues dans la présente loi.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera que le créancier garanti de rang prioritaire a le droit de substituer sa propre procédure de réalisation menée conformément à la présente loi à la procédure de réalisation judiciaire engagée par un créancier judiciaire de rang inférieur conformément à une autre loi, mais non de*

poursuivre le processus de réalisation engagé par ce créancier judiciaire conformément à cette autre loi.]

Droits acquis par disposition judiciaire

156. La loi devrait prévoir que, si un créancier garanti dispose d'un bien grevé par une procédure judiciaire ou autre procédure administrée par une autorité officielle, les droits acquis par la personne à qui le bien est transféré sont déterminés par les règles générales de l'État régissant les procédures d'exécution.

Droits acquis par disposition extrajudiciaire

157. La loi devrait prévoir que, si un créancier garanti dispose d'un bien grevé sans saisir de tribunal ou d'autre autorité, un acquéreur de bonne foi acquiert le droit du constituant sur le bien sous réserve des droits qui ont priorité sur la sûreté réelle mobilière du créancier garanti procédant à la réalisation mais prend le bien libre des droits du créancier garanti procédant à la réalisation et de tout réclamant concurrent de rang inférieur à celui dudit créancier. La même règle s'applique aux droits sur un bien grevé acquis par un créancier garanti qui se l'est fait attribuer à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie.

158. La loi devrait prévoir que, si un créancier garanti loue ou met sous licence un bien grevé sans saisir de tribunal ou d'autre autorité, un preneur à bail ou un titulaire de licence de bonne foi peut se prévaloir du bail ou de la licence pendant sa durée, sauf à l'encontre des droits qui ont priorité sur la sûreté réelle mobilière du créancier garanti procédant à la réalisation.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si une nouvelle recommandation, libellée à peu près comme suit, devrait être insérée dans le présent chapitre: "La loi devrait prévoir que tout manquement de la part du créancier garanti à l'une quelconque des obligations qui lui incombent en vertu des dispositions de la loi relatives à la défaillance et à la réalisation est sans incidence sur les droits d'une personne ayant acheté, pris à bail ou pris sous licence de bonne foi le bien grevé."*]

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

159. La loi devrait prévoir que:

a) Le créancier garanti peut choisir de réaliser une sûreté réelle mobilière grevant des biens rattachés à des biens immeubles conformément à la présente loi ou à la loi régissant la réalisation des droits réels sur les biens immeubles; et

b) Si une obligation est garantie à la fois par des biens meubles et des biens immeubles du constituant, le créancier garanti peut choisir de réaliser:

i) La sûreté réelle mobilière sur les biens meubles conformément à la présente loi et les droits réels sur les biens immeubles conformément à la loi régissant la réalisation des droits réels sur les biens immeubles; ou

ii) Les deux droits conformément à la loi régissant la réalisation des droits réels sur les biens immeubles.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que la loi devrait être coordonnée avec les règles de procédure civile générale de façon à donner aux créanciers garantis le droit d'intervenir dans les procédures judiciaires engagées par d'autres créanciers du constituant afin de protéger leurs sûretés et d'obtenir le même rang de priorité que celui que leur confère la loi.*]

B. Recommandations sur des biens particuliers

Application du chapitre sur la réalisation aux transferts purs et simples de créances[46]

160. La loi devrait prévoir que ses dispositions sur la défaillance et la réalisation ne s'appliquent pas à un transfert pur et simple de créances, à l'exception:

a) De la recommandation 126 en cas de transfert pur et simple avec recours; et

b) Des recommandations 161 et 162.

Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur une créance[47]

161. La loi devrait prévoir que, dans le cas d'un transfert pur et simple d'une créance, le cessionnaire est en droit de recouvrer ou de réaliser d'une autre manière cette créance. En cas de transfert d'une créance à titre de garantie, le cessionnaire est en droit, sous réserve des recommandations 112 à 118, de recouvrer ou de réaliser d'une autre manière cette créance après défaillance, ou avant défaillance avec l'accord du cédant.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera que le créancier garanti a aussi la possibilité, au lieu de procéder au recouvrement, de choisir de vendre une créance conformément aux recommandations 133 d) et 143. Le commentaire expliquera aussi qu'une notification et des instructions de paiement envoyées en violation d'une convention entre le cessionnaire et le cédant de ne pas notifier la cession au débiteur de la créance oblige le débiteur à payer le cessionnaire étant entendu cependant que ce dernier peut être tenu envers le cédant pour violation du contrat (voir recommandation 110 b)).*]

162. La loi devrait prévoir que le droit du cessionnaire de recouvrer ou de réaliser d'une autre manière une créance l'autorise à recevoir paiement au titre d'une sûreté personnelle ou réelle (telle qu'une garantie ou une sûreté réelle mobilière) garantissant le paiement de la créance ou à réaliser cette sûreté personnelle ou réelle d'une autre manière.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire discutera de la manière dont d'autres recommandations du chapitre sur la réalisation sont susceptibles de s'appliquer à la réalisation d'une sûreté garantissant le paiement d'une créance cédée.*]

---

[46] Voir A/CN.9/611, recommandation 88.

[47] Pour les recommandations 161 et 162, voir A/CN.9/611, recommandations 102 et 103.

Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable[48]

163. La loi devrait prévoir qu'après défaillance, ou avant défaillance avec l'accord du constituant, le créancier garanti est en droit, sous réserve de la recommandation 119, d'obtenir le paiement ou une autre forme d'exécution d'un instrument négociable grevé auprès d'une personne débitrice dans le cadre de cet instrument.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, dans les relations entre le créancier garanti et la personne débitrice dans le cadre de l'instrument négociable ou d'autres personnes revendiquant des droits en vertu de la loi régissant les instruments négociables, les droits de réalisation du créancier garanti sont soumis à cette dernière. Le commentaire donnera également les exemples suivants:*

a) La personne débitrice dans le cadre de l'instrument négociable peut être tenue de ne payer qu'à un porteur ou à une autre personne fondée à demander paiement conformément à la loi régissant les instruments négociables; et

b) Le droit de la personne débitrice d'opposer des exceptions est déterminé par la loi régissant les instruments négociables.]

164. La loi devrait prévoir que le droit du créancier garanti d'obtenir le paiement ou une autre forme d'exécution d'un instrument négociable l'autorise à recevoir paiement au titre d'une sûreté personnelle ou réelle (telle qu'une garantie ou une sûreté réelle mobilière) garantissant le paiement de l'instrument ou à réaliser cette sûreté personnelle ou réelle d'une autre manière.

Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire[49]

165. La loi devrait prévoir qu'après défaillance, ou avant défaillance avec l'accord du constituant, un créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire est fondé, sous réserve des recommandations 119 et 120, à obtenir paiement ou à exercer son droit au paiement des fonds d'une autre manière.

166. La loi devrait prévoir qu'après défaillance, ou avant défaillance avec l'accord du constituant, un créancier garanti qui a le contrôle est fondé, sous réserve des recommandations 120 et 121, à réaliser sa sûreté réelle mobilière sans avoir à saisir un tribunal ou une autre autorité.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, à la différence d'un créancier garanti qui devra recouvrer les fonds pour les affecter au paiement de l'obligation garantie conformément à la recommandation 151, une banque dépositaire ayant qualité de créancier garanti peut affecter les fonds directement à l'obligation garantie. Le commentaire expliquera également que la réalisation des droits à compensation de la banque reste assujettie à d'autres lois.*]

---

[48] Pour les recommandations 163 et 164, voir A/CN.9/611/Add.1, recommandations 104 et 105.

[49] Pour les recommandations 165 à 167, voir A/CN.9/611/Add.1, recommandations 106 *bis*, 107 et 108.

167. La loi devrait prévoir qu'un créancier garanti qui n'a pas le contrôle n'est fondé, sous réserve des recommandations 120 et 121, à obtenir paiement ou à réaliser la sûreté réelle mobilière d'une autre manière contre la banque dépositaire que sur décision d'un tribunal, à moins que la banque dépositaire en convienne autrement.

Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant[50]

168. La loi devrait prévoir qu'après défaillance, ou avant défaillance avec l'accord du constituant, un créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant est fondé, sous réserve des recommandations 122 à 124, à obtenir paiement ou à réaliser la sûreté d'une autre manière sur ce produit.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire précisera qu'aucun acte de transfert distinct de la part du constituant n'est nécessaire pour que le créancier garanti réalise une sûreté sur un droit au produit d'un engagement de garantie indépendant lorsque la sûreté est créée automatiquement conformément à la recommandation 24. Le commentaire expliquera aussi que toutes les obligations du garant/émetteur ou de la personne désignée envers le créancier garanti sont régies par les recommandations 122 à 124. Il précisera en outre que la recommandation 168 n'est pas censée avoir d'incidence sur un quelconque arrangement conclu avant défaillance entre le constituant et le créancier garanti, en vertu duquel, avant défaillance du constituant, le créancier garanti pourrait recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant.*]

Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable[51]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire expliquera aussi que les recommandations générales sur la réalisation des sûretés réelles mobilières s'appliquent également en l'espèce. La recommandation 169 traite d'une question particulière.*]

169. La loi devrait prévoir qu'après défaillance, ou avant défaillance avec l'accord du constituant, le créancier garanti est fondé, sous réserve de la recommandation 125, à réaliser une sûreté réelle mobilière sur un document négociable à l'encontre de l'émetteur ou de toute autre personne débitrice dans le cadre de ce document.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire expliquera qu'en vertu de la loi régissant les documents négociables, l'émetteur peut être tenu de remettre les biens meubles corporels uniquement à un porteur du document négociable les représentant.*]

---

[50] Voir A/CN.9/611/Add.1, recommandation 106.
[51] Voir A/CN.9/611/Add.1, recommandation 109.

Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur des biens rattachés à un bien immeuble[52]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être considérer que les recommandations générales s'appliquent à la réalisation d'une sûreté sur des biens rattachés à un bien meuble. S'agissant de la réalisation de sûretés sur des biens rattachés à un bien immeuble, le Groupe de travail voudra peut-être envisager une recommandation supplémentaire qui serait libellée à peu près comme la recommandation 170.*]

170. La loi devrait prévoir qu'un créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur un bien rattaché à un bien immeuble n'est fondé à réaliser sa sûreté que si celle-ci a priorité sur des droits concurrents sur le bien immeuble. En cas de réalisation, un créancier titulaire d'un droit concurrent de rang inférieur sur le bien immeuble est fondé à rembourser l'obligation garantie par une sûreté réelle mobilière grevant le bien rattaché. Le créancier garanti procédant à la réalisation est responsable de tout dommage causé au bien immeuble par le fait de retirer le bien rattaché mais non par la diminution de sa valeur due uniquement à l'absence du bien rattaché.

XI. Insolvabilité[53]

A. Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité: définitions et recommandations

Définitions[54]

12. b) "Actifs du débiteur"[55]: biens et droits du débiteur, notamment les droits sur des biens, en sa possession ou non, corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, y compris les droits sur des actifs grevés ou sur des actifs appartenant à des tiers;

12. ii) "Partie intéressée": toute partie sur les droits, obligations ou intérêts de laquelle une procédure d'insolvabilité ou des aspects particuliers d'une procédure d'insolvabilité ont des incidences, notamment le débiteur, le représentant de l'insolvabilité, un créancier, un actionnaire, un comité des créanciers, une autorité

---

52 Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4, note sur la réalisation d'une sûreté sur des biens rattachés.

53 Voir A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.3.

54 Ces définitions sont tirées du glossaire du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* ("*Guide sur l'insolvabilité*") (Introduction, par. 12).

55 Aux fins du présent chapitre, le terme "débiteur" tel qu'employé dans les recommandations extraites du *Guide sur l'insolvabilité* devrait être interprété comme désignant une personne qui remplit les conditions d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité (voir *Guide sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chap. I, sect. A, par. 1 à 11 et recommandation 8). Lorsque la sûreté en question (qui garantit l'obligation du débiteur) est constituée par ce dernier, le terme "débiteur" désigne aussi le constituant. En revanche, lorsque la sûreté est constituée non pas par le débiteur mais par un tiers (sur la base d'un arrangement contractuel avec le débiteur), le terme "débiteur" désigne le tiers constituant, puisque ce n'est qu'en cas d'insolvabilité de ce tiers que le créancier est un créancier garanti titulaire d'un droit réel sur les biens grevés. En cas d'insolvabilité du débiteur non constituant, le créancier est un créancier chirographaire titulaire d'une créance non garantie contre ce débiteur.

publique ou toute autre personne ainsi concernée. Ne devraient pas être considérées comme des parties intéressées les personnes ayant un intérêt lointain ou diffus sur lequel la procédure d'insolvabilité aurait des incidences;

12. ss) "Sûreté réelle": droit sur un actif garantissant le paiement ou autre exécution d'une ou de plusieurs obligations.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le chapitre sur l'insolvabilité devra probablement traiter d'autres termes employés dans le* Guide sur l'insolvabilité *et dans le* Guide sur les opérations garanties.]

Recommandations[56]

Principaux objectifs d'une loi sur l'insolvabilité efficace et effective

1) Pour élaborer et développer une loi sur l'insolvabilité efficace, il faudrait prendre en compte les principaux objectifs suivants:

a) Sécuriser le marché pour promouvoir la stabilité et la croissance économiques;

b) Maximiser la valeur des actifs;

c) Établir un équilibre entre liquidation et redressement;

d) Garantir le traitement équitable des créanciers se trouvant dans la même situation;

e) Prévoir le règlement rapide, efficace et impartial de l'insolvabilité;

f) Préserver la masse de l'insolvabilité pour permettre une répartition équitable entre les créanciers;

g) Élaborer une loi sur l'insolvabilité transparente et prévisible qui contienne des mesures d'incitation pour la collecte et la diffusion d'informations; et

h) Reconnaître les droits des créanciers existants et établir des règles claires pour classer les créances prioritaires.

4) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que si une sûreté réelle est opposable et réalisable en vertu d'une autre loi, elle sera reconnue comme telle dans la procédure d'insolvabilité.

7) Pour concevoir une loi sur l'insolvabilité efficace et effective, il faudrait prendre en considération les éléments communs suivants:

a) à d) …

e) Protection de la masse de l'insolvabilité contre les actions des créanciers, contre le débiteur lui-même et contre le représentant de l'insolvabilité et, lorsque les

---

[56] Il est à noter que le présent chapitre ne comprend que les recommandations ou certaines parties des recommandations du *Guide sur l'insolvabilité* qui ont trait spécifiquement aux sûretés réelles mobilières, avec la numérotation initiale utilisée dans le *Guide* (pour les recommandations non reproduites ici, voir *Guide sur l'insolvabilité* accessible à l'adresse http://www.uncitral.org). On notera également que le texte final des recommandations inclura les notes de bas de page nécessaires figurant dans le *Guide sur l'insolvabilité*.

mesures de protection s'appliquent aux créanciers garantis, manière dont la valeur économique de leurs sûretés réelles sera protégée pendant la procédure d'insolvabilité;

f) à r) …

Loi applicable à la validité et à l'opposabilité des droits et créances

30) La loi applicable à la validité et à l'opposabilité des droits et créances existant au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité devrait être déterminée par les règles de droit international privé de l'État où est ouverte cette procédure.

Loi applicable dans la procédure d'insolvabilité: lex fori concursus

31) La loi de l'État où est ouverte la procédure d'insolvabilité (*lex fori concursus*) devrait s'appliquer à tous les aspects de l'ouverture, du déroulement, de l'administration et de la conclusion de cette procédure et à ses effets, à savoir notamment:

a) à i) ...

j) Le traitement des créanciers garantis;

k) à n) …

o) Le classement des créances;

p) à s) …

Actifs constituant la masse de l'insolvabilité

35) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la masse devrait comprendre notamment:

a) Les actifs du débiteur, y compris ses droits sur des actifs grevés et sur des actifs appartenant à des tiers;

b) Les actifs acquis après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité; et

c) …

Mesures provisoires

39) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le tribunal peut prononcer, à la demande du débiteur, de créanciers ou de tiers, des mesures provisoires, lorsque celles-ci sont nécessaires pour protéger et préserver la valeur des actifs du débiteur ou les intérêts des créanciers, entre le moment du dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et l'ouverture de la procédure. Ces mesures peuvent notamment être les suivantes:

a) Interdire ou suspendre les mesures d'exécution contre les actifs du débiteur, y compris les mesures visant à rendre des sûretés réelles opposables aux tiers et la réalisation de sûretés réelles;

b) à d) …

Mesures applicables à l'ouverture de la procédure

46) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité:

a) L'engagement d'actions ou de procédures individuelles visant les actifs, les droits ou les obligations du débiteur est interdit et la poursuite desdites actions ou procédures est suspendue;

b) Les actions visant à rendre des sûretés réelles opposables aux tiers et à réaliser des sûretés réelles sont interdites ou suspendues;

c) Les mesures d'exécution ou autres voies de droit contre les actifs de la masse sont interdites ou suspendues;

d) Le droit d'un cocontractant de mettre fin à tout contrat conclu avec le débiteur est suspendu; et

e) Le droit de transférer tout actif de la masse, de le grever ou d'en disposer autrement est suspendu.

Durée des mesures automatiquement applicables à l'ouverture de la procédure

49) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les mesures applicables à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité auront effet pendant toute cette procédure:

a) Jusqu'au prononcé de leur aménagement par le tribunal;

b) Dans une procédure de redressement, jusqu'à la prise d'effet d'un plan de redressement; ou

c) S'agissant des créanciers garantis dans une procédure de liquidation, jusqu'à expiration d'une période fixe spécifiée par la loi, à moins que le tribunal ne proroge cette période s'il est montré que:

i) Une prorogation est nécessaire pour maximiser la valeur des actifs dans l'intérêt des créanciers; et

ii) Les créanciers garantis seront protégés contre une dépréciation de l'actif grevé sur lequel ils détiennent une sûreté réelle.

Protection contre la dépréciation des actifs grevés

50) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, sur demande faite au tribunal, un créancier garanti devrait avoir droit à la protection de la valeur des actifs sur lesquels il détient une sûreté réelle. Le tribunal peut prononcer les mesures de protection appropriées, qui peuvent notamment prendre la forme:

a) De versements en espèces effectués par la masse;

b) De la constitution de sûretés réelles supplémentaires; ou

c) D'autres moyens déterminés par le tribunal.

Aménagement des mesures applicables à l'ouverture de la procédure

51) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'un créancier garanti peut demander au tribunal de prononcer un aménagement des mesures applicables à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité pour certains motifs, dont notamment les suivants:

a) L'actif grevé n'est pas nécessaire à un éventuel redressement ou à une éventuelle cession de l'entreprise débitrice;

b) La valeur de l'actif grevé diminue du fait de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et le créancier garanti n'est pas protégé contre cette diminution; et

c) Dans le cas d'un redressement, aucun plan n'a été approuvé dans tout délai applicable.

Pouvoir d'utiliser les actifs de la masse et d'en disposer

52) La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser:

a) L'utilisation et la disposition des actifs de la masse (y compris des actifs grevés) dans le cours normal des affaires, à l'exception du produit en espèces; et

b) L'utilisation et la disposition des actifs de la masse (y compris des actifs grevés) en dehors du cours normal des affaires, sous réserve des conditions prévues dans les recommandations 55 et 58.

Constitution d'une nouvelle sûreté réelle sur des actifs grevés

53) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les actifs grevés peuvent être grevés d'une nouvelle sûreté réelle, sous réserve des conditions prévues dans les recommandations 65 à 67.

Utilisation d'actifs appartenant à des tiers

54) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le représentant de l'insolvabilité peut utiliser des actifs appartenant à des tiers et se trouvant en possession du débiteur sous réserve que soient remplies certaines conditions, notamment:

a) Que les droits des tiers soient protégés contre la diminution de la valeur des actifs; et

b) Que les frais, prévus au contrat, qui sont liés à la poursuite de l'exécution de ce dernier et à l'utilisation des actifs soient assimilés à une dépense afférente à l'administration de la procédure.

Faculté de vendre des actifs de la masse libres de toutes sûretés et autres droits réels

58) La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser le représentant de l'insolvabilité à vendre des actifs qui sont grevés de sûretés ou soumis à d'autres droits réels libres de ces sûretés et autres droits en dehors du cours normal des affaires, à condition:

a) Qu'il notifie la vente proposée aux titulaires des sûretés ou autres droits réels;

b) Que les titulaires aient la possibilité d'être entendus par le tribunal s'ils s'opposent à la vente proposée;

c) Qu'aucun aménagement de l'arrêt des poursuites n'ait été prononcé; et

d) Que la priorité des droits sur le produit de la vente des actifs soit préservée.

Utilisation du produit en espèces

59) La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser le représentant de l'insolvabilité à utiliser le produit en espèces et à en disposer si:

a) Le créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle sur ce produit en espèces consent à cette utilisation ou disposition; ou

b) Le créancier garanti a été avisé de l'utilisation ou de la disposition proposées et eu la possibilité d'être entendu par le tribunal; et

c) Les droits du créancier garanti seront protégés contre la diminution de la valeur du produit en espèces.

Actifs constituant une charge

62) La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser le représentant de l'insolvabilité à décider du traitement des actifs constituant une charge pour la masse. En particulier, elle peut l'autoriser à renoncer à de tels actifs après que les créanciers en ont été avisés et ont eu la possibilité de s'opposer à l'action proposée, sauf lorsque le montant d'une créance garantie excède la valeur de l'actif grevé et que l'actif n'est pas nécessaire au redressement ou à la cession de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité, auquel cas la loi sur l'insolvabilité peut permettre au représentant de l'insolvabilité de renoncer à l'actif en faveur du créancier garanti sans en aviser les autres créanciers.

Garantie d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure

65) La loi sur l'insolvabilité devrait permettre la constitution d'une sûreté réelle en garantie du remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, notamment d'une sûreté sur des actifs non grevés, y compris des actifs acquis après l'ouverture de la procédure, ou d'une sûreté de rang inférieur sur des actifs de la masse déjà grevés.

66) La loi devrait spécifier qu'une sûreté réelle constituée sur des actifs de la masse pour garantir le remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure ne prime pas une sûreté réelle antérieure sur les mêmes actifs, sauf si le représentant de l'insolvabilité obtient l'accord du ou des créanciers garantis antérieurs ou s'il applique la procédure décrite dans la recommandation 67.

67) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsque le créancier garanti antérieur ne donne pas son accord, le tribunal peut autoriser la constitution d'une sûreté réelle primant les sûretés réelles antérieures, sous réserve que soient remplies certaines conditions, notamment:

a) Que la possibilité ait été donnée au créancier garanti antérieur d'être entendu par le tribunal;

b) Que le débiteur puisse prouver qu'il ne peut obtenir le financement par aucun autre moyen; et

c) Que les droits du créancier garanti antérieur soient protégés.

Effet de la conversion de la procédure sur le financement postérieur à son ouverture

68) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsqu'une procédure de redressement est convertie en liquidation, toute priorité accordée, dans le cadre du redressement, à un financement postérieur à l'ouverture de la procédure devrait continuer à être reconnue dans le cadre de la liquidation.

Clauses de résiliation automatique et de déchéance du terme

70) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que toute clause contractuelle prévoyant la résiliation automatique ou l'exécution anticipée d'un contrat dans l'un quelconque des cas suivants est inopposable au représentant de l'insolvabilité et au débiteur:

a) Demande d'ouverture ou ouverture d'une procédure d'insolvabilité;

b) Nomination d'un représentant de l'insolvabilité.

71) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les contrats qui sortent du champ d'application de la recommandation 70, comme les contrats financiers, ou sont soumis à des règles spéciales, comme les contrats de travail.

72) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le représentant de l'insolvabilité peut décider de poursuivre l'exécution d'un contrat dont il a connaissance lorsque la continuation serait profitable à la masse de l'insolvabilité. Elle devrait spécifier que:

a) Le droit de continuation s'applique au contrat dans son intégralité; et

b) La continuation a pour effet de rendre toutes les clauses du contrat exécutoires.

Exécution avant la continuation ou le rejet du contrat

80) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le représentant de l'insolvabilité peut accepter ou exiger du cocontractant qu'il exécute le contrat avant sa continuation ou son rejet. Les créances du cocontractant découlant de cette exécution devraient être assimilées à une dépense afférente à l'administration de la procédure:

a) Si le cocontractant a exécuté le contrat, le montant de cette dépense devrait correspondre au prix contractuel de l'exécution; ou

b) Si le représentant de l'insolvabilité utilise des actifs appartenant à un tiers qui sont en possession du débiteur soumis au contrat, ce tiers devrait être protégé contre la dépréciation de ces actifs et avoir une créance afférente à l'administration de la procédure conformément à l'alinéa a).

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera que le rejet d'un accord de crédit ne met pas fin à la convention constitutive de sûreté ni n'éteint la sûreté.*]

Annulation de sûretés réelles

88) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, bien qu'elle soit opposable et réalisable en vertu d'une autre loi, une sûreté réelle peut être soumise aux dispositions d'annulation qu'elle prévoit pour les mêmes motifs que d'autres opérations.

Contrats financiers

103) Une fois les contrats financiers du débiteur résiliés, la loi sur l'insolvabilité devrait permettre aux cocontractants de réaliser leurs sûretés réelles garantissant les obligations découlant de ces contrats. Les contrats financiers ne devraient pas être soumis à un éventuel arrêt des poursuites appliqué à la réalisation des sûretés par la loi sur l'insolvabilité.

Participation des créanciers

126) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les créanciers, tant garantis que chirographaires, ont le droit de participer à la procédure d'insolvabilité et indiquer quelles fonctions ils peuvent remplir dans le cadre de cette participation.

Droit d'être entendu et de former un recours

137) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une partie intéressée a le droit d'être entendue dans le cadre de la procédure d'insolvabilité sur toute question qui porte atteinte à ses droits, obligations ou intérêts. Par exemple, une partie intéressée devrait être fondée:

a) À contester tout acte soumis à l'approbation du tribunal;

b) À demander au tribunal d'examiner tout acte pour lequel son approbation n'était pas nécessaire ou requise; et

c) À demander toute mesure dont elle peut se prévaloir dans la procédure d'insolvabilité.

Droit de faire appel

138) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une partie intéressée peut faire appel de toute décision du tribunal prise dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité si cette décision porte atteinte à ses droits, obligations ou intérêts.

Plan de redressement

Approbation par classe

150) Lorsque, pour l'approbation du plan, il est procédé à un vote par classe, la loi sur l'insolvabilité devrait spécifier comment seront traités, aux fins de cette approbation, les résultats obtenus dans chaque classe. Différentes solutions sont possibles: par exemple, exiger l'approbation par toutes les classes ou l'approbation par une majorité spécifiée de classes, à condition toutefois qu'au moins une classe de créanciers dont les droits sont modifiés ou affectés approuve le plan.

151) Lorsque la loi sur l'insolvabilité n'exige pas l'approbation du plan par toutes les classes, elle devrait indiquer le traitement à réserver à celles qui ne votent pas en faveur du plan qui par ailleurs est approuvé par les classes requises. Ce traitement devrait être conforme aux conditions énoncées dans la recommandation 152.

Homologation d'un plan approuvé

152) Lorsque la loi sur l'insolvabilité exige qu'un plan approuvé soit homologué par le tribunal, elle devrait exiger que celui-ci homologue ce plan si les conditions suivantes sont remplies:

a) Les approbations requises ont été obtenues et le processus d'approbation a été régulier;

b) Les créanciers recevront au moins autant dans le cadre du plan que ce qu'ils auraient reçu en cas de liquidation, à moins qu'ils n'aient expressément accepté un traitement moins favorable;

c) Le plan ne comporte pas de dispositions contraires à la loi;

d) Les créances et dépenses afférentes à l'administration de la procédure seront intégralement payées, sauf dans la mesure où le créancier concerné accepte un traitement différent; et

e) Sauf dans la mesure où les classes concernées en sont convenues autrement, si une classe de créanciers a voté contre le plan, elle se verra reconnaître pleinement par celui-ci le rang que la loi sur l'insolvabilité lui accorde et la part qui lui revient en vertu du plan devrait être conforme à ce rang.

Contestation de l'approbation (lorsque aucune homologation n'est exigée)

153) Lorsqu'un plan devient contraignant après son approbation par les créanciers, sans qu'il doive être homologué par le tribunal, la loi sur l'insolvabilité devrait permettre aux parties intéressées, notamment au débiteur, d'en contester l'approbation. Elle devrait spécifier les critères permettant d'apprécier le bien-fondé de la contestation, parmi lesquels devraient figurer:

a) Le respect des conditions énoncées dans la recommandation 152; et

b) La fraude, auquel cas les dispositions de la recommandation 154 devraient s'appliquer.

Créances garanties

172) La loi sur l'insolvabilité devrait préciser si les créanciers garantis sont tenus de déclarer leurs créances.

Évaluation des créances garanties

179) La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que le représentant de l'insolvabilité peut déterminer la fraction garantie et la fraction non garantie de la créance d'un créancier garanti en évaluant l'actif grevé.

Priorité des créances

Créances garanties

188) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les créances garanties devraient être remboursées sur les actifs grevés dans le cadre d'une liquidation ou d'un plan de redressement, sous réserve des créances ayant éventuellement un rang de priorité supérieur. Les créances ayant un rang de priorité supérieur à celui des créances garanties devraient être limitées au minimum et clairement indiquées dans la loi sur l'insolvabilité. Lorsque la valeur de l'actif grevé est insuffisante pour rembourser la créance du créancier garanti, ce dernier peut participer en tant que créancier chirographaire ordinaire.

B. Recommandations supplémentaires du Guide sur les opérations garanties concernant l'insolvabilité

Loi applicable dans la procédure d'insolvabilité

171. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, nonobstant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, la constitution d'une sûreté réelle mobilière, son opposabilité, sa priorité et sa réalisation sont régies par la loi qui serait applicable en l'absence de procédure d'insolvabilité. La présente recommandation n'a d'incidence sur l'application d'aucune règle relative à l'insolvabilité, y compris celles relatives à l'annulation, à la priorité ou à la réalisation des sûretés.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera la relation entre la présente recommandation et les recommandations 30 et 31 du* Guide sur l'insolvabilité. *Le commentaire expliquera aussi que la présente recommandation vise les règles relatives à l'insolvabilité qu'elles aient trait, à quelque fin que ce soit, à la procédure, au fond, à la compétence ou à d'autres aspects.*]

Biens grevés d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de leur acquisition (approche unitaire)

172. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, dans le cas d'une procédure d'insolvabilité visant le constituant, les biens grevés d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de leur acquisition sont traités de la même manière que les biens grevés de sûretés réelles mobilières en général.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, conformément à la recommandation 178, la loi sur l'insolvabilité reconnaîtrait toute priorité spéciale accordée à des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions sur d'autres sûretés en vertu de la loi sur les opérations garanties (par exemple, priorité prévue aux recommandations 185 et 186).*]

Biens soumis à un droit de propriété dans le cadre d'une clause de réserve de propriété (approche non unitaire)

Variante A

172. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, dans le cas d'une procédure d'insolvabilité visant un acheteur, un crédit-preneur ou un constituant, les biens soumis à des droits dans le cadre d'une clause de réserve de propriété sont traités comme des biens grevés d'une sûreté réelle mobilière.

Variante B

172. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, dans le cas d'une procédure d'insolvabilité visant un acheteur, un crédit-preneur ou un constituant, les biens soumis à des droits dans le cadre d'une clause de réserve de propriété sont traités comme des biens appartenant à des tiers conformément au *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*.

Créances ayant fait l'objet d'un transfert pur et simple avant l'ouverture de la procédure

173. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, si le débiteur effectue un transfert pur et simple d'une créance avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité dont il fait l'objet, la créance est traitée de la même manière que la loi sur l'insolvabilité traiterait un bien ayant été purement et simplement transféré par le débiteur avant l'ouverture de la procédure. Tout comme le transfert d'un autre bien par le débiteur avant l'ouverture de la procédure, le transfert pur et simple de la créance serait soumis aux règles d'annulation applicables de la loi sur l'insolvabilité.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que le Guide fait entrer un transfert pur et simple d'une créance (en d'autres termes un transfert qui n'est pas effectué à des fins de garantie) dans le champ d'application du Guide et qu'il définit une "sûreté réelle mobilière" comme englobant également un tel transfert. Lorsqu'il mentionne le transfert pur et simple, le Guide est sans incidence sur l'application des règles énoncées dans une loi autre que celle sur l'insolvabilité qui permettraient de requalifier une opération de transfert à des fins de garantie même si les parties l'ont désignée comme étant un transfert pur et simple. En cas de requalification, le transfert ne serait pas considéré comme pur et simple aux fins du Guide.*

Si une sûreté consentie par le débiteur avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité dont il fera l'objet prend la forme, conformément à une loi autre que celle sur l'insolvabilité, d'un transfert pur et simple de créance, la loi sur l'insolvabilité devrait traiter ce transfert de la même manière que le transfert de tout autre bien du débiteur avant l'ouverture de la procédure s'il est considéré comme un transfert pur et simple par cette autre loi. La créance transférée, comme tout autre bien transféré purement et simplement par le débiteur avant que ne commence la procédure d'insolvabilité, ne devrait pas entrer dans la masse de l'insolvabilité du débiteur (voir généralement le Guide sur l'insolvabilité, *recommandation 35 a)).*

Toutefois, comme tout transfert pur et simple d'un autre bien effectué par le débiteur avant l'ouverture de la procédure et, de fait, comme toute autre opération

réalisée avant la procédure, le transfert pur et simple de la créance est soumis aux règles d'annulation prévues dans la loi sur l'insolvabilité (voir Guide sur l'insolvabilité*, recommandation 88). Par exemple, le transfert peut être annulé et la créance être incluse dans la masse de l'insolvabilité si: a) le transfert n'était pas opposable au moment de l'ouverture de la procédure; b) il peut être annulé conformément aux règles d'annulation de la loi sur l'insolvabilité concernant les opérations à un prix sous-évalué; ou c) le transfert a eu lieu à une certaine date mais n'a été rendu opposable qu'après expiration du délai de grâce et pendant la période suspecte, conformément aux règles d'annulation de la loi sur l'insolvabilité concernant les transferts suspects.*

Si la créance n'est pas dans la masse de l'insolvabilité et n'y entre pas conformément aux règles d'annulation de la loi sur l'insolvabilité, alors, du fait que le bénéficiaire du transfert est le véritable propriétaire de la créance, tout arrêt des poursuites découlant de la loi sur l'insolvabilité ne devrait généralement pas s'appliquer au recouvrement de la créance par le bénéficiaire et la loi sur l'insolvabilité ne devrait pas d'une manière générale s'appliquer à la créance ni à son recouvrement par le bénéficiaire. Cependant, si, dans un contrat ayant effet au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, le débiteur a été chargé par le bénéficiaire du transfert de recouvrer la créance pour lui, tout arrêt des poursuites applicable en ce qui concerne les contrats conclus avec le débiteur (et donc applicable à ce contrat en particulier) empêcherait, du fait et en dépit du droit de propriété du bénéficiaire sur la créance, le bénéficiaire de recouvrer la créance ou d'intervenir dans ce contrat d'une autre manière jusqu'à la mainlevée de l'arrêt des poursuites concernant ce contrat ou le rejet de ce contrat par le débiteur.]

Biens acquis après l'ouverture de la procédure

174. Sous réserve des dispositions de la recommandation 175, la loi sur l'insolvabilité devrait prévoir qu'un bien de la masse acquis après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité n'entre pas dans l'assiette d'une sûreté réelle mobilière constituée par le débiteur avant l'ouverture de la procédure.

175. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir qu'un bien de la masse acquis après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité visant le débiteur entre dans l'assiette d'une sûreté réelle mobilière constituée par ce dernier avant l'ouverture de la procédure si ce bien est le produit (en espèces ou sous une autre forme) d'un bien grevé qui lui appartenait avant l'ouverture de la procédure.

Clauses de résiliation automatique dans une procédure d'insolvabilité

176. Si la loi sur l'insolvabilité prévoit l'inopposabilité au représentant de l'insolvabilité ou au débiteur d'une clause contractuelle qui, à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou lors d'un autre événement lié à l'insolvabilité, met automatiquement fin à toute obligation découlant d'un contrat ou en accélère l'échéance, elle devrait prévoir aussi qu'une telle disposition ne rend pas inopposable ni n'invalide une clause contractuelle libérant un créancier d'une obligation de consentir un prêt ou d'octroyer un crédit ou d'autres facilités financières au profit du débiteur.

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière dans la procédure d'insolvabilité

177. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière est opposable au moment de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, des dispositions peuvent être prises après l'ouverture de la procédure pour conserver, préserver ou maintenir cette opposabilité dans la mesure et de la manière autorisées par la loi sur les opérations garanties[57].

Priorité d'une sûreté réelle mobilière dans une procédure d'insolvabilité

178. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière est prioritaire en vertu d'une autre loi, cette priorité reste intacte dans une procédure d'insolvabilité sauf si, conformément à la loi sur l'insolvabilité, une autre créance se voit accorder la priorité. De telles exceptions devraient être limitées au minimum et clairement énoncées dans la loi sur l'insolvabilité. La présente recommandation est soumise à la recommandation 188 du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire fournira des exemples d'exceptions, tels que les financements prioritaires postérieurs à l'ouverture de la procédure et les créances privilégiées.*]

Effet d'un accord de cession de rang dans une procédure d'insolvabilité

179. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, si le titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur un bien entrant dans la masse de l'insolvabilité renonce unilatéralement ou conventionnellement à sa priorité en faveur de tout réclamant concurrent existant ou futur, cette renonciation a force obligatoire dans une procédure d'insolvabilité visant le débiteur.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la recommandation 75 énonce la règle générale concernant la cession de rang applicable en l'absence de procédure d'insolvabilité. Il voudra peut-être noter ce qui suit: "Le principe général de la reconnaissance des priorités antérieures à l'ouverture de la procédure devrait être interprété comme s'appliquant également aux priorités découlant d'un accord de cession de rang, à condition que l'accord n'octroie pas un rang supérieur à celui qui serait normalement accordé à un créancier par la loi applicable." (voir* Guide sur l'insolvabilité*, V, B, 1, par. 59, page 292.*]

Frais et dépenses liés au maintien de la valeur du bien grevé dans une procédure d'insolvabilité

180. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que le représentant de l'insolvabilité est en droit de recouvrer de manière prioritaire sur la valeur d'un bien grevé les frais

---

[57] Voir note concernant la recommandation 46 b) du *Guide sur l'insolvabilité*, libellée comme suit:

"Si une loi autre que la loi sur l'insolvabilité autorise l'accomplissement des formalités d'opposabilité dans un certain délai, il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité reconnaisse ce délai et autorise l'accomplissement des formalités en question si la procédure d'insolvabilité est ouverte avant l'expiration desdits délais. Lorsque la loi autre que la loi sur l'insolvabilité ne prévoit pas de tel délai, l'arrêt des poursuites applicable à l'ouverture aurait pour effet d'empêcher l'accomplissement des formalités d'opposabilité."

et les dépenses (y compris, le cas échéant, les frais indirects) qu'il a raisonnablement engagés en vue de maintenir, de préserver ou d'accroître la valeur du bien grevé au profit du créancier garanti.

Évaluation des biens grevés dans une procédure de redressement

181. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, pour déterminer la valeur de liquidation de biens grevés dans une procédure de redressement, il faudrait tenir compte de l'utilisation de ces biens et des objectifs de l'évaluation. La valeur de liquidation de ces biens peut être fondée sur leur valeur d'exploitation.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire indiquera que le commentaire du* Guide sur l'insolvabilité *prévoit la même règle pour tous les biens (voir par. 66, deuxième partie, chap. II, sect. B). Le commentaire sur le présent chapitre précisera que, dans la recommandation 152 b) du* Guide sur l'insolvabilité*, les créanciers dans une procédure de redressement recevront au moins autant que ce qu'ils auraient reçu dans une procédure de liquidation, à moins qu'ils n'aient expressément accepté un traitement moins favorable.*]

XII. Mécanismes de financement d'acquisitions[58]

A. Approche unitaire des mécanismes de financement d'acquisitions

Objet

Les dispositions de la loi relatives aux mécanismes de financement d'acquisitions ont pour objet:

a) De reconnaître l'importance et de faciliter l'utilisation du financement d'acquisitions en tant que source de crédit abordable, en particulier pour les petites et moyennes entreprises;

b) D'assurer l'égalité de traitement de tous les fournisseurs de financement d'acquisitions, en leur appliquant le régime général régissant les sûretés réelles mobilières; et

c) De faciliter les opérations garanties en général en instaurant la transparence dans les mécanismes de financement d'acquisitions.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que l'alinéa c) a été ajouté dans la section "objet" de ce chapitre, car le manque de transparence en ce qui concerne le financement des acquisitions dans les pays où les mécanismes de financement d'acquisitions ne sont pas soumis à une obligation d'inscription constitue souvent un obstacle sérieux au nantissement de stocks et de matériel dans un autre but que leur acquisition (ainsi que le financement par cession de créances dans les pays qui admettent les clauses de réserve de propriété étendues). L'instauration de la transparence encouragerait fortement ces types de financement.*]

---

[58] Voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.5.

Équivalence entre une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition et une sûreté réelle mobilière

182. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition est une sûreté réelle mobilière. Par conséquent, les dispositions de la loi régissant une sûreté réelle mobilière en général, complétées par ses dispositions portant spécifiquement sur les mécanismes de financement d'acquisitions, devraient s'appliquer également à toutes les sûretés en garantie du paiement d'acquisitions.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que le fait d'assimiler une sûreté en garantie du paiement d'une acquisition à une sûreté réelle mobilière, de manière que le créancier garanti finançant l'acquisition soit le créancier garanti et le constituant le propriétaire des biens grevés, vaut uniquement pour l'aspect financement garanti de l'opération. Bien que la sûreté en garantie du paiement d'une acquisition garantisse l'obligation du constituant de payer le solde du prix d'achat, l'opération sous-jacente n'en demeure pas moins une vente ou un crédit-bail. C'est pourquoi la loi sur les ventes ou sur les baux continue de s'appliquer aux autres aspects de l'opération (tels que garanties de propriété et de qualité, droit de revendre ou de sous-louer, imposition, assurance et comptabilité). Le commentaire expliquera aussi que si, par exemple, un créancier garanti dans le cadre d'un mécanisme de financement d'acquisitions a vendu à un acheteur du matériel qui était défectueux, l'acheteur pourrait invoquer les termes du contrat et toute autre loi applicable pour exercer les voies de droit dont peut disposer un acheteur en vertu de cette autre loi, telles que le refus des biens meubles corporels et la dénonciation du contrat.*]

Constitution d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition

183. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition est constituée [de la même manière qu'une sûreté réelle mobilière en vertu de la recommandation 13] [par une convention entre le constituant et le créancier garanti qui n'a pas à être conclue ni constatée par écrit et n'est soumise à aucune autre condition de forme. Elle peut être prouvée par tous moyens, y compris par témoins].

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la recommandation 183 (approche unitaire) comprend les mêmes variantes que la recommandation 183 (approche non unitaire), de manière à appliquer le principe de l'équivalence. Toutefois, si le Groupe de travail décide de garder les conditions de constitution applicables en vertu de la recommandation générale 13, il se pourrait que la recommandation 183 ne soit pas nécessaire car elle répéterait la règle générale.*]

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition

184. Sauf disposition contraire dans la recommandation 185, la loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition devient opposable par inscription d'un avis la concernant dans le registre général des sûretés

de la même manière que le prévoient les dispositions de la présente loi régissant l'opposabilité des sûretés réelles mobilières sur le même type de biens grevés. Si l'avis est inscrit dans un délai de [indiquer un délai bref, par exemple 20 ou 30 jours] à compter de la remise des biens meubles corporels au constituant, la sûreté est opposable aux tiers dont les droits sont nés entre la constitution de la sûreté et son inscription, ainsi qu'aux tiers dont les droits ont été inscrits ultérieurement. Si l'avis est inscrit après l'expiration de ce délai, la sûreté est opposable à compter de l'inscription de l'avis.

Exceptions à l'obligation d'inscription d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition

185. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière grevant des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition devient opposable dès sa constitution. La présente disposition est sans incidence sur les sûretés réelles mobilières rendues opposables par prise de possession ou par inscription sur un registre spécialisé ou annotation sur un certificat de propriété.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant des biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition sur une sûreté grevant les mêmes biens non liée à leur acquisition qui a été inscrite antérieurement

186. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière grevant des biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition a priorité sur une sûreté grevant les mêmes biens non liée à leur acquisition (même si l'avis concernant la seconde a été inscrit dans le registre général des sûretés avant que le soit un avis concernant la première), à condition que:

a) La partie finançant l'acquisition soit en possession desdits biens; ou

b) L'avis relatif à la sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition soit inscrit dans un délai de [même nombre de jours que le délai spécifié dans la recommandation 184] à compter de la remise des biens au constituant.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera qu'une situation courante dans laquelle ce conflit de priorité surgit est celle où un créancier garanti préexistant a une sûreté sur la totalité des biens meubles corporels existants et à acquérir du constituant et un autre créancier finance l'acquisition de biens particuliers.*]

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant des stocks en garantie du paiement de leur acquisition sur une sûreté grevant des stocks du même type non liée à leur acquisition qui a été inscrite antérieurement

187. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière grevant les stocks du constituant en garantie du paiement de leur acquisition a priorité sur une sûreté grevant des stocks du même type non liée à leur acquisition (même si la seconde est devenue opposable avant que ne le devienne la première, à condition que:

a) La partie finançant l'acquisition soit en possession des biens meubles corporels; ou

b) Avant la remise des stocks au constituant:

i) Un avis concernant la sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition soit inscrit dans le registre général des sûretés; et

ii) La partie finançant l'acquisition notifie au titulaire de la sûreté inscrite antérieurement par écrit son intention de conclure une ou plusieurs opérations de financement d'acquisitions concernant les stocks décrits dans la notification. La notification devrait décrire de façon suffisante les stocks pour informer le titulaire de la sûreté inscrite antérieurement des stocks faisant l'objet du financement.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition sur le droit d'un créancier judiciaire

188. La loi devrait prévoir que, nonobstant la recommandation 86, une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition qui est rendue opposable pendant le délai de grâce prévu dans la recommandation 184 a priorité sur les droits d'un créancier chirographaire qui, en vertu d'une loi autre que la présente loi:

a) A obtenu un jugement ou une décision judiciaire provisoire contre un constituant après la constitution de la sûreté; et

b) A pris les mesures nécessaires pour acquérir des droits sur les biens grevés du constituant en raison de ce jugement ou de cette décision judiciaire provisoire.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant des biens rattachés à un bien immeuble en garantie du paiement de leur acquisition sur une sûreté inscrite antérieurement grevant ce bien immeuble

189. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière grevant des biens meubles corporels devant être rattachés à un bien immeuble en garantie du paiement de leur acquisition, inscrite dans le registre immobilier dans un délai [spécifier un délai court, par exemple 20 à 30 jours] après que ces biens ont été rattachés, a priorité sur un droit réel existant sur le bien immeuble concerné (autre qu'un droit réel garantissant un prêt destiné à financer la construction de l'immeuble).

Une ou plusieurs opérations de financement d'acquisitions

190. La loi devrait prévoir qu'une notification unique adressée aux titulaires de sûretés réelles mobilières non liées à des acquisitions inscrites antérieurement pourra couvrir des biens grevés acquis au moyen d'une ou de plusieurs opérations de financement d'acquisitions conclues entre les mêmes parties sans que ces opérations aient à être identifiées dans la notification. Cette notification ne devrait cependant produire d'effet que pour les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions constituées sur les biens grevés remis dans un délai de [préciser le délai, par exemple cinq ans] après la notification.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition grevant le produit de biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation

191. La loi devrait prévoir que la priorité, prévue dans la recommandation 186 (approche unitaire), d'une sûreté réelle mobilière grevant des biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition sur une sûreté grevant les mêmes biens non liée à leur acquisition inscrite antérieurement s'étend au produit de ces biens.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition grevant le produit de stocks

192. La loi devrait prévoir que la priorité, prévue dans la recommandation 187 (approche non unitaire), d'une sûreté réelle mobilière grevant des stocks en garantie du paiement de leur acquisition sur une sûreté inscrite antérieurement grevant des stocks du même type s'étend au produit de ces stocks [autres que des créances]. Toutefois, la partie finançant l'acquisition doit adresser une notification aux parties octroyant un financement inscrites antérieurement qui détiennent une sûreté sur des biens du même type que le produit avant la remise des stocks au constituant ou, au plus tard, au moment où naît le produit.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être réexaminer la question de savoir si la priorité prévue dans la recommandation 192 devrait être étendue au produit sous forme de créances. Dans l'affirmative, le financement par cession de créances risquerait alors d'être fortement découragé. Dans la plupart des cas, une partie octroyant le financement par cession de créances n'aura peut-être pas le moyen, dans la pratique, de déterminer celles des créances du constituant qui seraient soumises à la sûreté prioritaire garantissant le paiement de l'acquisition. Le risque serait alors qu'elle arrête simplement le financement quand elle reçoit l'avis envisagé par la présente recommandation. Cette éventualité ou bien découragera le financement par cession de créances ou bien, si la partie qui octroie ce financement accepte de continuer à le faire seulement s'il n'y a pas de mécanisme de financement de l'acquisition de stocks, elle découragera le financement d'acquisitions. Ni l'une ni l'autre possibilité n'est compatible avec les objectifs du Guide. Une meilleure solution serait de ne pas étendre la priorité de la partie finançant les stocks au produit consistant en créances, de manière que la partie qui octroie un financement par cession de créances soit encouragée à consentir un crédit garanti par elles et que le produit de ce crédit puisse être utilisé par le constituant pour payer la partie finançant les stocks. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, dans la plupart des pays qui reconnaissent les clauses de réserve de propriété, le droit de propriété du vendeur réservataire sur les stocks vendus ne s'étend pas aux créances provenant de la vente de ces stocks.*]

Réalisation d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition

193. La loi devrait prévoir que ses dispositions sur la défaillance et la réalisation s'appliquent à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être aussi envisager un texte supplémentaire qui pourrait par exemple être rédigé comme suit:*

"Dans le cas d'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété, s'il est requis que l'avis concernant ce droit soit inscrit dans le registre des sûretés, mais qu'il ne l'a pas été, ou ne l'a été qu'après l'expiration du délai spécifié dans la recommandation 184, le vendeur réservataire, le crédit-bailleur ou le prêteur du financement du prix d'achat a le droit de prendre possession des biens meubles corporels uniquement s'ils sont encore en la possession de l'acheteur, du crédit-preneur ou du constituant et reprend ces biens sous réserve de toutes sûretés constituées par l'acheteur, le crédit-preneur ou le constituant. Toutefois, dans le cas d'une inscription tardive, si l'avis est inscrit avant la vente des biens meubles corporels par l'acheteur initial, le crédit-preneur ou le constituant, le vendeur, le crédit-bailleur ou le prêteur du financement du prix d'achat peut prendre possession des biens meubles corporels en la possession de l'acheteur subséquent, autre qu'[un acheteur des stocks dans le cours normal des affaires du vendeur, et toute autre personne dont les droits sur les stocks proviennent de cet acheteur (même si cet acheteur ou cette autre personne a connaissance de l'existence de la sûreté)] [un acheteur de bonne foi]".]

Sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions dans une procédure d'insolvabilité

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que les recommandations sur les mécanismes de financement d'acquisitions dans une procédure d'insolvabilité figurent dans le chapitre sur l'insolvabilité.*]

Loi applicable à une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition

194. La loi devrait prévoir que ses dispositions sur le conflit de lois s'appliquent aux sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions.

B. Approche non unitaire des mécanismes de financement d'acquisitions

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'à sa trente-neuvième session, la Commission a approuvé quant au fond l'approche unitaire et a renvoyé l'approche non unitaire au Groupe de travail pour qu'il l'étudie plus avant (voir A/61/17, par. 69).*]

Objet (approche non unitaire)

Les dispositions de la loi relatives aux mécanismes de réserve de propriété ont pour objet:

a) De reconnaître l'importance et de faciliter l'utilisation des mécanismes de réserve de propriété en tant que source de crédit abordable, en particulier pour les petites et moyennes entreprises;

b) D'assurer l'égalité de traitement de tous les vendeurs réservataires, crédit-bailleurs et prêteurs du financement du prix d'achat et d'appliquer aux mécanismes de réserve de propriété des règles particulières de manière à produire des résultats qui soient fonctionnellement équivalents à ceux que produit un régime régissant les sûretés réelles mobilières [dans la mesure compatible avec le régime régissant la réalisation des droits de propriété]; et

c) De faciliter l'utilisation des sûretés réelles mobilières en instaurant la transparence dans les mécanismes de réserve de propriété.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera qu'un ensemble distinct de recommandations a été préparé pour les États qui souhaiteraient adopter une approche non unitaire à l'égard de la réserve de propriété. Afin d'employer la terminologie appropriée et de tenir compte d'une légère différence dans la question, lorsque c'était nécessaire, des titres distincts ont été ajoutés aux recommandations de l'approche non unitaire. Ces dernières recommandations ont elles aussi été numérotées (les numéros étant toutefois les mêmes que ceux des recommandations de l'approche unitaire) de manière non seulement à en faciliter la lecture mais aussi la reproduction ultérieure éventuelle sous forme d'ensemble consolidé distinct de recommandations à la fin des recommandations de l'approche unitaire.*

Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les mots "dans la mesure compatible avec le régime régissant la réalisation des droits de propriété" ont été ajoutés afin d'aligner la section "objet" sur la variante B de la recommandation 172 (approche non unitaire) et la variante B de la recommandation 193 (approche non unitaire) relative à la mise en œuvre des clauses de réserve de propriété dans le cadre et en dehors d'une procédure d'insolvabilité. Dans cette variante de l'approche non unitaire, le traitement de la réalisation des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions dans le cadre et en dehors d'une procédure d'insolvabilité ne serait pas tout à fait équivalent au traitement des sûretés, mais serait plutôt conforme au traitement de la réalisation des droits de propriété (pour une discussion des différences, voir A/CN.9/WG.VI/WP.17, par. 39 à 42; voir aussi la note qui fait suite à la recommandation 193 (approche non unitaire), variante B). Le commentaire examinera les conséquences d'une telle approche (par exemple, manque d'uniformité, impact potentiel sur l'offre de crédit) afin d'aider les États à faire un choix.]

Équivalence entre un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété et une sûreté réelle mobilière

182. Si la loi exclut les droits de propriété dans le cadre de mécanismes de réserve de propriété de la définition de la "sûreté réelle mobilière", elle devrait prévoir qu'un prêteur du financement du prix d'achat a les mêmes droits qu'un vendeur dans une opération avec réserve de propriété. Les dispositions de la présente loi applicables aux sûretés réelles mobilières, complétées par les dispositions spécifiques applicables aux droits de propriété dans le cadre de mécanismes de réserve de propriété dans le présent chapitre, s'appliquent à tous les mécanismes de

réserve de propriété d'une manière qui préserve l'équivalence fonctionnelle entre les droits découlant de mécanismes de réserve de propriété et les sûretés réelles mobilières [dans la mesure compatible avec le régime de propriété applicable en cas de réalisation].

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, pour mettre en œuvre la décision qu'il a prise de traiter sur un pied d'égalité tous les fournisseurs de financement d'acquisitions (voir A/CN.9/574, par. 35), dans l'approche non unitaire, un texte a été ajouté à la recommandation 182 (approche non unitaire) pour faire en sorte que les prêteurs de financement du prix d'achat soient traités comme des propriétaires. Le commentaire expliquera les termes "dans la mesure compatible avec le régime de propriété applicable en cas de réalisation" et leurs conséquences pour la réalisation d'un droit de propriété en vertu d'une clause de réserve de propriété dans le cadre ou en dehors du cadre de l'insolvabilité (voir recommandations 171 et 193 (approche non unitaire) variante B).*]

Constitution d'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété

183. La loi devrait prévoir qu'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété est constitué [de la même manière qu'une sûreté réelle mobilière en vertu de la recommandation 13] [par une convention entre l'acheteur, le crédit-preneur ou le constituant et le vendeur, le crédit-bailleur ou le prêteur du financement du prix d'achat qui n'a pas à être conclue ni constatée par écrit et n'est soumise à aucune autre condition de forme. Elle peut être prouvée par tous moyens, y compris par témoins].

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que, pour que toutes les questions abordées par la recommandation 13 soient couvertes, la recommandation 183 (approche non unitaire) fait référence à la constitution, bien qu'un mécanisme de réserve de propriété ne crée pas de nouveau droit de propriété. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager une variante ou une explication pour le commentaire.*

La recommandation 183 (approche non unitaire) comporte deux variantes, l'une basée sur l'article 11 de la Convention des Nations Unies sur les ventes (CVIM), l'autre sur les conditions de forme prévues dans la recommandation 13 du Guide.

En ce qui concerne la recommandation 183 (approche non unitaire), le Groupe de travail voudra peut-être examiner un texte supplémentaire, qui pourrait être libellé comme suit:

"La loi devrait aussi prévoir qu'un acheteur, un crédit-preneur ou un constituant a le pouvoir de constituer une sûreté sur les biens meubles corporels vendus ou loués nonobstant les droits de propriété du vendeur, du bailleur ou du prêteur de financement du prix d'achat."]

Opposabilité d'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété

184. Sauf disposition contraire dans la recommandation 185, la loi devrait prévoir qu'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété devient opposable par inscription d'un avis le concernant dans le registre général des sûretés de la même manière que le prévoient les dispositions de la présente loi régissant l'opposabilité concernant les sûretés réelles mobilières sur le même type de biens grevés. Si l'avis est inscrit dans un délai de [indiquer un délai bref, par exemple 20 ou 30 jours] à compter de la remise des biens meubles corporels à l'acheteur, au crédit-preneur ou au constituant, le droit est opposable aux tiers dont les droits sont nés entre la conclusion du mécanisme de réserve de propriété et son inscription, ainsi qu'aux tiers dont les droits ont été inscrits ultérieurement. Si l'avis est inscrit après l'expiration de ce délai, le droit de propriété dans le cadre du mécanisme de réserve de propriété est opposable à compter de l'inscription de l'avis.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, dans le cas d'un mécanisme de réserve de propriété, l'opposabilité et la priorité sur les réclamants concurrents signifient que le vendeur réservataire, le crédit-bailleur ou le prêteur du financement du prix d'achat peut faire valoir son droit de propriété sur les biens meubles corporels contre les tiers, y compris les réclamants concurrents, revendiquant des droits par l'intermédiaire de l'acheteur, du preneur ou du constituant.*]

Exceptions à l'obligation d'inscription d'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété

185. La loi devrait prévoir qu'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété relatif à des biens de consommation devient opposable dès sa constitution. La présente disposition est sans incidence sur les droits rendus opposables par prise de possession ou par inscription sur un registre spécialisé ou annotation sur un certificat de propriété.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si toutes les sûretés sur des biens de consommation (à l'exception peut-être des biens de consommation devenant des biens rattachés à des immeubles) devraient être exemptées de l'obligation d'inscription (voir note sur la recommandation 41).*]

Priorité d'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété sur des biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation sur une sûreté réelle mobilière grevant les mêmes biens non liée à leur acquisition qui est inscrite antérieurement

186. La loi devrait prévoir qu'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété sur des biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation a priorité sur une sûreté réelle mobilière grevant les mêmes biens (même si un avis concernant cette dernière a été inscrit dans le registre général des sûretés avant que le soit l'avis concernant le droit de propriété dans le cadre du mécanisme de réserve de propriété, à condition que:

a) Le vendeur, le crédit-bailleur ou le prêteur du financement du prix d'achat soit en possession desdits biens; ou

b) L'avis relatif au droit de propriété dans le cadre du mécanisme de réserve de propriété soit inscrit dans un délai de [même nombre de jours que le délai spécifié dans la recommandation 184] à compter de la remise des biens à l'acheteur, au crédit-preneur ou au constituant.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera l'impact des recommandations 186 et 187 dans les systèmes non unitaires comme indiqué au paragraphe 60 du document A/CN.9/588. Il voudra peut-être aussi examiner si l'alinéa a) pourrait s'appliquer à un mécanisme de réserve de propriété étant donné que normalement la possession des biens meubles corporels est remise à l'acheteur, au crédit-preneur ou au constituant.*]

Priorité d'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété grevant des stocks sur une sûreté grevant des stocks du même type non liée à leur acquisition qui est inscrite antérieurement

187. La loi devrait prévoir qu'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété sur des stocks a priorité sur une sûreté grevant des stocks du même type (même si cette dernière sûreté est devenue opposable avant que le devienne le droit de propriété dans le cadre du mécanisme de réserve de propriété), à condition que:

a) Le vendeur, le crédit-bailleur ou le prêteur du financement du prix d'achat soit en possession des biens meubles corporels; ou

b) Avant la remise des stocks à l'acheteur, au crédit-preneur ou au constituant:

i) Un avis concernant le droit de propriété dans le cadre du mécanisme de réserve de propriété soit inscrit dans le registre général des sûretés; et

ii) Le vendeur, le crédit-bailleur ou le prêteur du financement du prix d'achat notifie au titulaire de la sûreté inscrite antérieurement par écrit son intention de conclure une ou plusieurs opérations avec réserve de propriété concernant les stocks. La notification devrait décrire les stocks de façon suffisante pour informer le titulaire de la sûreté inscrite antérieurement des stocks faisant l'objet du financement.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si l'alinéa a) pourrait s'appliquer à une opération avec réserve de propriété ou crédit-bail étant donné que normalement la possession des biens meubles corporels est remise à l'acheteur, au crédit-preneur ou au constituant. Il voudra peut-être aussi examiner si le registre devrait notifier automatiquement les parties inscrites finançant les stocks (voir A/61/17, para. 67). Il est à noter que cette solution exigerait que le registre fasse la distinction entre ces parties et d'autres parties octroyant un financement. Elle exigerait en outre que le constituant s'assure que le registre a bien adressé la notification avant de remettre les stocks à la partie finançant l'acquisition.*]

Priorité d'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété sur le droit d'un créancier judiciaire

188. La loi devrait prévoir que, nonobstant la recommandation 86, un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété qui est rendu opposable pendant le délai de grâce prévu dans la recommandation 184 a priorité sur les droits d'un créancier chirographaire qui, en vertu d'une loi autre que la présente loi:

a) A obtenu un jugement contre un acheteur, un crédit-preneur ou un constituant après la constitution du droit de propriété dans le cadre du mécanisme de réserve de propriété; et

b) A pris les mesures nécessaires pour acquérir des droits sur les biens concernés de l'acheteur, du crédit-preneur ou du constituant en raison de ce jugement.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être considérer qu'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition qui est devenue opposable pendant le délai de grâce applicable ne devrait pas être primée par les droits d'un créancier judiciaire visé dans cette recommandation, dont le droit sur le bien grevé est né après que la sûreté a été constituée mais avant qu'elle devienne opposable. S'il n'en était pas ainsi, l'utilisation du délai de grâce serait trop risquée pour les parties finançant l'acquisition. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner cette recommandation en même temps que la recommandation 86.*]

Priorité d'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété grevant des biens rattachés à un bien immeuble sur une sûreté inscrite antérieurement grevant ce bien immeuble

189. La loi devrait prévoir qu'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété grevant des biens meubles corporels devant être rattachés à un bien immeuble, inscrit dans le registre immobilier dans un délai [spécifier un délai court, par exemple 20 à 30 jours] après que ces biens ont été rattachés, a priorité sur un droit réel existant sur le bien immeuble concerné (autre qu'un droit réel garantissant un prêt destiné à financer la construction de l'immeuble).

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la priorité prévue par cette recommandation ne porterait pas atteinte aux droits du titulaire d'une hypothèque existante sur l'immeuble concerné car on peut penser que le créancier hypothécaire ne compterait pas sur des biens rattachés par la suite. La priorité créée par cette règle ne devrait cependant pas avoir pour effet de donner priorité sur les prêteurs d'un financement pour la construction, qui sont présumés se fonder sur tous les biens meubles corporels qui deviennent des biens rattachés à un immeuble dans le cours de la construction.*]

Un ou plusieurs mécanismes de réserve de propriété

190. La loi devrait prévoir qu'une notification unique adressée aux titulaires de sûretés inscrites antérieurement pourra couvrir des biens acquis au moyen d'un ou de plusieurs mécanismes de réserve de propriété entre les mêmes parties (sans que ces mécanismes aient à être identifiés dans la notification). Cette notification ne

devrait cependant produire d'effet que pour les droits de propriété sur les biens remis dans un délai de [préciser le délai, par exemple cinq ans] après la notification.

Priorité d'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété sur le produit de biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation

191. La loi devrait prévoir que la priorité, prévue dans la recommandation 186 (approche non unitaire), d'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété sur des biens meubles corporels autres que des stocks s'étend au produit de ces biens.

Priorité d'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété sur le produit de stocks

192. La loi devrait prévoir que la priorité, prévue dans la recommandation 186 (approche non unitaire), d'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété sur des stocks s'étend au produit de ces stocks [autres que des créances]. Toutefois, le vendeur réservataire, le crédit-bailleur ou le prêteur du financement du prix d'achat doit adresser une notification aux parties octroyant un financement inscrites antérieurement qui détiennent une sûreté sur des biens du même type que le produit avant la remise effective des stocks à l'acheteur, au crédit-preneur ou au constituant, ou, au plus tard, au moment où naît le produit.

Réalisation d'un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété

Variante A

193. La loi devrait prévoir que, en cas de défaillance, un mécanisme de réserve de propriété doit être mis en œuvre de telle manière que:

a) Les mêmes principes et objectifs que ceux régissant la réalisation des sûretés réelles mobilières en général soient respectés; et

b) Que les mêmes résultats soient obtenus.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail à sa huitième session a recommandé que le texte concernant l'approche non unitaire soit formulé dans le sens indiqué ci-dessus.*]

Variante B

193. La loi devrait prévoir que ses dispositions sur la défaillance et la réalisation s'appliquent à la réalisation des droits de propriété dans le cadre de mécanismes de réserve de propriété dans la mesure compatible avec le régime applicable à la réalisation des droits de propriété.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les derniers mots de la deuxième variante dans le cadre d'une approche non unitaire permettraient d'aligner l'approche non unitaire sur la loi existante de chaque État sur la réalisation des droits de propriété plutôt que sur les recommandations concernant la réalisation contenues dans le Guide. Par exemple, dans certains pays, cela signifierait que, en cas de défaillance, un vendeur qui*

resterait propriétaire et obtiendrait la possession des biens serait autorisé à conserver ces derniers, au lieu d'en disposer, et n'aurait pas à restituer à l'acheteur l'excédent de la valeur de ces biens sur la partie non payée du prix d'achat et ne pourrait réclamer à l'acheteur la partie non payée du prix d'achat (pour une discussion des différences, voir A/CN.9/WG.VI/WP.17, par. 39 à 42; voir aussi la deuxième variante de la recommandation (approche non unitaire) sur la réalisation de droits de propriété dans le cadre de mécanismes de réserve de propriété dans une procédure d'insolvabilité ci-dessous).]

Droits de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété dans une procédure d'insolvabilité

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que les recommandations sur les mécanismes de financement d'acquisitions dans une procédure d'insolvabilité figurent dans le chapitre sur l'insolvabilité.*]

Loi applicable à un droit de propriété dans le cadre d'un mécanisme de réserve de propriété

194. La loi devrait prévoir que ses dispositions sur le conflit de lois s'appliquent aux mécanismes de réserve de propriété.

XIII. Conflit de lois*[59]

Objet

Les règles de conflit de lois ont pour objet de déterminer la loi applicable à chacune des questions suivantes: la constitution d'une sûreté réelle mobilière; les droits et obligations du créancier garanti et du constituant avant défaillance; l'opposabilité de la sûreté; sa priorité sur les droits des réclamants concurrents; et sa réalisation[60].

Ces règles sont également applicables:

a) Aux "sûretés réelles mobilières" entrant dans le champ d'application de la loi, qui inclut les droits découlant de ventes avec réserve de propriété et de crédits-bails, ainsi que les transferts purs et simples de créances; et

b) Dans les États qui adoptent un système fondé sur une approche non unitaire pour les mécanismes de financement d'acquisitions, les droits d'un vendeur ou d'un crédit-bailleur de biens meubles corporels qui reste propriétaire de ces biens.

---

* Les recommandations sur le conflit de lois ont été élaborées en étroite collaboration avec la Conférence de La Haye de droit international privé.

[59] Voir A/CN.9/WG.VI/WP.24.

[60] Le sens de ces termes est précisé aux chapitres IV, V, VII, VIII et X.

A. Recommandations générales

Loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels[61]

195. La loi devrait prévoir que, sauf disposition contraire dans les recommandations 196 et 209, la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels, son opposabilité et sa priorité sur les droits des réclamants concurrents sont régies par la loi de l'État dans lequel se trouve le bien grevé. Toutefois, lorsqu'il s'agit de sûretés sur un type de biens meubles corporels habituellement utilisé dans plusieurs États, la loi devrait prévoir que ces questions sont régies par la loi de l'État où se trouve le constituant. [Pour les sûretés sur le type de biens meubles corporels mentionné dans la phrase précédente qui est soumis à un système d'enregistrement de la propriété, la loi devrait prévoir que ces questions sont régies par la loi de l'État sous l'autorité duquel le registre est tenu.]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera que la recommandation 195 s'appliquera aux instruments négociables et aux droits à paiement de fonds crédités sur un compte bancaire sous réserve de l'exception limitée prévue par la recommandation 209, selon laquelle la loi du lieu de situation du constituant détermine, dans des cas précis, si l'opposabilité a été assurée par inscription. Le commentaire précisera également que la recommandation 196 prévoit une autre possibilité pour la constitution et l'opposabilité des sûretés sur des biens meubles corporels en transit et des biens meubles corporels destinés à l'exportation.*

Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire expliquera que l'expression "type de biens meubles corporels habituellement utilisé dans plusieurs États" désigne les biens meubles corporels mobiles, tels que les véhicules automobiles. Dans la phrase entre crochets de la recommandation 195, le terme "type de biens meubles corporels" se rapporte aux biens meubles corporels mobiles, tels que les navires et les aéronefs.

Le Groupe de travail pourrait en outre examiner si une règle semblable à la recommandation 209 devrait s'appliquer aux sûretés sur les biens meubles corporels visés par la recommandation 195. Dans l'affirmative, si la loi du lieu de situation constituant prévoyait l'opposabilité par inscription, la seule loi applicable à l'opposabilité des sûretés assurée par un moyen autre que la prise de possession serait cette même loi et non la loi du lieu de situation des biens.

Le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'une sûreté peut être constituée sur des biens meubles corporels soit en application de la recommandation 12 soit par constitution d'une sûreté sur un document négociable représentant ces biens, conformément à la recommandation 27. Dans l'une ou l'autre hypothèse, la recommandation 195 prévoit que la constitution, l'opposabilité et la priorité de la sûreté sont régies par la loi de l'État où se trouvent les biens ou le document, selon le cas. Puisque, par nature, les biens en transit et les biens destinés à l'exportation se déplacent d'un État à un autre et que, par conséquent, le lieu où ils se trouvent à un moment donné pourrait être fortuit et temporaire, la recommandation 196 prévoit une autre méthode pour la constitution et l'opposabilité d'une sûreté sur ces biens en renvoyant à la loi de l'État de destination finale des biens, à condition que

[61] Voir A/CN.9/611/Add.1, recommandation 136.

ces derniers y parviennent dans un délai raisonnable. La recommandation 196 résout donc les problèmes qui pourraient résulter du respect inflexible de la "règle fondée sur le lieu de situation des biens meubles corporels" dans le cas de biens qui changeront certainement de lieu de situation en raison de la nature même de l'opération de financement.

Le Groupe de travail voudra peut-être aussi noter que, dans de nombreuses opérations de financement reposant sur des documents négociables, ces derniers peuvent changer également de lieu de situation, comme dans le cas, par exemple, d'un connaissement qui peut passer de l'expéditeur au destinataire ou au créancier garanti. Dans de telles opérations, le document négociable peut, à un moment donné, se trouver dans un État différent de celui où se trouvent les biens qu'il représente, même si les biens et le document négociable se retrouveront, en définitive, dans le même État. Afin de traiter la question de la loi applicable aux sûretés grevant des biens meubles corporels représentés par un document négociable, il a été fait observer, à la dixième session du Groupe de travail, que la question pratique relative aux biens meubles corporels abordée dans la recommandation 196 pourrait également se poser pour les documents négociables représentant ces biens et que, de ce fait, il serait peut-être avantageux d'élargir la règle énoncée dans la recommandation 196 à ces documents. (voir A/CN.9/603, par. 60).

Le Groupe de travail souhaitera donc peut-être envisager d'étendre le champ d'application de la recommandation 196 aux documents négociables. À cet égard, il pourrait tenir compte du fait que, dans les recommandations 97 et 98, la priorité d'une sûreté sur des biens représentés par un document négociable dépend toujours de la loi du lieu où le document est situé. Si la loi applicable est celle d'un État qui a adopté les recommandations du Guide, d'après la recommandation 195, la sûreté sur les biens devenue opposable du fait que la sûreté sur le document négociable est elle-même devenue opposable aura priorité sur une sûreté grevant les biens devenue opposable par une autre méthode. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter également que, d'après la recommandation 200, la réalisation de la sûreté sur les biens ou sur le document relève toujours de la loi de l'État où la réalisation a lieu ou de la loi régissant la convention constitutive de sûreté (en fonction de la variante retenue). (Pour la présente note, voir A/CN.9/611/Add.1, note sur la recommandation 136.)]

Loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels en transit et des biens meubles corporels destinés à l'exportation

196. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels (autres que des instruments ou documents négociables) en transit ou devant être exportés depuis l'État où ils se trouvent au moment de la constitution de la sûreté peut aussi être constituée et être rendue opposable conformément à la loi de l'État de destination finale, à condition que ces biens parviennent dans cet État dans un délai bref de [à spécifier] jours à compter de la date de la constitution de la sûreté.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire expliquera qu'une sûreté sur des biens meubles corporels en transit et des biens meubles corporels destinés à l'exportation peut être constituée et rendue opposable, selon la recommandation 195, conformément à la*

loi de l'État où ces biens se trouvent au moment de la constitution ou, selon la recommandation 196, conformément à la loi de l'État de destination finale. Il expliquera aussi que la loi de l'État de destination finale qui régit la constitution et l'opposabilité s'appliquera même en cas de conflit avec des droits concurrents constitués et rendus opposables alors que les biens destinés à l'exportation se trouvaient dans l'État d'origine.

Le commentaire expliquera en outre que la règle énoncée dans cette recommandation: a) s'applique aux biens grevés qui voyagent accompagnés ou non des documents négociables les concernant; b) ne s'applique pas aux biens grevés qui ne voyagent pas, que les documents négociables les concernant voyagent effectivement ou non; et c) ne s'applique pas aux documents négociables grevés, qu'ils voyagent ou non. (pour la présente note, voir A/CN9/611/Add.1, note sur la recommandation 142).]

Loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles incorporels[62]

197. La loi devrait prévoir que la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles incorporels, son opposabilité et sa priorité sur les droits des réclamants concurrents sont régies par la loi de l'État dans lequel se trouve le constituant. [Toutefois, lorsqu'il s'agit de sûretés sur des biens meubles incorporels qui sont soumis à un système d'enregistrement de la propriété, la loi devrait prévoir que ces questions sont régies par la loi de l'État où [...].]

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le commentaire expliquera que la présente recommandation, qui reprend le principe énoncé aux articles 22 et 30 de la Convention des Nations Unies sur la cession, s'applique, par exemple, aux créances. La seconde phrase, entre crochets, a pour but d'attirer l'attention du Groupe de travail sur le fait qu'une loi différente peut s'appliquer à d'autres biens meubles incorporels qui sont soumis à un enregistrement de la propriété, tels que les droits de propriété intellectuelle (par exemple, la* lex loci protectionis *pour les brevets et les marques et la* lex loci protectionis *ou la* lex originis *pour les droits d'auteur.*]

Loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur le produit

198. La loi devrait prévoir:

a) Que la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur le produit est soumise à la loi [de l'État dont la loi régit] [régissant] la constitution de la sûreté sur le bien initialement grevé dont découle le produit; et

b) Que l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit et sa priorité sur les droits des réclamants concurrents sont régies par la loi [de l'État dont la loi régit] [régissant] l'opposabilité et la priorité sur les droits des réclamants concurrents d'une sûreté sur les biens initialement grevés du même type que le produit.

---

62 Voir A/CN.9/611, recommandation 137.

Loi applicable aux droits et obligations du constituant et du créancier garanti

199. La loi devrait prévoir que les droits et obligations réciproques du constituant et du créancier garanti concernant la sûreté réelle mobilière, qu'ils découlent de la convention constitutive de sûreté ou de la loi, sont régis par la loi qu'ils ont choisie et, en l'absence de choix, par la loi régissant cette convention.

Loi applicable à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière

200. Sous réserve des dispositions de la présente loi sur la loi applicable à la réalisation des sûretés après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité visant le constituant, la loi devrait prévoir que les questions touchant la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sont régies par:

Variante A

la loi de l'État où a lieu la réalisation.

Variante B

la loi régissant la convention constitutive de sûreté. Toutefois, un créancier garanti ne peut prendre possession d'un bien grevé sans le consentement de la personne qui l'a en sa possession que conformément à la loi de l'État dans lequel se trouve ce bien au moment où il en prend possession.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'à sa trente-neuvième session, la Commission l'a prié instamment, dans toute la mesure possible, de s'entendre sur l'une des variantes proposées dans les recommandations 200 et 208.*]

201. La réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un bien rattaché à un bien immeuble est régie par la loi de l'État où se trouve le bien immeuble.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être considérer que la recommandation 195 est suffisante en ce qui concerne la loi applicable à la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté sur un bien rattaché à un bien meuble, alors que la recommandation 200 est suffisante en ce qui concerne la réalisation d'une telle sûreté (pour la présente note, voir A/CN.9/WG.VIWP.26/Add.4, note sur la loi applicable aux sûretés sur des biens rattachés).*]

Incidence de l'insolvabilité sur la loi applicable

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les recommandations sur la loi applicable à la réalisation d'une sûreté en cas de procédure d'insolvabilité figurent au chapitre sur l'insolvabilité (voir recommandation 171).*]

Signification du "lieu de situation" du constituant

202. La loi devrait prévoir que, aux fins de ses dispositions sur le conflit de lois, le constituant est situé dans l'État où il a son établissement. Si le constituant a des établissements dans plus d'un État, l'établissement pertinent est celui où s'exerce

son administration centrale. S'il n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.

Moment devant servir de référence pour déterminer le lieu de situation

203. La loi devrait prévoir que:

a) Sous réserve de l'alinéa b) de la présente recommandation, le lieu de situation des biens ou du constituant dans les dispositions de la présente loi relatives au conflit de lois désigne, pour les questions de constitution, leur lieu de situation au moment où la sûreté réelle mobilière a été créée et, pour les questions d'opposabilité et de priorité, leur lieu de situation au moment où ces questions se posent;

b) Si tous les droits des réclamants concurrents sur un bien grevé sont nés avant que le lieu de situation du bien ou du constituant ne change, le lieu de situation du bien ou du constituant (selon le cas dans les recommandations du présent chapitre) dans les dispositions de la présente loi relatives au conflit de lois désigne, pour les questions d'opposabilité et de priorité, leur lieu de situation avant ce changement.

Maintien de l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière après un changement de lieu de situation

204. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière est opposable conformément à la loi de l'État où se trouvent les biens grevés ou le constituant (selon le cas dans les dispositions de la présente loi relatives au conflit de lois) et si ces biens ou ce constituant se trouvent ensuite dans le présent État (c'est-à-dire l'État qui a adopté la loi), la sûreté reste opposable conformément à la loi du présent État pendant une période de [à spécifier] jours après ce changement de lieu. Si les conditions requises par la loi du présent État pour rendre la sûreté opposable sont remplies avant l'expiration de cette période, la sûreté reste opposable par la suite conformément à la loi de l'État. Aux fins de toute règle du présent État selon laquelle la date de l'inscription ou de toute autre formalité d'opposabilité sert de référence pour déterminer le rang de priorité, cette date est celle à laquelle ladite formalité a été accomplie conformément à la loi de l'État où les biens grevés ou le constituant se trouvaient avant leur déplacement vers le présent État.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera que l'application de cette recommandation n'est pas fondée sur la réciprocité, en d'autres termes, elle s'applique que l'État de situation initiale des biens grevés ou du constituant ait ou non adopté une disposition équivalente visant la situation inverse, à savoir le déplacement des biens grevés ou du constituant vers cet État. Le commentaire expliquera aussi que la recommandation s'appliquera si le bien ou le constituant se déplace d'un État adoptant ou non adoptant vers un État adoptant. La recommandation (ou le Guide) ne s'appliquera pas si: le bien ou le constituant se déplace d'un État adoptant ou non adoptant vers un État non adoptant. Le commentaire précisera en outre que la dernière phrase de cette recommandation a pour effet de "faire remonter" le rang de priorité dans l'État d'arrivée à la date à laquelle la formalité d'opposabilité a été accomplie dans l'autre État.*]

Exclusion du renvoi

205. La loi devrait prévoir que la référence dans ses dispositions relatives au conflit de lois à la "loi" d'un autre État en tant que loi régissant une question désigne la loi en vigueur dans cet État à l'exception de ses règles de conflit.

Ordre public et lois de police

206. La loi devrait prévoir que:

a) L'application de la loi déterminée conformément à ses dispositions relatives au conflit de lois ne peut être écartée par le for que si elle conduit à un résultat manifestement contraire à l'ordre public du for;

b) Un for peut appliquer les dispositions de sa propre loi qui, quelles que soient les règles de conflit de lois, s'imposent même aux situations internationales; et

c) Les dispositions de la loi du for ne peuvent être appliquées à l'opposabilité ou à la priorité entre réclamants concurrents en vertu des règles énoncées aux alinéas a) et b) de la présente recommandation, sauf si la loi du for est la loi applicable en vertu des dispositions de la présente loi relatives au conflit de lois.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera le sens des termes "ordre public" et "lois de police" mentionnés dans la présente recommandation. Les alinéas a) et b), qui s'inspirent des paragraphes 1 et 2 de l'article 11 de la Convention de La Haye sur les titres, ont été rédigés conformément à une suggestion faite à la huitième session du Groupe de travail (voir A/CN.9/588, par. 107). L'alinéa c), qui reprend le libellé du paragraphe 3 de cet article 11, suit également les articles 30 à 32 de la Convention des Nations Unies sur la cession. Il vise à empêcher que la sécurité juridique concernant la loi applicable à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté, assurée par les recommandations du présent chapitre, ne soit compromise par l'application de la loi du for.*]

B. Recommandations sur des biens particuliers

Loi applicable aux créances née de la vente ou de la location d'un immeuble ou d'une convention constitutive de sûreté sur cet immeuble

207. La loi devrait prévoir que la loi de l'État dans lequel est situé le cédant régit la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une créance née de la vente ou de la location d'un immeuble, ou d'une convention constitutive de sûreté sur un immeuble, ainsi que son opposabilité et sa priorité sur les droits des réclamants concurrents. Toutefois, un conflit de priorité avec les droits d'un tiers concurrent inscrits dans le registre immobilier de l'État dans lequel est situé l'immeuble est régi par la loi de cet État.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le commentaire expliquera que la présente recommandation traite de la loi applicable aux cessions de créances dues au constituant en vertu d'une convention de vente ou de location d'un immeuble ou en vertu d'une*

convention constitutive de sûreté sur un immeuble. Dans un certain nombre d'États, il n'est pas possible de constituer de droits sur ces créances indépendamment de l'immeuble concerné, en conséquence de quoi l'efficacité entre les parties, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté sur les créances sont régies par la loi (et, en particulier, le régime du registre) qui s'applique à l'immeuble concerné. Dans d'autres États, il est possible de constituer une sûreté sur ces créances indépendamment de l'immeuble concerné, mais le créancier garanti a un rang inférieur à celui des tiers qui ont inscrit un droit sur l'immeuble concerné dans le registre immobilier.

La deuxième phrase de la recommandation est destinée à préserver l'application de la loi de l'État dans lequel l'immeuble concerné est situé afin de protéger les tiers qui se fient à l'inscription sur le registre immobilier de cet État. Il est fait référence aux droits d'un tiers concurrent puisque le terme "réclamant concurrent" est défini par rapport aux sûretés sur des biens meubles. Il est également fait référence aux "droits" de ces tiers, étant donné que ces tiers pourraient être non seulement des créanciers hypothécaires, mais également des cessionnaires ou des acquéreurs de l'immeuble ou du bien meuble incorporel concerné et, en fait, toute catégorie de tiers pour lesquels le régime relatif aux immeubles prévoit une inscription. De plus, il est fait référence à un droit "inscrit dans le registre immobilier" et non "rendu opposable par inscription" étant donné que: a) certains registres immobiliers ne distinguent pas l'efficacité entre les parties de l'opposabilité aux tiers; et b) les registres immobiliers n'imposent pas nécessairement une inscription pour rendre le droit généralement opposable mais uniquement pour le rendre opposable aux tiers dont les droits peuvent également être inscrits dans le registre (par exemple, l'inscription peut ne pas être nécessaire pour l'opposabilité à l'encontre d'un administrateur de l'insolvabilité ou d'un créancier judiciaire).]

Loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire[63]

208. Sauf disposition contraire dans la recommandation 209, la loi devrait prévoir que la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, son opposabilité, sa priorité sur les droits des réclamants concurrents, les droits et obligations de la banque dépositaire concernant la sûreté et sa réalisation sont régis:

Variante A

par la loi de l'État expressément indiquée dans la convention de compte comme régissant celle-ci ou, si la convention de compte désigne expressément une autre loi applicable à toutes ces questions, cette autre loi. Toutefois, la loi désignée conformément à la phrase précédente ne s'applique que si la banque dépositaire a, au moment de la conclusion de la convention de compte, un établissement dans cet État qui exerce à titre habituel une activité de tenue de comptes bancaires. Si la loi applicable n'est pas déterminée conformément aux deux phrases précédentes, elle doit l'être conformément à des règles de rattachement subsidiaire fondées sur l'article 5 de la Convention de La Haye

[63] Voir A/CN.9/611/Add.1, recommandation 139.

sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la variante A est une version abrégée de la règle énoncée aux articles 4-1 et 5 de la Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire ("Convention de La Haye sur les titres"). Les règles de rattachement subsidiaire détaillées de l'article 5 de la Convention de La Haye seront incluses dans le commentaire avec des explications suffisantes.*]

Variante B

par la loi de l'État où la banque qui tient le compte bancaire a son établissement. En cas d'établissements multiples, il est fait référence au lieu où se trouve la succursale qui tient le compte.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être envisager un renvoi à la loi régissant l'accord de contrôle, soit comme variante soit comme disposition supplémentaire (voir A/CN.9/603, par. 77). Il souhaitera peut-être également noter que le commentaire expliquera que les recommandations relatives à l'incidence de l'insolvabilité sur la loi applicable, ainsi que les autres recommandations générales figurant au chapitre sur le conflit de lois, s'appliquent aux sûretés sur les droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire.*]

Loi applicable à l'opposabilité par inscription d'une sûreté réelle mobilière sur certains types de biens[64]

209. La loi devrait prévoir que, si l'État où se trouve le constituant reconnaît l'inscription comme une méthode permettant de rendre opposable une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable ou un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, sa loi détermine si l'opposabilité d'une sûreté sur ce bien grevé a été assurée par inscription conformément à sa législation.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, dans la présente recommandation, l'État dont la loi régit l'opposabilité par inscription des sûretés sur les types de biens mentionnés est le même que celui dont la loi régit l'opposabilité des sûretés sur des biens meubles incorporels. Par conséquent, des créanciers garantis souhaitant rendre leurs sûretés sur les types de biens mentionnés et sur des biens meubles incorporels opposables par voie d'inscription devront se conformer au système d'enregistrement d'un seul État. De la même manière, des tiers cherchant à déterminer si un créancier garanti détient une sûreté sur les types de biens mentionnés ou sur des biens meubles incorporels devront consulter le registre d'un seul État. Le commentaire expliquera aussi que la recommandation 209 ne s'applique qu'à l'opposabilité par inscription (et non par prise de contrôle ou par toute autre méthode) et ne détermine pas quelle loi régit la priorité. Il expliquera en outre que, dans la recommandation 89, une sûreté sur un instrument négociable rendue opposable par inscription a un rang inférieur à une*

[64] Voir A/CN.9/611/Add.1, recommandation 140.

sûreté rendue opposable par prise de possession de l'instrument. De même, dans la recommandation 92, une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire rendue opposable par inscription a un rang inférieur à une sûreté rendue opposable par prise de contrôle.]

Loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant[65]

210. La loi devrait prévoir que la loi de l'État spécifiée dans l'engagement de garantie indépendant du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée régit:

a) Les droits et obligations du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée qui a reçu une demande d'acceptation ou qui a effectué ou pourrait effectuer un paiement, ou qui a fourni ou pourrait fournir une autre prestation, au titre de l'engagement de garantie indépendant;

b) Le droit de réaliser une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant à l'encontre d'un garant/émetteur, d'un confirmateur ou d'une personne désignée; et

c) Sauf dans la mesure où la recommandation 212 en dispose autrement, l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant et sa priorité sur les droits des réclamants concurrents.

211. Si la loi applicable n'est pas spécifiée dans l'engagement de garantie indépendant du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée, la loi régissant les questions mentionnées dans la recommandation 210 est celle de l'État où se trouve la succursale ou l'établissement du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée qui est indiqué dans l'engagement de garantie indépendant. Cependant, lorsqu'une personne désignée n'a pas émis d'engagement de garantie indépendant, la loi applicable est celle de l'État où se trouve la succursale ou l'établissement de la personne désignée qui a effectué ou pourrait effectuer un paiement, ou qui a fourni ou pourrait fournir une autre prestation, au titre de l'engagement.

212. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant est constituée et rendue opposable automatiquement en raison de l'opposabilité d'une sûreté sur une créance, un instrument négociable ou une autre obligation, dont cet engagement garantit le paiement ou une autre forme d'exécution, la constitution et l'opposabilité de la sûreté sur le produit de l'engagement sont régies par la loi de l'État dont la loi régit la constitution et l'opposabilité de la sûreté sur la créance, l'instrument négociable ou l'autre obligation garantie.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que les recommandations 210 et 211 suivent les règles de conflit de lois applicables en ce qui concerne les droits et les obligations des garants/émetteurs, des confirmateurs ou des personnes désignées. La seule exception au principe consacré par ces recommandations 210 et 211 est énoncée dans la recommandation 212, et concerne les questions restreintes de la*

[65] Pour les recommandations 210 à 212, voir A/CN.9/611/Add.1, recommandations 138 et 138 *bis*.

constitution et de l'opposabilité dans les cas où une sûreté est créée ou est rendue opposable automatiquement.

Le commentaire expliquera également que toute banque (ou parfois toute institution non bancaire) qui joue un des rôles cités agit conformément à la loi de l'État où elle se trouve, autrement dit où se trouve la succursale ou l'établissement concerné (ou conformément à la loi de son choix, qui est généralement celle de l'État où se trouve la succursale ou l'établissement concerné). Ainsi, différentes lois régissent les différentes banques concernées, et le choix d'une loi dans un engagement de garantie indépendant ne régit que les obligations de l'émetteur en question (voir l'article 27 des Règles uniformes relatives aux garanties sur demande, l'article 5-116 b) du Code de commerce uniforme et l'article 29 de la Convention des Nations Unies sur la cession). Le commentaire expliquera aussi que la recommandation 211 vise à faire apparaître clairement qu'une demande d'acceptation ou de paiement (sans acceptation préalable) faite par un créancier garanti (ou par le bénéficiaire en son nom) doit être traitée par la succursale bancaire concernée, conformément au droit interne.

Dans les recommandations 210 et 211, tous les conflits de priorité sont soumis à la loi choisie par un garant/émetteur, un confirmateur ou une personne désignée, ou, en l'absence de choix, à la loi de la succursale ou de l'établissement concerné. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si: a) lorsque la succursale bancaire paie le créancier garanti (ou lui fournit une prestation), la même loi devrait s'appliquer à un conflit de priorité entre ce créancier garanti et des tiers; et b) lorsque le paiement est effectué au bénéficiaire et que le conflit de priorité concerne des tiers, les recommandations 210 et 211 devraient être inapplicables et les règles de conflit de lois subsidiaires (à savoir la recommandation 197) devraient s'appliquer.

Le commentaire expliquera en outre que: a) la constitution de la sûreté est régie par la règle générale de conflit de lois prévue dans la recommandation 197 pour les sûretés sur des biens meubles incorporels (sous réserve de la recommandation 212 en ce qui concerne la constitution automatique); et b) la réalisation de la sûreté est régie par la règle générale de conflit de lois prévue dans la recommandation 200, excepté dans la mesure où les recommandations 210 et 211 en disposent autrement.]

Loi applicable aux droits et obligations des tiers débiteurs et des créanciers garantis[66]

213. La loi devrait prévoir que les questions suivantes sont régies par la loi de l'État dont la loi régit une créance, un instrument négociable ou un document négociable:

a) Les rapports entre le débiteur de la créance et le cessionnaire de la créance, entre un débiteur dans le cadre d'un instrument négociable et le titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur cet instrument, ou entre l'émetteur d'un document négociable et le titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur ce document;

[66] Voir A/CN.9/611, recommandation 147.

b) Les conditions dans lesquelles la cession de la créance, une sûreté réelle mobilière sur l'instrument négociable ou sur le document négociable peuvent être opposées au débiteur de la créance, au débiteur dans le cadre de l'instrument négociable ou à l'émetteur du document négociable; et

c) La question de savoir si le débiteur de la créance, le débiteur dans le cadre de l'instrument négociable ou l'émetteur du document négociable ont été libérés de leurs obligations.

C. Règles spéciales lorsque la loi applicable est celle d'un État à plusieurs unités

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les recommandations 214 à 217 sont censées assurer la sécurité juridique* ex ante *concernant l'application des recommandations non seulement par un État à plusieurs unités mais aussi, et surtout, par un État unitaire lorsque la loi applicable est celle d'un État à plusieurs unités. Si le Groupe de travail estime que ces recommandations sont trop détaillées pour un guide, il pourrait examiner si ces questions devraient faire l'objet de recommandations plus générales et d'explications appropriées dans le commentaire.*]

214. La loi devrait prévoir que, pour l'application des recommandations du présent chapitre aux situations où l'État dont la loi régit une question est un État à plusieurs unités:

a) Sous réserve de l'alinéa b) de la présente recommandation, les références à la loi d'un État à plusieurs unités désignent la loi de l'unité territoriale concernée (déterminée en fonction du lieu de situation du constituant ou d'un bien grevé ou autrement conformément aux recommandations du présent chapitre) et, dans la mesure où elle est applicable dans ladite unité, la loi de l'État à plusieurs unités concerné;

b) Si la loi en vigueur dans une unité territoriale d'un État à plusieurs unités désigne la loi d'une autre unité territoriale de cet État comme étant la loi régissant l'opposabilité ou la priorité, la loi qui régit cette question est la loi de cette autre unité territoriale.

215. La loi devrait prévoir que si, conformément aux recommandations du présent chapitre, la loi applicable est la loi d'un État à plusieurs unités ou de l'une de ses unités territoriales, les règles de conflit internes en vigueur dans cet État détermineront si ce sont les règles de droit matériel de cet État ou d'une unité territoriale particulière de cet État qui s'appliquent.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que les recommandations 214 et 215 suivent respectivement le libellé des paragraphes 2 et 3 de l'article 12 de la Convention de La Haye sur les titres. Il pourrait envisager une définition du terme "État à plusieurs unités" inspirée de l'article 1-1 m) de cette convention (le terme "État à plusieurs unités" désigne un État dans lequel deux unités territoriales ou plus de cet État ou cet État et une ou plusieurs de ses unités territoriales ont leurs propres règles de droit se rapportant à l'une quelconque des questions mentionnées dans les recommandations du Guide).*]

216. La loi devrait prévoir que, si le titulaire du compte et la banque dépositaire ont convenu que la loi applicable est la loi d'une unité territoriale d'un État à plusieurs unités:

a) La référence à "l'État" dans la première phrase de la recommandation 208 (variante A) vise cette unité territoriale;

b) La référence à "cet État" dans la deuxième phrase de la recommandation 208 (variante A) vise l'État à plusieurs unités concerné.

217. La loi devrait prévoir que la loi d'une unité territoriale s'applique si:

a) Dans les recommandations 208 (variante A) et 216, la loi désignée est celle d'une unité territoriale d'un État à plusieurs unités;

b) Conformément au droit de cet État, la loi d'une unité territoriale s'applique uniquement si la banque dépositaire a un établissement dans cette unité territoriale qui remplit la condition prévue à la deuxième phrase de la recommandation 208 (variante A); et

c) La règle énoncée à l'alinéa b) de la présente recommandation est en vigueur au moment où la sûreté réelle mobilière sur le compte bancaire est constituée.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Les recommandations 216 et 217, qui suivent respectivement le libellé des paragraphes 1 et 4 de l'article 12 de la Convention de la Haye sur les titres, seront peut-être nécessaires si le Groupe de travail décide de conserver la variante A de la recommandation 208.*]

XIV. Transition[67]

Objet

Les dispositions transitoires de la loi ont pour objet d'assurer une transition équitable et efficace entre le régime antérieur à l'adoption de la loi et le régime postérieur.

Date d'entrée en vigueur

218. La loi devrait spécifier soit une date, postérieure à son adoption, à compter de laquelle elle entrera en vigueur ("date d'entrée en vigueur") soit un mécanisme permettant de spécifier cette date.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire précisera que, pour déterminer la date d'entrée en vigueur, les États devraient tenir compte des éléments suivants:*

a) L'impact de cette date sur les opérations de crédit et, en particulier, la maximisation des avantages pouvant découler de la loi;

b) Les mesures qu'ils doivent prendre notamment en matière de réglementation, d'institutions et d'information ou les améliorations qu'ils doivent apporter aux infrastructures; l'état de la loi antérieure et d'autres infrastructures;

---

67 Voir A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.8.

c) L'harmonisation de la loi avec d'autres textes législatifs;

d) Le contenu des dispositions constitutionnelles en ce qui concerne les opérations antérieures à la date d'entrée en vigueur; et la pratique suivie habituellement ou par commodité pour l'entrée en vigueur de la législation (par exemple le premier jour du mois);

e) La nécessité de donner aux personnes concernées suffisamment de temps pour se préparer à la loi.]

Inapplicabilité de la loi aux différends faisant l'objet d'une procédure judiciaire

219. La loi devrait prévoir que:

a) Elle ne s'applique pas aux droits et obligations des parties à une convention constitutive de sûreté si, à la date d'entrée en vigueur, elles ont soumis un différend à une procédure judiciaire (ou à un système de règlement des litiges comparable); et

b) Elle est sans conséquence pour la réalisation d'une sûreté réelle mobilière dans la mesure où le créancier garanti a pris des mesures pour réaliser sa sûreté.

Période transitoire

220. La loi devrait fixer une période après la date d'entrée en vigueur ("période transitoire"), durant laquelle:

a) Une sûreté réelle mobilière constituée conformément à la loi en vigueur immédiatement avant la date d'entrée en vigueur continue d'exister en vertu de cette loi;

b) Une sûreté réelle mobilière rendue opposable conformément à la loi en vigueur immédiatement avant la date d'entrée en vigueur reste opposable en vertu de cette loi.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que la "loi en vigueur immédiatement avant la date d'entrée en vigueur" est la loi de l'État dont la loi régissait une question selon les règles de conflit de lois du régime antérieur.*]

Constitution et opposabilité d'une sûreté réelle mobilière

221. La loi devrait prévoir que l'existence d'une sûreté réelle mobilière constituée conformément à la loi en vigueur immédiatement avant la date d'entrée en vigueur est déterminée par cette loi.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que la règle principale est que, si la constitution d'une sûreté avant la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi est déterminée par l'ancienne loi, l'opposabilité et la priorité le sont en principe par la nouvelle loi. Le commentaire expliquera aussi que les recommandations 222 à 224 visent à préserver l'opposabilité assurée sous l'empire de l'ancienne loi et de donner aux parties le temps de rendre leur sûreté opposable conformément à la nouvelle loi. Il expliquera en outre que la recommandation 226 énonce une*

exception à la règle en prévoyant que l'ancienne loi s'applique si tous les droits concurrents ont été créés et rendus opposables conformément à l'ancienne loi et qu'aucun changement ne soit intervenu depuis la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi.]

222. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière rendue opposable conformément à la loi en vigueur immédiatement avant la date d'entrée en vigueur reste opposable pendant la période transitoire. Si, pendant cette période, ou une période plus longue décrite dans la recommandation 223, le créancier garanti prend toutes mesures nécessaires pour rendre la sûreté opposable conformément à la présente loi, l'existence et l'opposabilité de la sûreté sont continues.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que, si les mesures prises conformément aux règles du régime juridique antérieur satisfont aussi aux exigences de la nouvelle loi concernant l'opposabilité, aucune mesure supplémentaire n'a à être prise. Cependant, le commentaire expliquera aussi que l'inscription d'un avis de sûreté sur le registre d'un État autre que l'État adoptant ou sur un registre de l'État adoptant autre que celui prévu dans la présente loi ne satisfait pas aux exigences de cette dernière; dans ces cas, la recommandation 223 prévoit la règle transitoire applicable.*]

223. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière constituée et rendue opposable par inscription d'un avis conformément à la loi en vigueur immédiatement avant la date d'entrée en vigueur demeure opposable:

a) Jusqu'à la date à laquelle l'inscription cesse d'avoir effet en vertu de cette autre loi; et

b) […] années après la date d'entrée en vigueur, si cette période est plus courte.

224. La loi devrait prévoir que [, aux fins de l'application de ses règles de priorité à une sûreté réelle mobilière qui était opposable en vertu de la loi en vigueur immédiatement avant la date d'entrée en vigueur et continue d'être opposable en vertu de la présente loi,] la date à laquelle la sûreté a été rendue opposable ou a fait l'objet d'un avis inscrit, selon le cas, est la date à laquelle cette sûreté a été rendue opposable ou a fait l'objet d'un avis inscrit en vertu de la loi en vigueur immédiatement avant la date d'entrée en vigueur.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière

225. Sous réserve de la recommandation 227, la loi devrait prévoir que la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur le droit d'un réclamant concurrent est régie par elle.

226. La loi devrait prévoir que la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur le droit d'un réclamant concurrent est déterminée par la loi en vigueur immédiatement avant la date d'entrée en vigueur si:

a) La sûreté et le droit sont tous deux constitués avant la date d'entrée en vigueur; et

b) La situation n'a changé pour aucun des deux depuis la daté d'entrée en vigueur.

227. La situation d'une sûreté réelle mobilière a changé si:

a) Elle était opposable à la date de l'entrée en vigueur conformément à la recommandation 222 et a cessé de l'être ensuite; ou

b) Elle n'était pas opposable à la date de l'entrée en vigueur et l'est devenue ensuite.

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le commentaire expliquera que la loi devrait faire en sorte que la transition n'entraîne pas de frais autres que des frais minimes d'inscription d'un avis de sûreté.*]

C. Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa douzième session (New York, 12-16 février 2007) (A/CN.9/620) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

			Paragraphes
I.	Introduction		1
II.	Organisation de la session		2-7
III.	Délibérations et décisions		8
IV.	Élaboration d'un guide législatif sur les opérations garanties		9-130
	Chapitre III.	Approches fondamentales en matière de sûretés et autres règles générales	9-12
	Chapitre IV.	Constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties)	13-24
		A. Recommandations générales	13-20
		B. Recommandations sur des biens particuliers	21-24
	Chapitre VIII.	Droits et obligations des parties	25-26
		A. Recommandations générales	25
		B. Recommandations sur des biens particuliers	26
	Chapitre IX.	Droits et obligations des tiers débiteurs	27-31
		A. Droits et obligations du débiteur de la créance	27
		B. Droits et obligations du débiteur dans le cadre d'un instrument négociable	28
		C. Droits et obligations de la banque dépositaire	29
		D. Droits et obligations du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée dans un engagement de garantie indépendant	30
		E. Droits et obligations de l'émetteur d'un document négociable	31
	Chapitre XIII.	Conflit de lois	32-61
		A. Recommandations générales	32-53
		B. Recommandations sur des biens particuliers	54-60
		C. Règles spéciales lorsque la loi applicable est celle d'un État à plusieurs unités	61
	Chapitre XIV.	Transition	62-69

Chapitre XII. Mécanismes de financement d'acquisitions 70-90
Généralités 70-75
Terminologie 76-82
A. Approche unitaire des mécanismes de financement d'acquisitions 83
B. Approche non unitaire des droits liés au financement d'acquisitions 84-90
Terminologie et règles d'interprétation 91-98
Sûretés réelles mobilières grevant des valeurs mobilières détenues directement . . . 99-107
Sûretés réelles mobilières sur des contrats financiers 108-110
Sûretés grevant la propriété intellectuelle 111-120
Questions diverses 121-130
V. Travaux futurs 131

I. Introduction

1. À sa douzième session, le Groupe de travail VI (sûretés) a poursuivi ses travaux d'élaboration d'un guide législatif sur les opérations garanties conformément à une décision prise par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) à sa trente-quatrième session, en 2001[1]. Cette dernière avait décidé d'entreprendre des travaux dans le domaine du droit du crédit garanti en raison de la nécessité de mettre en place un régime juridique efficace qui permette de supprimer les obstacles juridiques au crédit garanti et puisse ainsi avoir un effet bénéfique sur l'offre de crédit et le coût du crédit[2].

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale*, *cinquante-sixième session*, *Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 358. Pour l'historique du projet, voir A/CN.9/WG.VI/WP.31. Les rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses première à onzième sessions ont été publiés sous les cotes A/CN.9/512, A/CN.9/531, A/CN.9/532, A/CN.9/543, A/CN.9/549, A/CN.9/570, A/CN.9/574, A/CN.9/588, A/CN.9/593, A/CN.9/603 et A/CN.9/617. Les rapports sur les première et deuxième sessions conjointes des Groupes de travail V (Droit de l'insolvabilité) et VI (Sûretés) ont été publiés sous les cotes A/CN.9/535 et A/CN.9/550. Il est rendu compte de l'examen de ces rapports par la Commission dans les *Documents officiels de l'Assemblée générale*, *cinquante-septième session*, *Supplément n° 17* (A/57/17), par. 202 à 204, *cinquante-huitième session*, *Supplément n° 17* (A/58/17), par. 217 à 222, *cinquante-neuvième session*, *Supplément n° 17* (A/59/17), par. 75 à 78, *soixantième session*, *Supplément n° 17* (A/60/17), par. 186 et 187 et *soixante et unième session*, *Supplément n° 17* (A/61/17), par. 13 à 78.

[2] Ibid., *cinquante-cinquième session*, *Supplément n° 17* (A/55/17), par. 455, et *cinquante-sixième session*, *Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 347.

II. Organisation de la session

2. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa douzième session à New York du 12 au 16 février 2007. Ont assisté à cette session des représentants des États membres ci-après: Afrique du Sud, Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Belgique, Bénin, Cameroun, Canada, Chili, Chine, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Gabon, Guatemala, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Liban, Maroc, Mexique, Nigéria, Ouganda, Pakistan, Paraguay, Pologne, République de Corée, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Suède, Suisse, Thaïlande, Turquie et Venezuela (République bolivarienne du).

3. Ont également assisté à la session des observateurs des États ci-après: Égypte, Hongrie, Irlande, Malaisie, Maurice, Philippines, République démocratique du Congo, Tonga et Yémen.

4. Ont en outre assisté à la session des observateurs des organisations internationales suivantes:

a) *Système des Nations Unies*: Banque mondiale, Fonds monétaire international et Organisation mondiale de la propriété intellectuelle;

b) *Organisations internationales*: Communauté européenne, Conseil de l'Assemblée interparlementaire des États membres de la Communauté d'États indépendants et Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique;

c) *Organisations non gouvernementales internationales invitées par la Commission*: American Bar Association, Association internationale du barreau, Association internationale pour les marques, Center for International Legal Studies, Chambre de commerce internationale, Commercial Finance Association, Forum for International Commercial Arbitration, Institut Max Planck de droit privé étranger et international, International Insolvency Institute, National Law Center for Inter-American Free Trade, New York City Bar Association et Union internationale des avocats.

5. Le Groupe de travail a élu les membres du Bureau ci-après:

Présidente: Mme Kathryn SABO (Canada)

Rapporteur: Mme Maria del Pilar BONILLA DE ROBLES (Guatemala)

6. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: A/CN.9/WG.VI/WP.29 (Recommandations révisées) et A/CN.9/WG.VI/WP.31 et Add.1 (Commentaires révisés).

7. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour ci-après:

1. Ouverture et déroulement de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Élaboration d'un guide législatif sur les opérations garanties.
5. Questions diverses.

6. Adoption du rapport.

III. Délibérations et décisions

8. Le Groupe de travail a examiné les recommandations concernant les approches fondamentales en matière de sûretés et autres règles générales (chapitre III), la constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties) (chapitre IV), les droits et obligations des parties (chapitre VIII), les droits et obligations des tiers débiteurs (chapitre IX), le conflit de lois (chapitre XIII), la transition (chapitre XIV) (voir A/CN.9/WG.VI/WP.29), ainsi que les recommandations révisées contenues dans le chapitre XII (Mécanismes de financement d'acquisition, A/CN.9/WG.VI/WP.29), en se fondant sur une proposition du secrétariat. Le Groupe a également examiné la terminologie et les règles d'interprétation du projet de guide (voir A/CN.9/WG.VI/WP.31/Add.1) ainsi que des questions concernant les sûretés sur des valeurs mobilières détenues directement, des contrats financiers et la propriété intellectuelle, en se fondant sur des propositions du secrétariat. Il est rendu compte au chapitre IV ci-après de ses délibérations et décisions. Le secrétariat a été prié de revoir ces recommandations, ainsi que la terminologie et les règles d'interprétation, en tenant compte des délibérations et décisions du Groupe de travail.

IV. Élaboration d'un guide législatif sur les opérations garanties

Chapitre III. Approches fondamentales en matière de sûretés et autres règles générales

Recommandation 8 (approche intégrée et fonctionnelle)

9. Bien que des doutes aient été exprimés sur le point de savoir si les ventes avec réserve de propriété et les crédits-bails devraient être traités comme des sûretés, on s'est déclaré largement favorable à une approche intégrée et fonctionnelle grâce à laquelle la loi sur les opérations garanties viserait tous les mécanismes ayant une fonction de sûreté. Il a aussi été convenu que le texte figurant entre crochets dans la recommandation 8 devrait être révisé de sorte que la loi s'applique à tous ces mécanismes et que les conditions pour parvenir à ce résultat lorsqu'un État adoptait une approche non unitaire du financement des acquisitions soient énoncées. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 8 quant au fond.

Recommandation 9 (autonomie des parties)

10. Le Groupe de travail a approuvé sans modification la recommandation 9 quant au fond.

Recommandations 10 et 11 (communications électroniques)

11. On a largement appuyé les recommandations 10 et 11 qui énonçaient le principe de l'équivalence fonctionnelle entre le support papier et la forme électronique pour les écrits et les signatures, conformément aux paragraphes 2 et 3 de l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de

communications électroniques dans les contrats internationaux. Étant entendu que la signification de l'écrit aux fins de la création d'une convention constitutive de sûreté était traitée dans la recommandation 13, le Groupe de travail a approuvé sans modification les recommandations 10 et 11 quant au fond.

12. Notant qu'un écrit signé était exigé pour la convention constitutive de sûreté (recommandation 13) et pour l'engagement du débiteur d'une créance de ne pas opposer au cessionnaire d'exceptions ou de droits à compensation (voir la recommandation 116, alinéa c)), le Groupe de travail a décidé de ne pas aborder la recommandation 11 avant d'avoir eu la possibilité d'examiner la recommandation 13 (voir par. 16).

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

A. Recommandations générales

Recommandations 12 et 13 (constitution d'une sûreté réelle mobilière)

13. Il a été convenu que la recommandation 12 devait être révisée de manière à traiter toutes les conditions requises pour créer valablement une sûreté réelle mobilière (à savoir que la convention devait exprimer la volonté des parties de constituer une sûreté, le constituant devait avoir un droit de propriété sur le bien ou la faculté d'en disposer et la convention devait identifier suffisamment le bien grevé et l'obligation garantie).

14. S'agissant de la recommandation 13, il a été convenu que le second membre de phrase entre crochets (faisant référence à l'attestation de la volonté du constituant d'octroyer une sûreté) devrait être conservé. Il a aussi été convenu que la référence à la signature devrait être supprimée au motif qu'elle soulevait la question de savoir quels types d'actes seraient considérés comme une "signature" et qu'elle soumettait inutilement la constitution d'une sûreté à une condition de forme supplémentaire. Pour ne pas laisser entendre qu'à la fois l'offre et l'acceptation devaient revêtir la forme écrite dans le cas des sûretés réelles mobilières sans dépossession, le Groupe de travail est convenu que la deuxième phrase de la recommandation devrait être révisée pour disposer que la convention devait "être attestée par un écrit" et non "revêtir la forme d'un écrit".

15. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé les recommandations 12 et 13 quant au fond.

16. À l'issue de l'examen des recommandations 12 et 13, le Groupe de travail est revenu sur la recommandation 11 (voir par. 12). Il est convenu que, même si un écrit signé n'était exigé que pour la renonciation du débiteur d'une créance à son droit d'opposer des exceptions, la recommandation 11 devait être conservée. Il a été largement estimé que cette recommandation énonçait un principe pertinent dans le contexte approprié des règles générales. Après un débat, le Groupe de travail a approuvé sans modification la recommandation 11 quant au fond.

Recommandations 15 (obligations pouvant faire l'objet d'une convention constitutive de sûreté), 16 et 17 (biens pouvant faire l'objet d'une convention constitutive de sûreté)

17. Le Groupe de travail a approuvé sans modification la recommandation 15 quant au fond. S'agissant de la recommandation 16, il a été convenu que toutes les modifications nécessaires pour faire en sorte que le projet de guide, à l'exception des recommandations 23 et 24, ne l'emporte pas sur les interdictions légales concernant la transférabilité des biens pourraient être examinées à un stade ultérieur de la session (voir par. 117). À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a approuvé sans modification la recommandation 17 quant au fond.

Recommandations 18 et 19 (constitution d'une sûreté réelle mobilière sur le produit)

18. Notant que le terme "produit" (voir A/CN.9/WG.VI/WP.31/Add.1, définition kk)) s'entendait aussi "des fruits civils et naturels" des biens grevés et que les parties à une convention constitutive de sûreté pouvaient toujours convenir de ne pas étendre une sûreté au produit ou à certains types de produit, le Groupe de travail a approuvé sans modification la recommandation 18 quant au fond.

19. Des opinions divergentes ont été exprimées sur le point de savoir si la recommandation 19 devait être conservée. Selon un point de vue, si une sûreté devait automatiquement se reporter sur des biens venant en remplacement des biens grevés, elle ne devrait pas porter sur ceux venant s'y ajouter, tels que les fruits civils et naturels, sauf convention contraire des parties. Selon l'avis qui l'a emporté, toutefois, une sûreté devrait s'étendre automatiquement même aux fruits civils et naturels, car ce résultat répondrait aux attentes normales des parties. Il a été dit qu'une solution différente entraînerait des frais inutiles et prendrait au dépourvu les parties peu vigilantes. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé de supprimer la recommandation 19. Il est également convenu que le commentaire devrait exposer l'approche proposée dans cette recommandation.

Recommandations 20 et 21 (produit mélangé)

20. Il a été convenu que, du fait qu'elle traitait de l'identification de biens mélangés, la recommandation 20 s'appliquait également à l'identification de biens meubles corporels mélangés (masse ou produit fini) et qu'elle devrait donc renvoyer à la recommandation 29 (constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une masse ou un produit fini). Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 20 quant au fond. Après une discussion, il a aussi approuvé sans modification la recommandation 21 quant au fond.

B. Recommandations sur des biens particuliers

Recommandation 22 (efficacité d'une cession globale et d'une cession de créances futures, de fractions de créances ou d'un droit indivis sur des créances)

21. Il a été convenu de conserver sans crochets l'adjectif "contractuelles", qui figure entre crochets dans la recommandation 22, afin de limiter le champ d'application de la recommandation 22 aux créances contractuelles (comme dans la

Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international; la "Convention des Nations Unies sur la cession") et d'éviter ainsi d'empiéter sur les dispositions légales restreignant la possibilité de transférer des créances non contractuelles. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 22 quant au fond.

Recommandations 23 (efficacité d'une cession faite en dépit d'une clause d'incessibilité), 24 (constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une sûreté garantissant une créance, un instrument négociable ou toute autre obligation) et 25 (constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire)

22. Après une discussion, le Groupe de travail a approuvé sans modification les recommandations 22 à 25 quant au fond.

Recommandation 26 (constitution d'une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant)

23. Il a été convenu de supprimer la dernière phrase de la recommandation 26, qui figure entre crochets. On a fait valoir qu'il serait utile de clarifier dans le commentaire le principe selon lequel la possibilité de transférer ou non le droit de tirage de l'engagement relevait de la loi et de la pratique qui régissaient les engagements de garantie indépendants. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 26 quant au fond.

Recommandations 27 (constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable), 28 (constitution d'une sûreté réelle mobilière sur des biens rattachés) et 29 (constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une masse ou un produit fini)

24. Après une discussion, le Groupe de travail a approuvé sans modification les recommandations 27 à 29 quant au fond.

Chapitre VIII. Droits et obligations des parties

A. Recommandations générales

Recommandations 106 (règles supplétives concernant les droits du créancier garanti) et 107 (règles impératives concernant les obligations de la partie en possession des biens grevés)

25. Après une discussion, le Groupe de travail a approuvé sans modification les recommandations 106 et 107 quant au fond. Il a été aussi convenu d'examiner dans le commentaire l'application du principe de l'autonomie des parties en ce qui concerne les droits et obligations des parties à la convention constitutive de sûreté. En outre, il a été convenu d'étudier éventuellement, dans le courant de la session, les droits et obligations des parties aux opérations de financement d'acquisitions dans le contexte de l'approche non unitaire (voir par. 130).

B. Recommandations sur des biens particuliers

Recommandations 108 (droits et obligations du cédant et du cessionnaire), 109 (garanties dues par le cédant), 110 (droit de notifier la cession au débiteur de la créance) et 111 (droit du cessionnaire à recevoir paiement)

26. Après une discussion, le Groupe de travail a approuvé sans modification la recommandation 108 quant au fond. S'agissant de la recommandation 109, il a été convenu de conserver sans crochets le texte limitant l'application de la recommandation aux créances contractuelles. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 109 quant au fond. Après une discussion, il a également approuvé sans modification les recommandations 110 et 111 quant au fond.

Chapitre IX. Droits et obligations des tiers débiteurs

A. Droits et obligations du débiteur de la créance

Recommandations 112 (protection du débiteur de la créance), 113 (notification de la cession au débiteur de la créance), 114 (paiement libératoire du débiteur de la créance), 115 (exceptions et droits à compensation du débiteur de la créance), 116 (engagement de ne pas opposer d'exceptions ou de droits à compensation), 117 (modification du contrat initial) et 118 (recouvrement des paiements)

27. Notant que les recommandations 112 à 118 reprenaient les principes énoncés aux articles 15 à 21 de la Convention des Nations Unies sur la cession, le Groupe de travail les a approuvées sans modification quant au fond.

B. Droits et obligations du débiteur dans le cadre d'un instrument négociable

Recommandation 119

28. Après une discussion, le Groupe de travail a approuvé sans modification la recommandation 119 quant au fond.

C. Droits et obligations de la banque dépositaire

Recommandations 120 et 121

29. Après une discussion, le Groupe de travail a approuvé sans modification les recommandations 120 et 121 quant au fond.

D. Droits et obligations du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée dans un engagement de garantie indépendant

Recommandations 122 à 124

30. Il a été convenu d'indiquer à l'alinéa b) de la recommandation 122 qu'une sûreté grevant le produit d'un engagement de garantie indépendant consentie par

l'auteur du transfert ou par tout auteur d'un transfert antérieur, quelle que soit la date de sa constitution, ne devrait avoir aucune incidence sur les droits du bénéficiaire du transfert. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 122 quant au fond. Après une discussion, il a également approuvé sans modification les recommandations 123 et 124 quant au fond.

E. Droits et obligations de l'émetteur d'un document négociable

Recommandation 125

31. Après une discussion, le Groupe de travail a approuvé sans modification la recommandation 125 quant au fond.

Chapitre XIII. Conflit de lois

A. Recommandations générales

Recommandation 195 (loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels)

32. Il a été convenu d'une manière générale que la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels, son opposabilité et sa priorité devraient être soumises à la loi de l'État dans lequel ces biens se trouvaient (*lex rei sitae*). Il a aussi été largement estimé que cette approche serait source d'incertitude quant à la loi applicable à un type de biens meubles corporels habituellement utilisé dans plusieurs États et que les sûretés sur ces biens devraient par conséquent être régies par la loi de l'État où se trouvait le constituant. On a aussi considéré dans l'ensemble que si les navires et les aéronefs entraient toujours dans la catégorie des biens meubles corporels mobiles, il pouvait en être autrement pour les véhicules automobiles, tout au moins dans le cas des États insulaires où ces véhicules franchissaient très rarement les frontières nationales.

33. En ce qui concerne la disposition de la troisième phrase de la recommandation 195 relative aux biens meubles corporels qui étaient soumis à l'enregistrement de la propriété, il a été convenu qu'une recommandation de ce type serait utile mais que son libellé actuel suscitait un certain nombre de préoccupations. L'une d'elles était que la recommandation ne précisait pas quelle loi s'appliquait à la question de savoir si un enregistrement de la propriété était nécessaire. Une autre préoccupation était que pour les biens soumis à des enregistrements multiples la recommandation risquait d'entraîner involontairement l'application de plusieurs lois.

34. Reportant l'examen de cette question à un moment ultérieur de la session (voir par. 121), le Groupe de travail a approuvé sans modification le reste de la recommandation 195 quant au fond.

Recommandation 196 (loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels en transit et des biens meubles corporels destinés à l'exportation)

35. On s'est déclaré largement favorable à la recommandation 196, qui permettait à un créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels en transit ou des biens meubles corporels destinés à l'exportation de constituer et de rendre opposable sa sûreté conformément à la loi de la destination finale des biens (exclusivement, ou en plus de la loi du lieu où les biens se trouvaient à l'origine comme le prévoit la recommandation 195), à condition que ces biens y parviennent dans un délai raisonnable. En réponse à une question, on a indiqué qu'en vertu des recommandations 195 et 203 la priorité resterait soumise à la loi de l'État dans lequel les biens seraient situés au moment où un conflit de priorité surviendrait. Il a également été précisé que la durée du délai raisonnable dépendrait d'éléments tels que la distance à parcourir et le moyen de transport.

36. On a toutefois exprimé la crainte que pour les biens meubles corporels représentés par un document négociable, la recommandation 196 ne prévoie pas de règle claire lorsque le document était situé dans un État et les biens dans un autre. Pour répondre à cette crainte il a été suggéré d'étendre la portée de la recommandation 196 aux documents négociables accompagnant les biens auxquels ils se réfèrent. Cette proposition a suscité des objections. Il a été indiqué que la recommandation 196 s'appliquerait dans tous les cas, que les biens soient accompagnés d'un document négociable ou non. On a également fait observer que la recommandation 195 suffisait pour prévoir que la loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur le document formant titre serait la loi du lieu où le document était situé). De plus, il a été dit que la fiabilité des documents formant titre serait renforcée puisque si l'État dont la loi était applicable était un État qui avait adopté les recommandations du projet de guide, la possession du document conférerait un rang supérieur à l'égard des biens couverts par un document négociable.

37. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a approuvé sans modification la recommandation 196 quant au fond.

Recommandation 197 (loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles incorporels)

38. On s'est déclaré largement favorable à la recommandation 197, qui prévoyait que la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles incorporels devraient être soumises à la loi de l'État dans lequel se trouvait le constituant. Il a été noté que cette recommandation reflétait fidèlement l'approche des articles 22 et 30 de la Convention des Nations Unies sur la cession.

39. Des doutes ont cependant été exprimés sur la pertinence de la loi du lieu de situation du constituant pour des sûretés sur des actifs financiers (tels que produits dérivés ou conventions de rachat), des valeurs mobilières détenues directement et des droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire. S'agissant des sûretés sur des droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, il a été convenu qu'il faudrait faire référence à la recommandation 208 qui prévoyait l'application d'une loi pouvant être autre que celle du lieu de situation du constituant. Quant aux valeurs mobilières détenues directement et aux contrats

financiers, le Groupe de travail a décidé de les examiner ultérieurement au cours de la session (voir par. 99 à 110).

40. En ce qui concerne le texte qui apparaissait entre crochets dans la recommandation 197, il a été convenu qu'il soulevait principalement la question de la loi applicable aux sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle. Il a été largement estimé que, ce point soulevant des questions complexes sur lesquelles des vues divergentes étaient exprimées, le texte entre crochets devrait être supprimé et le sujet abordé lors de travaux futurs (voir par. 122).

41. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 197 quant au fond.

Recommandation 198 (loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur le produit)

42. Après un débat, le Groupe de travail a approuvé sans modification la recommandation 198 quant au fond.

Recommandation 199 (loi applicable aux droits et obligations du constituant et du créancier garanti)

43. Si la recommandation 199 a bénéficié d'un large appui, des doutes ont été exprimés quant à l'opportunité de renvoyer les droits et obligations réciproques des parties à une loi autre que celle régissant la constitution d'une sûreté réelle mobilière. On a fait observer qu'un projet de règlement en cours d'élaboration à la Commission européenne pourrait adopter une approche différente. En réponse, il a été noté que la recommandation suivait l'approche, mûrement réfléchie, adoptée dans l'article 28 de la Convention des Nations Unies sur la cession. Il a également été noté qu'il faudrait tenir compte de la solution proposée dans la recommandation 199 pour parvenir à des règles de conflit de lois universelles, ce qui serait très avantageux pour les parties à de telles opérations de financement dans le monde entier. En tout état de cause, on a noté que la législation régionale pouvait être mentionnée dans le projet de guide pour le bénéfice des États de la région concernée, mais qu'elle ne saurait dicter la législation internationale, à moins qu'une telle solution ne soit dans l'intérêt de l'ensemble de la communauté internationale et ne bénéficie de son appui.

44. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a approuvé sans modification la recommandation 199 quant au fond.

Recommandations 200 et 201 (loi applicable à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière)

45. Des avis divergents ont été exprimés sur la loi applicable à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière. Selon l'un d'eux, la réalisation devait être soumise à la loi régissant la convention constitutive de sûreté, à l'exception spécifique de la prise de possession extrajudiciaire de biens grevés par le créancier garanti sans le consentement du constituant, qui devrait être soumise à la loi de l'État où se trouvaient les biens concernés (variante B). On a fait valoir qu'avec cette approche, la réalisation serait régie par une seule loi même lorsque plusieurs actions en réalisation avaient lieu dans différents États ou lorsque la réalisation était extrajudiciaire. Il a aussi été fait observer que cette approche serait pertinente, en particulier pour les biens meubles incorporels, car il n'était pas facile de déterminer

le lieu où se trouvaient ce type de biens et, en tout état de cause, plusieurs États pouvaient être impliqués.

46. Cependant, selon l'avis qui a prévalu, la réalisation d'une sûreté réelle mobilière devrait être soumise à la loi de l'État où la réalisation avait lieu (variante A). La réalisation, a-t-on indiqué, était liée à des questions de procédure ou, en tout cas, d'ordre public, et ne pouvait donc être soumise qu'à la loi de l'État où elle avait lieu. On a aussi déclaré qu'en cas de conflit de priorité entre deux créanciers garantis en ce qui concerne le produit de la réalisation, la variante A conduirait à l'application d'une seule loi tandis que la variante B pourrait mener à l'application de lois différentes. On a ajouté que la règle ne pouvait reposer sur une distinction entre la réalisation judiciaire et extrajudiciaire, car la forme que prendrait la réalisation ne pouvait être prévue par les parties au moment de la conclusion de l'opération de financement ni même à un stade ultérieur avant défaillance.

47. On est convenu qu'il faudrait retenir la variante A pour la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels tout en indiquant cependant que pour les biens meubles incorporels, une approche fondée sur le lieu de la réalisation risquait de mener à l'application de plusieurs lois car les différentes étapes de la réalisation (par exemple la notification, le recouvrement ou la vente) pouvaient avoir lieu dans des États différents.

48. À l'issue de la discussion, on est convenu qu'il faudrait élaborer une règle distincte pour la réalisation des sûretés sur des biens meubles incorporels qui serait fondée sur la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité et à la priorité de ce type de sûretés.

49. À la suite de la suppression de la variante B de la recommandation 200, qui renvoyait la réalisation d'une sûreté réelle mobilière à la loi régissant la convention constitutive de sûreté, le Groupe de travail est convenu que la recommandation 201 devrait être supprimée elle aussi car, en vertu de la version révisée de la recommandation 200, la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un bien attaché à un bien immeuble aurait toujours lieu dans l'État où se trouvait le bien immeuble et serait soumise à la loi de cet État.

Loi applicable dans la procédure d'insolvabilité

50. Il a été convenu qu'il faudrait peut-être réviser la recommandation 171 pour en améliorer la cohérence avec les recommandations 30 et 31 du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité. Selon un avis largement partagé, la recommandation 171 avait pour objet de prévoir que la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière était celle qui serait applicable en l'absence de procédure d'insolvabilité, sauf dans la mesure où la loi sur l'insolvabilité applicable en disposait autrement. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 171 quant au fond.

Recommandations 202 (signification du "lieu de situation" du constituant), 203 (moment devant servir de référence pour déterminer le lieu de situation), 204 (maintien de l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière après un changement de lieu de situation), 205 (exclusion du renvoi) et 206 (ordre public et lois de police)

51. Après une discussion, le Groupe de travail a approuvé quant au fond les recommandations 202 à 204 et 206 sans modification.

52. S'agissant de la recommandation 204, on a exprimé la crainte que l'exigence d'inscription dans le nouvel État, où pouvaient se trouver les biens ou le constituant après déplacement, ne risque d'augmenter le coût des opérations de financement. Il a été indiqué que non seulement des coûts occasionnés par la double inscription, dans le pays de l'exportateur et dans le pays de l'importateur, mais aussi des frais considérables relatifs à l'appui juridique nécessaire pour les formalités d'inscription dans un pays étranger seraient encourus. On a répondu que la recommandation 204 suivait l'approche adoptée dans la législation existante, indépendamment du projet de guide. Cette recommandation, a-t-on ajouté, introduisait un nouvel élément positif, à savoir maintenir pendant une certaine période après le changement de lieu de situation des biens du constituant l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière constituée et rendue opposable en vertu de la loi d'un autre État. Il a été indiqué en outre que la recommandation 196 permettait à un exportateur d'assurer l'opposabilité de sa sûreté exclusivement dans le pays où les biens en question seraient importés. On a aussi fait observer que d'autres améliorations pourraient être laissées à la pratique. À ce propos, on a évoqué les pays qui autorisaient l'inscription à l'échelle nationale, ou même internationale, et ceux où des fournisseurs de services géraient des registres couvrant plusieurs États à un coût relativement faible.

53. En ce qui concerne la recommandation 205, il a été convenu de renvoyer aux recommandations 214 et 215 qui autorisaient le renvoi lorsque la loi applicable était celle d'un État à plusieurs unités. Sous réserve de cette modification, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 205 quant au fond.

B. Recommandations sur des biens particuliers

Recommandation 207 (loi applicable aux créances nées de la vente d'un immeuble ou d'une convention constitutive de sûreté sur cet immeuble)

54. Après une discussion, le Groupe de travail a approuvé sans modification la recommandation 207 quant au fond.

Recommandation 208 (loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire)

55. Des points de vue divergents ont été exprimés en ce qui concerne la loi applicable à la constitution, l'opposabilité, la priorité et la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, ainsi que les droits et obligations de la banque dépositaire concernant cette sûreté. Selon un point de vue, ces questions devraient relever de la loi régissant la convention de compte ou d'une autre loi prévue dans la convention de compte, à

condition que la banque ait une succursale dans l'État dont la loi serait applicable (variante A). Il a été dit que cette approche allait dans le sens de la sécurité juridique et qu'elle était pratique car on ne pouvait déterminer où se trouvait un compte bancaire.

56. L'avis qui a prévalu a toutefois été que ces questions devraient relever de la loi de l'État dans lequel la banque où était tenu le compte avait son établissement ou, si elle avait plusieurs établissements, de la loi de l'État dans lequel la succursale qui tenait le compte se trouvait. On a déclaré que cette approche conférait sécurité juridique et transparence quant à la loi applicable. On a fait observer aussi qu'elle correspondait aux attentes normales des parties et prévoyait l'application d'une seule loi aux questions relatives aux activités bancaires.

57. À l'issue de la discussion, malgré le point de vue majoritaire en faveur de la variante B et compte tenu des positions fermes en faveur de la variante A, le Groupe de travail a décidé de conserver les deux variantes. Il a cependant été largement estimé qu'il faudrait continuer de s'efforcer de parvenir à s'entendre sur une seule recommandation, car si les deux variantes étaient retenues et appliquées par les États, une loi différente s'appliquerait selon l'État dans lequel surgirait un litige, résultat qui maintiendrait l'insécurité juridique quant à la loi applicable à cette question (pour la suite de la discussion, voir par. 123 à 128).

Recommandation 209 (loi applicable à l'opposabilité par inscription d'une sûreté réelle mobilière sur certains types de biens)

58. Après une discussion, le Groupe de travail a approuvé sans modification la recommandation 209 quant au fond.

Recommandations 210 à 212 (loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant)

59. On a dit qu'il faudrait peut-être réviser la recommandation 211 car une personne désignée confirmerait, en règle générale, un crédit mais n'émettrait pas d'engagement de garantie indépendant. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a approuvé sans modification les recommandations 210 à 212 quant au fond.

Recommandation 213 (loi applicable aux droits et obligations des tiers débiteurs et des créanciers garantis)

60. Après une discussion, le Groupe de travail a approuvé sans modification la recommandation 213 quant au fond.

C. Règles spéciales lorsque la loi applicable est celle d'un État à plusieurs unités

Recommandations 214 à 217

61. Des doutes ont été exprimés sur le point de savoir s'il était approprié d'autoriser le renvoi (c'est-à-dire de prévoir que la référence à la loi d'un État comprenne les règles de conflit de lois de l'État), dans les cas où la loi applicable était celle d'un État à plusieurs unités. On a répondu que, tant que la loi de l'État dont la loi était applicable s'appliquait, il n'y aurait pas d'incertitude quant à la loi

applicable. On a fait observer aussi que cette approche était nécessaire également dans les cas où il fallait inscrire un avis de sûreté sur un registre situé dans l'une des unités d'un État à plusieurs unités. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a approuvé sans modification les recommandations 214 à 217 quant au fond (voir par. 129).

Chapitre XIV. Transition

62. Il a été largement estimé que des dispositions transitoires revêtaient une importance cruciale pour l'acceptabilité et l'application d'une nouvelle loi sur les opérations garanties. Il a donc été convenu que le commentaire devrait examiner les mesures à prendre par les États pour assurer l'efficacité des sûretés existantes en vertu de la nouvelle loi, la nécessité de commentaires, de l'inscription et d'autres formalités similaires dont il est question dans la loi, ainsi que de programmes éducatifs pour aider les juges, les arbitres, les praticiens et les milieux professionnels à comprendre et appliquer la nouvelle loi.

Recommandation 218 (date d'entrée en vigueur)

63. Le Groupe de travail a approuvé sans modification la recommandation 218 quant au fond. Il a été largement estimé que la détermination de la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi était un élément important pour son acceptabilité. Il a été aussi convenu que le commentaire pourrait examiner des critères supplémentaires pour fixer la date d'entrée en vigueur, tels que la nécessité de former les praticiens et de leur permettre de participer à l'application de la loi, ainsi que le temps dont les parties avaient besoin pour faire inscrire un avis sur le registre établi par la nouvelle loi.

Recommandation 219 (inapplicabilité de la loi aux différends faisant l'objet d'une procédure judiciaire)

64. Il a été convenu que la nouvelle loi ne devrait pas s'appliquer aux droits d'un réclamant quel qu'il soit, impliqué dans une procédure judiciaire ou dans un autre mécanisme de règlement des litiges concernant une ou plusieurs sûretés (et non les seules parties à une convention constitutive de sûreté ainsi qu'il est prévu à l'alinéa a) de la recommandation 219). Il a également été convenu que la nouvelle loi devrait être sans conséquence, non seulement pour la réalisation (comme il est prévu à l'alinéa b) de la recommandation 219), mais aussi pour la priorité d'une sûreté si le processus conduisant à sa réalisation avait été engagé avant la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 219 quant au fond.

Recommandation 220 (période transitoire)

65. S'agissant de l'alinéa a) de la recommandation 220, il a été estimé qu'il était inutile du fait que la question de l'existence, en vertu de la nouvelle loi, d'une sûreté constituée conformément à l'ancienne, était suffisamment traitée dans la recommandation 221. On a fait observer aussi que la recommandation 221 était plus appropriée, en ce qu'elle prévoyait qu'une sûreté constituée conformément à l'ancienne loi existerait en vertu de la nouvelle loi sans limitation dans le temps. En

ce qui concerne l'alinéa b) de la recommandation 220, on a signalé qu'il était lui aussi inutile du fait que la question de l'opposabilité en vertu de la nouvelle loi d'une sûreté réelle mobilière qui avait été rendue opposable conformément à l'ancienne loi était suffisamment traitée dans la recommandation 222.

66. On a cependant indiqué qu'il faudrait conserver la définition du terme "période transitoire", peut-être dans la recommandation 222, et examiner les critères de détermination de sa durée dans le commentaire. À cet égard, on a affirmé que le principal critère de détermination de la durée de la période transitoire était la nécessité de faire en sorte que les personnes concernées par la nouvelle loi aient le temps nécessaire pour se familiariser avec elle et de prendre les mesures requises pour préserver leurs droits. On a également fait observer que, dans certains États, la perte de priorité due au non-respect par une partie des conditions de l'opposabilité en vertu de la nouvelle loi pouvait être assimilée à une dépossession illégale, à moins que la période transitoire ait été jugée raisonnable. On a fait observer aussi que le nombre d'opérations pour lesquelles il serait nécessaire d'inscrire un avis dans le nouveau registre pourrait peut-être également être pris en considération pour déterminer la durée de la période transitoire.

67. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé de supprimer la recommandation 220, sous réserve de l'inclusion de la définition du terme "période transitoire" dans la recommandation 222. Il a également été convenu que le commentaire devrait examiner les critères à retenir pour déterminer la durée de la période transitoire.

Recommandations 221 à 224 (constitution et opposabilité d'une sûreté réelle mobilière)

68. Après une discussion, le Groupe de travail a approuvé sans modification les recommandations 221 à 223 quant au fond. Sous réserve de la suppression des crochets figurant dans la recommandation 224, le Groupe de travail a approuvé la recommandation 224 quant au fond.

Recommandations 225 à 227 (priorité d'une sûreté réelle mobilière)

69. Après une discussion, le Groupe de travail a approuvé, sans modification, les recommandations 225 à 227 quant au fond.

Chapitre XII. Mécanismes de financement d'acquisitions

Généralités

70. Le Groupe de travail a examiné une version révisée des recommandations sur les mécanismes de financement d'acquisitions, en se fondant sur une proposition du Secrétariat. Il a été noté que ces recommandations n'avaient pas pu être distribuées bien avant la présente session car le secrétariat les avait élaborées pour tenir compte des vues exprimées et des suggestions faites à la onzième session du Groupe de travail (Vienne, 4-8 décembre 2006). On a toutefois estimé qu'il faudrait attendre la session de la Commission pour se prononcer définitivement sur ces recommandations.

71. Des points de vues divergents ont été exprimés sur le point de savoir si la présentation du contenu du chapitre devait rester telle quelle, avec l'approche non unitaire à la suite de l'approche unitaire, ou si cette dernière devrait être intégrée dans les autres chapitres pertinents du projet de guide et l'examen de l'approche non unitaire conservée dans un chapitre séparé.

72. Selon un avis, l'examen et les recommandations de l'approche unitaire devraient être intégrés dans les autres chapitres pertinents. Il a été expliqué que, de cette manière, l'approche unitaire serait plus simple et plus facile à comprendre et à mettre en œuvre pour les législateurs. Il a également été observé que, pour conserver une structure parallèle, l'approche unitaire était rendue plus compliquée qu'elle ne l'était en réalité.

73. Selon l'opinion qui a cependant prévalu, la structure parallèle actuelle devrait être conservée. Il a été indiqué qu'une telle présentation serait d'une plus grande aide aux États qui se demandaient quelle approche adopter ou qui cherchaient à comprendre les changements qu'entraînerait une réforme du droit inspirée de l'approche unitaire. Il a aussi été observé que le fait d'avoir un chapitre consacré uniquement à l'approche non unitaire pouvait donner l'impression que cette dernière était la seule approche recommandée dans le projet de guide en ce qui concerne les droits liés au financement d'acquisitions.

74. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu que la présentation actuelle du chapitre, avec un examen de l'approche unitaire et de l'approche non unitaire des mécanismes de financement d'acquisitions, devrait être conservée.

75. Il a été aussi convenu qu'il serait utile de préciser dans le commentaire que deux approches au choix étaient proposées pour les mécanismes de financement d'acquisitions et de donner des indications quant aux conséquences pour la propriété d'un bien faisant l'objet d'un tel mécanisme (par exemple, les conséquences de la non-inscription d'un avis relatif à une vente avec réserve de propriété).

Terminologie

76. Le Groupe de travail a approuvé sans modification et quant au fond la définition des termes "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition", "créancier garanti finançant l'acquisition" et "partie finançant l'acquisition".

77. En ce qui concerne la définition du terme "droit lié au financement d'une acquisition", on a fait observer qu'elle énumérait certaines opérations de financement d'acquisitions classiques mais était aussi formulée d'une manière qui couvre toute opération dans laquelle la propriété était utilisée pour financer l'acquisition d'un bien meuble corporel. On a cité l'exemple des ventes avec des dispositions prévoyant un transfert de propriété différé, qui pouvaient être ou non des mécanismes de financement d'acquisitions selon que la propriété servait ou non à garantir le paiement du prix.

78. Le Groupe de travail est convenu d'inclure dans la définition du terme "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition" une référence explicite à un autre type fréquent d'opération de financement d'acquisitions, à savoir les accords de location-vente. Il est également convenu de remplacer le mot "biens" par "biens meubles corporels" pour que les recommandations sur le financement

d'acquisitions ne s'appliquent qu'à ces derniers (voir par. 113). Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé la définition du terme "droit lié au financement d'une acquisition" quant au fond.

79. Au cours de la discussion, il a été demandé si la définition du terme "droit lié au financement d'une acquisition" s'appliquerait aux opérations de rachat. Il a été noté que ces opérations portaient généralement sur des valeurs mobilières détenues indirectement et qu'elles n'entreraient donc pas dans le champ d'application du projet de guide (voir la recommandation 5). Il a cependant été également noté que les opérations de rachat de biens meubles corporels seraient couvertes par la définition de la "sûreté réelle mobilière" et qu'en conséquence, les recommandations du projet de guide s'appliqueraient à ces opérations.

80. Le Groupe de travail a approuvé la définition du terme "partie bénéficiant du financement d'une acquisition" ("acquisition financing transferee") quant au fond, en notant que le commentaire devrait donner des orientations sur l'interprétation de cette définition (en indiquant, par exemple, qu'elle couvrait un preneur bien qu'il ne bénéficie pas d'un "transfert" à proprement parler).

81. En ce qui concerne la définition du terme "droit de réserve de propriété", il a été suggéré de la réviser pour tenir compte de l'interprétation, dans plusieurs pays, d'après laquelle la réserve de propriété impliquait un transfert de propriété conditionnel. Cette proposition a été appuyée étant entendu que la définition du terme "droit lié au financement d'une acquisition" serait formulée de manière à couvrir aussi d'autres types de clauses de réserve de propriété.

82. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a approuvé sans modification la définition du terme "crédit-bail" quant au fond, notant qu'elle était formulée de manière à englober également les accords de location-vente.

A. Approche unitaire des mécanismes de financement d'acquisitions

83. Après une discussion, le Groupe de travail a approuvé, sans modification, les recommandations 181 à 197 quant au fond.

B. Approche non unitaire des droits liés au financement d'acquisitions

84. Une objection a été soulevée en ce qui concerne le principe de l'équivalence fonctionnelle entre les sûretés réelles mobilières et les droits liés au financement d'acquisitions et, en particulier, l'inscription d'un avis relatif à une vente avec réserve de propriété ou à un crédit-bail. De l'avis général, cependant, ce principe était un des éléments fondamentaux d'un régime moderne des opérations garanties et devrait être préservé. Il a été déclaré, notamment, qu'un système d'inscription moderne qui s'appliquerait à tous les mécanismes faisant office de sûreté était une condition *sine qua non* pour la mise en place d'un régime des opérations garanties efficace et efficient.

85. On a exprimé la crainte que l'approche fonctionnelle n'entraîne involontairement la requalification d'un mécanisme de transfert de la propriété en mécanisme de sûreté. Il a été répondu que la requalification de certains mécanismes

de propriété en sûretés était fréquente dans la plupart des pays (en particulier dans les procédures d'insolvabilité). On a fait observer aussi que, même dans les pays où la réserve de propriété était le principal mécanisme de financement d'acquisitions, la propriété était scindée de telle sorte que le vendeur restait propriétaire et l'acheteur acquérait un droit de propriété éventuel (autrement dit un droit suffisant pour grever les biens achetés). Il a été affirmé en outre que ce résultat ne touchait pas aux notions fondamentales du droit des biens ou d'autres branches de droit.

86. À une question sur les différences entre l'approche unitaire et l'approche non unitaire, il a été répondu que la principale d'entre elles concernait la réalisation (dans le cadre et en dehors d'une procédure d'insolvabilité). On a également fait remarquer que, dans l'approche unitaire, les principes applicables à la réalisation d'une sûreté vaudraient également pour la réalisation d'une sûreté en garantie d'un paiement d'une acquisition. En outre, il a été précisé que, dans l'approche non unitaire, l'équivalence fonctionnelle serait maintenue dans la mesure compatible avec le régime applicable à la réalisation des droits de propriété.

87. Bien qu'au vu de cette différence, des doutes aient été exprimés quant à l'utilité d'une distinction entre l'approche unitaire et l'approche non unitaire, un ferme soutien a été apporté au maintien de l'approche non unitaire pour les États qui préféreraient adopter les recommandations du projet de guide tout en s'appuyant sur les lois existantes dans une certaine mesure et sans avoir à réformer en profondeur leur régime des opérations garanties. Il a été affirmé que l'approche non unitaire des mécanismes de financement d'acquisitions était une des contributions majeures du projet de guide à l'harmonisation de la loi sur les sûretés.

88. Le Groupe de travail a réaffirmé qu'il approuvait l'approche fonctionnelle et la distinction entre les approches unitaire et non unitaire des mécanismes de financement d'acquisitions. Il a aussi été convenu qu'un ensemble différent de recommandations devrait s'appliquer dans chaque approche et a décidé de supprimer une recommandation aboutissant au résultat contraire.

89. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a approuvé sans modification les recommandations 181 *bis* à 195 et 197 quant au fond. Pour ce qui est de la constitution et de l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière grevant des biens de consommation, il a été convenu que le commentaire devrait préciser que l'exigence d'un écrit était peu contraignante et, qu'elle concernait l'expression de la volonté de la partie finançant l'acquisition de prendre une sûreté en garantie du paiement d'une acquisition, et indiquer qu'aucun enregistrement n'était requis pour les sûretés sur des biens de consommation.

90. En ce qui concerne la réalisation d'un droit lié au financement d'une acquisition (recommandation 196), le Groupe de travail a approuvé un texte libellé à peu près comme suit:

> "En ce qui concerne les droits après défaillance relatifs à un droit lié au financement d'une acquisition, la loi devrait prévoir que:
>
> a) Les mêmes principes et objectifs que ceux énoncés dans les recommandations du Guide sur les droits après défaillance relatifs aux sûretés réelles mobilières s'appliquent;
>
> b) Même si les règles donnant effet à ces principes et objectifs sont, dans le contexte des droits liés au financement d'acquisitions, différentes de

celles applicables aux sûretés réelles mobilières, elles devraient produire des résultats fonctionnellement équivalents; et

c) Afin de produire des résultats fonctionnellement équivalents, les règles applicables à la réalisation après défaillance d'un droit lié au financement d'une acquisition dans un régime actuel devraient être modifiées dans la mesure nécessaire pour qu'elles s'accordent autant que possible avec le régime des sûretés réelles mobilières recommandé en vertu du Guide sans que la cohérence du régime de propriété soit compromise, et il ne faudrait s'écarter des règles applicables aux sûretés en vertu du Guide que dans la mesure nécessaire pour préserver cette cohérence. Tout écart par rapport aux règles prévues dans le Guide pour les droits après défaillance relatifs aux sûretés réelles mobilières ne devrait pas être de nature à limiter l'application des recommandations du Guide relatives à la constitution, à l'opposabilité, à l'inscription et à la priorité des droits liés au financement d'acquisitions, ni à prévaloir ou à avoir une autre incidence sur cette application."

Terminologie et règles d'interprétation

91. Ayant achevé l'examen des recommandations du projet de guide (voir A/CN.9/WG.VI/WP.29), le Groupe de travail est passé à la terminologie et aux règles d'interprétation (pour la terminologie et les règles d'interprétation, voir A/CN.9/WG.VI/WP.31/Add.1).

92. Le Groupe de travail a approuvé sans modification les définitions a) à z) quant au fond. Il est également convenu d'ajouter une définition du terme "argent" qui pourrait être libellée comme suit: "le terme 'argent' désigne la monnaie utilisée comme moyen d'échange autorisé par un État". Il a été noté que, dans le projet de guide, "argent" désignait les espèces et non pas uniquement une inscription en compte qui pourrait être une "créance"; l'argent sur un compte bancaire était désigné sous le terme "fonds crédités sur un compte bancaire"; un chèque était un "instrument négociable"; et l'argent détenu par un marchand de pièces de monnaie dans le cadre d'une collection n'était pas de l'"argent" au sens du Guide.

93. En ce qui concerne la définition aa) ("engagement de garantie indépendant"), il a été convenu qu'elle devrait être révisée pour préciser que la liste des types d'engagement figurant entre parenthèses était indicative et non exhaustive.

94. Pour ce qui est de la définition bb) ("produit d'un engagement de garantie indépendant"), il a été convenu d'expliquer dans le commentaire qu'une traite acceptée ou une obligation souscrite pouvait donner naissance au produit uniquement en cas de paiement. On est convenu, à cet égard, qu'il serait utile de définir le verbe "honorer", employé dans le contexte des engagements de garantie indépendants, pour désigner un acte en deux étapes (à savoir le fait d'accepter une traite ou de souscrire une obligation et de payer). Il a également été convenu que la définition bb) devrait être mise en conformité avec la terminologie employée dans la dernière version des Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU 600).

95. Sous réserve de ces modifications, le Groupe de travail a approuvé les définitions aa) et bb) quant au fond.

96. À l'issue d'une discussion, le Groupe de travail a approuvé les définitions cc) à uu) et yy) sans modification quant au fond.

97. S'agissant des définitions vv), ww) et xx) ("acheteur dans le cours normal des affaires", "preneur à bail dans le cours normal des affaires", "titulaire de licence dans le cours normal des affaires", le Groupe de travail a confirmé sa décision antérieure selon laquelle elles seraient, dans leurs grandes lignes, insérées dans les recommandations pertinentes (A/CN.9/617, par. 48) et il est convenu que le texte figurant entre crochets pourrait être retiré et les définitions supprimées.

98. Au cours de la discussion, on a exprimé l'avis que les définitions devraient être présentées dans l'ordre alphabétique dans toutes les versions linguistiques. Cette proposition a été appuyée. Sous réserve des règles éditoriales de l'Organisation des Nations Unies, le secrétariat a été prié de présenter les définitions dans l'ordre alphabétique pour faciliter l'utilisation de la terminologie.

Sûretés réelles mobilières grevant des valeurs mobilières détenues directement

99. Rappelant sa décision de traiter dans le projet de guide les valeurs mobilières détenues directement (en d'autres termes par leur propriétaire et non auprès d'un intermédiaire) (voir A/CN.9/WG.VI/WP.29, recommandation 5 et A/CN.9/617, par. 15), le Groupe de travail a noté que les valeurs mobilières détenues directement pouvaient être représentées par des certificats, par exemple des actions ou des obligations (titres "représentés par un certificat"), ou être inscrites sur des comptes (titres "non représentés par un certificat" ou "dématérialisés", à ne pas confondre avec les titres représentés par un certificat détenus sur un compte de valeurs mobilières ouvert auprès d'un intermédiaire).

100. Il a aussi été noté qu'en ce qui concerne les valeurs mobilières détenues directement, le Groupe de travail souhaiterait peut-être se demander: a) si les recommandations sur les titres "représentés par un certificat" détenus directement devraient suivre de près celles applicables aux instruments négociables; et b) si les recommandations sur les titres dématérialisés détenus directement devraient suivre de près celles applicables aux droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire.

101. Des avis divergents ont été exprimés sur le point de savoir si le projet de guide devait couvrir certains types de valeurs mobilières détenues directement. Selon l'un d'eux, le guide devrait traiter certains types de valeurs mobilières détenues directement comme il est proposé ci-dessus. On a affirmé que les opérations relatives aux valeurs mobilières détenues directement, par exemple lorsqu'une société mère obtenait un crédit en offrant en garantie des actions de ses filiales à 100 %, étaient extrêmement importantes pour faciliter l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises. On a noté que, si on ne traitait pas les valeurs mobilières détenues directement dans le projet de guide, ce dernier comporterait une lacune importante, ce qui aurait pour effet non voulu de priver de nombreuses entreprises de l'accès au crédit. À ce propos, on a fait observer que ni la Convention sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire, élaborée par la Conférence de La Haye de droit international privé, ni la Convention sur l'harmonisation des règles de droit matériel applicables aux titres intermédiés, que

l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) était actuellement en train d'élaborer, traitaient de valeurs mobilières qui n'étaient pas détenues auprès d'un intermédiaire.

102. Selon un autre avis, il ne faudrait pas traiter du tout, dans le projet de guide, des valeurs mobilières détenues directement. On a fait valoir que cela serait d'ailleurs extrêmement difficile, car il n'existait aucune définition universellement acceptée de ces titres. On a fait observer en outre que l'on risquait, en les abordant maintenant dans le projet de guide, de créer un chevauchement ou un conflit avec le projet de convention qu'élaborait Unidroit. De plus, un conflit pouvait naître par exemple du fait que le projet de convention d'Unidroit traitait les opérations de transfert de propriété comme étant fonctionnellement équivalentes, mais pas tout à fait égales, à des sûretés réelles mobilières. On a signalé qu'il pourrait aussi y avoir un chevauchement et un conflit avec la loi de l'Union européenne. À ce propos, on a estimé que la requalification des opérations de transfert de propriété en opérations garanties et l'application de la loi du lieu de situation du constituant étaient cause de préoccupations particulières.

103. Un autre avis encore était que les questions relatives aux valeurs mobilières détenues directement devraient être considérées comme objet de travaux futurs. On a affirmé qu'il serait utile d'étudier la constitution de sûretés sur de telles valeurs mobilières mais que ce travail nécessitait un examen soigneux et plus poussé. On a aussi estimé que le fait de remettre cette question à plus tard permettrait aux États de faire le bilan des résultats du projet de convention d'Unidroit et de décider ensuite si des travaux supplémentaires pourraient être entrepris. Parmi les questions devant faire l'objet de tels travaux, on a mentionné: la définition des termes pertinents; l'identification et l'exclusion des arrangements avec transfert de propriété, tels que les conventions de rachat, les prêts de valeurs mobilières et les autres contrats de garantie avec transfert de propriété, qui pourraient tous avoir un lien avec des valeurs mobilières détenues directement ou indirectement; les conventions d'incessibilité; les questions de priorité (par exemple, le contrôle conférant un rang supérieur à l'inscription); et les questions concernant la loi applicable.

104. En vue de parvenir à un accord, plusieurs suggestions ont été faites. L'une d'elles visait à exclure de manière claire et catégorique les valeurs mobilières intermédiées. On a fait observer que la plupart des opérations dont on considérait qu'elles n'avaient pas leur place dans le projet de guide portaient sur ces valeurs mobilières intermédiées. Une autre suggestion était d'inclure les opérations dans lesquelles un investisseur ou une entreprise accordait une sûreté sur des actions détenues directement sans l'intervention d'un intermédiaire pour l'obtention d'un crédit. Une autre suggestion encore était d'exclure les contrats financiers portant sur des valeurs mobilières. Une dernière, enfin, était de traiter des valeurs mobilières détenues directement dans le projet de guide, mais uniquement dans la mesure où ses dispositions n'étaient pas incompatibles avec les lois nationales ou les accords internationaux régissant les valeurs mobilières, tandis que la Commission pourrait être invitée à envisager des travaux futurs sur les valeurs mobilières détenues directement. Bien que toutes ces suggestions aient suscité de l'intérêt, il a été largement estimé que des travaux supplémentaires étaient nécessaires avant qu'une décision ne puisse être prise.

105. Il a également été suggéré d'énumérer dans le projet de guide un nombre limité de transactions à couvrir (en prévoyant que des valeurs mobilières détenues directement pouvaient servir à garantir un crédit) mais d'en exclure les contrats financiers se rapportant aux valeurs mobilières ainsi que toutes les valeurs mobilières intermédiées visées dans les travaux d'Unidroit. Parmi les valeurs mobilières qui seraient couvertes, il y aurait les actions d'une filiale détenue par une société mère et les actions non cotées de petites ou moyennes entreprises.

106. La proposition tendant à dresser une liste concrète et limitée des transactions à couvrir a suscité un certain intérêt mais, selon l'avis général, il fallait des travaux supplémentaires pour définir ces transactions et parvenir à un accord sur les moyens de les couvrir. Un certain appui a été d'autre part apporté à l'idée que cette proposition, complétée par les principes résumés du traitement à réserver aux questions pertinentes dans le Guide (voir par. 100), était un bon point de départ pour un examen futur. Il a été estimé que les États intéressés pourraient élaborer une proposition dans ce sens pour aider la Commission à aborder la question du traitement de ces transactions dans le projet de guide.

107. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu que le texte apparaissant entre crochets dans la recommandation 5, qui limitait l'exclusion aux valeurs mobilières détenues indirectement, devrait rester entre crochets. Il a également été convenu que la Commission souhaiterait peut-être réfléchir à la question de savoir si certains types définis et limités de valeurs mobilières devraient être couverts dans le projet de guide ou si cette question devait être abordée dans le cadre des travaux futurs.

Sûretés réelles mobilières sur des contrats financiers

108. Laissant de côté les transactions relatives aux valeurs mobilières évoquées plus haut (conventions de rachat et prêt de titres), le Groupe de travail s'est penché sur d'autres contrats financiers concernant les conventions de compensation globale (par exemple les produits dérivés). Il a été estimé que ces transactions devraient être exclues du champ d'application du projet de guide ou, au moins, de la recommandation 197 (Loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles incorporels). Il a été affirmé que la loi de l'État dans lequel se trouvait le constituant n'était pas appropriée puisque le débiteur de la créance ne pouvait savoir quelle loi s'appliquait aux questions de priorité. Il a également été déclaré qu'exclure ces contrats financiers au moins du champ d'application de la recommandation 197 serait conforme à l'approche adoptée dans la Convention des Nations Unies sur la cession (voir art. 4, par. 2 b) et 5, al. k) et l)) et assurerait que le projet de guide ne soit pas incompatible avec un autre droit.

109. La suggestion d'exclure les contrats financiers concernant les conventions de compensation globale du champ d'application du projet de guide, ou uniquement de la recommandation 197 (voir par. 108), a suscité des objections. Il a été affirmé que, suivant le principe de base du projet de guide, sauf un nombre limité d'exceptions spécifiques pour lesquelles une législation bien développée existait et auxquelles il n'était pas nécessaire ou approprié d'appliquer le projet de guide, tous les types de biens meubles, qu'ils soient corporels ou incorporels, pouvaient servir à garantir un crédit. On a également fait observer que, dans la Convention des Nations Unies sur

la cession, les questions de priorité et de loi applicable aux priorités étaient distinguées des questions de protection du débiteur et de loi y relative et ne concernaient pas le débiteur d'une créance. Il a été affirmé en outre que la proposition d'exclure les contrats financiers aurait involontairement pour effet d'empêcher que le projet de guide donne aux États des indications utiles sur un certain nombre de questions importantes. Il a été signalé par ailleurs que le champ d'application de la Convention, qui est un instrument international, et celui du projet de guide, qui se rapporte au droit national, devaient être différents. À cet égard, il a été mentionné que la Convention renvoyait les questions de priorité au droit national et que le Guide était conçu précisément pour donner des indications sur la teneur du droit national.

110. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a confirmé sa décision que, à l'exception d'avoirs précis et en nombre limité, tous les types de biens meubles, qu'ils soient corporels ou incorporels, y compris les contrats financiers, pouvaient servir à garantir un crédit conformément aux dispositions recommandées dans le projet de guide.

Sûretés grevant la propriété intellectuelle

111. Il a été noté qu'à sa trente-neuvième session en 2006, la Commission avait prié le secrétariat d'établir, en coopération avec d'autres organisations et en particulier l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, une note examinant les travaux qu'elle pourrait entreprendre dans l'avenir au sujet des sûretés grevant la propriété intellectuelle. Il a aussi été noté qu'à cette session, la Commission avait également demandé au secrétariat d'organiser un colloque afin de recueillir les avis d'experts gouvernementaux et non gouvernementaux (A/61/17, par. 86).

112. Le Groupe de travail a noté que ce colloque s'était tenu à Vienne les 18 et 19 janvier 2007 et que, si le travail de la Commission avait été soutenu, plusieurs problèmes avaient dans le même temps été soulevés à propos du traitement des sûretés grevant la propriété intellectuelle dans le projet de guide. Il a aussi été noté qu'il était possible d'en régler une partie en clarifiant le texte de certaines définitions et recommandations sans pour autant modifier les décisions de principe prises par le Groupe de travail. En outre, il a été noté que d'autres problèmes feraient l'objet d'une note du secrétariat sur les travaux futurs qui serait examinée par la Commission à sa quarantième session (Vienne, 25 juin-12 juillet 2007).

Terminologie

113. En ce qui concerne les définitions des termes "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition", "droit lié au financement d'une acquisition", "droit de réserve de propriété" et "crédit-bail", le Groupe de travail est convenu de faire explicitement référence aux "biens meubles corporels", de sorte que ces définitions et les recommandations correspondantes s'appliquent uniquement à ces biens et non à la propriété intellectuelle, et d'examiner l'importante question du financement de l'acquisition de droits de propriété intellectuelle dans le cadre de travaux futurs (voir par. 78).

114. Il a aussi été convenu de supprimer, dans la définition du terme “créance”, les mots “l’exécution d’obligations non monétaires”, afin de faire apparaître clairement que la définition et les recommandations relatives aux “créances” s’appliquaient uniquement aux créances “de sommes d’argent” et non, par exemple, aux droits d’un titulaire de licence ou aux obligations d’un donneur de licence découlant d’un contrat de licence de propriété intellectuelle.

115. Il a été convenu en outre de mentionner, dans la définition du terme “propriété intellectuelle”, les marques de service, les secrets de fabrique ainsi que les dessins et modèles. Il a en outre été convenu de faire mention, dans le commentaire, des principaux accords internationaux concernés, comme, par exemple, l’article 2 viii) de la Convention instituant l’Organisation mondiale de la propriété intellectuelle et l’Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (“ADPIC”).

Recommandation 4 (aéronefs, matériel roulant ferroviaire, objets spatiaux, navires et droits de propriété intellectuelle)

116. Le Groupe de travail a noté que le projet de guide ne s’appliquerait pas à la propriété intellectuelle dans la mesure où la loi sur les opérations garanties serait incompatible avec les lois nationales ou internationales sur la propriété intellectuelle (voir A/CN.9/WG.VI/WP.29, recommandation 4 b)) et que le commentaire attirerait l’attention des États sur la nécessité d’adapter leur législation afin d’éviter les incompatibilités. Il a noté en outre que le commentaire indiquerait, à titre d’exemple, certaines recommandations qu’il faudrait peut-être adapter, comme la recommandation 197 sur la loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles incorporels; les recommandations 41 et 79 concernant l’inscription sur un registre spécialisé; la recommandation 83 c) sur un titulaire de licence dans le cours normal des affaires; et les recommandations dans lesquelles il se posait la question de savoir si une sûreté grevant des biens meubles corporels devrait s’étendre à tout droit de propriété intellectuelle attaché à leur utilisation ou exploitation.

Recommandations 16 et 17 (biens pouvant faire l’objet d’une convention constitutive de sûreté)

117. Il a été convenu, afin de ne pas empiéter sur les dispositions légales limitant la possibilité de transférer des biens (à l’exception des règles limitées posées dans les recommandations 23 et 24 sur les créances), d’insérer dans le projet de guide une nouvelle recommandation libellée à peu près comme suit:

> “La loi devrait prévoir que, sous réserve des dispositions des recommandations 23 et 24, elle ne prévaut pas sur les dispositions d’une autre loi si celles-ci limitent la constitution ou la réalisation d’une sûreté réelle mobilière sur des types de biens particuliers ou la transférabilité de tels biens.”

Recommandation 23 (efficacité d’une cession faite en dépit d’une clause d’incessibilité)

118. Il a été convenu d’insérer les mots “de créance” après “cession” afin que cette recommandation (de même que toutes les recommandations traitant des créances) s’applique uniquement aux créances et non à la propriété intellectuelle.

Inscription sur un registre spécialisé

119. Notant que la constitution de certains droits de propriété intellectuelle, comme le droit d'auteur, ne nécessitait pas d'inscription, et afin de ne pas donner l'impression que le projet de guide exigeait une inscription à cet effet, il a été convenu de préciser, dans le commentaire, que la question de l'inscription ou non sur un registre spécialisé relevait d'une autre loi. Il a aussi été convenu d'expliquer dans le commentaire que, si une autre loi exigeait une telle inscription, un droit ainsi enregistré primerait un droit inscrit au registre général des sûretés (voir recommandation 79).

Recommandation 143 (disposition des biens grevés)

120. Afin que le créancier garanti ne puisse réaliser que les droits du constituant sur le bien grevé, il a été convenu de modifier la recommandation 143 à peu près comme suit: "La loi devrait prévoir qu'après défaillance un créancier garanti a le droit de vendre un bien grevé ou d'en disposer d'une autre manière, de le louer ou de le mettre sous licence à concurrence des droits du constituant sur le bien grevé."

Questions diverses

Recommandation 195 (loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels)

121. Rappelant qu'il avait renvoyé à un moment ultérieur de la session l'examen du texte figurant entre crochets dans la recommandation 195 (voir par. 34), le Groupe de travail a repris sa discussion et demandé au secrétariat d'établir un texte révisé et de le mettre entre crochets pour qu'il soit examiné par la Commission. Il a été largement estimé que le texte révisé devrait: faire référence à l'inscription des biens plutôt qu'à une inscription sur un registre spécialisé; faire référence aussi aux systèmes des certificats de propriété; et ne faire référence à un système d'inscription sur un registre spécialisé que si ce système permettait l'inscription des sûretés réelles mobilières.

Recommandation 197 (loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles incorporels)

122. Rappelant sa décision de supprimer le texte figurant entre crochets dans la recommandation 197 (voir par. 40) et l'examen des sûretés grevant la propriété intellectuelle (voir par. 116), le Groupe de travail est convenu que le commentaire devrait expliquer que cette recommandation n'était pas appropriée pour les sûretés réelles mobilières sur des droits de propriété intellectuelle et que la question devrait être examinée dans le cadre des travaux futurs.

Recommandation 208 (loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire)

123. Rappelant sa décision de conserver à la fois les variantes A et B, malgré le point de vue majoritaire en faveur de la variante B et compte tenu des positions fermes en faveur de la variante A (voir par. 57), le Groupe de travail a repris sa

discussion dans le souci de parvenir à un accord. Une autre variante, libellée comme suit, a été proposée:

> "a) La loi de l'État dans lequel la banque dépositaire exerce ses activités, dans le cas où elle exerce ses activités dans un seul État;
>
> b) Sinon, la loi de l'État expressément indiquée dans la convention de compte comme régissant celle-ci ou, si la convention de compte désigne expressément une autre loi applicable à toutes ces questions, cette autre loi. Toutefois, la loi désignée conformément à la phrase précédente ne s'applique que si la banque dépositaire a, au moment de la conclusion de la convention de compte, un établissement dans cet État qui exerce à titre habituel une activité de tenue de comptes bancaires; ou
>
> c) Si aucune des règles ci-dessus ne s'applique, la loi applicable serait déterminée par des règles de rattachement subsidiaire fondées sur l'article 5 de la Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire."

124. Cette proposition n'a pas reçu un appui suffisant. Il a été estimé qu'elle était pour l'essentiel identique à la variante A.

125. Pour ce qui est de la variante B, un certain nombre de suggestions ont été faites. L'une d'elle était de faire référence aux "établissements dans plusieurs États" plutôt qu'à des "établissements multiples". Il a été affirmé que si plusieurs établissements étaient situés dans le même État, la même loi s'appliquerait, sauf dans le cas d'un État à plusieurs unités, qui traiterait du conflit de lois entre ses diverses unités dans son droit interne. Cette suggestion a reçu un appui suffisant.

126. Selon une autre suggestion, il faudrait faire référence dans la variante B à la loi de l'État dont la loi régissait la relation entre la banque et son client. À cela on a objecté qu'une succursale pourrait être soumise à la fois aux dispositions réglementaires de l'État où elle se trouvait et de l'État dans lequel était situé le siège de la banque. Il a été dit aussi que les dispositions réglementaires s'appliqueraient quelle que soit la loi régissant la relation entre la banque et son client. Une autre suggestion encore a été que l'on fasse référence dans la variante B à la loi de l'État dans lequel un compte bancaire était ouvert, car un compte bancaire pouvait être tenu dans un autre État, fait que le titulaire du compte ou les tiers pourraient ignorer. Cette suggestion a suscité un certain intérêt, mais n'a pas bénéficié d'un appui suffisant.

127. Au cours de la discussion, il a été estimé que l'un des inconvénients de la variante B était qu'elle ne convenait pas aux comptes bancaires ouverts par l'intermédiaire de moyens de communication électroniques auprès d'une banque, qui pourrait avoir été constituée dans un certain État, mais n'avoir de présence physique dans aucun État.

128. Sous réserve de la modification indiquée ci-dessus (voir par. 125), le Groupe de travail a approuvé la variante B quant au fond.

Règles spéciales lorsque la loi applicable est celle d'un État à plusieurs unités

129. Rappelant qu'en vertu des recommandations 214 et 215, le renvoi était admis si la loi applicable était celle d'un État à plusieurs unités (voir par. 61), le Groupe de

travail est convenu que le commentaire devrait expliquer que ces recommandations étaient applicables aux États fédéraux mais non aux autres États composés de multiples unités et entités territoriales dans lesquels un tel renvoi pouvait susciter une grande incertitude quant à la loi applicable. De l'avis général, il fallait aussi expliquer dans le commentaire que, dans ces États, les recommandations en question ne devaient pas être transposées en droit interne.

Droits et obligations des parties aux opérations de financement d'acquisition (approche non unitaire)

130. Le Groupe de travail est convenu qu'il fallait expliquer dans le commentaire que les droits et obligations des parties aux opérations de financement d'acquisition (approche non unitaire), qui n'étaient pas visés par les recommandations 106 à 107, relèveraient d'autres droits (droit des ventes et droit des baux). On a affirmé qu'en général, ces questions étaient traitées dans les termes et conditions d'ordre général, qui différaient d'un cas à l'autre en fonction du type de transaction.

V. Travaux futurs

131. Il a été noté que la treizième session du Groupe de travail devait se tenir à Vienne du 24 au 28 septembre 2007, sous réserve de l'approbation de ces dates par la Commission à sa quarantième session, qui doit se tenir à Vienne du 25 juin au 12 juillet 2007. Le Groupe de travail a noté également que le projet de guide devrait en principe être examiné par la Commission du 25 juin au 2 juillet et définitivement adopté le 6 juillet 2007. Il a noté en outre que, dans le cadre de la session de la Commission, se tiendrait du 9 au 12 juillet 2007 un congrès sur le droit commercial international au cours duquel les représentants et les experts discuteraient de certaines questions pouvant faire l'objet de travaux futurs.

D. Note du Secrétariat sur le projet de guide législatif sur les opérations garanties, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa douzième session

(A/CN.9/.VI/WP.31 et Add.1) [Original: anglais]

(A/CN.9/WG.VI/WP.31)

Remarques générales

1. À sa trente-troisième session, en 2000, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a examiné un rapport du Secrétaire général sur les travaux futurs possibles dans le domaine du droit des sûretés (A/CN.9/475). À cette session, elle est convenue que les sûretés constituaient un sujet important porté à son attention au moment opportun, compte tenu en particulier du lien étroit entre ces dernières et les travaux qu'elle menait dans le domaine du droit de l'insolvabilité. Il a été largement estimé que des lois modernes sur les sûretés pourraient avoir un fort impact sur l'offre et le coût du crédit et, par conséquent, sur le commerce international. Il a aussi été largement estimé que de telles lois pourraient réduire les inégalités entre les parties des pays développés et celles des pays en développement dans l'accès à un crédit meilleur marché, ainsi que dans les avantages qu'elles tiraient du commerce international. Il fallait toutefois que ces lois établissent un équilibre approprié dans le traitement des créanciers privilégiés, garantis et chirographaires, pour être acceptées par les États. On a également déclaré que, étant donné la divergence des politiques nationales, il serait souhaitable de faire preuve de souplesse en élaborant un ensemble de principes accompagnés d'un guide plutôt qu'une loi type. Par ailleurs, pour qu'une réforme du droit donne des résultats optimaux, y compris la prévention des crises financières, la réduction de la pauvreté et la facilitation du financement par l'emprunt comme moteur de la croissance économique, il fallait que les travaux entrepris dans le domaine des sûretés soient coordonnés avec ceux qui étaient menés dans le domaine du droit de l'insolvabilité[1].

2. À sa trente-quatrième session, en 2001, la Commission a examiné une note du secrétariat relative aux sûretés (A/CN.9/496) et a convenu que des travaux devraient être entrepris en raison des incidences économiques bénéfiques d'une loi moderne sur le sujet. Il a été déclaré que l'expérience avait démontré que des insuffisances dans ce domaine pouvaient avoir des effets négatifs importants sur le système économique et financier d'un pays. Il a également été déclaré qu'un cadre juridique efficace et prévisible présentait des avantages macroéconomiques à court et à long terme. À court terme, à savoir en cas de crise du secteur financier dans un pays donné, un tel cadre était nécessaire, notamment dans l'optique du recouvrement des créances financières, pour aider les banques et autres organismes financiers à remédier à la détérioration de leurs créances grâce à des mécanismes d'exécution rapides et pour faciliter la restructuration des entreprises en offrant un moyen susceptible de créer des incitations en vue d'un financement provisoire. À plus long terme, un cadre juridique à la fois souple et efficace en matière de sûretés pouvait

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

constituer un instrument utile pour accélérer la croissance économique. En effet, sans accès au crédit à des conditions abordables, il était impossible de promouvoir la croissance économique, la compétitivité et le commerce international, les entreprises étant dans l'incapacité de se développer pour réaliser tout leur potentiel[2]. Pour ce qui est de la forme que devaient revêtir les travaux, la Commission a estimé qu'une loi type serait peut-être trop rigide et a pris note des suggestions formulées en faveur d'un ensemble de principes accompagnés d'un guide législatif qui comprendrait, si possible, des dispositions législatives types[3].

3. À l'issue de son débat, la Commission a décidé de charger un groupe de travail d'élaborer "un régime juridique efficace pour les sûretés sur les biens meubles corporels faisant l'objet d'une activité commerciale, y compris les stocks, et de recenser les questions à traiter, notamment la forme de l'instrument, la gamme exacte des biens qui pouvaient servir de garantie, ..."[4]. Soulignant l'importance du sujet et la nécessité de consulter des représentants et des praticiens du domaine, elle a recommandé la tenue d'un colloque de deux à trois jours[5].

4. À sa première session (New York, 20-24 mai 2002), le Groupe de travail VI (Sûretés) était saisi d'un premier avant-projet de guide législatif sur les opérations garanties, établi par le secrétariat (A/CN.9/WG.VI/WP.2 et Add.1 à 12), d'un rapport du colloque international de la CNUDCI et de la Commercial Finance Association, tenu à Vienne du 20 au 22 mars 2002 (A/CN.9/WG.VI/WP.3), et de commentaires de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) (A/CN.9/WG.VI/WP.4). À cette session, le Groupe de travail a examiné les chapitres premier à V et X du projet de guide législatif (A/CN.9/WG.VI/WP.2 et Add.1 à 5 et 10) et a prié le secrétariat de revoir ces chapitres (A/CN.9/512, par. 12). À la même session, il a examiné la possibilité de se voir présenter un exposé sur les systèmes modernes d'inscription, afin d'obtenir les informations nécessaires pour répondre aux préoccupations exprimées à propos de l'inscription des sûretés sur des biens meubles (voir A/CN.9/512, par. 65). De plus, il est convenu qu'il fallait faire en sorte, en coopération avec le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité), que la question du régime applicable aux sûretés dans les procédures d'insolvabilité soit traitée conformément aux conclusions de ce dernier concernant les points de recoupement entre les travaux des deux groupes (voir A/CN.9/512, par. 88; voir aussi A/CN.9/511, par. 126 et 127).

5. À sa trente-cinquième session, en 2002, la Commission était saisie du rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa première session (A/CN.9/512). Elle a félicité celui-ci pour l'avancement de ses travaux. Il a été généralement estimé que le guide législatif constituait pour la Commission une excellente occasion d'aider les États à adopter des lois modernes sur les opérations garanties, ce qui était souvent considéré comme une condition nécessaire, mais non suffisante à elle seule, pour accroître l'offre de crédit bon marché et promouvoir ainsi les échanges internationaux de biens et de services, le développement économique et, en définitive, les relations amicales entre États[6]. À cet égard, la

---

[2] Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* (A/56/17), par. 351.
[3] Ibid., par. 357.
[4] Ibid., par. 358.
[5] Ibid., par. 359.
[6] Ibid., *cinquante-septième session, Supplément n° 17* (A/57/17), par. 202.

Commission a noté avec satisfaction que le projet de guide avait suscité l'intérêt d'organisations internationales, gouvernementales et non gouvernementales, et que certaines d'entre elles participaient activement aux délibérations du Groupe de travail. Les commentaires soumis à ce dernier, en particulier par la BERD (A/CN.9/WG.VI/WP.4), témoignaient de cet intérêt.

6. À cette session, selon un avis largement partagé, le moment était parfaitement choisi pour aborder la question des sûretés compte tenu à la fois des initiatives législatives entreprises dans ce domaine aux niveaux national et international et des travaux de la Commission sur le droit de l'insolvabilité. À cet égard, cette dernière a noté avec une satisfaction particulière les efforts engagés par le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) et le Groupe de travail VI pour coordonner leurs tâches sur un thème d'intérêt commun, à savoir le traitement des sûretés dans le cas d'une procédure d'insolvabilité. Les participants se sont dits très favorables à cette coordination, généralement considérée comme essentielle pour fournir aux États des orientations complètes et cohérentes sur ce point. La Commission a fait sienne une proposition visant à revoir le chapitre traitant de l'insolvabilité dans le projet de guide législatif sur les opérations garanties à la lumière des principes de base adoptés d'un commun accord par les deux groupes de travail (voir A/CN.9/511, par. 126 et 127 et A/CN.9/512, par. 88). Elle a insisté sur la nécessité d'une coordination continue et a prié le secrétariat d'envisager d'organiser une session conjointe des deux groupes en décembre 2002[7].

7. À l'issue de son débat, la Commission a confirmé le mandat qu'elle avait confié au Groupe de travail VI à sa trente-quatrième session, à savoir élaborer un régime juridique efficace pour les sûretés sur les biens meubles corporels, y compris les stocks. Elle a également confirmé que ce mandat devait être interprété de manière large de façon à ce que l'on obtienne un produit suffisamment souple, devant prendre la forme d'un guide législatif[8].

8. À sa deuxième session (Vienne, 17-20 décembre 2002), le Groupe de travail a examiné les chapitres VI (Système de dépôt d'avis), VII (Priorité) et IX (Défaillance et réalisation) (A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.6, 7 et 9) du premier avant-projet de guide sur les opérations garanties, élaborés par le secrétariat, et a prié ce dernier d'en établir une version révisée (voir A/CN.9/531, par. 15). À cette session également, conformément à des suggestions qui avaient été faites à la première session du Groupe de travail (voir A/CN.9/512, par. 65), les systèmes néo-zélandais et norvégien d'inscription des sûretés sur les biens meubles ont été présentés de façon informelle. Immédiatement avant cette deuxième session, les Groupes de travail V (Droit de l'insolvabilité) et VI (Sûretés) avaient tenu leur première session conjointe (Vienne, 16 et 17 décembre 2002), au cours de laquelle ils avaient examiné la version révisée de l'ancien chapitre X (nouveau chapitre IX; A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.5) consacré à l'insolvabilité. À cette session conjointe, le secrétariat avait été prié d'établir une version révisée de ce chapitre (voir A/CN.9/535, par. 8).

9. À sa troisième session (New York, 3-7 mars 2003), le Groupe de travail VI a examiné les chapitres VIII (Droits et obligations des parties avant défaillance), XI (Conflit de lois et application territoriale) et XII (Questions transitoires) du

[7] Ibid., par. 203.
[8] Ibid., par. 204.

premier avant-projet de guide sur les opérations garanties (A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.8, 11 et 12) et les chapitres II (Principaux mécanismes de garantie) et III (Constitution) de la deuxième version (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.2 et 3) et a prié le secrétariat d'établir une version révisée de ces chapitres (A/CN.9/532, par. 13). À cette session également, la loi slovaque sur les opérations garanties, récemment élaborée avec l'aide de la Banque mondiale et de la BERD, a été présentée de façon informelle.

10. À sa trente-sixième session, en 2003, la Commission était saisie des rapports du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de ses deuxième et troisième sessions (A/CN.9/531 et A/CN.9/532), ainsi que du rapport sur la première session conjointe des Groupes de travail V et VI (A/CN.9/535). Elle a félicité le Groupe de travail VI pour les progrès accomplis et a exprimé sa satisfaction aux deux groupes pour la coordination de leurs travaux sur la question du régime applicable aux sûretés dans les procédures d'insolvabilité. Elle a également noté avec satisfaction la présentation de systèmes modernes d'inscription des sûretés mobilières[9].

11. La Commission a en outre insisté sur l'importance de la coordination avec les organisations qui s'intéressaient au droit des opérations garanties et avaient des compétences dans ce domaine, telles que l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit), la Conférence de La Haye de droit international privé, la Banque mondiale, le Fonds monétaire international (FMI), la BERD et la Banque asiatique de développement (BAsD). Il a été fait référence aux travaux en cours d'Unidroit concernant les sûretés sur les titres, aux *Principes et directives de la Banque mondiale régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers* pour autant que ceux-ci concernaient les opérations garanties, à la Loi type sur les opérations garanties et aux "Principes fondamentaux d'un droit moderne des sûretés" de la BERD, ainsi qu'au *Guide sur les registres de biens meubles* de la BAsD et à la Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières de 2002 élaborée par l'Organisation des États américains. Il a aussi été dit qu'il fallait assurer la coordination avec la Conférence de La Haye en ce qui concerne le chapitre du projet de guide législatif sur les opérations garanties consacré au conflit de lois, en particulier pour ce qui est de la loi applicable à la réalisation des sûretés en cas d'insolvabilité[10].

12. En ce qui concerne la portée des travaux, la Commission a pris note des propositions selon lesquelles le Groupe de travail devrait envisager de traiter, outre des biens meubles corporels (y compris les stocks), des créances commerciales, des lettres de crédit, des comptes de dépôt et des droits de propriété intellectuelle, étant donné leur importance économique en tant que garantie de crédit. S'agissant du fond du projet de guide législatif, la Commission a pris note des déclarations selon lesquelles, si le guide devait aborder diverses approches susceptibles d'être appliquées avec succès, il devait également inclure des recommandations et que, si plusieurs variantes devaient être élaborées s'agissant de ces recommandations, les avantages de chacune, en particulier pour les pays en développement et les pays à économie en transition, devraient aussi être examinés[11].

---

[9] Ibid., *cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17), par. 217.
[10] Ibid., par. 218.
[11] Ibid., par. 220 et 221.

13. À l'issue de son débat, la Commission a confirmé le mandat qu'elle avait donné au Groupe de travail VI à sa trente-quatrième session, à savoir élaborer un régime juridique efficace pour les sûretés sur les biens meubles corporels, y compris les stocks, et la décision qu'elle avait prise à sa trente-cinquième session, à savoir que ce mandat devait faire l'objet d'une interprétation large de façon qu'on obtienne un produit approprié qui devrait prendre la forme d'un guide législatif. Elle a également confirmé que c'était au Groupe de travail qu'il appartenait de déterminer la portée exacte de ses travaux et, en particulier, s'il fallait traiter dans le projet de guide législatif les créances commerciales, les lettres de crédit, les comptes de dépôt et les droits de propriété intellectuelle et industrielle[12].

14. À sa quatrième session (Vienne, 8-12 septembre 2003), le Groupe de travail a examiné les chapitres premier (Introduction), II (Objectifs fondamentaux), IV (Constitution) et IX (Insolvabilité) ainsi que les paragraphes 1 à 41 du chapitre VII (Priorité) (A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1 et 3 et A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3 et 6) et a prié le secrétariat d'établir une version révisée de ces chapitres (voir A/CN.9/543, par. 15).

15. À sa cinquième session (New York, 22-25 mars 2004), le Groupe de travail a examiné le résumé et les recommandations des chapitres V (Publicité), VII (Priorité) et X (Conflit de lois) (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, 3 et 7) et a prié le secrétariat d'établir une version révisée de ces chapitres (voir A/CN.9/549, par. 16).

16. À leur deuxième session conjointe (New York, 26 et 29 mars 2004), le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) et le Groupe de travail VI (Sûretés) ont examiné le traitement des sûretés dans le projet de guide législatif sur le droit de l'insolvabilité en se fondant sur le document A/CN.9/WG.V/WP.71 (voir A/CN.9/550, par. 11).

17. À sa trente-septième session, en 2004, la Commission était saisie des rapports du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de ses quatrième et cinquième sessions (A/CN.9/543 et A/CN.9/549), ainsi que du rapport des Groupes de travail V et VI sur leur deuxième session conjointe (A/CN.9/550). La Commission a félicité le Groupe de travail VI pour les progrès réalisés jusqu'alors et a exprimé sa satisfaction aux deux groupes de travail pour les progrès accomplis lors de leur deuxième session conjointe, au cours de laquelle ils avaient examiné des questions d'intérêt commun restées en suspens[13].

18. La Commission a en outre noté avec satisfaction les progrès du Groupe de travail dans la coordination de ses travaux sur le conflit de lois avec la Conférence de La Haye de droit international privé et, en particulier, le projet d'organiser une réunion conjointe d'experts. Elle s'est également félicitée des efforts de coordination avec Unidroit, qui élaborait actuellement un texte concernant les sûretés réelles mobilières sur les titres. Elle s'est également félicitée de la coordination avec la Banque mondiale, qui était en train de mettre au point des principes et directives régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers, et en particulier de l'accord en vertu duquel ce texte

[12] Ibid., par. 222.
[13] Ibid., *cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 75.

constituerait avec le projet de guide législatif sur les opérations garanties un standard international unique[14].

19. La Commission a noté avec intérêt qu'un premier ensemble complet de recommandations serait probablement prêt début 2005. Elle s'est également félicitée de la préparation de chapitres supplémentaires consacrés à différents types de biens, comme les instruments et les documents négociables, les comptes bancaires, les lettres de crédit et les droits de propriété intellectuelle. On a dit à ce sujet que, si l'importance de ces types de biens était généralement admise, leur traitement dans le projet de guide ne devrait pas ralentir les travaux sur les biens essentiels entrant dans le champ d'application du projet (à savoir les biens meubles corporels, y compris les stocks, et les créances)[15].

20. À l'issue de son débat, la Commission a confirmé le mandat qu'elle avait donné au Groupe de travail VI à sa trente-quatrième session et confirmé par la suite à ses trente-cinquième et trente-sixième sessions. Elle a également prié le Groupe de travail d'accélérer ses travaux afin qu'il lui présente le projet de guide pour adoption finale au plus tôt, si possible en 2006[16].

21. À sa sixième session (Vienne, 27 septembre-1er octobre 2004), le Groupe de travail a examiné les chapitres premier (Introduction), II (Objectifs fondamentaux), III (Principaux types de sûretés mobilières), IV (Constitution), V (Opposabilité aux tiers), VII (Droits et obligations des parties avant défaillance), VIII (Défaillance et réalisation), X (Conflit de lois) et XI (Questions de droit transitoire) (A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, 4 et 8, A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add.1 et 2, A/CN.9/WG.VI/WP.13 et A/CN.9/WG.VI/WP.14 et Add.2 et 4) et prié le secrétariat de revoir ces chapitres pour tenir compte de ses délibérations et décisions (voir A/CN.9/570, par. 8). À cette session, le Groupe de travail a noté avec satisfaction que le chapitre du guide consacré au conflit de lois était élaboré en étroite collaboration avec la Conférence de La Haye de droit international privé (voir A/CN.9/570, par. 75).

22. À sa septième session (New York, 24-28 janvier 2005), le Groupe de travail a examiné les chapitres X (Conflit de lois), XII (Mécanismes de financement d'acquisitions), XVI (Sûretés sur les comptes bancaires) (A/CN.9/WG.VI/WP.16/Add.1, A/CN.9/WG.VI/WP.17 et Add.1 et A/CN.9/WG.VI/WP.18 et Add.1) et prié le secrétariat de revoir ces chapitres pour tenir compte de ses délibérations et décisions (voir A/CN.9/574, par. 8).

23. À sa trente-huitième session, en 2005, la Commission était saisie des rapports du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de ses sixième et septième sessions (A/CN.9/570 et A/CN.9/574). Elle l'a félicité pour les progrès accomplis jusque-là, a pris note avec intérêt de ses progrès dans la coordination de ses travaux avec la Conférence de La Haye de droit international privé, Unidroit, la Banque mondiale et l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) et l'a prié d'accélérer sa tâche afin de lui soumettre le projet de guide, tout au moins pour une approbation de principe en 2006 et pour adoption finale en 2007[17].

---

[14] Ibid., par. 76.
[15] Ibid., par. 77.
[16] Ibid., par. 78.
[17] Ibid., *soixantième session, Supplément n° 17* (A/60/17), par. 186 et 187.

24. À sa huitième session (Vienne, 5-9 septembre 2005), le Groupe de travail a examiné les recommandations des chapitres VII (Droits et obligations des parties avant défaillance), VIII (Défaillance et réalisation), IX (Insolvabilité), X (Mécanismes de financement d'acquisitions) et XI (Conflit de lois) (A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.2 à 5). Il a aussi examiné la terminologie et les recommandations concernant: a) les instruments et les documents négociables (définitions w) et x) et recommandations 3 d) et 24) (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21 et A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1); b) le produit du tirage d'un engagement de garantie indépendant (définitions y), z), aa) et bb) et recommandations 25, 49, 62, 106 et 138) (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.1 et 5 et A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1); et c) les droits de propriété intellectuelle (définition dd) et recommandation 3 h)) (voir A/CN.9/WG.VI/WP.21 et A/CN.9/WG.VI/WP.22/Add.1) (voir A/CN.9/588, par. 8).

25. À sa neuvième session (New York, 30 janvier-3 février 2006), le Groupe de travail a examiné les recommandations des chapitres V (Opposabilité de la sûreté réelle mobilière), VI (Priorité de la sûreté sur les droits des réclamants concurrents) et X (Mécanismes de financement d'acquisitions) (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24/Add.3 à 5) et a prié le secrétariat de revoir ces chapitres pour tenir compte de ses délibérations et décisions (voir A/CN.9/593, par. 8). À cette session, dans la perspective de l'approbation dans le principe, par la Commission, à sa trente-neuvième session, prévue à New York du 19 juin au 7 juillet 2006, du contenu des recommandations du projet de guide, le Groupe de travail est convenu de tenir une session supplémentaire, sa dixième session, à New York du 1er au 5 mai 2006 (voir A/CN.9/593, par. 97).

26. À sa dixième session (New York, 1er-5 mai 2006), le Groupe de travail a examiné les recommandations concernant les sûretés sur des créances, des instruments négociables, des documents négociables, des droits au paiement de fonds crédités sur des comptes bancaires et des droits de recevoir le produit d'engagements de garantie indépendants ainsi que les recommandations sur les droits et obligations des parties avant défaillance et les recommandations 88 à 111 sur la défaillance et la réalisation (voir A/CN.9/WG.VI/WP.24 et Add.1 et 2 et A/CN.9/WG.VI/WP.26 et Add.1 à 3 et Add.3/Corr.1). Le secrétariat a été prié de revoir ces recommandations en tenant compte de ses délibérations et décisions (voir A/CN.9/603, par. 8). À cette session, le Groupe de travail a noté qu'il était prévu que la Commission approuve dans le principe le contenu (c'est-à-dire le fond, non la forme) des recommandations du projet de guide à sa trente-neuvième session (New York, 19 juin-7 juillet 2006).

27. À sa trente-neuvième session, en 2006, la Commission était saisie des rapports du Groupe de travail sur les travaux de ses huitième, neuvième et dixième sessions (A/CN.9/588, A/CN.9/593 et A/CN.9/603, respectivement). Elle s'est déclarée satisfaite des progrès qu'il avait accomplis jusque-là dans l'élaboration d'un guide législatif sur les opérations garanties et a approuvé le contenu des recommandations figurant dans les documents A/CN.9/WG.VI/WP.21/Add.3, A/CN.9/WG.VI/WP.24 et Add.5, A/CN.9/WG.VI/WP.26/Add.4 à 8 et A/CN.9/611 et Add.1 et 2. À l'issue de son examen des recommandations du projet de guide, elle a remercié le Groupe de

travail pour les résultats jusque-là obtenus dans l'élaboration du projet et a noté que ses vues et suggestions seraient prises en compte dans sa prochaine version[18].

28. À cette session, la Commission a noté que, comme le projet de guide traitait en termes généraux des sûretés sur les droits de propriété intellectuelle (tels que les brevets, les marques de fabrique et les droits d'auteurs), des travaux supplémentaires seraient peut-être nécessaires pour orienter les États à cet égard[19]. À l'issue du débat, la Commission a prié le secrétariat d'établir, en coopération avec les organisations concernées et en particulier l'OMPI, une note examinant le contenu des travaux qu'elle pourrait entreprendre dans l'avenir au sujet des sûretés sur les droits de propriété intellectuelle. En vue de recueillir les avis d'experts des gouvernements et du secteur privé, elle a prié le secrétariat d'organiser un colloque[20].

[18] Ibid., *soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 13 et 78.
[19] Ibid., par. 79 à 85.
[20] Ibid., par. 86.

A/CN.9/WG.VI/WP.31/Add.1 [Original: anglais]

Note du Secrétariat sur le projet de guide législatif sur les opérations garanties, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa douzième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
	Projet de guide législatif sur les opérations garanties	
	Introduction	1-19
	A. Objet du Guide	1-12
	B. Terminologie et règles d'interprétation	13-19
I.	Principaux objectifs d'un régime efficace et effectif en matière d'opérations garanties	20-31
	A. Promouvoir le crédit garanti	21
	B. Permettre l'utilisation de la valeur intrinsèque totale de différents types de biens à titre de garantie dans des opérations de crédit aussi diverses que possible	22
	C. Permettre aux parties d'obtenir des sûretés réelles mobilières de manière simple et efficace	23
	D. Assurer l'égalité de traitement des diverses sources de crédit	24
	E. Valider les sûretés réelles mobilières sans dépossession	25
	F. Encourager un comportement responsable de toutes les parties en renforçant la prévisibilité et la transparence	26
	G. Établir des règles de priorité claires et prévisibles	27
	H. Faciliter l'exercice des droits des créanciers de manière prévisible et efficace	28
	I. Établir un équilibre entre les intérêts des personnes concernées	29
	J. Reconnaître l'autonomie des parties	30
	K. Harmoniser les lois sur les opérations garanties, y compris les règles de conflit de lois	31
	Recommandation 1	
II.	Portée du Guide législatif	32-71
	A. Biens visés	33-38
	B. Biens exclus	39-45
	C. Parties visées	46
	D. Obligations visées	47
	E. Droits visés	48-50
	F. Exemples de pratiques de financement visées par le Guide législatif	51-71
	1. Financement de l'acquisition de stocks et de matériel	52-57

2. Financement au moyen d'un crédit permanent garanti par des stocks et des créances 58-60
3. Affacturage 61-63
4. Titrisation 64-66
5. Financement par des prêts à terme 67-69
6. Transfert de la propriété à titre de garantie 70
7. Opérations de cession-bail 71
Recommandations 2 à 7 . . . . . .

Introduction

A. Objet du Guide

1. Le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties (ci-après "le Guide") a pour objet d'aider les États à élaborer des lois modernes sur les opérations garanties afin de promouvoir l'offre de crédit garanti bon marché. Il s'adresse aux États qui n'ont pas actuellement de lois efficaces et effectives dans ce domaine, aussi bien qu'à ceux qui en ont déjà, mais qui souhaitent les revoir ou les moderniser, ou encore les harmoniser ou les coordonner avec celles d'autres États.

2. Le Guide part du principe que des lois rationnelles sur les opérations garanties peuvent offrir des avantages économiques considérables aux États qui les adoptent, notamment inciter des prêteurs et d'autres fournisseurs de crédit nationaux et étrangers à octroyer des financements, favoriser le développement et la croissance des entreprises nationales (en particulier des petites et moyennes entreprises) et, d'une façon générale, accroître les échanges. De telles lois procurent également des avantages aux consommateurs en abaissant le coût des biens et des services et en facilitant l'accès au crédit à la consommation bon marché. Pour porter leurs fruits, elles doivent s'appuyer sur des systèmes judiciaires et d'autres mécanismes d'application efficaces et effectifs, mais également être étayées par des lois sur l'insolvabilité respectant les droits qu'elles confèrent (voir le *Guide législatif* de la CNUDCI *sur le droit de l'insolvabilité*)[1].

3. Le Guide s'efforce de transcender les différences entre régimes juridiques pour proposer des solutions pragmatiques et éprouvées qui peuvent être acceptées et appliquées dans des États ayant des traditions juridiques divergentes. Il vise l'élaboration de lois procurant des avantages économiques concrets aux États qui les adoptent. Il est possible que les États aient à supporter des dépenses prévisibles, toutefois limitées, pour élaborer et appliquer de telles lois, mais la vaste expérience accumulée montre que ces dépenses devraient être largement compensées par les avantages à court et à long terme qui seront obtenus.

[1] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.10.

4. Toutes les entreprises – qu'il s'agisse de fabricants, de distributeurs, de prestataires de services ou de détaillants – ont besoin d'un fonds de roulement pour fonctionner, se développer et être compétitives. Des études réalisées par des organisations telles que la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (Banque mondiale), le Fonds monétaire international, la Banque asiatique de développement et la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) ont démontré que l'octroi de crédits garantis est l'un des moyens les plus efficaces de doter les entreprises commerciales d'un fonds de roulement.

5. L'efficacité d'un crédit garanti réside dans la possibilité qu'il offre aux entreprises d'utiliser la valeur intrinsèque de leurs biens afin de réduire le risque des créanciers, ceux-ci pouvant en effet accéder aux actifs grevés pour se faire rembourser en cas de non-paiement de l'obligation garantie. Dès lors que le risque de non-paiement est réduit, l'offre de crédit augmente et le coût du crédit diminue.

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

7. En aidant à la création et à la croissance d'entreprises individuelles, un régime juridique favorisant le crédit garanti peut avoir un effet positif sur la prospérité économique générale de l'État. Ainsi, les États qui n'ont pas de régime efficace et effectif sur les opérations garanties risquent de se priver d'un précieux avantage économique.

8. Afin de promouvoir au mieux l'offre de crédit garanti bon marché, le Guide propose que les lois sur les opérations garanties soient structurées de manière à permettre aux entreprises de tirer le plus grand parti possible de la valeur intrinsèque de leurs biens pour obtenir des crédits. À cet égard, il adopte deux des concepts fondamentaux sur lesquels reposent des lois efficaces en matière d'opérations garanties, à savoir la priorité et l'opposabilité. Le concept de priorité, qui permet la coexistence de sûretés réelles mobilières de rangs différents sur les mêmes biens, donne la possibilité à une entreprise de tirer le plus grand parti possible de la valeur de ses biens en grevant ceux-ci pour garantir des crédits obtenus auprès de plusieurs créanciers à la fois, des règles transparentes permettant à chaque créancier de connaître le rang de sa sûreté. Le concept d'opposabilité, sous la forme d'un système permettant, entre autres, l'enregistrement d'un avis relatif aux sûretés, vise à favoriser la sécurité juridique en ce qui concerne la détermination du rang de priorité de chaque créancier et, partant, à réduire les risques et les coûts associés aux opérations garanties.

9. Le régime juridique envisagé dans le Guide est purement interne. Les recommandations qui y sont formulées sont destinées aux législateurs nationaux qui envisagent de réformer la législation interne sur les opérations garanties. Cependant, du fait que, dans les opérations garanties, les parties et les biens concernés se trouvent souvent dans des États différents, le Guide traite également de la reconnaissance des sûretés réelles mobilières et des mécanismes de garantie reposant sur la propriété, comme la réserve de propriété et le crédit-bail, qui sont valablement créés dans d'autres États. Une telle reconnaissance constituerait une amélioration sensible pour les bénéficiaires de ces sûretés et mécanismes par rapport aux lois actuellement en vigueur dans de nombreux États, dans lesquelles ces bénéficiaires perdent souvent leurs droits lorsqu'un bien grevé sort du pays, et contribuerait largement à encourager les créanciers à accorder des crédits dans des opérations internationales.

10. Le Guide s'efforce dans son ensemble d'établir un équilibre entre les intérêts des débiteurs, des créanciers (qu'ils soient garantis, privilégiés ou chirographaires), des tiers concernés, des acheteurs et autres bénéficiaires de transferts et de l'État. Ce faisant, il part de l'hypothèse, étayée par de nombreuses données factuelles, que tous les créanciers accepteront une telle approche équilibrée et seront donc encouragés à accorder des crédits, pour autant que les lois (ainsi que l'infrastructure juridique et administrative sur laquelle elles s'appuient) leur permettront effectivement d'évaluer leurs risques avec un degré élevé de prévisibilité et avec la certitude qu'en définitive ils réaliseront la valeur économique des biens grevés en cas de non-paiement du débiteur. Pour parvenir à cet équilibre, une étroite coordination entre le régime applicable aux opérations garanties et celui de l'insolvabilité, notamment des dispositions relatives au traitement des sûretés en cas de redressement ou de liquidation d'une entreprise, est indispensable. De plus, certains débiteurs, tels que les consommateurs, ont besoin de protections supplémentaires. De ce fait, bien que le régime envisagé par le Guide vise à s'appliquer à de nombreuses formes d'opérations de consommateurs, il n'est pas censé avoir préséance sur les lois ni examiner les politiques qui concernent leur protection, car cette question ne se prête pas à unification.

11. Dans le même esprit, le Guide répond également aux préoccupations qui ont été exprimées au sujet des crédits garantis. On a dit par exemple que le fait de donner à un créancier un droit prioritaire sur la totalité ou la quasi-totalité des biens d'une personne risquait de limiter la capacité de cette dernière à obtenir un financement auprès d'autres sources. On a dit aussi qu'un créancier garanti pouvait exercer une influence sur une entreprise, puisqu'il avait la faculté, en cas de défaillance, de saisir ou de menacer de saisir les biens grevés. On a dit encore que, dans certains cas, les créanciers garantis risquaient de prendre la plupart ou la totalité des biens d'une personne insolvable et de laisser peu de choses aux créanciers chirographaires, qui n'étaient pas en mesure de négocier une sûreté sur ces biens. Le Guide examine ces préoccupations et, lorsqu'elles semblent fondées, propose des solutions.

12. Le Guide s'inspire des travaux de la CNUDCI et d'autres organisations, en particulier des textes suivants: Loi modèle de la BERD sur les sûretés, finalisée en 1994; Principes généraux de la BERD d'un droit moderne des sûretés, élaborés en 1997; Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des sûretés, élaboré en 1997;

étude sur la réforme des lois relatives aux opérations garanties en Asie[2], réalisée par la Banque asiatique de développement en 2000; Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (Convention des Nations Unies sur la cession)[3], adoptée en 2001; Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, adoptée en 2001, et les protocoles s'y rapportant; Convention sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire, adoptée en 2001; Loi type interaméricaine de l'OEA relative aux sûretés mobilières, élaborée en 2002; *Guide législatif* de la CNUDCI *sur le droit de l'insolvabilité*, finalisé en 2004; [Convention d'Unidroit sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiés; et [...]].

B. Terminologie et règles d'interprétation

13. Le Guide adopte une certaine terminologie pour exprimer les concepts qui sont à la base d'un régime efficace en matière d'opérations garanties. Cette terminologie n'est empruntée à aucun système juridique particulier. Même lorsqu'un terme se trouve être identique à celui employé dans une loi nationale, le Guide n'entend pas adopter le sens qu'il revêt dans cette loi. Il fournit au contraire des définitions donnant un sens précis à chaque terme clef. De nombreuses définitions ont aussi pour effet de délimiter le champ des recommandations du Guide qui utilisent ces termes. Certaines recommandations précisent ces définitions et d'autres utilisent des termes qu'elles définissent. Ainsi, le champ et le contenu de chaque recommandation dépendent du sens du terme défini employé.

14. L'approche consistant à employer des termes définis a pour but de faciliter une communication précise, indépendante de tout système juridique national particulier, et de permettre aux lecteurs du Guide d'en comprendre les recommandations de manière uniforme, en leur fournissant un vocabulaire et un cadre conceptuel communs. Les définitions devront être lues attentivement et il conviendra de s'y rapporter toutes les fois que les termes définis seront rencontrés.

15. Bien que les termes ne soient pas eux-mêmes un élément impératif des recommandations du Guide, les lois fondées sur ce dernier comprendront généralement des définitions spécifiques des termes qu'elles utilisent. Même si ces termes diffèrent de ceux du Guide, on pourra utiliser les définitions données dans la section "Terminologie". On évitera ainsi de modifier involontairement le fond et on augmentera au maximum les chances que les termes employés soient, dès le début, compris de manière uniforme par les juges, les parties commerciales et leur conseil, à l'intérieur comme à l'extérieur de l'État adoptant, et donc que le texte soit interprété de manière uniforme dès la date d'entrée en vigueur de la nouvelle législation, ce qui évitera des périodes de doute en attendant une interprétation judiciaire. L'emploi des termes et, ce qui est plus important, des définitions données dans le Guide encouragera aussi l'harmonisation de la loi régissant les sûretés.

16. La conjonction "ou" n'est pas exclusive; le singulier inclut le pluriel et vice-versa; les mots "inclure", "comprendre" et leurs équivalents ne signifient pas que les énumérations qu'ils introduisent sont exhaustives; le verbe "peut" exprime la

---

[2] *Law and Policy Reform at the Asian Development Bank 2000,* vol. II (Banque asiatique de développement, 2000).

[3] Résolution 56/81 de l'Assemblée générale, annexe.

permission et le verbe “devrait” une instruction; et les formules “tel que”, “par exemple” et “notamment” doivent être interprétées de la même manière que le verbe “inclure” et ses équivalents. Le terme “créanciers” devrait être interprété comme désignant à la fois les créanciers de l’État du for et les créanciers étrangers, sauf indication contraire.

17. Certains États pourront choisir d’appliquer les recommandations du Guide en adoptant une loi unique globale (méthode qui a de bonnes chances d’éviter les incohérences, les erreurs par omission ou les malentendus), tandis que d’autres voudront peut-être modifier leur législation en insérant en divers endroits des règles particulières. Le Guide désigne l’ensemble des règles recommandées, quelle que soit la méthode retenue pour leur application, par les termes “la loi” ou “la présente loi”.

18. Le Guide emploie également les termes “loi” et “droit” dans différents contextes. Sauf indication expresse contraire, dans l’ensemble du Guide: a) les termes “loi” ou “droit” désignent aussi bien le droit législatif que le droit non législatif; b) les termes “loi” ou “droit” désignent la loi interne ou le droit interne, sauf les règles de conflit de lois (afin d’éviter le renvoi); c) l’expression “loi autre que la loi sur les opérations garanties” désigne l’ensemble des lois d’un État (qu’il s’agisse du droit matériel ou du droit procédural) à l’exception de celle qui régit les opérations garanties sur des biens meubles (qu’elle préexiste au Guide ou ait été adoptée ou modifiée depuis peu conformément aux recommandations du Guide); d) l’expression “la loi régissant … (par exemple, les instruments négociables)” désigne non seulement une loi ou un ensemble de lois particuliers que l’on appellerait “loi sur les instruments négociables”, mais inclut également le droit des contrats et tout autre droit général qui pourrait être applicable aux opérations ou situations où intervient un instrument négociable; et e) le terme “loi sur l’insolvabilité” a lui aussi une acception très large, mais fait référence uniquement au droit qui pourrait être applicable après l’ouverture d’une procédure d’insolvabilité.

19. On trouvera ci-après la liste des principaux termes qui sont employés et le sens fondamental qui leur est donné dans le Guide. Ce sens est précisé dans les chapitres suivants où apparaissent les termes. Ces chapitres définissent et emploient en outre d’autres termes (comme c’est le cas notamment du chapitre sur l’insolvabilité). Les définitions doivent être lues conjointement avec les recommandations où figurent les termes:

a) Le terme “sûreté réelle mobilière” désigne un droit réel conventionnel sur un bien meuble ou un bien rattaché qui garantit le paiement ou une autre forme d’exécution d’une ou de plusieurs obligations, que les parties aient ou non appelé ce droit “sûreté réelle mobilière”. Il désigne également les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d’une acquisition et les sûretés réelles mobilières non liées au paiement d’une acquisition. En ce qui concerne les créances, ce terme désigne aussi le droit au transfert pur et simple d’une créance, ainsi qu’un transfert à titre de garantie. Pour que les recommandations générales s’appliquent aux sûretés sur des créances et aux transferts purs et simples de créances, ce terme désigne aussi, sauf indication contraire, le “droit d’un cessionnaire”;

b) Le terme “sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d’une acquisition” désigne [, dans le contexte d’une approche unitaire,] une sûreté réelle

mobilière sur un bien qui garantit l'obligation de rembourser toute fraction non payée du prix d'achat de ce bien ou une obligation contractée pour permettre au constituant d'acquérir ce bien. Il englobe non seulement les droits appelés sûretés réelles mobilières, mais aussi les droits conservés ou obtenus dans le cadre de ventes avec réserve de propriété, d'opérations de location-vente, de crédits-bails et d'opérations de prêt pour le financement du prix d'achat. Le terme "constituant" d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition désigne un acheteur, un crédit-preneur ou un constituant dans une opération de prêt finançant le prix d'achat. Le terme "partie finançant l'acquisition" désigne le créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière garantissant le paiement d'une acquisition et inclut un vendeur réservataire, un crédit-bailleur ou un prêteur du financement du prix d'achat;

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Voir la note qui fait suite à la définition b) dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.29.*]

c) Le terme "obligation garantie" désigne l'obligation garantie par une sûreté réelle mobilière;

d) Le terme "créancier garanti" désigne un créancier titulaire d'une sûreté réelle mobilière. Pour que les recommandations générales s'appliquent aux sûretés sur des créances et aux transferts purs et simples de créances, il désigne également dans le Guide, sauf indication contraire, le "cessionnaire";

e) Le terme "débiteur" désigne une personne qui doit exécuter l'obligation garantie [et inclut les débiteurs subsidiaires, tels que les garants de l'obligation]. Le débiteur peut être ou non la personne qui consent la sûreté réelle mobilière à un créancier garanti (voir "constituant");

f) Le terme "constituant" désigne une personne qui constitue une sûreté réelle mobilière sur un ou plusieurs de ses biens en faveur d'un créancier garanti pour garantir sa propre obligation ou celle d'une autre personne (voir "débiteur de la créance"). Pour faire que les recommandations générales s'appliquent aux sûretés sur des créances et aux transferts purs et simples de créances, il désigne également dans le Guide, sauf indication contraire, le "cédant";

g) Le terme "convention constitutive de sûreté" désigne une convention entre un constituant et un créancier, quelle qu'en soit la forme ou l'appellation, qui crée une sûreté réelle mobilière;

h) Le terme "bien grevé" désigne un bien meuble corporel ou incorporel sur lequel porte une sûreté réelle mobilière;

i) Le terme "biens meubles corporels" désigne notamment les stocks, le matériel, les biens rattachés, les instruments négociables, les documents négociables et l'argent;

j) Le terme "stocks" désigne un ensemble de biens meubles corporels destinés à être vendus ou loués dans le cours normal des affaires du constituant, mais aussi les matières premières et les produits semi-finis (produits en cours de fabrication);

k) Le terme "matériel" désigne des biens meubles corporels utilisés par une personne dans l'exploitation de son entreprise;

l) Le terme “biens rattachés à des biens immeubles” désigne des biens meubles corporels qui sont physiquement attachés à des biens immeubles au point que, même s’ils n’ont pas perdu leur identité distincte, ils sont traités comme des immeubles en vertu de la loi de l’État où se trouvent ces biens immeubles;

m) Le terme “biens rattachés à des biens meubles” désigne des biens meubles corporels qui sont physiquement attachés à d’autres biens meubles corporels au point que, même s’ils n’ont pas perdu leur identité distincte, ils sont traités comme faisant partie de ces biens meubles en vertu d’une loi autre que la présente loi;

n) Les termes “masse ou produit fini” désignent des biens meubles corporels autres que de l’argent qui sont physiquement associés ou unis à d’autres biens meubles corporels au point qu’ils ont perdu leur identité distincte;

o) Le terme “biens meubles incorporels” désigne notamment les droits incorporels, les créances et les droits à l’exécution d’obligations autres que des créances;

p) Le terme “créance” désigne un droit au paiement d’une obligation monétaire et un droit contractuel à l’exécution d’une obligation non monétaire, à l’exclusion des droits à paiement attestés par un instrument négociable, de l’obligation de payer en vertu d’un engagement de garantie indépendant et de l’obligation pour une banque de verser des fonds crédités sur un compte bancaire;

[*Note à l’intention du Groupe de travail: Voir la note qui fait suite à la définition p) dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.29.*]

q) Le terme “cession” désigne la constitution d’une sûreté réelle mobilière sur une créance et comprend le transfert pur et simple d’une créance. La constitution d’une sûreté réelle mobilière sur une créance comprend le transfert pur et simple en garantie;

r) Le terme “cédant” désigne la personne qui cède une créance;

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

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

u) Le terme “débiteur de la créance” désigne une personne tenue de payer une créance. Il inclut un garant ou une autre personne responsables à titre subsidiaire du paiement de la créance;

Un garant n’est pas seulement débiteur de la créance, dont il a garanti le paiement, mais aussi débiteur de la créance qui est constituée par la garantie, étant donné qu’une garantie est elle-même une créance (autrement dit, il y a deux créances);

v) Les termes “notification” et “avis” désignent une communication par écrit, sauf indication contraire dans le Guide;

w) Le terme "notification de la cession" désigne une communication par écrit qui identifie suffisamment la créance cédée et le cessionnaire. Une communication électronique satisfait à l'exigence d'un écrit si l'information qu'elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement (voir article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique[4] et article 9-2 de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux[5]);

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Voir la note qui fait suite à la définition v) dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.29.*]

x) Le terme "contrat initial" désigne, dans le contexte d'une cession, le contrat entre le cédant et le débiteur de la créance d'où naît la créance. Pour les créances non contractuelles, il désigne la source non contractuelle de la créance;

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

z) Le terme "document négociable" désigne un document représentatif d'un droit à la remise de biens meubles corporels, tel qu'un récépissé d'entrepôt ou un connaissement, qui satisfait aux conditions de négociabilité prévues par la loi régissant les documents négociables;

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

bb) Le terme "produit d'un engagement de garantie indépendant" désigne le droit de recevoir un paiement dû, une traite acceptée, un paiement différé souscrit ou un autre article de valeur, que doit dans chaque cas remettre le garant/émetteur honorant le tirage d'un engagement de garantie indépendant ou une personne désignée fournissant une prestation au titre de ce tirage. Il ne désigne pas:

i) Le droit de tirer un engagement de garantie indépendant (c'est-à-dire de demander paiement); ni

ii) Ce qui est reçu après que l'engagement de garantie indépendant a été honoré ou après disposition du produit d'un engagement de garantie indépendant (à savoir le produit découlant du recouvrement ou de la disposition du produit d'un engagement de garantie indépendant);

Cette définition fait référence au "produit d'un engagement de garantie indépendant", suivant ainsi la terminologie généralement utilisée dans le droit et la

[4] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4

[5] Résolution 60/21 de l'Assemblée générale, annexe.

pratique des engagements de garantie indépendants. Tel qu'employé dans le Guide, ce terme désigne le droit du constituant, en tant que bénéficiaire d'un engagement de garantie indépendant, de recevoir tout paiement effectué ou autre prestation donnée au titre de l'engagement à condition de se conformer aux conditions dudit engagement. Il ne désigne pas le produit lui-même, autrement dit ce qui est effectivement reçu après que le tirage a été honoré par le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée (la réception par le bénéficiaire d'une prestation d'une banque négociatrice ne devrait pas être assimilée à l'acte d'honorer ou de disposer) ou après disposition du droit au produit d'un engagement de garantie indépendant;

Le terme "produit d'un engagement de garantie indépendant" désigne un droit de recevoir même si le mot "produit", tel qu'employé dans le droit et la pratique des engagements indépendants, peut renvoyer soit au droit de recevoir soit à tout ce qui est reçu au titre de l'engagement et même si le "produit" désigne, dans d'autres parties du Guide, tout ce qui est reçu. Une sûreté sur le produit d'un engagement de garantie indépendant (en tant que bien initialement grevé) diffère d'une sûreté sur le "produit" (concept clef du Guide) de biens visés par le Guide;

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

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

Comme à l'alinéa e) de l'article 6 de la Convention des Nations Unies sur les garanties et les stand-by, une confirmation donne au bénéficiaire la possibilité de demander paiement au confirmateur, au lieu du garant/émetteur, conformément aux conditions de l'engagement confirmé;

ee) Le terme "personne désignée" désigne une banque ou une autre personne qui est identifiée dans un engagement de garantie indépendant par un nom ou type (par exemple, "toute banque dans un pays X") comme étant la personne désignée pour fournir une prestation au titre de l'engagement et qui agit conformément à cette désignation;

ff) Un créancier garanti a le "contrôle" du produit d'un engagement de garantie indépendant:

i) Automatiquement, dès la constitution de la sûreté réelle mobilière, s'il est le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée; ou

ii) Si le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée a émis une acceptation en sa faveur;

gg) Le terme "acceptation" en ce qui concerne le produit d'un engagement de garantie indépendant signifie que le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée qui effectuera un paiement ou fournira une autre prestation suite au tirage de l'engagement de garantie indépendant, unilatéralement ou conventionnellement:

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

ii) S'est engagé à payer le créancier garanti ou à lui fournir une prestation suite au tirage de l'engagement;

hh) Le terme "compte bancaire" désigne un compte tenu par une banque sur lequel des fonds peuvent être déposés ou crédités. Il inclut les comptes chèques ou autres comptes courants, les comptes d'épargne ou les dépôts à terme. Il n'inclut pas une créance contre la banque constatée par un instrument négociable;

Le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire comprend le droit au paiement de fonds transférés sur un compte interne de la banque qui ne sont pas affectés au règlement d'obligations dues à la banque. Les fonds transférés à la banque à titre de remboursement anticipé d'une obligation de paiement futur que la banque a acceptée dans le cours normal de ses activités sont également visés dans la mesure où la personne ayant donné des instructions à la banque a droit à ces fonds si la banque n'effectue pas ce paiement futur;

ii) Un créancier garanti a le "contrôle" d'un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire:

i) Automatiquement dès la constitution d'une sûreté réelle mobilière s'il est la banque dépositaire;

ii) Si la banque dépositaire a conclu avec le constituant et avec lui un accord de contrôle constaté par un enregistrement authentifié dans lequel elle est convenue de suivre les instructions du créancier concernant le paiement de fonds crédités sur le compte bancaire sans que le constituant ait à donner son consentement; ou

iii) S'il est titulaire du compte;

Une banque dépositaire n'est pas obligée de conclure un accord de contrôle. D'autre part, les droits d'un créancier garanti seront soumis aux droits et obligations que la loi et la pratique régissant les comptes bancaires confèrent à la banque dépositaire. En outre, un accord de contrôle ne peut être conclu sans le consentement du constituant (et de la banque dépositaire) et le constituant conserve le droit de disposer des fonds se trouvant sur le compte bancaire jusqu'à ce que le créancier garanti donne à la banque dépositaire d'autres instructions (bien que, dans certains accords de contrôle, les fonds soient bloqués dès la conclusion de l'accord). Ce point vise les situations où: a) un compte existant est transféré au créancier garanti; b) le créancier garanti convient avec le constituant que les fonds seront déposés sur un compte qui sera ouvert ultérieurement; et c) le créancier garanti est seul titulaire du compte (autrement dit, il n'est pas un simple cotitulaire);

jj) Le terme "droit de propriété intellectuelle" désigne les brevets, les marques de fabrique, de commerce ou de service, les secrets de fabrique, le droit d'auteur et les droits voisins ainsi que les dessins et modèles. Il désigne aussi les droits d'un titulaire de licence découlant de licences de droits de propriété intellectuelle;

kk) Le terme "produit" désigne tout ce qui est reçu en relation avec des biens grevés, y compris ce qui est reçu d'une vente ou d'un autre acte de disposition ou d'administration, d'un recouvrement, d'une location ou d'une mise sous licence d'un bien grevé, le produit du produit, les fruits civils et naturels, les dividendes, les

répartitions, les indemnités d'assurance et les créances nées de vices, d'un dommage ou d'une perte de biens grevés;

ll) Le terme "priorité" désigne le droit d'une personne d'obtenir l'avantage économique de sa sûreté réelle mobilière sur un bien grevé par préférence à un réclamant concurrent;

mm) Le terme "réclamant concurrent" désigne:

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

ii) Dans le contexte d'un système fondé sur une approche non unitaire en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'une acquisition, le vendeur, le crédit-bailleur ou le prêteur du financement du prix d'achat du même bien grevé qui en est resté propriétaire;

iii) Un autre créancier du constituant ayant un droit sur le même bien grevé (par exemple, de plein droit, par saisie conservatoire, saisie exécutoire ou par une procédure similaire);

iv) Le représentant de l'insolvabilité en cas d'insolvabilité du constituant[6]; ou

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

nn) Le terme "sûreté réelle mobilière avec dépossession" désigne une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels qui sont en possession du créancier garanti;

oo) Le terme "sûreté réelle mobilière sans dépossession" désigne une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels qui ne sont pas en possession du créancier garanti;

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Voir la note qui fait suite à la définition nn) dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.29.*]

pp) Le terme "possession", sauf tel qu'il est employé dans les recommandations 27 et 48 à 50 en ce qui concerne l'émetteur d'un document négociable, désigne la possession effective de biens meubles corporels par une personne, ou un mandataire ou un employé de cette personne, ou une personne indépendante qui accepte de les détenir pour cette personne. Ce terme n'inclut pas la possession virtuelle, fictive, supposée ou symbolique;

qq) Le terme "émetteur" d'un document négociable désigne la personne qui est tenue de remettre les biens meubles corporels représentés par le document conformément à la loi régissant les documents négociables;

Dans le cas d'un connaissement "multimodal" (s'il est considéré comme un document négociable par la loi applicable), l'"émetteur" peut être une personne qui sous-traite plusieurs parties du transport à d'autres personnes mais qui assume la

[6] Dans le chapitre sur l'insolvabilité, il est fait référence à "l'insolvabilité du débiteur" afin de suivre la terminologie employée dans le *Guide* de la CNUDCI *sur le droit de l'insolvabilité* (voir note 55 du document A/CN.9WG.VI/WP.29, chapitre XI sur l'insolvabilité).

responsabilité du transport et de tout dommage qui pourrait survenir pendant celui-ci;

rr) Le terme “tribunal de l’insolvabilité” désigne une autorité judiciaire ou autre compétente pour contrôler ou superviser une procédure d’insolvabilité;

ss) Le terme “masse de l’insolvabilité” désigne les biens et les droits du débiteur qui sont soumis au contrôle ou à la surveillance du représentant de l’insolvabilité et qui font l’objet de la procédure d’insolvabilité;

tt) Le terme “procédure d’insolvabilité” désigne une procédure collective, judiciaire ou administrative, menée conformément à la loi sur l’insolvabilité en vue du redressement ou de la liquidation de l’entreprise du débiteur;

uu) Le terme “représentant de l’insolvabilité” désigne une personne ou un organe chargé d’administrer la masse de l’insolvabilité;

vv) Le terme “acheteur dans le cours normal des affaires” désigne une personne qui achète des stocks dans le cours normal des affaires d’un vendeur dont l’activité consiste à vendre des biens meubles corporels du même genre sans savoir que cette vente viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté [ou d’autres droits détenus par une autre personne sur ces biens];

ww) Le terme “preneur à bail dans le cours normal des affaires” désigne une personne qui prend à bail des stocks dans le cours normal des affaires d’un bailleur dont l’activité consiste à louer des biens meubles corporels du même genre sans savoir que cette location viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté [ou d’autres droits détenus par une autre personne sur ces biens];

xx) Le terme “titulaire de licence dans le cours normal des affaires” désigne une personne qui prend sous licence des biens meubles incorporels dans le cours normal des affaires d’un donneur de licence, dont l’activité consiste à mettre sous licence des biens du même genre sans savoir que cette licence viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté [ou d’autres droits détenus par une autre personne sur ces biens];

Les termes “acheteur dans le cours normal des affaires”, “preneur à bail dans le cours normal des affaires” et “titulaire de licence dans le cours normal des affaires” sont mentionnés dans la recommandation 83 traitant des droits des acheteurs, des preneurs à bail et des titulaires de licence de biens grevés (voir A/CN.9/WG.WI/WP.29, chap. VII). Il est possible pour un acheteur, un preneur à bail ou un titulaire de licence de connaître l’existence d’une sûreté sans pour autant savoir que le transfert se fait en violation des clauses de la convention constitutive de sûreté. Dans les rares cas où l’acheteur des stocks a connaissance non seulement de la sûreté mais aussi du fait que la vente se fait en violation de la convention constitutive, il ne sera pas considéré comme acheteur dans le cours normal des affaires et par conséquent ne prendra pas les stocks libres de sûretés, comme le prévoit la recommandation 83 a). Le critère établi dans la recommandation 83 est le même que dans les recommandations 94 (Priorité d’une sûreté sur un droit au paiement des fonds crédités sur un compte bancaire) et 95 (Priorité d’une sûreté sur de l’argent);

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

I. Principaux objectifs d’un régime efficace et effectif en matière d’opérations garanties

20. Afin de fournir des solutions pratiques opérantes, le Guide présente et analyse les objectifs et thèmes principaux ci-après d’un régime efficace et effectif en matière d’opérations garanties. Il vise, ce faisant, à offrir un cadre général pour la mise en place et le développement d’un tel régime.

A. Promouvoir le crédit garanti

21. Le Guide a pour objectif premier de promouvoir l’offre de crédit garanti bon marché aux personnes se trouvant dans les États qui adoptent une législation fondée sur ses recommandations et de permettre ainsi à ces personnes et à l’économie tout entière de tirer parti des avantages économiques que procure l’accès à ce type de crédit (voir par. 2 ci-dessus).

B. Permettre l’utilisation de la valeur intrinsèque totale de différents types de biens à titre de garantie dans des opérations de crédit aussi diverses que possible

22. Pour porter ses fruits, un régime juridique en matière d’opérations garanties doit notamment permettre à un grand nombre d’entreprises d’utiliser la valeur intrinsèque totale de leurs biens pour obtenir des financements dans toutes sortes d’opérations de crédit. À cette fin, il importe que ce régime ait une large portée: a) en permettant la constitution d’une sûreté réelle mobilière sur différents types de biens (présents et futurs); b) en permettant que les obligations les plus diverses (futures et conditionnelles, monétaires et non monétaires) soient garanties par des sûretés réelles mobilières constituées sur des biens; et c) en s’appliquant au plus grand nombre possible de débiteurs, de créanciers et d’opérations de crédit.

C. Permettre aux parties d’obtenir des sûretés réelles mobilières de manière simple et efficace

23. Le coût du crédit sera réduit si des sûretés réelles mobilières peuvent être obtenues efficacement. C’est pourquoi le Guide propose des méthodes pour simplifier les procédures d’obtention de ces sûretés et plus généralement pour réduire le coût des opérations: suppression des formalités inutiles; recours à une méthode unique pour constituer des sûretés, plutôt qu’à des mécanismes multiples pour différents types de biens grevés; et possibilité de constituer des sûretés sur des biens futurs et pour des crédits futurs, sans que les parties aient à établir d’autres documents ou à accomplir d’autres formalités.

D. Assurer l'égalité de traitement des diverses sources de crédit

24. Une concurrence saine entre tous les créanciers potentiels étant un moyen efficace de réduire le coût du crédit, le Guide recommande que le régime sur les opérations garanties s'applique de la même manière aux différents créanciers, y compris les banques et d'autres organismes financiers, ainsi qu'aux créanciers nationaux ou étrangers.

E. Valider les sûretés réelles mobilières sans dépossession

25. Pour éviter qu'il ne devienne difficile ou impossible au débiteur ou à un autre constituant de continuer à exploiter son entreprise en raison de la constitution d'une sûreté réelle mobilière, le Guide recommande que le régime juridique prévoie la possibilité de créer des sûretés sans dépossession sur différents types de biens et d'en informer le public au moyen d'un système de registre.

F. Encourager un comportement responsable de toutes les parties en renforçant la prévisibilité et la transparence

26. Pour être efficace, un régime sur les opérations garanties devrait également encourager toutes les parties à une opération de crédit à avoir un comportement responsable. C'est pourquoi le Guide cherche à promouvoir la prévisibilité et la transparence pour permettre à celles-ci d'évaluer toutes les questions juridiques pertinentes et à prévoir des conséquences appropriées en cas de non-observation des règles applicables, tout en respectant et en abordant les considérations de confidentialité.

G. Établir des règles de priorité claires et prévisibles

27. Une sûreté réelle mobilière sera sans grande ou sans aucune valeur pour un créancier si ce dernier ne peut déterminer, au moment où l'opération a lieu, quel est son rang de priorité par rapport aux autres créanciers (y compris un représentant de l'insolvabilité). C'est pourquoi le Guide propose l'établissement d'un système d'enregistrement d'avis publics relatifs aux sûretés et, sur la base de ce système, des règles claires permettant aux créanciers de déterminer, dès le début de l'opération, le rang de priorité de leurs sûretés de manière fiable, rapide et économique.

H. Faciliter l'exercice des droits des créanciers de manière prévisible et efficace

28. De même, une sûreté réelle mobilière sera sans grande ou sans aucune valeur pour un créancier si ce dernier ne peut la réaliser de manière prévisible et efficace. Le Guide propose donc des procédures permettant aux créanciers de réaliser ainsi leurs sûretés, sous réserve du contrôle, de la supervision ou de l'examen d'un tribunal ou d'une autre autorité, lorsqu'il y a lieu. Il recommande aussi que l'État coordonne étroitement ses lois sur les opérations garanties et ses lois sur l'insolvabilité afin que l'efficacité et la priorité antérieures à l'insolvabilité, de

même que la valeur économique, d'une sûreté soient respectées sous réserve des règles appropriées de la loi sur l'insolvabilité.

I. Établir un équilibre entre les intérêts des personnes concernées

29. Du fait que les opérations garanties touchent les intérêts de diverses personnes, à savoir le débiteur, d'autres constituants, les créanciers concurrents qu'ils soient garantis, privilégiés ou chirographaires, les acheteurs et les autres bénéficiaires de transferts et l'État, le Guide propose des règles qui tiennent compte de leurs intérêts légitimes et visent à permettre la réalisation, de manière équilibrée, de tous les objectifs mentionnés ci-dessus.

J. Reconnaître l'autonomie des parties

30. Pour être efficace, un régime sur les opérations garanties devrait avoir une souplesse et une durabilité maximales pour englober les formes existantes les plus diverses mais aussi les formes nouvelles d'opérations de crédit. C'est pourquoi le Guide insiste sur la nécessité de limiter au minimum les règles impératives pour que les parties puissent adapter leurs opérations de crédit à leurs besoins particuliers. Il tient aussi compte du fait que d'autres lois peuvent protéger les intérêts légitimes des consommateurs ou d'autres personnes et souligne qu'un régime sur les opérations garanties ne devrait pas avoir préséance sur de telles lois.

K. Harmoniser les lois sur les opérations garanties, y compris les règles de conflit de lois

31. L'adoption d'une législation fondée sur les recommandations du Guide se traduira par une harmonisation des lois sur les opérations garanties (car des règles de droit matériel similaires seront adoptées, ce qui facilitera la reconnaissance internationale des sûretés réelles mobilières) et, ce faisant, favorisera le financement du commerce international et les échanges de biens et de services entre pays. Cependant, comme il ne sera probablement pas possible d'harmoniser complètement les lois nationales sur les opérations garanties, des règles de conflit seront particulièrement utiles pour faciliter les opérations internationales. En tout état de cause, de telles règles seraient utiles, par exemple pour aider les créanciers garantis à déterminer comment rendre leur sûreté opposable.

Recommandation 1 [*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail notera peut-être que les recommandations figureront immédiatement après le commentaire qui s'y rapporte. La recommandation 1 sera donc insérée ici dans la version finale du Guide.*]

II. Portée du guide législatif

32. Le régime envisagé par le Guide est conçu pour être un régime unique global pour les opérations garanties, applicable au plus large éventail possible de biens, parties, obligations garanties, sûretés réelles mobilières et pratiques de financement.

A. Biens visés

33. Le Guide vise avant tout les éléments essentiels de l'actif commercial, tels que les meubles corporels à usage commercial (stocks et matériel) et les créances commerciales. Il propose cependant que tous les types de biens puissent être grevés, y compris tous les actifs présents et futurs d'une entreprise, et s'applique à tous les biens, à la fois corporels et incorporels, sauf exception expresse.

34. Le guide porte sur tous les types de biens meubles et de biens rattachés, corporels ou incorporels, présents ou futurs, y compris les stocks, le matériel et autres biens meubles corporels, les créances contractuelles et non contractuelles, les obligations non monétaires contractuelles, les instruments négociables, les documents négociables, les droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, le produit d'un engagement de garantie indépendant et les droits de propriété intellectuelle. En ce qui concerne les créances, les recommandations générales, complétées par les recommandations sur les créances, s'appliquent: a) aux créances contractuelles et non contractuelles, les recommandations 22 (Efficacité d'une cession globale et d'une cession de créances futures, de fractions de créances ou d'un droit indivis sur des créances) et 109 (Garanties dues par le cédant) ne s'appliquant toutefois pas aux créances non contractuelles); et b) aux obligations contractuelles non monétaires. Une loi autre que celle recommandée dans le Guide s'applique aux droits des débiteurs d'obligations contractuelles non monétaires.

35. Certains biens, tels que les aéronefs, le matériel roulant ferroviaire, les objets spatiaux, les navires et les droits de propriété intellectuelle, sont entièrement ou partiellement soumis à des lois spéciales. Les sûretés sur de tels biens sont visées par le Guide, mais en cas d'incompatibilité entre une loi spéciale et la loi sur les opérations garanties, la première (par exemple, le système d'inscription sur un registre spécialisé) prévaut là où il y a incompatibilité. En cas d'incompatibilité directe, la loi devrait confirmer expressément que ces lois spéciales et obligations internationales régissent les biens en question là où il y a incompatibilité. Les mots "aéronefs, matériel roulant ferroviaire, objets spatiaux, navires et droits de propriété intellectuelle" devraient être interprétés selon le sens qui leur est donné par la législation nationale ou les conventions internationales régissant ces biens.

36. Lors de l'élaboration de sa loi sur les opérations garanties, un État devrait tenir compte de l'importance croissante et de la valeur économique des biens de propriété intellectuelle pour les sociétés qui cherchent à obtenir des crédits garantis bon marché.

37. Un État qui adopte une législation sur les opérations garanties conformément au Guide devrait déterminer s'il conviendrait d'adapter certaines de ces recommandations quand elles s'appliquent aux droits de propriété intellectuelle. À cet égard, l'État devrait examiner ses lois existantes sur la propriété intellectuelle ainsi que ses obligations découlant de conventions internationales et, si les recommandations du Guide sont incompatibles avec l'une quelconque de ces lois ou conventions, la loi sur les opérations garanties de cet État devrait confirmer que lesdites lois et conventions existantes régissent la question là où il y a incompatibilité. Lorsqu'il détermine s'il convient d'adapter d'une quelconque manière les recommandations quand elles s'appliquent aux sûretés réelles

mobilières sur la propriété intellectuelle, l'État devrait analyser chaque situation sous tous les aspects et tenir dûment compte à la fois de la nécessité de mettre en place un régime efficace en matière d'opérations garanties et de celle d'assurer la protection et l'exercice des droits de propriété intellectuelle conformément aux conventions internationales et à la législation interne.

38. Le Guide insiste sur la nécessité de permettre à un constituant de constituer des sûretés non seulement sur ses biens existants, mais aussi sur ses biens futurs (à savoir les biens acquis ou créés après la conclusion de la convention constitutive de sûreté), sans que le créancier garanti ou lui-même aient à établir d'autres documents ni à accomplir d'autres formalités au moment de l'acquisition ou de la création desdits biens. Cette approche est conforme, par exemple, à la Convention des Nations Unies sur la cession, qui prévoit la constitution de sûretés sur des créances de sommes d'argent futures sans exiger de démarches supplémentaires. Le Guide recommande en outre la reconnaissance d'une sûreté constituée sur tous les biens présents et futurs d'une entreprise au moyen d'une seule et unique convention constitutive comme le prévoient déjà certains systèmes juridiques sous la forme d'un "nantissement global d'entreprise" ("enterprise mortgage") ou d'une combinaison de charges fixes et de charges flottantes.

B. Biens exclus

39. Les biens immeubles, les valeurs mobilières et les paiements reçus dans le cadre du travail sont purement et simplement exclus du Guide.

40. Les biens immeubles (à l'exception des biens rattachés, qui entrent dans le champ d'application du Guide et qui peuvent être grevés de sûretés) sont exclus car ils soulèvent des questions différentes et sont soumis à un système d'inscription de la propriété sur des registres spécialisés indexés par bien et non par constituant.

41. Le Guide ne traite pas non plus des sûretés portant sur des valeurs mobilières, car la nature des valeurs mobilières et leur importance pour le fonctionnement des marchés financiers soulèvent de nombreuses questions qui méritent un traitement spécial dans la législation. Les questions de droit matériel relatives aux sûretés et aux autres droits sur des valeurs mobilières détenues auprès d'un intermédiaire sont abordées dans un projet de convention que prépare actuellement l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit).

42. Les questions de droit international privé sur le sujet ne sont pas traitées dans le Guide, car elles le sont dans la Convention sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire (La Haye, décembre 2002).

43. Le Guide est structuré de manière que l'État adoptant une législation fondée sur le régime qui y est envisagé puisse, en même temps, appliquer les textes élaborés par Unidroit et la Conférence de La Haye, de même que les textes émanant de la CNUDCI, tels que la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (New York, décembre 2001, dénommée ci-après "la Convention des Nations Unies sur la cession") et le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité.

44. Bien que les biens immeubles et les valeurs mobilières soient exclus du champ d'application du Guide en tant que biens initialement grevés, ils peuvent être

affectés par les recommandations du Guide. Si une sûreté réelle mobilière portant sur une hypothèque ou des valeurs mobilières garantit une créance, un instrument négociable ou une autre obligation, et que la créance, l'instrument négociable ou l'autre obligation est cédée, la sûreté sur les valeurs mobilières ou l'hypothèque suit. Cette règle n'a aucune incidence sur les droits des tiers ou les prescriptions en matière de priorité et de réalisation prévus dans la loi sur les biens immeubles ou les valeurs mobilières. Par exemple, la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur des valeurs mobilières intermédiées est déterminée par la loi sur les valeurs mobilières (voir A/CN.9/WG.VI/WP.29, chap. IV, recommandation 24, et chap. V, recommandation 45).

[*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que la question de savoir si les valeurs mobilières détenues directement et les biens immeubles ou les valeurs mobilières en tant que produit doivent être visés reste posée (voir A/CN.9/WG.VI/WP.29, chap. II, note sur la recommandation 5).*]

45. Les sûretés sur les paiements reçus dans le cadre du travail sont exclues en raison du principe de protection de la vie des particuliers et de leur famille. Toutes autres exclusions motivées par des incompatibilités d'objectifs devraient être limitées en nombre et en portée, être clairement mentionnées dans la loi et ne devraient être adoptées qu'une fois leurs avantages potentiels soigneusement pesés par rapport à l'objectif économique et social de la loi sur les opérations garanties envisagée dans le Guide, qui est de promouvoir l'offre de crédit bon marché.

C. Parties visées

46. Toute personne, physique ou morale, peut se trouver en position de débiteur, de constituant ou de créancier garanti aux termes du Guide. Celui-ci peut également s'appliquer aux consommateurs, qu'il n'y a pas de raison de priver des avantages du régime qui y est envisagé. Cependant, en cas de conflit entre une disposition dudit régime et la loi sur la protection des consommateurs, cette dernière prévaudrait. Les États n'ayant pas de législation sur la protection des consommateurs voudront peut-être se demander si l'adoption d'une loi reposant sur les recommandations du Guide modifierait les droits des consommateurs, et rendrait alors nécessaire l'adoption d'une telle législation.

D. Obligations visées

47. Le Guide recommande aussi qu'un large éventail d'obligations, monétaires ou non, puisse être garanti et que les personnes physiques comme les personnes morales, y compris les consommateurs, sous réserve des lois relatives à leur protection, puissent être parties à une opération garantie. Il est également destiné à s'appliquer à diverses opérations garanties, notamment celles reposant sur des sûretés réelles mobilières avec ou sans dépossession, ainsi qu'aux mécanismes qui n'entrent pas dans la dénomination d'opération garantie (réserve de propriété, transfert de propriété à titre de garantie, cession de créances à titre de garantie, crédit-bail, cession-bail et autres opérations similaires).

E. Droits visés

48. Le Guide traite des sûretés réelles mobilières conventionnelles. Il mentionne toutefois les sûretés non conventionnelles – par exemple légales ou judiciaires – lorsque le même bien est grevé à la fois de sûretés conventionnelles et non conventionnelles et que la loi doit prévoir le rang de priorité de chacune (voir A/CN.9/WG.VI/WP.29, chap. VII, recommandations 85 à 88).

49. Afin que tous les mécanismes ayant une fonction de garantie soient couverts, le Guide traite également des droits qui, s'ils ne sont pas appelés sûretés réelles mobilières, remplissent néanmoins une fonction de garantie (voir A/CN.9/WG.VI/WP.29, chap. XII, recommandations 182 à 194).

50. Le Guide traite également des droits qui ne sont pas des sûretés réelles mobilières (c'est-à-dire les ventes pures et simples de créances) lorsqu'il faut éviter des problèmes de caractérisation et faire en sorte que le système de registre et les règles de priorité qu'il prévoit s'appliquent à ces droits.

F. Exemples de pratiques de financement visées par le Guide législatif

51. On trouvera ci-après des exemples brefs de types d'opérations de crédit garanties que le Guide vise à encourager et auxquels il sera fait référence dans tout le texte pour illustrer des points particuliers. Ces exemples ne représentent que quelques-unes des nombreuses formes d'opérations garanties actuellement pratiquées, et un régime efficace dans ce domaine doit être suffisamment souple pour prendre en compte non seulement les nombreuses méthodes de financement existantes, mais aussi celles qui pourront apparaître dans l'avenir.

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

52. Les entreprises obtiennent souvent un financement pour certains achats de stocks ou de matériel. Le financement nécessaire est fourni dans de nombreux cas par le vendeur des biens meubles corporels (stocks et matériel) achetés dans d'autres cas par un prêteur, qui peut être un tiers indépendant ou bien avoir un lien avec le vendeur. Le vendeur reste propriétaire ou le prêteur se voit consentir une sûreté réelle mobilière sur les biens meubles corporels achetés en garantie du remboursement du crédit ou du prêt.

53. Voici un exemple de financement d'acquisitions: la Société ABC Manufacturing (ABC), qui fabrique des meubles, souhaite acquérir certains stocks et matériels pour les utiliser dans ses activités de fabrication. Elle veut acheter de la peinture (qui constitue une matière première et, partant, des stocks) au vendeur A, des perceuses à colonne (qui constituent du matériel) au vendeur B et du matériel de manutention au vendeur C. Enfin, elle veut louer du matériel informatique à un bailleur A.

54. En vertu du contrat d'achat avec le vendeur A, ABC est tenue de payer dans un délai de 30 jours après facturation la peinture achetée, qu'elle a grevée d'une sûreté en faveur dudit vendeur en garantie du paiement du prix d'achat. En vertu du contrat d'achat avec le vendeur B, ABC est tenue de payer les perceuses dans les 10 jours

qui suivent leur livraison à son usine. Pour financer cet achat, elle obtient un prêt du prêteur A, qui est garanti par une sûreté constituée sur les perceuses. ABC a aussi un compte bancaire qu'elle lui a également affecté en garantie du remboursement du prêt.

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

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

57. Dans chacun des cas ci-dessus, l'acquisition est rendue possible par un financement octroyé par une autre personne (vendeur, prêteur ou crédit-bailleur) qui détient des droits sur les biens acquis en garantie du remboursement de ce financement. Comme le montrent clairement les exemples, le financement d'acquisitions vaut aussi bien pour les stocks que pour le matériel.

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

58. Les entreprises ont généralement besoin d'engager des capitaux avant de pouvoir générer et encaisser des recettes. Par exemple, avant de générer des créances et d'être payé, un fabricant doit avancer du capital pour acheter des matières premières, les transformer en produits finis et vendre ces produits. Selon le type d'activité, ce processus peut prendre parfois des mois. L'entreprise a absolument besoin d'un fonds de roulement pour assurer son exploitation entre le moment où les dépenses sont engagées et celui où les recettes sont encaissées.

59. Un crédit permanent constitue pour l'entreprise un moyen très efficace de financer ce fonds de roulement. En effet, dans ce type de crédit, l'emprunteur bénéficie de prêts sur demande qu'il garantit par ses stocks et créances existants et futurs. Il demande généralement un prêt lorsqu'il a besoin d'acheter et de fabriquer des stocks et le rembourse quand ces stocks sont vendus et le prix de vente reçu. Les emprunts et les remboursements sont donc fréquents (mais pas nécessairement réguliers) et le montant du crédit fluctue constamment. Comme la structure du crédit permanent fait correspondre les emprunts au cycle d'exploitation de l'emprunteur (acquisition de stocks, transformation et vente des stocks, création de créances, réception du paiement et acquisition de nouveaux stocks pour recommencer le cycle), elle est, du point de vue économique, extrêmement efficace et avantageuse

pour l'emprunteur, à qui elle évite d'emprunter plus que ce dont il a réellement besoin.

60. Voici une illustration de ce type de financement: Il faut à ABC normalement quatre mois pour fabriquer ses produits, les vendre et être payée. Le prêteur B accepte de lui ouvrir une ligne de crédit permanent pour financer ce processus. ABC peut ainsi obtenir des prêts au gré de ses besoins pour un montant global représentant jusqu'à 50 % de la valeur de ses stocks que le prêteur B juge acceptables (en fonction de leur type et qualité ainsi que d'autres critères) et jusqu'à 80 % de la valeur de ses créances que le prêteur B juge acceptables (en fonction de critères tels que la solvabilité des débiteurs en compte) pour le prêt. ABC est censée rembourser à mesure qu'elle est payée par ses clients. Sa ligne de crédit est garantie par l'ensemble de ses créances et de ses stocks existants et futurs. Dans ce type de financement, il est également fréquent que le prêteur obtienne une sûreté réelle mobilière sur le compte bancaire où sont déposés les paiements effectués par les clients (en d'autres termes le produit des stocks et des créances).

3. Affacturage

61. L'affacturage est un mode de financement par cession de créances extrêmement efficace, qui était déjà pratiqué il y a plusieurs milliers d'années. En règle générale, il s'agit d'un achat de créances pur et simple, le vendeur étant le constituant (cédant), et l'acheteur le facteur (cessionnaire). Ce transfert pur et simple de créances entre dans la définition de la sûreté réelle mobilière aux fins du Guide (voir plus haut la définition a) "sûreté réelle mobilière").

62. Il y a plusieurs types d'accords d'affacturage. Le facteur peut payer une partie du prix d'achat des créances au moment de l'achat (affacturage avec mobilisation de créances immédiate, ou "discount factoring"), au moment où les créances sont acquittées seulement (affacturage-recouvrement, ou "collection factoring"), ou encore à la date d'échéance moyenne de l'ensemble des créances affacturées ("affacturage à échéance"). La cession des créances peut se faire avec ou sans possibilité de recours contre le cédant en cas de non-paiement des créances par leurs débiteurs (c'est-à-dire les clients du cédant). Enfin, les débiteurs des créances peuvent être avisés ("affacturage avec notification") ou non ("affacturage sans notification") que leurs créances ont fait l'objet d'un affacturage. Lorsqu'il y a notification, il est souvent exigé qu'elle s'effectue par une indication à cet effet portée par le cédant sur les factures qu'il envoie à ses clients. Le facteur peut également fournir au cédant divers services relatifs aux créances: confirmation et évaluation de la solvabilité des débiteurs, comptabilité, ou encore mesures de recouvrement des impayés. Ces services peuvent être très utiles aux entreprises ne disposant pas de leur propre service de crédit et de recouvrement.

63. Voici une illustration d'un d'accord type d'affacturage: ABC passe avec Facteur un accord d'affacturage avec mobilisation de créances immédiate aux termes duquel Facteur consent à acheter les créances qu'il estime recouvrables. Facteur avance à ABC un montant égal à 90 % de la valeur nominale de ces créances, et garde les 10 % restants en réserve pour couvrir les éventuels droits et indemnités des clients qui réduiraient la valeur des créances. L'accord d'affacturage s'accompagne d'une notification aux clients d'ABC.

4. Titrisation

64. Une autre forme de financement très efficace reposant sur la mobilisation des créances est la titrisation. Il s'agit d'un montage financier complexe qui permet à une entreprise commerciale de tirer parti de la valeur de ses créances pour obtenir un financement meilleur marché en transférant celles-ci à une société ad hoc (par exemple un fonds commun de créances) qu'elle détient entièrement et qui émettra sur les marchés financiers du papier commercial ou d'autres valeurs mobilières garantis par le flux des revenus générés par ces créances. Cette technique est souvent utilisée, par exemple, pour des créances sous forme de sommes payées par carte de crédit, de loyers ou de prêts hypothécaires, mais beaucoup d'autres types de créances peuvent également être titrisées. Les opérations de titrisation sont des opérations financières complexes qui dépendent également des lois d'un État sur les valeurs mobilières et les prêts garantis.

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

66. Voici une illustration d'une opération de titrisation: une filiale d'un constructeur automobile crée une société ad hoc en vue d'acheter des créances de loyers de crédit-bail automobile à des concessionnaires sur tout un marché géographiquement déterminé. Les créances sont achetées aux concessionnaires pour un montant inférieur à la valeur prévue des flux de paiement que devraient générer ces crédits-bails. La société ad hoc émet ensuite sur le marché financier, conformément aux lois applicables aux valeurs mobilières, des titres de créance qui sont garantis par ce flux de revenus. À mesure que les loyers sont payés, elle utilise ce produit pour rémunérer ces titres.

5. Financement par des prêts à terme

67. Les entreprises ont souvent besoin de financer de grosses dépenses exceptionnelles, telles que l'acquisition de matériel important ou d'une autre entreprise. Elles essaient alors en général d'obtenir un financement sous la forme de prêts remboursables à échéance fixe (le principal étant payé par versements périodiques – mensuels, trimestriels ou autres – suivant un échéancier convenu ou en une seule fois à l'échéance du prêt).

68. Comme pour beaucoup d'autres types de financement, une entreprise qui n'a pas de cote de crédit solide et bien établie aura des difficultés à obtenir des prêts à terme, à moins d'être capable de constituer des sûretés réelles mobilières sur ses actifs pour garantir le financement. Le montant de ce dernier dépendra en partie de la valeur de réalisation nette des actifs à grever estimée par le créancier. Dans de nombreux États, et plus probablement dans les États qui n'ont pas de régime moderne sur les opérations garanties, les biens immeubles sont les seuls types d'actifs généralement acceptés par les prêteurs pour garantir un prêt à terme et, par conséquent, il est souvent impossible d'obtenir des prêts à terme sur d'autres types

d'actifs importants, tels que le matériel ou la valeur totale de l'entreprise. Cependant, beaucoup d'entreprises, en particulier les entreprises nouvellement établies, ne possèdent pas de biens immeubles et n'auront donc probablement pas accès à ce type de financement. Dans d'autres États, les prêts à terme garantis par des biens meubles, tels que du matériel, des droits de propriété intellectuelle, ou encore la valeur de l'entreprise sont courants.

69. Voici une illustration de ce type de financement: ABC souhaite développer ses activités et acquérir une entreprise. À cette fin, elle obtient un prêt du prêteur C (calculé sur la valeur de presque tous les actifs de l'entreprise acquise et garanti par ces mêmes actifs). Le prêt est remboursable en mensualités égales échelonnées sur 10 ans. Il est garanti par les actifs existants et futurs d'ABC et de l'entreprise acquise.

6. Transfert de la propriété à titre de garantie

70. Les États qui respectent les transferts de propriété même s'ils sont opérés sans transfert de la possession à des fins de financement reconnaissent les opérations qualifiées de transfert de la propriété à titre de garantie (ou parfois de "transfert fiduciaire de la propriété"). Ces opérations sont pour l'essentiel des sûretés réelles mobilières sans dépossession et sont utilisées principalement dans les États dont la loi sur les opérations garanties ne reconnaît pas encore suffisamment ce type de sûretés.

7. Opérations de cession-bail

71. Une opération de cession-bail permet à une société d'obtenir un crédit en tirant parti de ses biens meubles corporels existants (généralement du matériel) tout en gardant la possession et le droit d'utiliser ces biens dans ses activités. Dans ce type d'opération, la société vend ses biens à une autre personne pour une somme déterminée (que ladite société peut ensuite utiliser pour financer son fonds de roulement, pour effectuer des dépenses d'investissement ou à d'autres fins) tout en les lui relouant pour une durée et un loyer stipulés dans le bail. Ce type d'opération est souvent un "crédit-bail" et non un "bail d'exploitation" (voir plus haut, par. 27, pour une définition des deux termes).

Recommandations 2 à 7 [*Note à l'intention du Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que les recommandations 2 à 7 seront insérées ici dans la version finale du Guide.]*

E. Note du Secrétariat sur les recommandations du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa douzième session

(A/CN.9/631 et Add.1 à 11) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Principaux objectifs d'une loi sur les opérations garanties efficace	1
II.	Champ d'application et autres règles générales	2-10
III.	Approches fondamentales en matière de sûretés	11
IV.	Constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties)	12-29
	A. Recommandations générales	12-23
	B. Recommandations sur des biens particuliers	24-29
V.	Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière	30-54
	A. Recommandations générales	30-48
	B. Recommandations sur des biens particuliers	49-54
VI.	Le système de registre	55-73
VII.	Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur les droits de réclamants concurrents	74-107
	A. Recommandations générales	74-98
	B. Recommandations sur des biens particuliers	99-107
VIII.	Droits et obligations des parties	108-113
	A. Recommandations générales	108-109
	B. Recommandations sur des biens particuliers	110-113
IX.	Droits et obligations des tiers débiteurs	114-127
	A. Droits et obligations du débiteur de la créance	114-120
	B. Droits et obligations du débiteur dans le cadre d'un instrument négociable	121
	C. Droits et obligations de la banque dépositaire	122-123
	D. Droits et obligations du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée dans un engagement de garantie indépendant	124-126
	E. Droits et obligations de l'émetteur d'un document négociable	127
X.	Droits après défaillance	128-178
	A. Recommandations générales	128-161
	B. Recommandations sur des biens particuliers	162-172
XI.	Insolvabilité	173-183
	A. Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité: définitions et recommandations	

B. Recommandations supplémentaires du Guide sur les opérations garanties concernant l'insolvabilité 173-183

XII. Droits liés au financement d'acquisitions 184-201

A. Approche unitaire des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions 184-201

B. Approche non unitaire des droits liés au financement d'acquisitions 184-201

XIII. Droit international privé 202-222

A. Recommandations générales 202-218

B. Règles spéciales lorsque la loi applicable est celle d'un État à plusieurs unités 219-222

XIV. Transition 223-230

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que toutes les recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties ont été incluses dans le présent document (qui constitue une version révisée du document A/CN.9/WG.VI/WP.29) pour en faciliter l'examen. Les commentaires figurent dans des additifs au présent document. Une fois que la Commission aura adopté le projet de guide dans son ensemble, les recommandations seront placées à la fin de chaque chapitre. La terminologie du projet de guide, qui figurait dans le document A/CN.9/WG.VI/WP.29, sera insérée dans la partie B de l'introduction du projet. Le terme "opérations garanties" n'étant peut-être pas nécessairement compris comme désignant les sûretés réelles (et non personnelles) sur des biens meubles (et non immeubles), la Commission souhaitera peut-être en prévoir une définition dans la section "terminologie" ou alors intituler le projet de guide comme suit: "Guide législatif de la CNUDCI sur les sûretés réelles grevant des biens meubles".*]

I. Principaux objectifs d'une loi sur les opérations garanties efficace

Objet

La recommandation relative aux principaux objectifs a pour objet de fournir un cadre général pour la mise en place et le développement d'une loi sur les opérations garanties efficace. Elle pourrait être insérée dans un préambule à la loi sur les opérations garanties (ci-après "la loi" ou "la présente loi") en tant que guide des principes législatifs fondamentaux à prendre en considération pour interpréter et appliquer celle-ci.

Principaux objectifs

1. La loi devrait avoir pour but:

   a) De promouvoir le crédit garanti;

b) De permettre l'utilisation de la valeur intrinsèque totale d'un large éventail de biens pour faciliter l'obtention de crédits dans le plus large éventail possible d'opérations garanties;

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

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

e) De valider les sûretés réelles mobilières sur des biens qui restent en possession du constituant;

f) De renforcer la prévisibilité et la transparence concernant les droits ayant une fonction de sûreté en prévoyant l'inscription d'un avis dans un registre général des sûretés;

g) D'établir des règles de priorité claires et prévisibles;

h) De faciliter l'exercice des droits des créanciers de manière prévisible et efficace;

i) D'établir un équilibre entre les intérêts des personnes concernées;

j) De reconnaître l'autonomie des parties; et

k) D'harmoniser les lois sur les opérations garanties, y compris les règles de droit international privé.

II. Champ d'application et autres règles générales

Objet

Les dispositions de la loi relatives au champ d'application ont pour objet d'établir un régime unique global pour les opérations garanties. Elles devraient spécifier les biens, les parties, les obligations, les sûretés réelles mobilières et les autres droits auxquels la loi s'applique.

Biens, parties, obligations, sûretés réelles mobilières et autres droits

2. Sous réserve des recommandations 3 à 7, la loi devrait s'appliquer à:

a) Tous les types de biens meubles et de biens rattachés, corporels ou incorporels, présents ou futurs, y compris les stocks, le matériel et autres biens meubles corporels, les créances contractuelles et non contractuelles, les créances non monétaires contractuelles, les instruments négociables, les documents négociables, les droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, le produit d'un engagement de garantie indépendant et la propriété intellectuelle;

b) Toutes les personnes morales et physiques, y compris les consommateurs, sans toutefois avoir d'incidence sur leurs droits découlant de la législation sur la protection des consommateurs;

c) Tous les types d'obligations, présentes ou futures, déterminées ou déterminables, y compris les obligations dont le montant fluctue et les obligations décrites en termes génériques;

d) Tous les types de sûretés réelles mobilières;

e) Tous les types de sûretés réelles créées contractuellement pour garantir le paiement ou une autre forme d'exécution d'une obligation, quelle que soit la forme de l'opération considérée, y compris le transfert de la propriété de biens meubles corporels ou la cession de créances à titre de garantie, les différentes formes de ventes avec réserve de propriété, de crédits-bails et d'accords de location-vente.

Transferts purs et simples de créances

3. La loi devrait s'appliquer aux transferts purs et simples de créances, comme le prévoit la recommandation 162

Aéronefs, matériel roulant ferroviaire, objets spatiaux, navires, propriété intellectuelle et valeurs mobilières

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

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

b) À la propriété intellectuelle dans la mesure où les dispositions de la présente loi sont incompatibles avec une loi nationale ou un accord international auquel l'État est partie concernant la propriété intellectuelle [et où les matières régies par la présente loi le sont aussi par cette loi nationale ou cet accord international]; ni

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être examiner si le texte entre crochets devrait être conservé. Il a été ajouté afin d'assurer la cohérence entre les alinéas a) et b) et d'éviter toute lacune si la présente loi ne s'appliquait pas.*]

c) Aux valeurs mobilières [intermédiées] [telles qu'elles sont définies dans l'avant-projet de convention de l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiés et aux valeurs mobilières échangées sur un marché boursier réglementé].

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être examiner si toutes les valeurs mobilières, ou uniquement les titres intermédiés tels qu'ils sont définis dans l'avant-projet de convention d'Unidroit sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiés (tel qu'adopté par le Comité d'experts gouvernementaux lors de sa troisième session, tenue à Rome du 6 au 15 novembre 2006), devraient être exclues du champ d'application du Guide.*

Dans ledit projet de convention, le terme "titre" est défini comme suit: "toutes actions, obligations ou autres instruments financiers ou actifs financiers (autres que des espèces), qui peuvent être portés au crédit d'un compte de titres et peuvent être acquis et aliénés conformément aux dispositions de cette Convention" et le terme "titres intermédiés" comme suit: "des titres portés au crédit d'un compte de titres ou tous droits sur des titres qui résultent du crédit de titres à un compte de titres".

Si la Commission excluait toutes les valeurs mobilières, aucune orientation ne serait donnée aux États concernant les sûretés réelles mobilières grevant des valeurs mobilières qui ne sont pas intermédiées, en particulier concernant des pratiques de financement importantes où des valeurs mobilières détenues à titre privé, qui ne sont négociées sur aucun marché financier et ne sont pas intermédiées, sont utilisées pour garantir un crédit.

Si la Commission décidait d'exclure uniquement les valeurs mobilières intermédiées, elle souhaitera peut-être examiner les ajustements qu'il conviendrait d'apporter à certaines recommandations du projet de guide pour que ce dernier ne s'applique pas à ce type de valeurs mobilières.]

Biens immeubles

5. La loi devrait prévoir que, bien qu'elle puisse concerner les biens immeubles, comme le prévoient les recommandations 26 et 49, elle ne s'y applique pas.

Produit de types de bien exclus

6. La loi devrait prévoir que ce n'est pas elle qui détermine si une sûreté réelle mobilière sur des types de bien exclus (par exemple, des biens immeubles) confère une sûreté réelle mobilière sur des types de produit auxquels elle s'applique (par exemple des créances), mais une autre loi. Si, en vertu de cette autre loi, il existe une sûreté réelle mobilière sur des types de produit auxquels la présente loi s'applique, cette dernière s'applique à cette sûreté sauf dans la mesure où l'autre loi [s'applique à son opposabilité, à sa priorité ou à sa réalisation] [s'y applique].

Autres exceptions

7. La loi devrait limiter toutes autres exceptions à son champ d'application et, si d'autres exceptions sont néanmoins prévues, elles devraient être énoncées dans la loi de manière claire et précise.

Autonomie des parties

8. La loi devrait prévoir que, sauf disposition contraire des recommandations 14, 109, 129 à 132, 202 à 211 et 213 à 222, le créancier garanti et le constituant ou le débiteur peuvent déroger à ses dispositions relatives à leurs droits et obligations respectifs ou modifier ces dispositions par convention. Une telle convention n'a pas d'incidence sur les droits de quiconque n'y est pas partie.

Communications électroniques

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

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

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

b) Si la méthode utilisée est:

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

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

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que les recommandations 9 et 10 reprennent les paragraphes 2 et 3 de l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux.*]

III. Approches fondamentales en matière de sûretés

Objet

Les recommandations relatives aux approches fondamentales en matière de sûretés ont pour objet de faire en sorte que la loi s'applique de manière intégrée et cohérente à tous les types de droits sur des biens meubles qui remplissent une fonction de sûreté.

Approche intégrée et fonctionnelle

11. La loi devrait établir un ensemble intégré et cohérent de dispositions relatives aux sûretés réelles mobilières sur les biens meubles corporels et incorporels. Ses dispositions devraient s'appliquer à toutes les sûretés sur des biens meubles créées par voie contractuelle (quelle qu'en soit la forme) en garantie d'une obligation, y compris les droits découlant d'un transfert de la propriété de biens meubles corporels ou d'une cession de créances à titre de garantie et les différentes formes de ventes avec réserve de propriété, de crédits-bails ou d'accords de location-vente. [La loi s'applique aux sûretés réelles mobilières qui de par son effet s'étendent au produit. Ses dispositions relatives à la priorité s'appliquent aux droits naissant par l'effet d'une loi (par exemple les créances privilégiées) ou par décision judiciaire.]

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être examiner si le texte figurant entre crochets devrait être conservé. Il vise à préciser que la loi peut avoir une incidence sur les droits qui ne sont pas créés par voie contractuelle.*]

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

Objet

Les dispositions de la loi relatives à la constitution ont pour objet de spécifier de quelle manière une sûreté réelle mobilière est constituée (c'est-à-dire prend effet entre les parties).

A. Recommandations générales

Constitution d'une sûreté réelle mobilière

12. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière est créée par une convention entre le constituant et le créancier garanti. Lorsque le constituant a des droits sur un bien ou le pouvoir de grever ce bien au moment de la conclusion de la convention, la sûreté est constituée à ce moment. Lorsque le constituant acquiert des droits sur un bien ou le pouvoir de grever ce bien par la suite, la sûreté est constituée au moment où il acquiert ces droits ou ce pouvoir.

Éléments essentiels d'une convention constitutive de sûreté

13. La loi devrait prévoir que, pour qu'une convention constitutive de sûreté ait effet, elle doit exprimer la volonté des parties de constituer une sûreté, identifier le créancier garanti et le constituant, et décrire l'obligation garantie et les biens grevés. Une description générique des biens grevés est suffisante (par exemple "tous les biens présents et futurs" ou "tous les stocks présents et futurs").

Forme de la convention constitutive de sûreté

14. La loi devrait prévoir qu'une convention constitutive de sûreté peut être verbale si elle s'accompagne d'un transfert de la possession du bien grevé. Dans le cas contraire, elle doit être conclue ou constatée par un écrit qui, en relation avec le comportement des parties, exprime la volonté du constituant de créer une sûreté.

Obligations pouvant faire l'objet d'une convention constitutive de sûreté

15. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière peut garantir tout type d'obligation, présente ou future, déterminée ou déterminable, ainsi que des obligations conditionnelles et des obligations dont le montant fluctue.

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

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

17. La loi devrait prévoir que, sous réserve des dispositions des recommandations 24 à 26, elle ne prévaut pas sur les dispositions d'une autre loi si celles-ci limitent la constitution ou la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur des types de biens particuliers ou la transférabilité de tels biens.

Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur le produit

18. La loi devrait prévoir que, sauf accord contraire des parties à la convention constitutive de sûreté, la sûreté réelle mobilière sur le bien grevé s'étend à son produit identifiable.

Produit mélangé

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

20. La loi devrait prévoir que, si le produit sous une forme autre que de l'argent ou des fonds crédités sur un compte bancaire a été mélangé à d'autres biens du même type de sorte qu'il n'est pas identifiable, la part de la valeur du produit dans la valeur totale des biens doit être traitée comme un produit identifiable.

Biens meubles corporels mélangés pour former une masse ou un produit fini

21. La loi devrait prévoir que les recommandations 19 et 20 s'appliquent aussi aux biens meubles corporels qui sont mélangés pour former une masse ou un produit fini.

Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un bien rattaché

22. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière peut être constituée sur un bien meuble corporel qui est un bien rattaché au moment de sa constitution ou qu'elle se maintient sur un bien meuble corporel qui devient ensuite un bien rattaché. Une sûreté sur un bien rattaché à un bien immeuble peut être constituée en vertu de la présente loi ou de la loi régissant les biens immeubles.

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

23. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière ne peut pas être constituée sur des biens meubles corporels qui sont mélangés pour former une masse ou un produit fini. Toutefois, une sûreté constituée sur des biens meubles corporels avant qu'ils ne soient mélangés pour former une masse ou un produit fini se maintient sur cette masse ou ce produit fini et se limite à la valeur des biens immédiatement avant qu'ils ne soient incorporés dans la masse ou le produit fini.

B. Recommandations sur des biens particuliers

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que les recommandations 24 à 26 s'inspirent des articles 8 à 10 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (ci-après la "Convention des Nations Unies sur la cession").*]

Efficacité d'une cession globale de créances et d'une cession de créances futures, de fractions de créances ou d'un droit indivis sur des créances

24. La loi devrait prévoir que:

a) La cession de créances contractuelles non identifiées précisément, de créances futures, de fractions de créances ou d'un droit indivis sur des créances a effet entre le cédant et le cessionnaire et à l'égard du débiteur de la créance à condition que celles-ci soient identifiables, à la date de la cession ou, dans le cas de créances futures, à la date où elles naissent, comme étant celles qui font l'objet de la cession; et

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

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

25. La loi devrait prévoir que:

a) La cession d'une créance a effet entre le cédant et le cessionnaire et à l'égard du débiteur de la créance nonobstant toute convention entre le cédant initial ou tout cédant subséquent et le débiteur de la créance ou tout cessionnaire subséquent, limitant d'une quelconque manière le droit du cédant de céder ses créances;

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

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

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

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

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

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

Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une sûreté personnelle ou réelle garantissant une créance, un instrument négociable ou toute autre obligation

26. La loi devrait prévoir que:

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

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

c) La présente recommandation n'a pas d'incidences sur une sûreté grevant un bien immeuble qui, en vertu d'une loi autre que la présente loi, peut être transférée séparément d'une créance, d'un instrument négociable ou d'une autre obligation qu'elle garantit;

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

e) Aucune disposition de la présente recommandation n'a d'incidences sur les obligations ou la responsabilité du constituant découlant de la violation de la convention mentionnée à l'alinéa d) de la présente recommandation, mais l'autre partie à la convention ne peut, au seul motif de cette violation, résoudre le contrat d'où naît la créance, l'instrument négociable ou l'autre obligation, ou la convention constitutive de sûreté créant la sûreté personnelle ou réelle. Une personne qui n'est pas partie à une telle convention n'est pas responsable au seul motif qu'elle en avait connaissance;

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

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

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

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

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

g) L'alinéa a) de la présente recommandation n'a pas d'incidences sur les obligations que le constituant a envers le débiteur de la créance, le débiteur dans le cadre de l'instrument négociable ou le débiteur de toute autre obligation;

h) À condition que les effets automatiques découlant de l'alinéa a) de la présente recommandation et de la recommandation 49 ne soient pas compromis, la présente recommandation n'a pas d'incidences sur les exigences d'une loi autre que la présente loi relatives à la forme ou à l'enregistrement de la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un bien quelconque, garantissant le paiement ou une autre forme d'exécution d'une créance, d'un instrument négociable ou d'une autre obligation, qui n'est pas visé par la présente loi.

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

27. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire a effet nonobstant toute convention entre le constituant et la banque dépositaire limitant d'une quelconque manière le droit du constituant de constituer une telle sûreté. Toutefois, la banque dépositaire n'a aucune obligation de reconnaître le créancier garanti et aucune autre obligation concernant la sûreté ne lui est imposée sans son consentement (pour les droits et obligations de la banque dépositaire, voir les recommandations 122 et 123).

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

28. La loi devrait prévoir qu'un bénéficiaire peut accorder une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant, même si le droit de tirage de l'engagement n'est pas lui-même transférable en vertu de la loi et de la pratique qui régissent les engagements de garantie indépendants. La création d'une sûreté sur le produit d'un engagement de garantie indépendant ne constitue pas un transfert du droit de tirage de l'engagement.

Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable ou sur des biens meubles corporels représentés par un document négociable

29. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable s'étend aux biens meubles corporels représentés par ce document, à condition que l'émetteur soit, directement ou indirectement, en possession des biens au moment où la sûreté sur le document est constituée.

V. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière

Objet

Les règles d'opposabilité prévues par la loi ont pour objet d'établir une base pour le classement prévisible, équitable et efficace des rangs de priorité:

a) En exigeant l'inscription comme condition préalable à l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière, sauf lorsque des exceptions et des alternatives à l'inscription se justifient par des considérations de politique commerciale; et

b) En établissant un cadre juridique pour créer et tenir un système de registre public simple, économique et efficace en vue de l'inscription d'avis relatifs aux sûretés réelles mobilières.

A. Recommandations générales

Sens de l'opposabilité

30. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière n'est opposable que si elle a été constituée conformément à la présente loi et si l'une des méthodes mentionnées dans la recommandation 33, 35 ou 36 a été suivie.

Efficacité à l'égard du constituant d'une sûreté réelle mobilière qui n'est pas opposable

31. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière constituée conformément à ses dispositions relatives à la constitution a effet entre le constituant et le créancier garanti, même si elle n'est pas opposable.

Opposabilité continue d'une sûreté réelle mobilière après transfert du bien grevé

32. La loi devrait prévoir que, après transfert d'un droit autre qu'une sûreté réelle mobilière sur un bien grevé, une sûreté réelle mobilière sur ce bien qui est opposable au moment du transfert continue de grever le bien, sous réserve des dispositions des recommandations 85 à 87, et reste opposable sous réserve des dispositions de la recommandation 62.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que les recommandations 33 à 37 ne visent pas à énoncer les règles pertinentes mais à indiquer, pour faciliter la tâche du lecteur, les différentes méthodes d'opposabilité tout en renvoyant aux recommandations suivantes qui, elles, énoncent ces règles.*]

Méthode générale pour rendre une sûreté réelle mobilière opposable

33. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière constituée conformément à ses dispositions relatives à la constitution est opposable si un avis la concernant est inscrit dans le registre général des sûretés mentionné dans les recommandations 55 à 73.

34. La loi devrait prévoir que l'inscription d'un avis n'emporte pas constitution d'une sûreté et n'est pas nécessaire pour constituer une sûreté.

Alternatives et exceptions à l'inscription

35. La loi devrait prévoir:

a) Qu'il est également possible de rendre une sûreté réelle mobilière opposable par l'une des autres méthodes ci-dessous:

i) S'agissant de biens meubles corporels, par transfert de la possession comme le prévoit la recommandation 38;

ii) S'agissant de biens meubles corporels représentés par un document négociable, par transfert de la possession du document, comme le prévoient les recommandations 52 à 54;

iii) S'agissant de biens meubles soumis à inscription sur un registre spécialisé ou annotation sur un certificat de propriété, par cette inscription ou annotation, comme le prévoit la recommandation 39;

iv) S'agissant d'un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, par contrôle, comme le prévoit la recommandation 50; et

v) S'agissant d'un bien rattaché à un bien immeuble, par inscription dans le registre général des sûretés ou le registre immobilier, comme le prévoit la recommandation 43;

b) Qu'une sûreté est rendue automatiquement opposable:

i) S'agissant du produit, si la sûreté sur le bien initialement grevé est opposable, comme le prévoient les recommandations 40 et 41;

ii) S'agissant d'un bien rattaché à un bien meuble, si la sûreté sur le bien meuble distinct a été rendue opposable avant qu'il ne devienne un bien rattaché, comme le prévoit la recommandation 42;

iii) S'agissant d'une masse ou d'un produit fini, si la sûreté sur le bien meuble distinct a été rendue opposable avant qu'il n'ait été incorporé dans la masse ou le produit fini, comme le prévoit la recommandation 45; et

iv) S'agissant de biens meubles, en cas de déplacement des biens ou du constituant vers le présent État, comme le prévoit la recommandation 46; et

c) Qu'une sûreté réelle mobilière sur une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement ou une autre forme d'exécution d'une créance, d'un instrument négociable ou d'une autre obligation est opposable, comme le prévoit la recommandation 49.

Méthode exclusive d'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant

36. La loi devrait prévoir que, sous réserve des dispositions de la recommandation 49, une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant est rendue opposable uniquement par contrôle, comme le prévoit la recommandation 51.

Différentes méthodes d'opposabilité pour différents types de biens

37. La loi devrait prévoir que différentes méthodes d'opposabilité peuvent être utilisées pour différents types de biens grevés, qu'ils le soient ou non en vertu de la même convention constitutive de sûreté.

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels par transfert de possession

38. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels peut être rendue opposable par inscription, comme le prévoit la recommandation 33, ou par transfert de la possession au créancier garanti.

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles soumis à un système d'inscription sur un registre spécialisé ou à un système de certificat de propriété

39. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles soumis à inscription sur un registre spécialisé ou à annotation sur un certificat de propriété conformément à une autre loi peut être rendue opposable par inscription, comme le prévoit la recommandation 33, ou par:

a) Inscription sur le registre spécialisé; ou

b) Annotation sur le certificat de propriété.

Opposabilité automatique d'une sûreté réelle mobilière sur le produit

40. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière sur un bien grevé est opposable, une sûreté sur tout produit découlant de ce bien (y compris tout produit du produit) est opposable quand naît le produit, à condition que ce dernier soit décrit en termes génériques dans un avis inscrit ou qu'il prenne la forme d'argent, de créances, d'instruments négociables ou de droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire.

41. Si la recommandation 40 ne s'applique pas, la sûreté réelle mobilière sur le produit est opposable pendant [à spécifier] jours après que naît le produit et de manière permanente par la suite, si elle a été rendue opposable par une des méthodes mentionnées dans la recommandation 33 ou 35 avant l'expiration de ce délai.

Opposabilité automatique d'une sûreté réelle mobilière sur un bien rattaché

42. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel est opposable au moment où ce bien devient un bien rattaché, elle reste opposable par la suite.

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur un bien rattaché à un meuble soumis à un système d'inscription sur un registre spécialisé ou à un système de certificat de propriété

43. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un bien rattaché à un bien meuble soumis à inscription sur un registre spécialisé ou à annotation sur un

certificat de propriété conformément à une autre loi peut être rendue opposable automatiquement, comme le prévoit la recommandation 42, ou par:

a) Inscription sur le registre spécialisé; ou

b) Annotation sur le certificat de propriété.

44. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un bien rattaché à un bien immeuble peut être rendue opposable automatiquement, comme le prévoit la recommandation 42, ou par inscription dans le registre immobilier.

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

45. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel est opposable au moment où ce bien est incorporé dans une masse ou un produit fini, la sûreté qui se maintient sur la masse ou le produit fini, comme le prévoit la recommandation 23, est opposable.

Continuité de l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière après un changement de lieu de situation

46. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière est opposable conformément à la loi de l'État où se trouve le bien grevé ou le constituant (selon le cas) et si ce bien ou ce constituant se trouve ensuite dans le présent État, la sûreté reste opposable conformément à la loi du présent État pendant une période de [à spécifier] jours après ce changement de lieu de situation. Si les conditions requises par la loi du présent État pour rendre la sûreté opposable sont remplies avant l'expiration de cette période, la sûreté reste opposable par la suite conformément à la loi de l'État. Aux fins de toute règle du présent État selon laquelle la date de l'inscription ou de toute autre formalité d'opposabilité sert de référence pour déterminer le rang de priorité, cette date est celle à laquelle ladite formalité a été accomplie conformément à la loi de l'État où le bien grevé ou le constituant se trouvait avant leur déplacement vers le présent État.

Continuité de l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière après un changement de méthode d'opposabilité

47. La loi devrait prévoir que l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière est continue nonobstant un changement de méthode pour la rendre opposable, à condition que la sûreté ne soit inopposable à aucun moment.

Perte de l'opposabilité ou caducité de l'inscription anticipée d'une sûreté réelle mobilière

48. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière a été rendue opposable et que par la suite elle ne l'est plus à un certain moment, l'opposabilité peut être rétablie. Dans ce cas, l'opposabilité prend effet à compter de la date à laquelle la sûreté est ensuite rendue opposable. De même, une inscription antérieure à la constitution d'une sûreté réelle mobilière, conformément à la recommandation 65, qui expire conformément à la recommandation 67 peut être rétablie. Dans ce cas, l'inscription prend effet à compter de la date à laquelle un avis concernant la sûreté est ensuite inscrit.

B. Recommandations sur des biens particuliers

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement d'une créance, d'un instrument négociable ou de toute autre obligation

49. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière sur une créance, sur un instrument négociable ou sur tout autre bien meuble incorporel entrant dans son champ d'application est opposable, cette opposabilité s'étend à toute sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement ou une autre forme d'exécution de la créance, de l'instrument ou autre obligation, sans que le constituant ni le créancier garanti aient à accomplir d'autres formalités. Si la sûreté personnelle ou réelle est un engagement de garantie indépendant, son opposabilité s'étend automatiquement au produit d'un tel engagement (mais, comme le prévoit la recommandation 26 b), la sûreté ne s'étend pas au droit de tirer l'engagement). La présente recommandation n'a aucune incidence sur une sûreté grevant un bien immeuble qui, en vertu d'une loi autre que la présente loi, peut être transférée séparément d'une créance, d'un instrument négociable ou d'une autre obligation qu'elle garantit.

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

50. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire peut être rendue opposable par inscription, comme le prévoit la recommandation 33, ou si le créancier garanti obtient le contrôle du droit au paiement de ces fonds.

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant

51. La loi devrait prévoir que, sous réserve des dispositions de la recommandation 49, une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant ne peut être rendue opposable que si le créancier garanti obtient le contrôle du produit.

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable ou sur des biens meubles corporels représentés par un document négociable

52. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable peut être rendue opposable par inscription, comme le prévoit la recommandation 33, ou si le créancier garanti obtient possession du document.

53. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière sur un document négociable est opposable, la sûreté correspondante sur les biens meubles corporels représentés par ce document l'est également. Aussi longtemps qu'un document négociable représente des biens meubles corporels, il est possible de rendre une sûreté sur ces biens opposable si le créancier garanti obtient possession du document.

54. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable qui a été rendue opposable du fait de l'obtention par le créancier garanti de la possession du document reste opposable pendant une courte durée de [à

spécifier] jours après que le document négociable a été restitué au constituant ou à une autre personne, afin que les biens meubles corporels représentés par le document soient définitivement vendus ou échangés, chargés ou déchargés, ou encore que d'autres mesures soient prises à leur égard.

VI. Le système de registre

Objet

Les dispositions de la loi relatives au système de registre ont pour objet d'établir un registre général des sûretés et de réglementer son fonctionnement. Le système de registre a pour objet de fournir:

a) Une méthode par laquelle une sûreté réelle mobilière existante ou future sur des biens existants ou futurs du constituant peut être rendue opposable;

b) Un cadre de référence efficace pour les règles de priorité fondées sur la date d'inscription d'un avis concernant une sûreté réelle mobilière; et

c) Une source objective d'information permettant aux tiers réalisant des opérations avec des biens du constituant (comme des créanciers garantis et des acheteurs éventuels, des créanciers judiciaires et le représentant de l'insolvabilité du constituant) de savoir si les biens sont grevés d'une sûreté réelle mobilière.

Pour ce faire, le système de registre devrait être conçu de sorte que l'inscription et la recherche soient simples, rapides, économiques, commodes et accessibles au public.

Cadre de fonctionnement de l'inscription et de la recherche

55. La loi devrait prévoir un cadre pour que l'inscription et la recherche fonctionnent comme suit:

a) Des guides clairs et concis sur les procédures d'inscription et de recherche sont accessibles à un large public et des informations relatives à l'existence et au rôle du registre sont largement diffusées;

b) L'inscription est effectuée par enregistrement d'un avis qui fournit les informations spécifiées dans la recommandation 58, et non par la présentation de l'original ou d'une copie de la convention constitutive de sûreté ou d'un autre document;

c) Le registre doit accepter un avis présenté par un moyen de communication autorisé (par exemple sur papier ou par voie électronique) sauf si celui-ci:

i) N'est pas accompagné des frais d'inscription requis;

ii) N'identifie pas suffisamment le constituant pour permettre l'indexation; ou

iii) Ne contient pas d'autres éléments d'information requis par la recommandation 58;

d) Le conservateur du registre ne peut exiger que l'identité de la personne procédant à l'inscription ou l'existence d'une autorisation d'inscription de l'avis soit vérifiée, ni réaliser aucun autre examen approfondi de la teneur de l'avis;

e) Le fichier du registre est centralisé et contient tous les avis de sûretés enregistrés en vertu de la présente loi;

f) Les informations contenues dans le fichier du registre sont accessibles au public;

g) L'utilisateur peut effectuer une recherche sans avoir à justifier celle-ci;

h) Les avis sont indexés et peuvent être retrouvés par les utilisateurs à partir du nom du constituant ou de quelque autre élément fiable permettant d'identifier celui-ci;

i) Les frais d'inscription et de recherche éventuels ne sont pas plus élevés que nécessaire pour permettre le recouvrement des coûts;

j) Les personnes procédant à l'inscription ont le choix entre plusieurs modes et points d'accès au registre;

k) Le registre, s'il est électronique, fonctionne en continu sauf pendant les opérations prévues de maintenance et, s'il ne l'est pas, pratique des horaires de service fiables et réguliers qui sont compatibles avec les besoins des utilisateurs potentiels; et

l) Si possible, le système d'inscription est électronique. En particulier,

i) Les avis sont conservés sous forme électronique dans une base de données informatique;

ii) Les personnes qui procèdent à une inscription et celles qui font une recherche ont un accès immédiat au fichier du registre par des moyens électroniques ou similaires, y compris Internet et l'échange de données informatisées;

iii) Le système est programmé pour réduire au maximum le risque de saisie d'informations incomplètes ou inutiles; et

iv) Le système est programmé pour faciliter une extraction rapide et complète des informations et pour réduire au maximum les conséquences pratiques des erreurs humaines.

Sécurité et intégrité du registre

56. Afin d'assurer la sécurité et l'intégrité du registre, la loi devrait prévoir que le cadre de fonctionnement et le cadre juridique du registre devraient présenter les caractéristiques suivantes:

a) Bien que l'exploitation courante du registre puisse être déléguée à un organisme privé, l'État continue de veiller à ce que le registre soit exploité conformément au cadre juridique qui s'applique à lui;

b) L'identité de la personne procédant à l'inscription est demandée et conservée par le registre (concernant la vérification de cette identité, voir l'alinéa d) de la recommandation 55);

c) La personne procédant à l'inscription est tenue de transmettre une copie de l'avis au constituant désigné sur celui-ci. Un manquement de la part du créancier garanti à cette obligation ne peut entraîner que des sanctions mineures et la réparation de tout dommage, causé par ce manquement, susceptible d'être prouvé;

d) Le registre est tenu d'envoyer rapidement une copie de toute modification apportée à un avis inscrit à la personne qui y est identifiée comme le créancier garanti;

e) Une personne procédant à l'inscription peut obtenir une copie de cette inscription aussitôt après la saisie des informations dans le fichier du registre; et

f) Toutes les informations contenues dans les fichiers du registre sont conservées en plusieurs exemplaires et l'intégralité de ces fichiers peut être reconstituée en cas de perte ou de dommage.

Responsabilité en cas de perte ou de dommage

57. La loi devrait prévoir des dispositions pour l'attribution de la responsabilité en cas de perte ou de dommage causé par une erreur dans l'administration ou l'exploitation du système d'inscription et de recherche. Si le système est conçu pour permettre aux utilisateurs d'inscrire et de rechercher directement des avis sans intervention du personnel du registre, la responsabilité du registre se limite aux défaillances du système.

Teneur exigée de l'avis

58. La loi devrait prévoir que seuls les éléments suivants doivent obligatoirement figurer sur l'avis:

a) L'élément identifiant le constituant, conformément aux règles énoncées dans les recommandations 59 à 61, et le créancier garanti ou son représentant, ainsi que leur adresse;

b) Une description du bien visé par l'avis conformément aux règles énoncées dans la recommandation 64;

c) La durée de l'inscription conformément à la recommandation 67; et

d) Si l'État estime qu'il est utile pour faciliter des prêts subordonnés d'indiquer le montant monétaire maximum pour lequel la sûreté peut être réalisée, une déclaration de ce montant maximum.

Caractère suffisant de l'élément identifiant le constituant

59. La loi devrait prévoir qu'un avis n'a effet que s'il indique l'élément correct permettant d'identifier le constituant ou, en cas d'indication incorrecte, si une recherche dans le fichier du registre à partir de l'élément d'identification correct permet de retrouver l'avis.

60. La loi devrait prévoir que, lorsque le constituant est une personne physique, l'élément permettant de l'identifier pour que l'inscription produise effet est son nom, tel qu'il figure sur un document officiel déterminé. Lorsque cela est nécessaire, des informations supplémentaires, comme la date de naissance ou le numéro de carte d'identité, devraient être exigées pour bien identifier le constituant.

61. La loi devrait prévoir que, lorsque le constituant est une personne morale, l'élément permettant de l'identifier pour que l'inscription produise effet est le nom qui figure dans ses documents constitutifs.

Incidence d'un changement de l'élément identifiant le constituant sur l'efficacité de l'inscription

62. La loi devrait prévoir que si, après qu'un avis a été enregistré, l'élément qui y est utilisé pour identifier le constituant change et, de ce fait, n'est plus conforme aux règles énoncées dans les recommandations 59 à 61, le créancier garanti peut modifier l'avis inscrit de manière à indiquer le nouvel élément identifiant le constituant conformément à ces règles. Si le créancier garanti n'enregistre pas la modification dans un délai de [à spécifier] jours après le changement, la sûreté réelle mobilière est inopposable:

a) Au titulaire d'une sûreté réelle mobilière concurrente concernant laquelle un avis a été inscrit ou qui a été rendue opposable par une autre méthode avant l'enregistrement de la modification; et

b) À une personne qui achète [, loue ou met sous licence] le bien grevé avant l'enregistrement de la modification.

Incidence du transfert d'un bien grevé sur l'efficacité de l'inscription

63. La loi devrait prévoir que si, après qu'un avis a été enregistré, le constituant transfère le bien grevé, le créancier garanti dispose de [à spécifier] jours pour modifier l'avis inscrit de manière à indiquer l'élément identifiant le bénéficiaire du transfert. S'il n'enregistre pas la modification dans un délai de [à spécifier] jours après le transfert, la sûreté réelle mobilière est inopposable:

a) Au titulaire d'une sûreté réelle mobilière concurrente concernant laquelle un avis a été inscrit ou qui a été rendue opposable par une autre méthode avant l'enregistrement de la modification; et

b) À une personne qui achète [, loue ou met sous licence] le bien grevé avant l'enregistrement de la modification.

Caractère suffisant de la description des biens visés par un avis

64. La loi devrait prévoir qu'une description des biens visés par un avis est suffisante si elle décrit raisonnablement ces biens. Une description générique des biens grevés, comme le prévoit la recommandation 13, est suffisante.

Moment de l'inscription

65. La loi devrait prévoir qu'un avis relatif à une sûreté réelle mobilière peut être inscrit avant ou après la constitution de la sûreté ou la conclusion de la convention constitutive de sûreté.

Un avis suffit pour plusieurs sûretés réelles mobilières découlant de plusieurs conventions constitutives de sûretés conclues entre les mêmes parties

66. La loi devrait prévoir que l'inscription d'un seul avis suffit pour assurer l'opposabilité de plusieurs sûretés réelles mobilières découlant de plusieurs

conventions constitutives de sûretés conclues entre les mêmes parties, que les sûretés existent au moment de l'inscription ou ne soient créées que par la suite.

Durée et prorogation de l'inscription d'un avis

67. La loi devrait soit spécifier la durée d'effet de l'inscription d'un avis soit autoriser la personne procédant à l'inscription à spécifier cette durée dans l'avis lors de l'inscription et à la prolonger à tout moment avant son expiration. Dans l'un ou l'autre cas, le créancier garanti devrait être en droit de prolonger la durée d'effet en présentant un avis de modification au registre à tout moment avant l'expiration des effets de l'avis. Si la loi spécifie la durée d'effet de l'inscription, la durée de la prorogation résultant de l'inscription de l'avis de modification devrait être équivalente à la durée initiale. Si la loi autorise la personne procédant à l'inscription à spécifier la durée d'effet de l'inscription, la durée de la prorogation devrait être celle spécifiée dans l'avis de modification.

Moment où prend effet l'enregistrement d'un avis ou d'une modification

68. La loi devrait prévoir que l'enregistrement d'un avis ou d'une modification prend effet lorsque les informations qui y sont contenues sont saisies dans les fichiers du registre de manière à être accessibles aux personnes effectuant une recherche dans lesdits fichiers.

Autorisation d'inscription

69. La loi devrait prévoir que l'inscription d'un avis est sans effet à moins que le constituant l'ait autorisée par écrit. L'autorisation peut être donnée avant ou après l'inscription. Une convention constitutive de sûreté écrite suffit pour autoriser l'inscription. L'efficacité de l'inscription ne dépend pas de l'identité de la personne qui y procède.

Annulation ou modification d'un avis

70. La loi devrait prévoir que, si aucune convention constitutive de sûreté n'a été conclue, si la sûreté est éteinte du fait du paiement intégral ou pour une autre raison ou si un avis inscrit n'est pas autorisé par le constituant:

a) Le créancier garanti est tenu de présenter au registre un avis visant à annuler ou à modifier dans la mesure appropriée cet avis inscrit dans un délai de [à spécifier] jours après avoir reçu la demande écrite du constituant;

b) Le constituant est en droit de demander l'annulation ou une modification appropriée de l'avis par une procédure judiciaire ou administrative simplifiée;

c) Le constituant est en droit de demander l'annulation ou une modification appropriée de l'avis conformément à l'alinéa b), même avant l'expiration du délai prévu à l'alinéa a), à condition que des mécanismes adaptés soient en place pour protéger le créancier garanti.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être ajouter une recommandation relative au droit du créancier garanti de modifier le contenu de l'avis, par exemple son adresse, son nom ou la description du bien grevé*.]

71. La loi devrait prévoir que le créancier garanti est en droit de présenter au registre un avis visant à annuler ou à modifier dans la mesure appropriée un avis déjà inscrit à tout moment.

72. La loi devrait prévoir que, rapidement après qu'un avis inscrit a expiré, comme le prévoit la recommandation 67, ou a été annulé, comme le prévoit la recommandation 70 ou 71, les informations qui y figurent devraient être supprimées des fichiers du registre accessibles au public. Toutefois, les informations fournies sur l'avis ainsi expiré, annulé ou modifié et celles concernant son expiration, son annulation ou sa modification devraient être conservées pour pouvoir être retrouvées si nécessaire.

73. La loi devrait prévoir que, dans le cas d'une cession de l'obligation garantie, l'avis peut être modifié pour que soit indiqué le nom du nouveau créancier garanti, mais l'avis non modifié continue de produire effet.

VII. Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur les droits de réclamants concurrents

Objet

Les dispositions de la loi relatives à la priorité ont pour objet:

a) D'établir un régime efficace et prévisible pour déterminer la priorité d'une sûreté réelle mobilière par rapport aux droits des réclamants concurrents; et

b) De faciliter les opérations par lesquelles un constituant peut créer plusieurs sûretés réelles mobilières sur le même bien et tirer ainsi parti de toute la valeur de ses biens pour obtenir des crédits.

A. Recommandations générales

Portée de la priorité

74. La loi devrait prévoir que la priorité accordée à une sûreté réelle mobilière s'applique à l'ensemble des obligations garanties dans la convention constitutive de sûreté. Si la sûreté est rendue opposable par inscription et que, conformément à l'alinéa d) de la recommandation 58, l'avis inscrit indique le montant monétaire maximum garanti, la priorité s'étend à l'ensemble des obligations garanties à concurrence de ce montant maximum.

Caractère indifférent de la connaissance de l'existence de la sûreté

75. La loi devrait prévoir que la connaissance de l'existence d'une sûreté réelle mobilière de la part d'un réclamant concurrent n'a aucune incidence sur ses droits découlant des dispositions de la loi relatives à la priorité (concernant l'incidence du fait de savoir qu'une opération viole les droits d'un créancier garanti, voir les recommandations 87, 100, alinéa b), 103 et 104).

Priorité des sûretés réelles mobilières garantissant des obligations futures

76. La loi devrait prévoir que, sous réserve des dispositions de la recommandation 90, la priorité d'une sûreté réelle mobilière ne dépend pas du moment auquel l'obligation garantie a été souscrite.

Cession de rang

77. La loi devrait prévoir qu'un réclamant concurrent prioritaire peut à tout moment renoncer unilatéralement ou conventionnellement à sa priorité en faveur de tout autre réclamant concurrent existant ou futur.

Priorité entre des sûretés réelles mobilières grevant les mêmes biens

78. La loi devrait prévoir que, sous réserve des dispositions des recommandations 83, 84, 93 à 107, 189 à 195, 198 et 199, la priorité entre des sûretés réelles mobilières concurrentes grevant les mêmes biens est déterminée comme suit, en fonction de la première date à laquelle elle peut être revendiquée:

a) La priorité entre des sûretés rendues opposables par inscription d'un avis est déterminée en fonction de l'ordre d'inscription, quel que soit l'ordre de leur constitution;

b) La priorité entre des sûretés rendues opposables par une méthode autre que l'inscription est déterminée en fonction de l'ordre dans lequel elles sont rendues opposables;

c) La priorité entre une sûreté rendue opposable par inscription et une sûreté rendue opposable par une autre méthode est déterminée en fonction de l'ordre dans lequel sont intervenues l'inscription (indépendamment du moment de la constitution) et l'autre méthode d'opposabilité [selon ce qui intervient en premier].

Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens à venir

79. La loi devrait prévoir que, si la priorité d'une sûreté réelle mobilière est déterminée en fonction de la date de l'inscription d'un avis, cette date détermine la priorité d'une sûreté pour tous les biens grevés, que ceux-ci soient acquis par le constituant ou soient créés à cette date ou encore avant ou après cette date.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit

80. La loi devrait prévoir qu'aux fins de la recommandation 78, la date de l'inscription ou de l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur un bien grevé est aussi celle de l'inscription ou de l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit.

Continuité de la priorité

81. La loi devrait prévoir que la priorité d'une sûreté réelle mobilière n'est pas affectée par une modification de la méthode par laquelle la sûreté est rendue opposable, à condition que la sûreté ne soit inopposable à aucun moment.

82. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière a été inscrite ou rendue opposable et si, par la suite, pendant un certain temps, elle n'est ni inscrite ni

opposable, sa priorité remonte à la première date à laquelle elle est ensuite soit inscrite soit rendue opposable.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière ou d'un autre droit inscrit dans un registre spécialisé ou annoté sur un certificat de propriété

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que les règles de priorité énoncées dans les recommandations 83 et 84 s'appliquent à moins que le régime du registre spécialisé ne prévoie des règles différentes*.]

83. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un bien qui est rendue opposable par inscription dans un registre spécialisé ou par annotation sur un certificat de propriété, comme le prévoit la recommandation 39, a la priorité sur:

a) Une sûreté réelle mobilière grevant le même bien pour laquelle un avis a été inscrit dans le registre général des sûretés ou qui a été rendue opposable par une méthode autre que l'inscription dans un registre spécialisé ou l'annotation sur un certificat de propriété, indépendamment de l'ordre; et

b) Une sûreté réelle mobilière qui a par la suite été inscrite dans le registre spécialisé ou annotée sur un certificat de propriété.

84. [La loi devrait prévoir que, si un droit sur un bien grevé est transféré et si, avant le transfert, la sûreté sur ce bien est rendue opposable par inscription dans un registre spécialisé ou par annotation sur un certificat de propriété, comme le prévoit la recommandation 39, le droit qu'acquiert le bénéficiaire du transfert est soumis à la sûreté, sous réserve des dispositions des recommandations 86 à 88. En revanche, si la sûreté n'a pas été rendue opposable par inscription dans un registre spécialisé ou par annotation sur un certificat de propriété, le droit qu'acquiert un acheteur, un preneur à bail ou un titulaire de licence est libre de la sûreté.]

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que la recommandation 84, qui suit le libellé de la recommandation 85, a été ajoutée pour traiter d'un conflit entre le titulaire d'une sûreté réelle mobilière rendue opposable par inscription dans un registre spécialisé ou par annotation sur un certificat de propriété et la personne à qui le bien grevé est transféré. Elle prévoit que les droits du bénéficiaire du transfert sont soumis à la sûreté sous réserve des dispositions des recommandations 86 à 88 et que ceux du bénéficiaire d'un transfert à titre onéreux (un acheteur, un preneur à bail ou un titulaire de licence) sont libres de la sûreté si celle-ci n'était pas opposable. La Commission souhaitera peut-être examiner si la recommandation 85 suffit pour énoncer cette règle, auquel cas la recommandation 84 pourrait être supprimée*.]

Droits des acheteurs, des preneurs à bail et des titulaires de licence de biens grevés

85. La loi devrait prévoir que si un droit sur un bien grevé est transféré et si la sûreté réelle mobilière grevant ce bien est opposable au moment du transfert, le droit qu'acquiert le bénéficiaire du transfert est soumis à la sûreté, sous réserve des dispositions des recommandations 86 à 88.

86. La loi devrait prévoir que:

a) Une sûreté réelle mobilière cesse de grever un bien que le constituant vend ou dont il dispose autrement si le créancier garanti autorise cette vente ou cet autre acte de disposition du bien libre de la sûreté; et

b) Une sûreté réelle mobilière est sans incidence sur les droits d'un preneur à bail ou d'un titulaire de licence du bien grevé si:

i) Le créancier garanti autorise le constituant à louer ou à mettre sous licence le bien sans que la sûreté n'ait d'incidence sur lui; ou

ii) Dans le cas d'une sûreté inscrite avant sa constitution, le créancier garanti a connaissance du bail ou de la licence.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être examiner si l'alinéa b) ii) devrait être supprimé. Si une sûreté est inscrite avant d'être constituée, elle n'est pas opposable et aucun problème de priorité ne se pose. Ainsi, le point de savoir si le créancier garanti a connaissance du bail ou de la licence n'a aucune importance.*]

87. La loi devrait prévoir que:

a) Un acheteur de stocks ou de biens de consommation dans le cours normal des affaires du vendeur qui ne sait pas que la vente viole les droits d'un créancier garanti découlant d'une convention constitutive de sûreté prend les biens libres de la sûreté;

b) La sûreté est sans incidence sur les droits d'une personne qui accepte de prendre à bail des stocks dans le cours normal des affaires du bailleur sans savoir que cette location viole les droits d'un créancier garanti découlant d'une convention constitutive de sûreté; et

c) La sûreté est sans incidence sur les droits d'une personne qui accepte de prendre sous licence non exclusive des biens meubles incorporels dans le cours normal des affaires du donneur de licence sans savoir que cette licence viole les droits d'un créancier garanti découlant d'une convention constitutive de sûreté.

88. La loi devrait prévoir que, lorsqu'un acheteur acquiert un droit sur un bien grevé libre d'une sûreté réelle mobilière, toute personne qui acquiert auprès de lui par la suite un droit sur ce bien l'acquiert aussi libre de la sûreté. Lorsqu'une sûreté réelle mobilière n'a aucune incidence sur les droits d'un preneur à bail ou d'un titulaire de licence, elle n'a aucune incidence non plus sur les droits d'un sous-locataire ou d'un titulaire d'une sous-licence.

Priorité des créances privilégiées

89. La loi devrait limiter tant le nombre que le montant des créances privilégiées naissant par l'effet de la loi qui ont priorité sur des sûretés réelles mobilières et, dans la mesure où des créances privilégiées existent, elles devraient être décrites dans la loi de manière claire et précise.

Priorité des droits des créanciers judiciaires

90. La loi devrait prévoir que, sous réserve des dispositions de la recommandation 194, une sûreté réelle mobilière a priorité sur les droits d'un

créancier chirographaire à moins que celui-ci ait obtenu, en vertu d'une autre loi, un jugement ou une décision judiciaire provisoire contre le constituant et pris les mesures nécessaires pour acquérir des droits sur des biens du constituant sur le fondement de ce jugement ou de cette décision avant que la sûreté n'ait été rendue opposable. La priorité de la sûreté s'applique au crédit accordé par le créancier garanti:

a) Avant l'expiration d'un délai de [à spécifier] jours après que le créancier chirographaire l'a avisé du fait qu'il a pris les mesures nécessaires pour acquérir des droits sur le bien grevé; ou

b) En vertu d'un engagement irrévocable de crédit (d'un montant déterminé ou à déterminer selon une formule spécifiée) de la part du créancier garanti, si cet engagement a été souscrit avant que le créancier chirographaire ne l'ait avisé du fait qu'il a pris les mesures nécessaires pour acquérir des droits sur le bien grevé.

Priorité des droits des personnes fournissant des services concernant un bien grevé

91. Si une loi autre que la présente loi confère des droits équivalents à des sûretés réelles mobilières à un créancier qui a fourni des services concernant un bien grevé (par exemple en le réparant, en le stockant ou en le transportant), ces droits sont limités aux biens en possession dudit créancier à concurrence de la valeur raisonnable des services fournis et ont priorité sur les sûretés réelles mobilières antérieures grevant le même bien.

Priorité du droit de revendication d'un fournisseur

92. Si une loi autre que la présente loi confère à un fournisseur de biens meubles corporels le droit de revendiquer ces biens, la loi devrait prévoir que ce droit de revendication est primé par une sûreté réelle mobilière rendue opposable avant qu'il n'ait été exercé par le fournisseur.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un bien rattaché

93. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière ou tout autre droit (tel que le droit d'un acheteur ou d'un preneur à bail) sur un bien rattaché à un bien immeuble qui est constitué et rendu opposable conformément au droit immobilier, comme le prévoient les recommandations 22 et 44, a priorité sur une sûreté grevant ce bien rattaché rendue opposable par une des méthodes mentionnées dans la recommandation 33 ou 35.

94. La loi devrait prévoir que, lorsqu'elle est rendue opposable par inscription sur le registre immobilier conformément à la recommandation 44, une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel qui est rattaché à un bien immeuble au moment où elle est rendue opposable ou qui l'est par la suite a priorité sur une sûreté réelle mobilière ou tout autre droit (tel que le droit d'un acheteur ou d'un preneur à bail) inscrit ultérieurement sur le bien immeuble.

95. Une sûreté réelle mobilière ou tout autre droit (tel que le droit d'un acheteur ou d'un preneur à bail) sur un bien rattaché à un bien meuble qui est rendu opposable par inscription sur un registre spécialisé ou annotation sur un certificat de

propriété conformément à la recommandation 43 a priorité sur une sûreté réelle mobilière ou un autre droit sur le bien meuble concerné inscrit ultérieurement.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant une masse ou un produit fini

96. La loi devrait prévoir que, lorsque deux sûretés réelles mobilières ou plus grevant les mêmes biens meubles corporels se maintiennent sur une masse ou sur un produit fini, comme le prévoit la recommandation 23, elles conservent le rang de priorité qu'elles avaient les unes par rapport aux autres immédiatement avant que les biens aient été intégrés au produit fini ou à la masse.

97. La loi devrait prévoir que, si des sûretés réelles mobilières grevant des biens meubles corporels distincts se maintiennent sur la même masse ou le même produit fini et si chaque sûreté est opposable, chaque créancier garanti a droit à une part égale au rapport entre la valeur de sa sûreté et la valeur maximum totale des sûretés sur la masse ou le produit fini. Pour cette formule, la valeur maximum d'une sûreté est soit la valeur indiquée dans la recommandation 23 soit le montant des obligations garanties si ce dernier est inférieur.

98. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels distincts qui se maintient sur une masse ou sur un produit fini et qui est opposable a priorité sur une sûreté réelle mobilière accordée par le même constituant sur la masse ou le produit fini, s'il s'agit d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition.

B. Recommandations sur des biens particuliers

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un instrument négociable

99. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable qui est rendue opposable par transfert de la possession de l'instrument, comme le prévoit la recommandation 38, a priorité sur une sûreté réelle mobilière grevant l'instrument qui est rendue opposable par n'importe quelle autre méthode.

100. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable qui est rendue opposable par une méthode autre que le transfert de la possession de l'instrument a un rang inférieur aux droits d'un créancier garanti, d'un acheteur ou d'une autre personne à qui l'instrument est transféré (dans une opération contractuelle) qui:

a) Est considérée comme un porteur protégé par la loi régissant les instruments négociables; ou

b) Prend possession de l'instrument négociable et fournit une prestation de bonne foi sans savoir que le transfert est effectué en violation des droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté.

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

101. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire qui est rendue opposable par contrôle, comme le prévoit la recommandation 50, a priorité sur une sûreté réelle mobilière

concurrente rendue opposable par n'importe quelle autre méthode. Si une banque dépositaire conclut des accords de contrôle avec plusieurs créanciers garantis, la priorité entre ces créanciers garantis est déterminée en fonction de l'ordre dans lequel ces accords ont été conclus. Si le créancier garanti n'est autre que la banque dépositaire, sa sûreté a priorité sur toute autre sûreté (y compris une sûreté rendue opposable par un accord de contrôle passé avec elle, même si sa sûreté est postérieure) à l'exception de celle d'un créancier garanti qui a acquis le contrôle en devenant titulaire du compte.

102. La loi devrait prévoir que tout droit de la banque dépositaire, en vertu d'une autre loi, d'effectuer une compensation entre les obligations dont le constituant lui est redevable et le droit du constituant au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire a priorité sur la sûreté réelle mobilière d'un créancier garanti autre que celui ayant acquis le contrôle en devenant titulaire du compte.

103. Lorsque le constituant transfère des fonds d'un compte bancaire, la loi devrait prévoir que le bénéficiaire de ce transfert prend ces fonds libres de toute sûreté réelle mobilière sur le droit au paiement des fonds crédités sur le compte, sauf s'il sait que le transfert viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté. La présente recommandation n'affaiblit pas les droits conférés par une autre loi aux bénéficiaires de transferts de fonds provenant de comptes bancaires.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant de l'argent

104. La loi devrait prévoir qu'une personne qui entre en possession d'argent grevé d'une sûreté réelle mobilière prend cet argent libre de la sûreté, que l'argent représente un bien initialement grevé ou un produit, à moins que cette personne sache que le transfert viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté. La présente recommandation n'affaiblit pas les droits des détenteurs d'argent découlant d'une autre loi.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant le produit d'un engagement de garantie indépendant

105. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant qui a été rendue opposable par contrôle, comme le prévoit la recommandation 51, à l'égard d'un garant/émetteur, d'un confirmateur ou d'une personne désignée ayant fourni une prestation au titre de l'engagement, a priorité sur les droits de tous les autres créanciers garantis qui ont, à l'égard de cette personne, rendu leur sûreté opposable par une méthode autre que le contrôle. Si le contrôle a été obtenu par acceptation et si des acceptations contradictoires ont été données par une personne à plusieurs créanciers garantis, la priorité entre ces derniers est déterminée en fonction de l'ordre dans lequel les acceptations ont été données.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un document négociable ou des biens meubles corporels représentés par un document négociable

106. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable et des biens meubles corporels représentés par ce dernier a un rang

inférieur aux droits conférés par la loi régissant les documents négociables à une personne à laquelle ce document a été dûment transmis.

107. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable (qui s'étend aux biens meubles corporels représentés par ce dernier conformément à la recommandation 29) qui a été rendue opposable a priorité sur une sûreté réelle mobilière grevant ces biens rendue opposable par une méthode autre que celle prévue dans la recommandation 52 (du fait que la sûreté sur le document a été rendue opposable) alors que les biens étaient représentés par le document.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être reformuler la recommandation 107 à peu près comme suit: "La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels représentés par un document négociable a un rang inférieur aux droits d'un créancier garanti, d'un acheteur ou d'une autre personne à laquelle le document est transféré (dans une opération contractuelle) qui prend possession de ce document négociable alors que les biens étaient représentés par ce dernier et fournit une prestation de bonne foi sans savoir que le transfert est effectué en violation des droits du créancier découlant de la convention constitutive de sûreté."*]

VIII. Droits et obligations des parties

Objet

Les dispositions de la loi relatives aux droits et obligations des parties ont pour objet de renforcer l'efficacité des opérations garanties et de réduire le coût de ces opérations et les risques de litige:

a) En énonçant des règles sur les clauses supplémentaires à insérer dans la convention constitutive de sûreté;

b) En évitant aux parties d'avoir à négocier et à rédiger des clauses à insérer dans la convention constitutive de sûreté lorsque ces règles constituent une base acceptable sur laquelle s'entendre;

c) En fournissant un outil d'aide à la rédaction ou une liste récapitulative de questions que les parties souhaiteront peut-être aborder lorsqu'elles négocieront et concluront la convention constitutive de sûreté; et

d) En encourageant l'autonomie des parties.

A. Recommandations générales

Règles non impératives concernant les droits du créancier garanti

108. La loi devrait prévoir que, sauf convention contraire:

a) Le créancier garanti a le droit de se faire rembourser les frais raisonnables engagés pour préserver les biens grevés en sa possession;

b) Le créancier garanti a le droit de faire un usage raisonnable des biens grevés en sa possession et d'inspecter les biens grevés en possession du constituant.

Règles impératives concernant les obligations de la partie en possession des biens grevés

109. La loi devrait prévoir que:

a) Le créancier garanti ou le constituant en possession des biens grevés a l'obligation de prendre toutes les mesures nécessaires pour préserver ces biens;

b) Le créancier garanti a l'obligation de restituer les biens grevés en sa possession ou de faire radier l'avis inscrit dès le complet paiement de l'obligation garantie et la fin de tous les engagements de crédit.

B. Recommandations sur des biens particuliers

Droits et obligations du cédant et du cessionnaire

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que les recommandations 110 à 113 sont fondées sur les articles 11 à 14 de la Convention des Nations Unies sur la cession.*]

110. La loi devrait prévoir que:

a) Les droits et obligations réciproques du cédant et du cessionnaire découlant d'une convention entre eux sont déterminés par les termes et conditions de cette convention, y compris toutes règles ou toutes conditions générales qui y sont mentionnées;

b) Le cédant et le cessionnaire sont liés par les usages auxquels ils ont consenti et, sauf convention contraire, par les habitudes qui se sont établies entre eux.

Garanties dues par le cédant

111. En ce qui concerne une cession d'une créance contractuelle, la loi devrait prévoir que:

a) Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, le cédant garantit, à la date de la conclusion du contrat de cession, que:

i) Il a le droit de céder la créance;

ii) Il n'a pas déjà cédé la créance à un autre cessionnaire; et

iii) Le débiteur de la créance ne peut ni ne pourra invoquer aucune exception ni aucun droit à compensation;

b) Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, le cédant ne garantit pas que le débiteur de la créance peut ou pourra payer.

Droit de notifier la cession au débiteur de la créance

112. La loi devrait prévoir que:

a) Sauf convention contraire entre eux, le cédant et le cessionnaire peuvent, l'un ou l'autre ou ensemble, envoyer au débiteur de la créance une notification de la

cession ainsi que des instructions de paiement mais, une fois la notification envoyée, il appartient au seul cessionnaire d'envoyer ces instructions; et

b) Une notification de la cession ou des instructions de paiement, envoyées en violation d'une convention visée à l'alinéa a) de la présente recommandation, ne sont pas invalidées aux fins de la recommandation 116 en raison de cette violation. Toutefois, aucune disposition de la présente recommandation n'a d'incidences sur les obligations ou la responsabilité de la partie ayant violé la convention à raison du dommage qui en résulte.

Droit du cessionnaire à recevoir paiement

113. La loi devrait prévoir que:

a) Dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire, sauf convention contraire et qu'une notification de la cession ait ou non été envoyée:

i) Si un paiement au titre de la créance cédée est effectué au cessionnaire, celui-ci est fondé à conserver le produit et les biens meubles corporels restitués au titre de cette créance;

ii) Si un paiement au titre de la créance cédée est effectué au cédant, le cessionnaire est fondé à recevoir paiement du produit et à se faire remettre les biens meubles corporels restitués au cédant au titre de la créance cédée; et

iii) Si un paiement au titre de la créance cédée est effectué à une autre personne sur laquelle le cessionnaire a priorité, celui-ci est fondé à recevoir paiement du produit et à se faire remettre les biens meubles corporels restitués à cette personne au titre de la créance cédée.

b) Le cessionnaire n'est pas fondé à conserver plus que la valeur de son droit sur la créance.

IX. Droits et obligations des tiers débiteurs

A. Droits et obligations du débiteur de la créance

Protection du débiteur de la créance

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que les recommandations 114 à 120 se fondent sur les articles 15 à 21 de la Convention des Nations Unies sur la cession.*]

114. La loi devrait prévoir que:

a) Sauf disposition contraire de la présente loi et à moins que le débiteur de la créance n'y consente, une cession de créance n'a pas d'incidences sur les droits et obligations de ce dernier, y compris sur les conditions de paiement énoncées dans le contrat initial;

b) Les instructions de paiement peuvent être modifiées en ce qui concerne la personne, l'adresse ou le compte auxquels le débiteur de la créance doit effectuer le paiement, mais non en ce qui concerne:

i) La monnaie de paiement spécifiée dans le contrat initial; ou

ii) L'État dans lequel il est spécifié dans le contrat initial que le paiement doit être effectué, sauf à le remplacer par l'État dans lequel le débiteur de la créance est situé.

Notification de la cession au débiteur de la créance

115. La loi devrait prévoir que:

a) Une notification de la cession ou des instructions de paiement produisent leurs effets lorsqu'elles sont reçues par le débiteur de la créance, si elles sont formulées dans une langue dont il est raisonnable de penser qu'elle permet à celui-ci d'en comprendre le contenu. Il suffit en tout état de cause qu'elles soient formulées dans la langue du contrat initial;

b) La notification de la cession ou les instructions de paiement peuvent porter sur des créances nées après la notification; et

c) La notification d'une cession subséquente vaut notification de toute cession antérieure.

Paiement libératoire du débiteur de la créance

116. La loi devrait prévoir que:

a) Tant qu'il n'a pas reçu notification de la cession, le débiteur de la créance est fondé à effectuer un paiement libératoire conformément au contrat initial;

b) Lorsqu'il a reçu notification de la cession, sous réserve des alinéas c) à h) de la présente recommandation, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire uniquement au cessionnaire ou, si d'autres instructions de paiement lui sont données dans la notification de la cession ou lui sont communiquées ultérieurement par écrit par le cessionnaire, conformément à ces instructions;

c) S'il reçoit plusieurs instructions de paiement relatives à une seule cession de la même créance effectuée par le même cédant, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire conformément aux dernières instructions reçues du cessionnaire avant le paiement;

d) S'il reçoit notification de plusieurs cessions de la même créance effectuées par le même cédant, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire conformément à la première notification reçue;

e) S'il reçoit notification d'une ou plusieurs cessions subséquentes, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire conformément à la notification de la dernière de ces cessions subséquentes;

f) S'il reçoit notification de la cession d'une fraction d'une ou plusieurs créances ou d'un droit indivis sur celles-ci, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire conformément à la notification ou conformément à la présente recommandation comme s'il n'avait pas reçu de notification. S'il paie conformément à la notification, le paiement n'est libératoire qu'à concurrence de la fraction ou du droit indivis payé;

g) S'il reçoit notification de la cession du cessionnaire, le débiteur de la créance est fondé à demander à celui-ci de prouver de manière appropriée, dans un délai raisonnable, que la cession du cédant initial au cessionnaire initial et toute cession intermédiaire ont été effectuées; faute pour le cessionnaire de se conformer à cette demande, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire conformément à la présente recommandation comme s'il n'avait pas reçu de notification. La cession est considérée comme prouvée de manière appropriée au moyen, notamment, de tout écrit émanant du cédant et indiquant qu'elle a bien eu lieu; et

h) La présente recommandation n'a d'incidence sur aucun autre motif conférant valeur libératoire au paiement effectué par le débiteur de la créance à la personne fondée à le recevoir, à une autorité judiciaire ou autre autorité compétente ou à un organisme public de consignation.

Exceptions et droits à compensation du débiteur de la créance

117. La loi devrait prévoir que:

a) Lorsque le cessionnaire forme contre le débiteur de la créance une demande de paiement de la créance cédée, celui-ci peut lui opposer toutes les exceptions et tous les droits à compensation qui découlent du contrat initial ou de tout autre contrat faisant partie de la même opération et qu'il pourrait invoquer comme si la cession n'avait pas eu lieu et si la demande était formée par le cédant;

b) Le débiteur de la créance peut opposer au cessionnaire tout autre droit à compensation, à condition qu'il ait pu invoquer ce droit au moment où il a reçu notification de la cession; et

c) Nonobstant les dispositions des alinéas a) et b) de la présente recommandation, les exceptions et droits à compensation que le débiteur de la créance peut, en vertu de l'alinéa b) de la recommandation 25 ou de l'alinéa e) de la recommandation 26, invoquer contre le cédant pour violation d'une convention limitant d'une quelconque manière le droit du cédant à procéder à la cession ne peuvent être invoqués par le débiteur de la créance contre le cessionnaire.

Engagement de ne pas opposer d'exceptions ou de droits à compensation

118. La loi devrait prévoir que:

a) Le débiteur de la créance peut convenir avec le cédant, par un écrit qu'il signe, de ne pas opposer au cessionnaire les exceptions et droits à compensation qu'il pourrait invoquer en vertu de la recommandation 117. Une telle convention empêche le débiteur de la créance d'opposer au cessionnaire ces exceptions et droits à compensation;

b) Le débiteur de la créance ne peut renoncer à invoquer:

i) Les exceptions découlant de manœuvres frauduleuses de la part du cessionnaire; ou

ii) Les exceptions fondées sur son incapacité; et

c) Une telle convention ne peut être modifiée que par convention, consignée dans un écrit signé par le débiteur de la créance. L'effet de la modification à l'égard du cessionnaire est déterminé par application de l'alinéa b) de la recommandation 119.

Modification du contrat initial

119. La loi devrait prévoir que:

a) Toute convention conclue avant notification de la cession entre le cédant et le débiteur de la créance qui a des incidences sur les droits du cessionnaire produit effet à l'égard de ce dernier, qui acquiert alors les droits correspondants;

b) Toute convention conclue après notification de la cession entre le cédant et le débiteur de la créance qui a des incidences sur les droits du cessionnaire est sans effet à l'égard de ce dernier, sauf:

i) Si celui-ci y consent; ou

ii) Si la créance n'est pas encore acquise en totalité du fait de l'exécution incomplète du contrat initial et si, ou bien la modification était prévue dans ledit contrat, ou bien tout cessionnaire raisonnable y consentirait, dans le contexte de ce contrat; et

c) Les alinéas a) et b) de la présente recommandation sont sans incidences sur tout droit du cédant ou du cessionnaire résultant de la violation d'une convention conclue entre eux.

Recouvrement des paiements

120. La loi devrait prévoir que la non-exécution du contrat initial par le cédant n'habilite pas le débiteur de la créance à recouvrer auprès du cessionnaire une somme qu'il a payée au cédant ou au cessionnaire.

B. Droits et obligations du débiteur dans le cadre d'un instrument négociable

121. La loi devrait prévoir que les droits d'un créancier garanti sur un instrument négociable, par rapport à une personne débitrice dans le cadre de l'instrument négociable ou toute autre personne revendiquant des droits en vertu de la loi régissant les instruments négociables, sont régis par cette dernière.

C. Droits et obligations de la banque dépositaire

122. La loi devrait prévoir que:

a) La constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire n'a aucune incidence sur les droits et obligations de la banque dépositaire sans son consentement; et

b) Tous droits à compensation que la banque dépositaire pourrait détenir en vertu d'une autre loi ne sont pas affectés en raison d'une sûreté réelle mobilière qu'elle pourrait détenir sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire.

123. La loi devrait prévoir qu'aucune de ses dispositions n'oblige une banque dépositaire:

a) À payer une personne autre que celle qui a le contrôle des fonds crédités sur un compte bancaire; ni

b) À répondre aux demandes d'information de personnes souhaitant savoir si un accord de contrôle ou une sûreté réelle mobilière existe en sa faveur et si le constituant conserve le droit de disposer des fonds crédités sur le compte.

D. Droits et obligations du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée dans un engagement de garantie indépendant

124. La loi devrait prévoir que:

a) Les droits d'un créancier garanti sur le produit d'un engagement de garantie indépendant sont soumis aux droits que la loi et la pratique régissant les engagements de garantie indépendants confèrent au garant/émetteur, au confirmateur ou à la personne désignée et à tout autre bénéficiaire qui est désigné dans l'engagement ou à qui les droits de tirage ont été transmis;

b) Les droits d'un bénéficiaire du transfert d'un engagement de garantie indépendant ne sont pas affectés par une sûreté réelle mobilière sur le produit de l'engagement consentie par l'auteur du transfert ou par tout auteur d'un transfert antérieur; et

c) Les droits indépendants d'un garant/émetteur, d'un confirmateur, d'une personne désignée ou d'un bénéficiaire du transfert d'un engagement de garantie indépendant ne sont pas lésés en raison d'une sûreté réelle mobilière qu'ils pourraient détenir sur des droits au produit de l'engagement, y compris tout droit sur le produit résultant d'un transfert des droits de tirage à un bénéficiaire du transfert.

125. La loi devrait prévoir qu'un garant/émetteur, un confirmateur ou une personne désignée ne sont pas tenus de payer une personne autre qu'un confirmateur, une personne désignée, un bénéficiaire désigné, un bénéficiaire accepté du transfert de l'engagement de garantie indépendant ou un cessionnaire accepté du produit d'un engagement de garantie indépendant.

126. La loi devrait prévoir que, si un créancier garanti obtient le contrôle en devenant cessionnaire accepté du produit d'un engagement de garantie indépendant, il est fondé à opposer cette acceptation au garant/émetteur, au confirmateur ou à la personne désignée qui l'a donnée.

E. Droits et obligations de l'émetteur d'un document négociable

127. La loi devrait prévoir que les droits d'un créancier garanti sur un document négociable, par rapport à l'émetteur du document négociable ou toute autre personne débitrice dans le cadre de ce document, sont soumis à la loi régissant les documents négociables.

X. Droits après défaillance

Objet

Les dispositions de la loi relatives aux droits après défaillance ont pour objet de prévoir:

a) Des méthodes claires et simples permettant de réaliser les sûretés réelles mobilières de façon prévisible et efficace après défaillance du débiteur;

b) Des méthodes permettant de maximiser le montant de la réalisation des biens grevés au profit du constituant, du débiteur ou de toute autre personne tenue de payer l'obligation garantie, du créancier garanti et d'autres créanciers ayant un droit sur ces biens;

c) Des méthodes rapides judiciaires et, sous réserve des mesures de protection appropriées, extrajudiciaires permettant au créancier garanti de réaliser la valeur des biens grevés.

A. Recommandations générales

Règle générale de conduite dans le contexte de la réalisation

128. La loi devrait prévoir qu'une personne doit exercer ses droits et exécuter ses obligations conformément à ses dispositions régissant les droits après défaillance de bonne foi et de manière commercialement raisonnable.

Limites de l'autonomie des parties

129. La loi devrait prévoir que la règle générale de conduite énoncée dans la recommandation 128 ne peut à aucun moment faire l'objet d'une renonciation unilatérale ni d'une modification par convention.

130. La loi devrait prévoir que, sous réserve de la recommandation 129, le constituant et toute autre personne tenue de payer l'obligation garantie ou de l'exécuter d'une autre manière peuvent renoncer unilatéralement à l'un quelconque des droits que leur confèrent ses dispositions régissant les droits après défaillance ou le modifier par convention, mais uniquement après défaillance.

131. La loi devrait prévoir que, sous réserve de la recommandation 129, le créancier garanti peut, à tout moment, renoncer unilatéralement à l'un quelconque des droits que lui confèrent ses dispositions régissant les droits après défaillance ou le modifier par convention.

132. La loi devrait prévoir qu'une modification des droits par convention est sans incidence sur les droits de quiconque n'est pas partie à cette convention. Il incombe à une personne contestant la convention de montrer que celle-ci a été conclue avant la défaillance ou est contraire à la recommandation 128 ou 129.

Responsabilité

133. La loi devrait prévoir que, si une personne manque aux obligations qui lui incombent en vertu de ses dispositions régissant les droits après défaillance, elle est tenue de verser des dommages et intérêts.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que les recommandations 134 et 135 ne visent pas à énoncer les règles pertinentes mais à énumérer, pour faciliter la tâche du lecteur, les différents droits après défaillance du créancier garanti et du constituant, tout en renvoyant aux recommandations suivantes qui elles énoncent ces règles*.]

Droits après défaillance du créancier garanti

134. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le créancier garanti est fondé à exercer un ou plusieurs des droits suivants à l'égard d'un bien grevé:

a) Obtenir la possession d'un bien meuble corporel grevé, comme le prévoient les recommandations 142 et 143;

b) Vendre un bien grevé ou en disposer d'une autre manière, le louer ou le mettre sous licence, comme le prévoient les recommandations 144 à 147;

c) Proposer au constituant de se faire attribuer un bien grevé à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie, comme le prévoient les recommandations 148 à 150;

d) Obtenir paiement ou réaliser d'une autre manière une sûreté réelle mobilière sur un bien grevé qui revêt la forme d'une créance, d'un instrument négociable, d'un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire ou du produit d'un engagement de garantie indépendant, comme le prévoient les recommandations 162 à 170;

e) Exercer des droits en vertu d'un document négociable, comme le prévoit la recommandation 171;

f) Réaliser sa sûreté réelle mobilière sur un bien rattaché à un immeuble, comme le prévoit la recommandation 172; et

g) Exercer tout autre droit prévu dans la convention constitutive de sûreté (sauf s'il est contraire aux dispositions de la présente loi) ou dans une loi quelconque.

Droits après défaillance du constituant

135. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le constituant est fondé à exercer un ou plusieurs des droits suivants:

a) Régler intégralement l'obligation garantie et obtenir la libération de tous les biens grevés, comme le prévoit la recommandation 140;

b) Saisir un tribunal ou une autre autorité si le créancier garanti ne s'acquitte pas des obligations qui lui incombent en vertu des dispositions de la présente loi, comme le prévoit la recommandation 141;

c) Proposer au créancier garanti, ou rejeter la proposition du créancier garanti, de se faire attribuer un bien grevé à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie, comme le prévoit la recommandation 151; et

d) Exercer tout autre droit prévu dans la convention constitutive de sûreté ou dans une loi quelconque.

Méthodes judiciaires et extrajudiciaires pour l'exercice de droits après défaillance

136. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le créancier garanti peut exercer ses droits prévus dans la recommandation 134 en saisissant un tribunal ou une autre autorité. Sous réserve de la règle générale de conduite prévue dans la recommandation 128 et des règles prévues dans les recommandations 142 à 147 concernant la prise de possession et la disposition extrajudiciaires d'un bien grevé, le créancier garanti peut choisir d'exercer ses droits prévus dans la recommandation 134 sans avoir à saisir un tribunal ou une autre autorité.

Procédure judiciaire rapide

137. La loi devrait prévoir une procédure judiciaire rapide pour l'exercice des droits après défaillance du créancier garanti, du constituant et de toute autre personne qui doit exécuter l'obligation garantie ou qui revendique un droit sur un bien grevé.

Cumul des droits après défaillance

138. La loi devrait prévoir que l'exercice d'un droit après défaillance n'empêche pas l'exercice d'un autre droit, sauf dans la mesure où l'exercice d'un droit a rendu impossible l'exercice d'un autre droit.

Droits après défaillance en ce qui concerne l'obligation garantie

139. La loi devrait prévoir que l'exercice d'un droit après défaillance en ce qui concerne un bien grevé n'empêche pas l'exercice d'un droit après défaillance en ce qui concerne l'obligation garantie par ce bien et vice-versa.

Libération des biens grevés après complet paiement

140. La loi devrait prévoir qu'après défaillance et avant que le créancier garanti dispose d'un bien grevé, se le fasse attribuer ou reçoive paiement sur ce bien, le débiteur, le constituant ou toute autre personne intéressée (par exemple, un créancier garanti dont la sûreté a un rang de priorité inférieur à celle du créancier garanti procédant à la réalisation, un garant ou un copropriétaire du bien grevé) est fondé à payer l'obligation garantie dans son intégralité, y compris les intérêts et frais de réalisation comptés jusqu'à complet paiement. Si tous les engagements de crédit ont pris fin, ce paiement éteint la sûreté sur tous les biens grevés sous réserve de tous droits de subrogation en faveur de la personne effectuant le paiement.

Voies judiciaires ou autres pour manquement

141. La loi devrait prévoir que le débiteur, le constituant ou toute autre personne intéressée (par exemple un créancier garanti de rang inférieur à celui du créancier garanti procédant à la réalisation, un garant ou un copropriétaire des biens grevés) sont fondés à saisir un tribunal ou une autre autorité à tout moment en cas de manquement de la part du créancier garanti aux obligations qui lui incombent en vertu des dispositions de la présente loi régissant les droits après défaillance. Il faudrait décourager et éviter les demandes dépourvues de fondement et les manœuvres destinées à empêcher ou retarder abusivement le processus de réalisation.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être examiner si la dernière phrase de cette recommandation devrait être conservée ici ou insérée dans le commentaire.*]

Droit du créancier garanti à la possession d'un bien grevé

142. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le créancier garanti a droit à la possession d'un bien meuble corporel grevé.

Obtention de la possession d'un bien grevé par des voies extrajudiciaires

143. La loi devrait prévoir que le créancier garanti peut choisir d'obtenir la possession d'un bien meuble corporel grevé sans saisir de tribunal ou d'autre autorité uniquement si:

a) Le constituant y a consenti dans la convention constitutive de sûreté;

b) Le créancier garanti a avisé le constituant et toute personne en possession du bien grevé de la défaillance et de son intention d'obtenir la possession sans saisir de tribunal ou d'autre autorité; et

c) Au moment où le créancier garanti cherche à obtenir la possession du bien grevé, le constituant ne s'y oppose pas.

Disposition extrajudiciaire d'un bien grevé

144. La loi devrait prévoir qu'après défaillance un créancier garanti a le droit de vendre un bien grevé ou d'en disposer d'une autre manière, de le louer ou de le mettre sous licence dans les limites des droits du constituant sur ce bien. Sous réserve de la règle générale de conduite énoncée dans la recommandation 128, un créancier garanti qui choisit d'exercer ce droit sans saisir de tribunal ou d'autre autorité peut choisir la méthode, les modalités, la date, le lieu et d'autres aspects de la disposition, de la location ou de la mise sous licence.

Notification préalable de la disposition extrajudiciaire d'un bien grevé

145. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le créancier garanti doit notifier son intention de vendre un bien grevé ou d'en disposer d'une autre manière, de le louer ou de le mettre sous licence sans saisir de tribunal ou d'autre autorité. La notification n'est pas nécessaire si le bien grevé est périssable, peut perdre rapidement de sa valeur ou est d'un type vendu sur un marché reconnu.

146. La loi devrait énoncer des règles pour que la notification visée à la recommandation 145 puisse être donnée de manière efficace, rapide et fiable afin de protéger le constituant ou d'autres parties intéressées, tout en évitant d'avoir un effet négatif sur les voies de droit du créancier garanti et sur la valeur potentielle nette de réalisation des biens grevés.

147. S'agissant de la notification mentionnée dans la recommandation 145, la loi devrait:

a) Prévoir qu'elle doit être [adressée] [reçue]:

i) [Au] [Par le] constituant, [au] [par le] débiteur et [à] [par] toute autre personne tenue de payer l'obligation garantie;

ii) [À] [Par] toute personne ayant des droits sur le bien grevé qui, plus de [à spécifier] jours avant l'envoi de la notification au constituant par le créancier garanti, a avisé ce dernier par écrit de ces droits; et

iii) [À] [Par] tout autre créancier garanti qui, plus de [à spécifier] jours avant l'envoi de la notification au constituant, a inscrit un avis de sûreté sur le bien grevé au nom du constituant; et

iv) [À] [Par] tout autre créancier garanti qui était en possession du bien grevé au moment où le créancier garanti procédant à la réalisation en a pris possession;

b) Indiquer la manière dont cette notification doit être donnée, le moment où elle doit l'être et quel doit être son contenu minimal et préciser si la notification doit contenir un décompte du montant dû et une référence au droit du débiteur ou du constituant d'obtenir la libération des biens grevés, comme le prévoit la recommandation 140; et

c) Prévoir que la notification doit être rédigée dans une langue dont il est raisonnable de penser qu'elle permet à ses destinataires d'en comprendre le contenu.

Attribution des biens grevés au créancier garanti à titre d'exécution de l'obligation garantie

148. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le créancier garanti peut proposer par écrit de se faire attribuer un ou plusieurs des biens grevés à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie.

149. S'agissant de la proposition mentionnée dans la recommandation 148, la loi devrait prévoir:

a) Qu'elle doit être [adressée] [reçue]:

i) [Au] [Par le] constituant, [au] [par le] débiteur et [à] [par] toute autre personne tenue de payer l'obligation garantie (par exemple, un garant);

ii) [À] [Par] toute personne ayant des droits sur le bien grevé qui, plus de [à spécifier] jours avant l'envoi de la proposition au constituant par le créancier garanti, a avisé par écrit ce dernier de ces droits; et

iii) [À] [Par] tout autre créancier garanti qui, plus de [à spécifier] jours avant que la proposition n'ait été [envoyée au] [reçue par le] constituant, a inscrit un avis de sûreté sur le bien grevé au nom du constituant;

iv) [À] [Par] tout autre créancier garanti qui était en possession du bien grevé au moment où celui-ci a été saisi par le créancier garanti; et

b) Qu'elle doit spécifier le montant dû à la date [d'envoi] [de réception] de la proposition ainsi que le montant de l'obligation dont l'exécution est proposée par la prise en paiement du bien grevé.

150. La loi devrait prévoir que le créancier garanti peut mettre à exécution la proposition mentionnée dans la recommandation 148, à moins qu'un destinataire quelconque d'une proposition visée à la recommandation 149 ne s'oppose par écrit dans un bref délai, par exemple de [à spécifier] jours, à compter de [l'envoi] [de la réception] de cette proposition. [Dans le cas d'une proposition d'attribution du bien

grevé à titre d'exécution partielle, le consentement exprès de tout destinataire de la proposition est nécessaire.]

151. La loi devrait prévoir que le constituant peut faire une proposition conformément à la recommandation 148 et que, si le créancier garanti l'accepte, ce dernier doit procéder comme prévu dans les recommandations 149 et 150.

Répartition du produit de la disposition extrajudiciaire d'un bien grevé

152. La loi devrait prévoir qu'en cas de disposition extrajudiciaire d'un bien grevé ou de recouvrement d'une créance, d'un instrument négociable ou d'une autre obligation, le créancier garanti qui procède à la réalisation doit affecter le produit net de la réalisation (après déduction des frais de réalisation) au paiement de l'obligation garantie. Sous réserve des dispositions de la recommandation 153, il doit verser tout excédent restant à un réclamant concurrent de rang inférieur qui, avant toute répartition de cet excédent, l'a avisé de ses droits, à concurrence de ces droits. Tout solde restant doit être remis au constituant.

153. La loi devrait aussi prévoir qu'en cas de réalisation extrajudiciaire, qu'il y ait ou non litige concernant le montant auquel a droit un réclamant concurrent quelconque ou l'ordre de priorité des paiements, le créancier garanti qui procède à la réalisation peut, conformément aux règles de procédure généralement applicables, verser l'excédent à une autorité judiciaire ou autre autorité compétente ou à un organisme public de consignation pour répartition. L'excédent devrait être réparti conformément aux règles de priorité prévues par la présente loi.

154. La loi devrait prévoir que le produit obtenu par disposition judiciaire ou par une autre procédure de réalisation administrée par une autorité officielle doit être réparti conformément aux règles générales de l'État régissant les procédures d'exécution, sous réserve toutefois des règles de priorité prévues par la présente loi.

155. La loi devrait prévoir que, sauf convention contraire, le débiteur et toute autre personne tenue de payer l'obligation garantie doivent régler tout solde restant dû après affectation du produit net de la réalisation au paiement de l'obligation garantie.

Droit du créancier garanti de rang supérieur de prendre le contrôle de la réalisation

156. La loi devrait prévoir que, lorsqu'un créancier garanti ou un créancier judiciaire a commencé la réalisation, un créancier garanti dont la sûreté réelle mobilière a priorité sur celle du créancier garanti ou créancier judiciaire procédant à la réalisation a le droit de prendre le contrôle du processus de réalisation à tout moment avant la disposition d'un bien grevé, son attribution ou le paiement définitifs. Ce droit comprend aussi celui de procéder à la réalisation par l'une des méthodes prévues dans la présente loi.

Droits acquis par disposition judiciaire

157. La loi devrait prévoir que, si un créancier garanti dispose d'un bien grevé par une procédure judiciaire ou autre procédure administrée par une autorité officielle, les droits acquis par la personne à qui le bien est transféré sont déterminés par les règles générales de l'État régissant les procédures d'exécution.

Droits acquis par disposition extrajudiciaire

158. La loi devrait prévoir que, si un créancier garanti vend un bien grevé ou en dispose d'une autre manière sans saisir de tribunal ou d'autre autorité, conformément à ses dispositions, une personne qui acquiert le droit du constituant sur le bien prend le bien sous réserve des droits qui ont priorité sur la sûreté réelle mobilière du créancier garanti procédant à la réalisation mais libre des droits du créancier garanti procédant à la réalisation et de tout réclamant concurrent de rang inférieur à celui dudit créancier. La même règle s'applique aux droits sur un bien grevé acquis par un créancier garanti qui se l'est fait attribuer à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie.

159. La loi devrait prévoir que, si un créancier garanti loue ou met sous licence un bien grevé sans saisir de tribunal ou d'autre autorité, conformément à la loi, un preneur à bail ou un titulaire de licence peut se prévaloir du bail ou de la licence pendant sa durée, sauf à l'encontre des droits qui ont priorité sur la sûreté réelle mobilière du créancier garanti procédant à la réalisation.

160. La loi devrait prévoir que, si le créancier garanti vend le bien grevé ou en dispose d'une autre manière, le loue ou le met sous licence d'une manière sans respecter la loi, un acquéreur, un preneur à bail ou un titulaire de licence de bonne foi acquiert les droits ou les prérogatives décrits dans les recommandations 158 et 159.

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

161. La loi devrait prévoir que:

a) Le créancier garanti peut choisir de réaliser une sûreté réelle mobilière grevant un bien rattaché à un bien immeuble conformément à la présente loi ou à la loi régissant la réalisation des droits réels sur les biens immeubles; et

b) Si une obligation est garantie à la fois par des biens meubles et des biens immeubles du constituant, le créancier garanti peut choisir de réaliser:

i) La sûreté réelle mobilière sur les biens meubles conformément à la présente loi et les droits réels sur les biens immeubles conformément à la loi régissant la réalisation des droits réels sur les biens immeubles; ou

ii) Les deux droits conformément à la loi régissant la réalisation des droits réels sur les biens immeubles.

B. Recommandations sur des biens particuliers

Application du chapitre sur les droits après défaillance aux transferts purs et simples de créances

162. La loi devrait prévoir que ses dispositions sur les droits après défaillance ne s'appliquent pas au recouvrement ou à la réalisation d'une autre manière d'une créance transférée purement et simplement, à l'exception:

a) De la recommandation 128 en cas de transfert pur et simple avec recours; et

b) Des recommandations 163 et 164.

Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur une créance

163. La loi devrait prévoir que, s'agissant d'une créance transférée purement et simplement, le cessionnaire est en droit de la recouvrer ou de la réaliser d'une autre manière. S'agissant d'une créance transférée à titre de garantie, le cessionnaire est en droit, sous réserve des recommandations 114 à 120, de la recouvrer ou de la réaliser d'une autre manière après défaillance, ou avant défaillance avec l'accord du cédant.

164. La loi devrait prévoir que le droit du cessionnaire de recouvrer ou de réaliser d'une autre manière une créance l'autorise à recevoir paiement au titre d'une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement de la créance ou à réaliser cette sûreté personnelle ou réelle d'une autre manière.

Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable

165. La loi devrait prévoir qu'après défaillance, ou avant défaillance avec l'accord du constituant, le créancier garanti est en droit, sous réserve de la recommandation 121, d'obtenir le paiement ou une autre forme d'exécution d'un instrument négociable grevé auprès d'une personne débitrice dans le cadre de cet instrument.

166. La loi devrait prévoir que le droit du créancier garanti d'obtenir le paiement ou une autre forme d'exécution d'un instrument négociable l'autorise à recevoir paiement au titre d'une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement de l'instrument ou à réaliser cette sûreté personnelle ou réelle d'une autre manière.

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

167. La loi devrait prévoir qu'après défaillance, ou avant défaillance avec l'accord du constituant, un créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire est fondé, sous réserve des recommandations 122 et 123, à obtenir paiement ou à exercer son droit au paiement des fonds d'une autre manière.

168. La loi devrait prévoir qu'un créancier garanti qui a le contrôle est fondé, sous réserve des recommandations 122 et 123, à réaliser sa sûreté réelle mobilière sans avoir à saisir un tribunal ou une autre autorité.

169. La loi devrait prévoir qu'un créancier garanti qui n'a pas le contrôle n'est fondé, sous réserve des recommandations 122 et 123, à obtenir paiement ou à réaliser la sûreté réelle mobilière d'une autre manière contre la banque dépositaire que sur décision d'un tribunal, à moins que la banque dépositaire n'en convienne autrement.

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

170. La loi devrait prévoir qu'après défaillance, ou avant défaillance avec l'accord du constituant, un créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant est fondé, sous réserve des

recommandations 124 à 126, à obtenir paiement ou à réaliser sa sûreté d'une autre manière sur ce produit.

Réalisation d'une sûreté réelle mobilière grevant un document négociable ou des biens meubles corporels représentés par un document négociable

171. La loi devrait prévoir qu'après défaillance, ou avant défaillance avec l'accord du constituant, le créancier garanti est fondé, sous réserve de la recommandation 127, à réaliser une sûreté réelle mobilière sur un document négociable à l'encontre de l'émetteur ou de toute autre personne débitrice dans le cadre de ce document.

Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un bien rattaché à un bien immeuble

172. La loi devrait prévoir qu'un créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur un bien rattaché à un bien immeuble n'est fondé à réaliser sa sûreté que si celle-ci a priorité sur des droits concurrents sur le bien immeuble. Un créancier titulaire d'un droit concurrent de rang inférieur sur le bien immeuble est fondé à rembourser l'obligation garantie par la sûreté réelle mobilière du créancier garanti procédant à la réalisation sur le bien rattaché. Ce dernier est responsable de tout dommage causé au bien immeuble par le fait de retirer le bien rattaché mais non par la diminution de sa valeur due uniquement à l'absence du bien rattaché.

XI. Insolvabilité

A. *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*[1]: définitions et recommandations

Définitions

12. c) "Actifs du débiteur": biens et droits du débiteur, notamment les droits sur des biens, en sa possession ou non, corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, y compris les droits sur des actifs grevés ou sur des actifs appartenant à des tiers;

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

12. bb) "*Lex fori concursus*": loi de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité;

12. cc) "*Lex rei sitae*": loi de l'État où se trouve l'actif;

12. j) "Compensation globale": compensation d'obligations monétaires ou non monétaires en vertu de contrats financiers;

---

[1] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.10.

12. l) "Convention de compensation globale": forme de contrat financier entre deux parties ou plus prévoyant une ou plusieurs des modalités suivantes:

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

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

iii) La compensation des montants calculés comme prévu à l'alinéa ii) de la présente définition au titre de deux conventions de compensation globale, ou plus[2];

12. ii) "Partie intéressée": toute partie sur les droits, obligations ou intérêts de laquelle une procédure d'insolvabilité ou des aspects particuliers d'une procédure d'insolvabilité ont des incidences, notamment le débiteur, le représentant de l'insolvabilité, un créancier, un actionnaire, un comité des créanciers, une autorité publique ou toute autre personne ainsi concernée. Ne devraient pas être considérées comme des parties intéressées les personnes ayant un intérêt lointain ou diffus sur lequel la procédure d'insolvabilité aurait des incidences;

12. tt) "Traitement préférentiel": opération au terme de laquelle un créancier obtient un avantage ou bénéficie d'un paiement irrégulier;

12. mm) "Priorité": droit d'une créance de primer une autre créance, lorsque ce droit naît par l'effet de la loi;

12. q) "Créance prioritaire": créance qui est payée avant le désintéressement de l'ensemble des créanciers chirographaires;

12. pp) "Protection de la valeur": mesures visant à maintenir la valeur économique des actifs grevés et des actifs appartenant à des tiers pendant la procédure d'insolvabilité (certaines législations parlent de "protection adéquate"). Une protection peut être assurée par des versements en espèces, la constitution d'une sûreté réelle sur des actifs de remplacement ou des actifs supplémentaires ou par d'autres moyens qui, de l'avis du tribunal, sont de nature à apporter la protection nécessaire;

12. ss) "Sûreté réelle": droit sur un actif garantissant le paiement ou autre exécution d'une ou de plusieurs obligations.

Recommandations

Principaux objectifs d'une loi sur l'insolvabilité efficace et effective

1. Pour élaborer et développer une loi sur l'insolvabilité efficace, il faudrait prendre en compte les principaux objectifs suivants:

---

[2] *Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international*, (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.04.V.14), article 5, alinéa l).

a) Sécuriser le marché pour promouvoir la stabilité et la croissance économiques;

b) Maximiser la valeur des actifs;

c) Établir un équilibre entre liquidation et redressement;

d) Garantir le traitement équitable des créanciers se trouvant dans la même situation;

e) Prévoir le règlement rapide, efficace et impartial de l'insolvabilité;

f) Préserver la masse de l'insolvabilité pour permettre une répartition équitable entre les créanciers;

g) Élaborer une loi sur l'insolvabilité transparente et prévisible qui contienne des mesures d'incitation pour la collecte et la diffusion d'informations; et

h) Reconnaître les droits des créanciers existants et établir des règles claires pour classer les créances prioritaires.

4. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, si une sûreté réelle est opposable et réalisable en vertu d'une autre loi, elle sera reconnue comme telle dans la procédure d'insolvabilité.

7. Pour concevoir une loi sur l'insolvabilité efficace et effective, il faudrait prendre en considération les éléments communs suivants:

a) à d) …

e) Protection de la masse de l'insolvabilité contre les actions des créanciers, contre le débiteur lui-même et contre le représentant de l'insolvabilité et, lorsque les mesures de protection s'appliquent aux créanciers garantis, manière dont la valeur économique de leurs sûretés réelles sera protégée pendant la procédure d'insolvabilité;

f) à r) …

Loi applicable à la validité et à l'opposabilité des droits et créances

30. La loi applicable à la validité et à l'opposabilité des droits et créances existant au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité devrait être déterminée par les règles de droit international privé de l'État où est ouverte cette procédure.

Loi applicable dans la procédure d'insolvabilité: lex fori concursus

31. La loi de l'État où est ouverte la procédure d'insolvabilité (*lex fori concursus*) devrait s'appliquer à tous les aspects de l'ouverture, du déroulement, de l'administration et de la conclusion de cette procédure et à ses effets, à savoir notamment:

a) à i) …

j) Le traitement des créanciers garantis;

k) à n) …

o) Le classement des créances;

p) à s) …

Actifs constituant la masse de l'insolvabilité

35. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la masse devrait comprendre notamment:

a) Les actifs du débiteur[3], y compris ses droits sur des actifs grevés et sur des actifs appartenant à des tiers;

b) Les actifs acquis après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité; et

c) …

Mesures provisoires[4]

39. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le tribunal peut prononcer, à la demande du débiteur, de créanciers ou de tiers, des mesures provisoires, lorsque celles-ci sont nécessaires pour protéger et préserver la valeur des actifs du débiteur[5] ou les intérêts des créanciers, entre le moment du dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et l'ouverture de la procédure[6]. Ces mesures peuvent notamment être les suivantes:

a) Interdire ou suspendre les mesures d'exécution contre les actifs du débiteur, y compris les mesures visant à rendre des sûretés réelles opposables aux tiers et la réalisation de sûretés réelles;

b) à d) …

Mesures applicables à l'ouverture de la procédure

46. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité[7]:

a) L'engagement d'actions ou de procédures individuelles[8] visant les actifs, les droits ou les obligations du débiteur est interdit et la poursuite desdites actions ou procédures est suspendue;

---

[3] La propriété des actifs serait déterminée conformément à la loi applicable en l'espèce, le terme "actifs" étant ici défini de manière large comme désignant des biens et des droits du débiteur, y compris des droits sur des actifs appartenant à des tiers.

[4] Le présent texte suit les dispositions correspondantes de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, voir article 19 (annexe III du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*).

[5] Les actifs visés aux alinéas a) à c) sont uniquement ceux qui entreraient dans la masse de l'insolvabilité une fois la procédure ouverte.

[6] La loi sur l'insolvabilité devrait indiquer à partir de quand prend effet une décision d'accorder des mesures provisoires, par exemple au moment où la décision est rendue, rétroactivement à partir du début du jour où la décision a été rendue ou à un autre moment précis (voir par. 44 du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*).

[7] Ces mesures prendraient généralement effet au moment où est rendue la décision d'ouverture.

[8] Voir article 20 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (annexe III du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*). Les actions et procédures individuelles mentionnées à l'alinéa a) de la recommandation 46 sont censées englober également les actions devant un

b) Les actions visant à rendre des sûretés réelles opposables aux tiers et à réaliser des sûretés réelles sont interdites ou suspendues[9];

c) Les mesures d'exécution ou autres voies de droit contre les actifs de la masse sont interdites ou suspendues;

d) Le droit d'un cocontractant de mettre fin à tout contrat conclu avec le débiteur est suspendu[10]; et

e) Le droit de transférer tout actif de la masse, de le grever ou d'en disposer autrement est suspendu[11].

Durée des mesures automatiquement applicables à l'ouverture de la procédure

49. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les mesures applicables à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité auront effet pendant toute cette procédure:

a) Jusqu'au prononcé de leur aménagement par le tribunal[12];

b) Dans une procédure de redressement, jusqu'à la prise d'effet d'un plan de redressement[13]; ou

c) S'agissant des créanciers garantis dans une procédure de liquidation, jusqu'à expiration d'une période fixe spécifiée par la loi[14], à moins que le tribunal ne proroge cette période s'il est montré que:

i) Une prorogation est nécessaire pour maximiser la valeur des actifs dans l'intérêt des créanciers; et

---

tribunal arbitral. Il ne sera pas toujours possible, toutefois, d'arrêter automatiquement une procédure arbitrale, par exemple lorsque celle-ci se déroule à l'étranger.

[9] Si une loi autre que la loi sur l'insolvabilité autorise l'accomplissement des formalités d'opposabilité dans un certain délai, il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité reconnaisse ce délai et autorise l'accomplissement des formalités en question si la procédure d'insolvabilité est ouverte avant l'expiration desdits délais. Lorsque la loi autre que la loi sur l'insolvabilité ne prévoit pas de tel délai, l'arrêt des poursuites applicable à l'ouverture aurait pour effet d'empêcher l'accomplissement des formalités d'opposabilité. (Pour plus de détails, voir par. 32 du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, et Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties.)

[10] Voir paragraphes 114 à 119 du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*. Cette recommandation ne vise pas à interdire qu'il soit mis fin à un contrat si celui-ci doit arriver à expiration à une date postérieure à celle de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

[11] S'agissant de la limitation du droit de transférer des actifs de la masse, de les grever ou d'en disposer autrement, une exception peut être prévue dans les cas où le débiteur est autorisé à continuer d'exploiter l'entreprise et peut transférer des actifs, les grever ou en disposer autrement dans le cours normal des affaires.

[12] L'aménagement devrait être prononcé pour les motifs indiqués dans la recommandation 51 du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*.

[13] Un plan peut prendre effet dès son approbation par les créanciers ou après son homologation par le tribunal, selon les conditions posées par la loi sur l'insolvabilité (voir chap. IV, par. 54 et suiv. du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*).

[14] L'arrêt des poursuites ne devrait s'appliquer aux créanciers garantis que pendant une courte période, de l'ordre de 30 à 60 jours, période qui devrait être clairement spécifiée dans la loi sur l'insolvabilité.

ii) Les créanciers garantis seront protégés contre une dépréciation de l'actif grevé sur lequel ils détiennent une sûreté réelle.

Protection contre la dépréciation des actifs grevés

50. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, sur demande faite au tribunal, un créancier garanti devrait avoir droit à la protection de la valeur des actifs sur lesquels il détient une sûreté réelle. Le tribunal peut prononcer les mesures de protection appropriées, qui peuvent notamment prendre la forme:

a) De versements en espèces effectués par la masse;

b) De la constitution de sûretés réelles supplémentaires; ou

c) D'autres moyens déterminés par le tribunal.

Aménagement des mesures applicables à l'ouverture de la procédure

51. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'un créancier garanti peut demander au tribunal de prononcer un aménagement des mesures applicables à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité pour certains motifs, dont notamment les suivants:

a) L'actif grevé n'est pas nécessaire à un éventuel redressement ou à une éventuelle cession de l'entreprise débitrice;

b) La valeur de l'actif grevé diminue du fait de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et le créancier garanti n'est pas protégé contre cette diminution; et

c) Dans le cas d'un redressement, aucun plan n'a été approuvé dans tout délai applicable.

Pouvoir d'utiliser les actifs de la masse et d'en disposer

52. La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser:

a) L'utilisation et la disposition des actifs de la masse (y compris des actifs grevés) dans le cours normal des affaires, à l'exception du produit en espèces; et

b) L'utilisation et la disposition des actifs de la masse (y compris des actifs grevés) en dehors du cours normal des affaires, sous réserve des conditions prévues dans les recommandations 55 et 58.

Constitution d'une nouvelle sûreté réelle sur des actifs grevés

53. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les actifs grevés peuvent être grevés d'une nouvelle sûreté réelle, sous réserve des conditions prévues dans les recommandations 65 à 67.

Utilisation d'actifs appartenant à des tiers

54. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le représentant de l'insolvabilité peut utiliser des actifs appartenant à des tiers et se trouvant en possession du débiteur sous réserve que soient remplies certaines conditions, notamment:

a) Que les droits des tiers soient protégés contre la diminution de la valeur des actifs; et

b) Que les frais, prévus au contrat, qui sont liés à la poursuite de l'exécution de ce dernier et à l'utilisation des actifs soient assimilés à une dépense afférente à l'administration de la procédure.

Faculté de vendre des actifs de la masse libres de toutes sûretés et autres droits réels

58. La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser le représentant de l'insolvabilité à vendre des actifs qui sont grevés de sûretés ou soumis à d'autres droits réels libres de ces sûretés et autres droits en dehors du cours normal des affaires, à condition:

a) Qu'il notifie la vente proposée aux titulaires des sûretés ou autres droits réels;

b) Que les titulaires aient la possibilité d'être entendus par le tribunal s'ils s'opposent à la vente proposée;

c) Qu'aucun aménagement de l'arrêt des poursuites n'ait été prononcé; et

d) Que la priorité des droits sur le produit de la vente des actifs soit préservée.

Utilisation du produit en espèces

59. La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser le représentant de l'insolvabilité à utiliser le produit en espèces et à en disposer si:

a) Le créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle sur ce produit en espèces consent à cette utilisation ou disposition; ou

b) Le créancier garanti a été avisé de l'utilisation ou de la disposition proposées et a eu la possibilité d'être entendu par le tribunal; et

c) Les droits du créancier garanti seront protégés contre la diminution de la valeur du produit en espèces.

Actifs constituant une charge

62. La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser le représentant de l'insolvabilité à décider du traitement des actifs constituant une charge pour la masse. En particulier, elle peut l'autoriser à renoncer à de tels actifs après que les créanciers en ont été avisés et ont eu la possibilité de s'opposer à l'action proposée, sauf lorsque le montant d'une créance garantie excède la valeur de l'actif grevé et que l'actif n'est pas nécessaire au redressement ou à la cession de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité, auquel cas la loi sur l'insolvabilité peut permettre au représentant de l'insolvabilité de renoncer à l'actif en faveur du créancier garanti sans en aviser les autres créanciers.

Garantie d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure

65. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre la constitution d'une sûreté réelle en garantie du remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, notamment d'une sûreté sur des actifs non grevés, y compris des actifs acquis après l'ouverture de la procédure, ou d'une sûreté de rang inférieur sur des actifs de la masse déjà grevés.

66. La loi[15] devrait spécifier qu'une sûreté réelle constituée sur des actifs de la masse pour garantir le remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure ne prime pas une sûreté réelle antérieure sur les mêmes actifs, sauf si le représentant de l'insolvabilité obtient l'accord du ou des créanciers garantis antérieurs ou s'il applique la procédure décrite dans la recommandation 67.

67. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsque le créancier garanti antérieur ne donne pas son accord, le tribunal peut autoriser la constitution d'une sûreté réelle primant les sûretés réelles antérieures, sous réserve que soient remplies certaines conditions, notamment:

a) Que la possibilité ait été donnée au créancier garanti antérieur d'être entendu par le tribunal;

b) Que le débiteur puisse prouver qu'il ne peut obtenir le financement par aucun autre moyen; et

c) Que les droits du créancier garanti antérieur soient protégés[16].

Effet de la conversion de la procédure sur le financement postérieur à son ouverture

68. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsqu'une procédure de redressement est convertie en liquidation, toute priorité accordée, dans le cadre du redressement, à un financement postérieur à l'ouverture de la procédure devrait continuer à être reconnue dans le cadre de la liquidation[17].

Clauses de résiliation automatique et de déchéance du terme

70. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que toute clause contractuelle prévoyant la résiliation automatique ou l'exécution anticipée d'un contrat dans l'un quelconque des cas suivants est inopposable au représentant de l'insolvabilité et au débiteur:

a) Demande d'ouverture ou ouverture d'une procédure d'insolvabilité;

b) Nomination d'un représentant de l'insolvabilité[18].

71. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les contrats qui sortent du champ d'application de la recommandation 70, comme les contrats financiers, ou sont soumis à des règles spéciales, comme les contrats de travail.

---

[15] Cette règle peut figurer dans une loi autre que la loi sur l'insolvabilité, auquel cas cette dernière devrait en mentionner l'existence.

[16] Voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, par. 63 à 69.

[17] Il n'est pas nécessaire que soit reconnu le même ordre de priorité. Par exemple, le financement postérieur à l'ouverture peut être primé par les créances afférentes à l'administration de la liquidation.

[18] Cette recommandation ne s'appliquerait qu'aux contrats dans lesquels de telles clauses pourraient être annulées (voir le commentaire sur les exceptions dans le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, par. 143 à 145) et n'entend pas être exclusive, mais établir un minimum: le tribunal devrait être en mesure d'examiner d'autres clauses contractuelles qui auraient pour effet de résilier un contrat lorsque surviennent des événements similaires.

Continuation ou rejet

72. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le représentant de l'insolvabilité peut décider de poursuivre l'exécution d'un contrat dont il a connaissance lorsque la continuation serait profitable à la masse de l'insolvabilité[19]. Elle devrait spécifier que:

a) Le droit de continuation s'applique au contrat dans son intégralité; et

b) La continuation a pour effet de rendre toutes les clauses du contrat exécutoires.

Exécution avant la continuation ou le rejet du contrat

80. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le représentant de l'insolvabilité peut accepter ou exiger du cocontractant qu'il exécute le contrat avant sa continuation ou son rejet. Les créances du cocontractant découlant de cette exécution devraient être assimilées à une dépense afférente à l'administration de la procédure:

a) Si le cocontractant a exécuté le contrat, le montant de cette dépense devrait correspondre au prix contractuel de l'exécution; ou

b) Si le représentant de l'insolvabilité utilise des actifs appartenant à un tiers qui sont en possession du débiteur soumis au contrat, ce tiers devrait être protégé contre la dépréciation de ces actifs et avoir une créance afférente à l'administration de la procédure conformément à l'alinéa a).

Annulation de sûretés réelles

88. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, bien qu'elle soit opposable et réalisable en vertu d'une autre loi, une sûreté réelle peut être soumise aux dispositions d'annulation qu'elle prévoit pour les mêmes motifs que d'autres opérations.

Contrats financiers

103. Une fois les contrats financiers du débiteur résiliés, la loi sur l'insolvabilité devrait permettre aux cocontractants de réaliser leurs sûretés réelles garantissant les obligations découlant de ces contrats. Les contrats financiers ne devraient pas être soumis à un éventuel arrêt des poursuites appliqué à la réalisation des sûretés par la loi sur l'insolvabilité.

---

[19] Sous réserve que l'arrêt automatique des poursuites s'applique pour empêcher la résiliation (consécutive à une clause de résiliation automatique) des contrats avec le débiteur, tous les contrats devraient être maintenus pour que le représentant de l'insolvabilité puisse examiner la possibilité de les poursuivre, à moins que la date d'expiration du contrat ne tombe après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

Participation des créanciers

126. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les créanciers, tant garantis que chirographaires, ont le droit de participer à la procédure d'insolvabilité et indiquer quelles fonctions ils peuvent remplir dans le cadre de cette participation.

Droit d'être entendu et de former un recours

137. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une partie intéressée a le droit d'être entendue dans le cadre de la procédure d'insolvabilité sur toute question qui porte atteinte à ses droits, obligations ou intérêts. Par exemple, une partie intéressée devrait être fondée:

a) À contester tout acte soumis à l'approbation du tribunal;

b) À demander au tribunal d'examiner tout acte pour lequel son approbation n'était pas nécessaire ou requise; et

c) À demander toute mesure dont elle peut se prévaloir dans la procédure d'insolvabilité.

Droit de faire appel[20]

138. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une partie intéressée peut faire appel de toute décision du tribunal prise dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité si cette décision porte atteinte à ses droits, obligations ou intérêts.

Plan de redressement

Approbation par classe

150. Lorsque, pour l'approbation du plan, il est procédé à un vote par classe, la loi sur l'insolvabilité devrait spécifier comment seront traités, aux fins de cette approbation, les résultats obtenus dans chaque classe. Différentes solutions sont possibles: par exemple, exiger l'approbation par toutes les classes ou l'approbation par une majorité spécifiée de classes, à condition toutefois qu'au moins une classe de créanciers dont les droits sont modifiés ou affectés approuve le plan.

151. Lorsque la loi sur l'insolvabilité n'exige pas l'approbation du plan par toutes les classes, elle devrait indiquer le traitement à réserver à celles qui ne votent pas en faveur du plan qui par ailleurs est approuvé par les classes requises. Ce traitement devrait être conforme aux conditions énoncées dans la recommandation 152.

---

[20] Conformément à ses principaux objectifs, la loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que les appels formés dans le cadre de la procédure d'insolvabilité ne devraient pas avoir d'effet suspensif sauf si le tribunal en décide autrement, afin que l'insolvabilité puisse être traitée et réglée de manière ordonnée, rapide et efficace sans interruption inutile. Les délais d'appel devraient être conformes à la loi généralement applicable, mais doivent être plus courts dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité pour éviter toute interruption de cette dernière.

Homologation d'un plan approuvé

152. Lorsque la loi sur l'insolvabilité exige qu'un plan approuvé soit homologué par le tribunal, elle devrait exiger que celui-ci homologue ce plan si les conditions suivantes sont remplies:

a) Les approbations requises ont été obtenues et le processus d'approbation a été régulier;

b) Les créanciers recevront au moins autant dans le cadre du plan que ce qu'ils auraient reçu en cas de liquidation, à moins qu'ils n'aient expressément accepté un traitement moins favorable;

c) Le plan ne comporte pas de dispositions contraires à la loi;

d) Les créances et dépenses afférentes à l'administration de la procédure seront intégralement payées, sauf dans la mesure où le créancier concerné accepte un traitement différent; et

e) Sauf dans la mesure où les classes concernées en sont convenues autrement, si une classe de créanciers a voté contre le plan, elle se verra reconnaître pleinement par celui-ci le rang que la loi sur l'insolvabilité lui accorde et la part qui lui revient en vertu du plan devrait être conforme à ce rang.

Contestation de l'approbation (lorsque aucune homologation n'est exigée)

153. Lorsqu'un plan devient contraignant après son approbation par les créanciers, sans qu'il doive être homologué par le tribunal, la loi sur l'insolvabilité devrait permettre aux parties intéressées, notamment au débiteur, d'en contester l'approbation. Elle devrait spécifier les critères permettant d'apprécier le bien-fondé de la contestation, parmi lesquels devraient figurer:

a) Le respect des conditions énoncées dans la recommandation 152; et

b) La fraude, auquel cas les dispositions de la recommandation 154 devraient s'appliquer.

Créances garanties

172. La loi sur l'insolvabilité devrait préciser si les créanciers garantis sont tenus de déclarer leurs créances.

Évaluation des créances garanties

179. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que le représentant de l'insolvabilité peut déterminer la fraction garantie et la fraction non garantie de la créance d'un créancier garanti en évaluant l'actif grevé.

Priorité des créances

Créances garanties

188. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les créances garanties devraient être remboursées sur les actifs grevés dans le cadre d'une liquidation ou d'un plan de redressement, sous réserve des créances ayant éventuellement un rang de priorité supérieur. Les créances ayant un rang de priorité supérieur à celui des créances

garanties devraient être limitées au minimum et clairement indiquées dans la loi sur l'insolvabilité. Lorsque la valeur de l'actif grevé est insuffisante pour rembourser la créance du créancier garanti, ce dernier peut participer en tant que créancier chirographaire ordinaire.

B. Recommandations supplémentaires du Guide sur les opérations garanties concernant l'insolvabilité

Loi applicable aux sûretés réelles mobilières dans une procédure d'insolvabilité

173. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir, comme l'énonce la recommandation 30 du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* que, nonobstant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, la constitution d'une sûreté réelle mobilière, son opposabilité, sa priorité et sa réalisation sont régies par la loi qui serait applicable en l'absence de procédure d'insolvabilité. La présente recommandation n'a toutefois pas d'incidence sur l'application de la loi sur l'insolvabilité de l'État où est ouverte la procédure d'insolvabilité (*lex fori concursus*) à des questions telles que l'annulation, le traitement des créanciers garantis, le classement des créances ou la répartition du produit, comme le prévoit la recommandation 31 du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que la recommandation 174 a été insérée dans le présent chapitre et non dans le chapitre sur les droits liés au financement d'acquisitions de sorte que toutes les questions relatives à l'insolvabilité soient traitées dans le chapitre sur l'insolvabilité. Il y a trois versions de la recommandation 174: une pour l'approche unitaire et deux pour l'approche non unitaire (avec et sans équivalence fonctionnelle)*.]

Biens grevés d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de leur acquisition (approche unitaire)

174. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, dans le cas d'une procédure d'insolvabilité visant le débiteur, les biens grevés d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de leur acquisition sont traités de la même manière que les biens grevés de sûretés réelles mobilières en général.

Biens soumis à un droit lié au financement de son acquisition (approche non unitaire)

Variante A

174. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, dans le cas d'une procédure d'insolvabilité visant le débiteur, les biens soumis à un droit lié au financement de leur acquisition sont traités comme des biens grevés d'une sûreté réelle mobilière en général.

Variante B

174. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, dans le cas d'une procédure d'insolvabilité visant un débiteur, les biens soumis à un droit lié au financement de

leur acquisition sont traités comme des biens appartenant à des tiers comme le prévoit le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*.

Créances ayant fait l'objet d'un transfert pur et simple avant l'ouverture de la procédure

175. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, si le débiteur effectue un transfert pur et simple d'une créance avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité dont il fait l'objet, la créance est traitée de la même manière que la loi sur l'insolvabilité traiterait un bien ayant été purement et simplement transféré par le débiteur avant l'ouverture de la procédure. Tout comme le transfert d'un autre bien par le débiteur avant l'ouverture de la procédure, le transfert pur et simple de la créance serait soumis aux règles d'annulation applicables de la loi sur l'insolvabilité.

Biens acquis après l'ouverture de la procédure

176. Sous réserve des dispositions de la recommandation 177, la loi sur l'insolvabilité devrait prévoir qu'un bien de la masse acquis après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité n'entre pas dans l'assiette d'une sûreté réelle mobilière constituée par le débiteur avant l'ouverture de la procédure.

177. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir qu'un bien de la masse acquis après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité visant le débiteur entre dans l'assiette d'une sûreté réelle mobilière constituée par ce dernier avant l'ouverture de la procédure si ce bien est le produit (en espèces ou sous une autre forme) d'un bien grevé qui lui appartenait avant l'ouverture de la procédure.

Clauses de résiliation automatique dans une procédure d'insolvabilité

178. Si la loi sur l'insolvabilité prévoit l'inopposabilité au représentant de l'insolvabilité ou au débiteur d'une clause contractuelle qui, à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou lors d'un autre événement lié à l'insolvabilité, met automatiquement fin à toute obligation découlant d'un contrat ou en accélère l'échéance, elle devrait prévoir aussi qu'une telle disposition ne rend pas inopposable ni n'invalide une clause contractuelle libérant un créancier d'une obligation de consentir un prêt ou d'octroyer un crédit ou d'autres facilités financières au profit du débiteur.

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière dans une procédure d'insolvabilité

179. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière est opposable au moment de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, des dispositions peuvent être prises après l'ouverture de la procédure pour conserver, préserver ou maintenir cette opposabilité dans la mesure et de la manière autorisées par la loi sur les opérations garanties.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière dans une procédure d'insolvabilité

180. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière est prioritaire en vertu d'une autre loi, cette priorité reste intacte dans une procédure d'insolvabilité sauf si, conformément à la loi sur l'insolvabilité, une autre créance se voit accorder la priorité. De telles exceptions devraient être limitées au minimum et

clairement énoncées dans la loi sur l'insolvabilité. La présente recommandation est soumise à la recommandation 188 du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*.

Effet d'un accord de cession de rang dans une procédure d'insolvabilité

181. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, si le titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur un bien entrant dans la masse de l'insolvabilité renonce unilatéralement ou conventionnellement à sa priorité en faveur de tout réclamant concurrent existant ou futur, cette renonciation a force obligatoire dans une procédure d'insolvabilité visant le débiteur.

Frais et dépenses liés au maintien de la valeur du bien grevé dans une procédure d'insolvabilité

182. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que le représentant de l'insolvabilité est en droit de recouvrer de manière prioritaire sur la valeur d'un bien grevé les frais et les dépenses (y compris, le cas échéant, les frais indirects) qu'il a raisonnablement engagés en vue de maintenir, de préserver ou d'accroître la valeur du bien grevé au profit du créancier garanti.

Évaluation des biens grevés dans une procédure de redressement

183. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, pour déterminer la valeur de liquidation de biens grevés dans une procédure de redressement, il faudrait tenir compte de l'utilisation de ces biens et des objectifs de l'évaluation. La valeur de liquidation de ces biens peut être fondée sur leur valeur d'exploitation.

XII. Droits liés au financement d'acquisitions

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que le présent chapitre contient deux ensembles de recommandations parallèles: le premier à l'intention des États qui souhaitent adopter une approche unitaire des sûretés réelles mobilières et le second à l'intention de ceux qui souhaitent adopter une approche non unitaire. Dans un souci de conserver une numérotation parallèle, certaines recommandations de l'approche unitaire ont été conservées dans l'approche non unitaire bien qu'elles répètent des règles générales et risquent donc d'être redondantes (voir les recommandations 185, 186, 188 et 197).*]

A. Approche unitaire des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions

Objet

Les dispositions de la loi relatives aux sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions ont pour objet:

a) De reconnaître l'importance et de faciliter l'utilisation du financement d'acquisitions en tant que source de crédit abordable, en particulier pour les petites et moyennes entreprises;

b) D'assurer l'égalité de traitement de tous les fournisseurs de financement d'acquisitions; et

c) De faciliter les opérations garanties en général en instaurant la transparence en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions.

Équivalence entre une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition et une sûreté réelle mobilière

184. La loi devrait prévoir que, aux fins de ses dispositions, une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition est une sûreté réelle mobilière. Par conséquent, ses dispositions régissant les sûretés réelles mobilières en général, complétées par ses dispositions portant spécifiquement sur les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions, devraient s'appliquer également à toutes les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions.

Constitution d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition

185. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition est constituée de la même manière qu'une sûreté réelle mobilière en vertu des recommandations 12 à 14.

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition

186. Sauf disposition contraire dans la recommandation 187, la loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition devient opposable de la manière prévue par ses dispositions régissant l'opposabilité des sûretés réelles mobilières sur le même type de biens grevés.

Exception à l'obligation d'inscription en ce qui concerne une sûreté réelle mobilière grevant des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition

187. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière grevant des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition est rendue opposable dès sa constitution.

Applicabilité des règles générales de priorité aux sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions

188. La loi devrait prévoir que, sous réserve des dispositions des recommandations 189 à 195, 198 et 199, ses dispositions générales sur la priorité s'appliquent aux sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant des biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition sur une sûreté grevant les mêmes biens non liée à leur acquisition qui a été inscrite antérieurement

189. La loi devrait prévoir que, sous réserve des dispositions de la recommandation 193, une sûreté réelle mobilière grevant des biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition a priorité sur une sûreté grevant les mêmes biens non liée à leur acquisition qui a été créée par le constituant (même si un avis concernant la seconde a été inscrit dans le registre général des sûretés avant que le soit un avis concernant la première), à condition que:

a) Le créancier garanti finançant l'acquisition reste en possession desdits biens; ou

b) Un avis relatif à la sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition soit inscrit dans un délai de [indiquer un délai bref, par exemple 20 ou 30 jours] après la remise des biens au constituant.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition sur une sûreté grevant les mêmes biens non liée à leur acquisition qui a été inscrite antérieurement

190. La loi devrait prévoir que, sous réserve des dispositions de la recommandation 193, une sûreté réelle mobilière grevant des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition a priorité sur une sûreté grevant les mêmes biens non liée à leur acquisition qui a été créée par le constituant.

Priorité entre des sûretés réelles mobilières concurrentes grevant les mêmes biens en garantie du paiement de leur acquisition

191. La loi devrait prévoir que la sûreté réelle mobilière d'un fournisseur de biens grevés en garantie du paiement de leur acquisition qui a été rendue opposable dans le délai indiqué à l'alinéa b) de la recommandation 189 a priorité sur toute autre sûreté réelle mobilière grevant les mêmes biens en garantie du paiement de leur acquisition.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant des stocks en garantie du paiement de leur acquisition sur une sûreté grevant des stocks du même type non liée à leur acquisition qui a été inscrite antérieurement

192. La loi devrait prévoir que, sous réserve des dispositions de la recommandation 193, une sûreté réelle mobilière grevant les stocks du constituant en garantie du paiement de leur acquisition a priorité sur une sûreté grevant des stocks du même type non liée à leur acquisition (même si la seconde est devenue opposable avant la première), à condition que:

a) Le créancier garanti finançant l'acquisition reste en possession desdits stocks; ou

b) Avant la remise des stocks au constituant:

i) Un avis concernant la sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition soit inscrit dans le registre général des sûretés; et

ii) Le créancier garanti finançant l'acquisition notifie au titulaire de la sûreté inscrite antérieurement par écrit son intention de conclure une ou plusieurs opérations de financement d'acquisitions concernant les stocks décrits dans la notification. La notification devrait décrire les stocks de façon suffisante pour informer le titulaire de la sûreté inscrite antérieurement des stocks dont l'acquisition est financée.

193. La loi devrait prévoir que la priorité prévue dans la recommandation 189, 190 ou 191 ne l'emporte pas sur celle prévue dans la recommandation 83 (inscription dans un registre spécialisé).

Priorité d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition sur le droit d'un créancier judiciaire

194. La loi devrait prévoir que, nonobstant la recommandation 90, une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition qui est rendue opposable pendant le délai prévu à l'alinéa b) de la recommandation 189 a priorité sur les droits d'un créancier chirographaire qui, avant que la sûreté n'ait été rendue opposable, en vertu d'une autre loi:

a) A obtenu un jugement ou une décision judiciaire provisoire contre un constituant après la constitution de la sûreté; et

b) A pris les mesures nécessaires pour acquérir des droits sur les biens grevés du constituant en raison de ce jugement ou de cette décision judiciaire provisoire.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant des biens rattachés à un bien immeuble en garantie du paiement de leur acquisition sur un droit réel inscrit antérieurement sur ce bien immeuble

195. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière grevant des biens meubles corporels devant être rattachés à un bien immeuble en garantie du paiement de leur acquisition, inscrite dans le registre immobilier dans un délai [spécifier un délai court, par exemple 20 à 30 jours] après que ces biens ont été rattachés, a priorité sur un droit réel existant sur le bien immeuble concerné (autre qu'un droit réel garantissant un prêt destiné à financer la construction de l'immeuble).

Une notification ou un avis suffit pour une ou plusieurs opérations de financement d'acquisitions entre les mêmes parties

196. La loi devrait prévoir qu'une notification unique adressée aux titulaires de sûretés réelles mobilières non liées à des acquisitions inscrites antérieurement, conformément à l'alinéa b) ii) de la recommandation 192, pourra couvrir des biens grevés acquis au moyen d'une ou de plusieurs opérations de financement d'acquisitions conclues entre les mêmes parties sans que ces opérations aient à être identifiées dans la notification. Cette notification ne devrait cependant produire d'effet que pour les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions constituées sur les biens meubles corporels remis dans un délai de [préciser le délai, par exemple cinq ans] après avoir été adressée.

197. La loi devrait prévoir que, conformément aux dispositions de la recommandation 66, l'inscription d'un seul avis suffit pour assurer l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition qui a été ou sera constituée par l'ensemble des opérations de financement d'acquisitions conclues entre les mêmes parties dans la mesure où elles portent sur des biens meubles corporels qui entrent dans la description figurant dans l'avis.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition grevant le produit de biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation

198. La loi devrait prévoir que la priorité, prévue dans la recommandation 189, d'une sûreté réelle mobilière grevant des biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition sur une sûreté grevant les mêmes biens non liée à leur acquisition qui a été inscrite antérieurement s'étend au produit de ces biens (y compris au produit du produit).

Priorité d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition grevant le produit de stocks

199. La loi devrait prévoir que la priorité, prévue dans la recommandation 192, d'une sûreté réelle mobilière grevant des stocks en garantie du paiement de leur acquisition sur une sûreté inscrite antérieurement grevant des stocks du même type s'étend au produit de ces stocks autres que des créances [, des instruments négociables, des fonds crédités sur un compte bancaire et l'obligation de payer en vertu d'un engagement de garantie indépendant] (y compris au produit du produit). Toutefois, le créancier garanti finançant l'acquisition doit adresser une notification aux parties octroyant un financement inscrites antérieurement qui détiennent une sûreté réelle mobilière sur des biens du même type que le produit avant le moment où naît le produit.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter qu'il est question ici d'un conflit de priorité entre une partie finançant l'acquisition de stocks qui revendique un droit sur les créances en tant que produit découlant des stocks et une partie octroyant un financement par cession de créances qui revendique les créances en tant que biens initialement grevés (si la créance est payée par chèque, toutes deux revendiquent un droit sur le chèque en tant que produit). Elle estimera peut-être que de la même manière que, pour des raisons de politique générale, les créances sont exclues de la superpriorité prévue dans cette recommandation, d'autres produits de stocks sous forme de droits à paiement tels que des instruments négociables, des fonds crédités sur un compte bancaire ou des obligations de payer en vertu d'un engagement de garantie indépendant, devraient l'être aussi. Si la Commission décide d'exclure tous ces types de produit, elle estimera peut-être que cette recommandation devrait être reformulée de manière à prévoir que la superpriorité d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition ne s'étend pas au produit de stocks. Le résultat serait conforme à l'approche adoptée dans la plupart des systèmes juridiques. En pareil cas, la Commission souhaitera peut-être supprimer la seconde phrase de cette recommandation.*]

Réalisation d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition

200. La loi devrait prévoir que ses dispositions sur les droits après défaillance s'appliquent à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition.

Loi applicable aux sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions

201. La loi devrait prévoir que ses dispositions sur le droit international privé s'appliquent aux sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions.

B. Approche non unitaire des droits liés au financement d'acquisitions

Objet (approche non unitaire)

Les dispositions de la loi relatives aux droits liés au financement d'acquisitions (notamment la réserve de propriété et le crédit-bail) ont pour objet:

a) De reconnaître l'importance et de faciliter l'utilisation des droits liés au financement d'acquisitions en tant que source de crédit abordable, en particulier pour les petites et moyennes entreprises;

b) D'assurer l'égalité de traitement à toutes les parties finançant une acquisition de la même manière qu'aux créanciers garantis finançant une acquisition et d'appliquer aux droits liés au financement d'acquisitions des règles qui produisent des résultats fonctionnellement équivalents à ceux que produit un régime régissant les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions dans une approche unitaire; et

c) De faciliter les opérations garanties en général en instaurant la transparence en ce qui concerne les droits liés au financement d'acquisitions.

Équivalence entre un droit lié au financement d'une acquisition et une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition

184. Les règles régissant différents types de droits liés au financement d'acquisitions devraient produire des résultats économiques qui soient fonctionnellement équivalents entre eux et, comme il est précisé dans les recommandations 185 à 201, fonctionnellement équivalents à ceux produits par les règles applicables aux sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions.

Constitution d'un droit lié au financement d'une acquisition

185. La loi devrait prévoir qu'un droit lié au financement d'une acquisition est constitué par une convention entre la partie bénéficiant du financement et la partie finançant l'acquisition qui, avant la remise des biens meubles corporels à la première, est conclue ou constatée par un écrit exprimant la volonté de la seconde d'être titulaire d'un tel droit.

185 *bis*. La loi devrait prévoir que, nonobstant l'existence d'un droit lié au financement d'une acquisition, une partie bénéficiant du financement a le pouvoir de consentir une sûreté réelle mobilière sur les biens meubles corporels soumis à ce droit.

Opposabilité d'un droit lié au financement d'une acquisition

186. Sauf disposition contraire dans la recommandation 193, la loi devrait prévoir qu'un droit lié au financement d'une acquisition est rendu opposable par inscription d'un avis le concernant dans le registre général des sûretés ou dans tout registre spécialisé approprié de la manière prévue par ses dispositions régissant l'opposabilité des sûretés réelles mobilières sur le même type de biens grevés.

Exception à l'obligation d'inscription en ce qui concerne un droit grevant des biens de consommation lié au financement de leur acquisition

187. La loi devrait prévoir qu'un droit grevant des biens de consommation lié au financement de leur acquisition est opposable dès sa constitution.

Applicabilité des règles générales de priorité aux droits liés au financement d'acquisitions

188. La loi devrait prévoir que, sous réserve des dispositions des recommandations 189 à 195, 198 et 199, les règles générales de priorité prévues dans les recommandations [à spécifier] s'appliquent non seulement dans l'approche unitaire, mais aussi aux droits liés au financement d'acquisitions dans l'approche non unitaire.

Priorité d'un droit grevant des biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation lié au financement de leur acquisition sur une sûreté réelle mobilière grevant les mêmes biens non liée à leur acquisition qui a été inscrite antérieurement

189. La loi devrait prévoir que, sous réserve des dispositions de la recommandation 193, un droit grevant des biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation lié au financement de leur acquisition a priorité sur une sûreté réelle mobilière grevant les mêmes biens non liée à leur acquisition qui a été créée par la partie bénéficiant du financement (même si un avis relatif à la sûreté a été inscrit dans le registre général des sûretés avant que le soit un avis concernant le droit), à condition que:

a) La partie finançant l'acquisition reste en possession desdits biens; ou

b) Un avis relatif au droit en question soit inscrit dans un délai de [indiquer un bref délai, par exemple 20 ou 30 jours] après la remise des biens à la partie bénéficiant du financement.

Priorité d'un droit grevant des biens de consommation lié au financement de leur acquisition sur une sûreté réelle mobilière grevant les mêmes biens non liée à leur acquisition qui a été inscrite antérieurement

190. La loi devrait prévoir que, sous réserve des dispositions de la recommandation 193, un droit grevant des biens de consommation lié au

financement de leur acquisition a priorité sur une sûreté réelle mobilière grevant les mêmes biens non liée à leur acquisition qui a été créée par la partie bénéficiant du financement.

Priorité entre des droits concurrents sur les mêmes biens liés au financement de leur acquisition

191. La loi devrait prévoir que le droit d'un fournisseur de biens meubles corporels lié au financement de leur acquisition ou sa sûreté réelle mobilière garantissant le paiement de leur acquisition a priorité sur tout autre droit lié au financement ou toute autre sûreté réelle mobilière garantissant le paiement de leur acquisition à condition d'avoir été rendu opposable pendant le délai indiqué à l'alinéa b) de la recommandation 189

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que la règle de priorité énoncée dans cette recommandation suppose que le guide contienne une recommandation explicite selon laquelle les prêteurs garantis qui financent l'acquisition de biens meubles corporels dans l'approche non unitaire devraient bénéficier, par rapport aux créanciers garantis généraux préexistants, d'une superpriorité équivalente à celle dont jouissent, dans cette même approche, les fournisseurs, qui conservent la propriété dans le cadre d'opérations de vente avec réserve de propriété et de crédit-bail. Cette recommandation pourrait être libellée comme suit:*

"La loi devrait prévoir que, dans un système non unitaire, un prêteur peut acquérir une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition ou un droit lié au financement d'une acquisition au moyen d'une cession de l'obligation garantie par un fournisseur. Si le prêteur acquiert une telle sûreté, les règles applicables aux sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions dans un système unitaire s'appliquent à cette sûreté. Si le prêteur acquiert un tel droit, les règles applicables aux droits liés au financement d'acquisitions dans le système non unitaire s'appliquent."

La Commission examinera peut-être si une telle superpriorité des créanciers garantis finançant une acquisition serait compatible avec le concept du système non unitaire. En cas d'incompatibilité, la recommandation 191 ainsi que l'alinéa b) de la section "objet" devraient être supprimés car inutiles. S'il y a compatibilité, il faudrait ajouter cette recommandation explicite. La Commission pourrait aussi examiner s'il faudrait également prévoir une autre recommandation permettant aux fournisseurs de prendre une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition, auquel cas ces derniers bénéficieraient du même traitement que les créanciers garantis et une approche non unitaire serait peut-être superflue.]

Priorité d'un droit grevant des stocks lié au financement de leur acquisition sur une sûreté réelle mobilière grevant des stocks du même type non liée à leur acquisition qui a été inscrite antérieurement

192. La loi devrait prévoir que, sous réserve des dispositions dans la recommandation 193, un droit lié au financement d'une acquisition grevant des stocks de la partie bénéficiant du financement a priorité sur une sûreté réelle mobilière grevant ses stocks du même type non liée à leur acquisition (même si la sûreté est devenue opposable avant le droit), à condition que:

a) La partie finançant l'acquisition reste en possession desdits stocks; ou

b) Avant la remise des stocks à la partie bénéficiant du financement:

i) Un avis concernant le droit en question soit inscrit dans le registre général des sûretés; et

ii) La partie finançant l'acquisition notifie par écrit au titulaire de la sûreté inscrite antérieurement son intention de conclure une ou plusieurs opérations de financement d'acquisitions concernant les stocks. La notification devrait décrire les stocks de façon suffisante pour informer le titulaire de la sûreté des stocks dont l'acquisition est financée.

Application des règles de priorité en cas d'inscription dans un registre spécialisé

193. La loi devrait prévoir que la priorité prévue dans la recommandation 189, 190 ou 192 ne l'emporte pas sur celle prévue dans la recommandation 83 (inscription dans un registre spécialisé).

Priorité d'un droit lié au financement d'une acquisition sur le droit d'un créancier judiciaire

194. La loi devrait prévoir que, nonobstant la recommandation 90, un droit lié au financement d'une acquisition qui est rendu opposable pendant le délai prévu à l'alinéa b) de la recommandation 189 a priorité sur les droits d'un créancier chirographaire qui, avant que le droit n'ait été rendu opposable, en vertu d'une autre loi:

a) A obtenu un jugement contre une partie bénéficiant du financement après la constitution du droit; et

b) A pris les mesures nécessaires pour acquérir des droits sur les biens concernés de la partie bénéficiant du financement en raison de ce jugement.

Priorité d'un droit grevant des biens rattachés à un bien immeuble lié au financement de leur acquisition sur un droit réel inscrit antérieurement grevant ce bien immeuble

195. La loi devrait prévoir qu'un droit sur des biens meubles corporels devant être rattachés à un bien immeuble lié au financement de leur acquisition qui est inscrit sur le registre immobilier dans un délai de [spécifier un délai bref, par exemple 20 à 30 jours] après que ces biens ont été rattachés, a priorité sur un droit réel existant sur le bien immeuble concerné (autre qu'un droit réel garantissant un prêt destiné à financer la construction de l'immeuble).

Une notification ou un avis suffit pour une ou plusieurs opérations de financement d'acquisitions entre les mêmes parties

196. La loi devrait prévoir qu'une notification unique adressée aux titulaires de sûretés réelles mobilières non liées à des acquisitions inscrites antérieurement, conformément à l'alinéa b) ii) de la recommandation 192, peut couvrir des biens meubles corporels transférés au moyen d'une ou de plusieurs opérations de financement d'acquisitions conclues entre les mêmes parties sans que chaque opération ait à être identifiée dans la notification. Cette dernière ne devrait

cependant produire d'effet que pour les droits liés au financement d'acquisitions constitués sur des biens meubles corporels remis dans un délai de [préciser le délai, par exemple cinq ans] après avoir été adressée.

197. La loi devrait prévoir que, conformément aux dispositions de la recommandation 66, l'inscription d'un seul avis suffit pour assurer l'opposabilité d'un droit lié au financement d'une acquisition qui a été ou sera constitué par l'ensemble des opérations de financement d'acquisitions conclues entre les mêmes parties dans la mesure où elles portent sur des biens meubles corporels qui entrent dans la description figurant dans l'avis.

Priorité d'un droit lié au financement d'une acquisition grevant le produit de biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation

198. La loi devrait prévoir que la priorité, prévue dans la recommandation 189, d'un droit grevant des biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation lié au financement de leur acquisition s'étend au produit de ces biens (y compris au produit du produit).

Priorité d'un droit lié au financement d'une acquisition grevant le produit de stocks

199. La loi devrait prévoir que la priorité d'un droit lié au financement d'une acquisition grevant des stocks, prévue dans la recommandation 192, s'étend au produit de ces stocks autre que des créances [des instruments négociables, des fonds crédités sur un compte bancaire et l'obligation de payer en vertu d'un engagement de garantie indépendant] (y compris au produit du produit). Toutefois, la partie finançant l'acquisition doit adresser une notification aux créanciers garantis inscrits antérieurement qui détiennent une sûreté réelle mobilière sur des biens du même type que le produit avant le moment où naît ce dernier.

Droits après défaillance dans le cadre d'un droit lié au financement d'une acquisition

200. La loi devrait prévoir pour la réalisation, après défaillance, des droits liés au financement d'acquisitions des règles indiquant:

a) Comment la partie finançant l'acquisition peut obtenir la possession des biens grevés;

b) Si elle peut être tenue de disposer des biens grevés et, dans l'affirmative, comment;

c) Si elle peut, en tant que vendeur, conserver tout excédent; et

d) Si elle peut poursuivre la partie bénéficiant du financement en paiement de tout solde restant dû.

200 *bis*. En ce qui concerne les droits après défaillance dans le cas d'un droit lié au financement d'une acquisition, la loi devrait prévoir que:

a) Les mêmes principes et objectifs que ceux énoncés dans ses dispositions relatives aux droits après défaillance pour les sûretés réelles mobilières s'appliquent même si les règles donnant effet à ces principes et objectifs sont différentes dans le contexte des droits liés au financement d'acquisitions; et

b) Afin de produire des résultats fonctionnellement équivalents, les dispositions sur les droits après défaillance dans le cas d'un droit lié au financement d'une acquisition dans un régime actuel devraient être modifiées pour qu'elles s'accordent autant que possible avec les dispositions de la loi sur les sûretés réelles mobilières, et des divergences dans les dispositions sur les droits après défaillance ne devraient être permises que dans la mesure nécessaire pour préserver la cohérence du régime de la propriété.

200 *ter*. La loi devrait prévoir que les droits après défaillance dans le cas d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition sont régis par des règles qui, sous réserve de l'alinéa b) de la recommandation 200 *bis*, produisent des résultats fonctionnellement équivalents à ceux que produisent les dispositions de la loi régissant les droits après défaillance dans le cas d'un droit lié au financement d'une acquisition.

Loi applicable aux droits liés au financement d'acquisitions

201. La loi devrait prévoir que ses dispositions sur le droit international privé s'appliquent aux droits liés au financement d'acquisitions.

XIII. Droit international privé*

Objet

Les règles de droit international privé ont pour objet de déterminer la loi applicable à chacune des questions suivantes: la constitution d'une sûreté réelle mobilière; les droits et obligations du créancier garanti et du constituant avant défaillance; l'opposabilité de la sûreté; sa priorité sur les droits des réclamants concurrents; et sa réalisation.

A. Recommandations générales

Loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels

202. La loi devrait prévoir que, sauf disposition contraire dans les recommandations 203 et 207, la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels, son opposabilité et sa priorité sur les droits des réclamants concurrents sont régies par la loi de l'État dans lequel se trouve le bien grevé. Toutefois, lorsqu'il s'agit de sûretés sur un type de biens meubles corporels habituellement utilisé dans plusieurs États, elle devrait prévoir que ces questions sont régies par la loi de l'État où se trouve le constituant. [Pour les sûretés sur le type de biens meubles corporels mentionné dans la phrase précédente qui est soumis à un système d'inscription sur un registre spécialisé ou à un système de certificat de propriété, la loi devrait prévoir que ces questions sont régies par la loi de l'État sous l'autorité duquel le registre est tenu ou le certificat de propriété est émis, si le

* Les recommandations qui suivent ont été élaborées en étroite collaboration avec la Conférence de La Haye de droit international privé.

registre prévoit l'inscription des sûretés réelles mobilières ou l'annotation des sûretés réelles mobilières sur le certificat de propriété est autorisée.]

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être examiner s'il faudrait ajouter une recommandation prévoyant explicitement que la loi du lieu de destination du document devrait s'appliquer en cas de conflit de priorité entre un créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière avec dépossession sur un document négociable et un créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière sans dépossession sur les biens meubles corporels représentés par le document*.]

Loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels en transit et des biens meubles corporels destinés à l'exportation

203. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels (autres que des instruments ou documents négociables) en transit ou devant être exportés depuis l'État où ils se trouvent au moment de la constitution de la sûreté peut être constituée et être rendue opposable conformément à la loi de l'État où les biens se trouvent initialement comme le prévoit la recommandation 202 ou conformément à la loi de l'État de leur destination finale, à condition qu'ils parviennent dans cet État dans un délai bref de [à spécifier] jours à compter de la date de la constitution de la sûreté.

Loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles incorporels

204. La loi devrait prévoir que la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles incorporels, son opposabilité et sa priorité sur les droits des réclamants concurrents sont régies par la loi de l'État dans lequel se trouve le constituant.

Loi applicable aux créances nées de la vente ou de la location d'un immeuble ou d'une convention constitutive de sûreté concernant cet immeuble

205. La loi devrait prévoir que la loi de l'État dans lequel est situé le cédant régit la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une créance née de la vente ou de la location d'un immeuble, ou d'une convention constitutive de sûreté concernant un immeuble, ainsi que son opposabilité et sa priorité sur les droits des réclamants concurrents. Toutefois, un conflit de priorité avec les droits d'un tiers concurrent inscrits dans le registre immobilier de l'État dans lequel est situé l'immeuble est régi par la loi de cet État.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être limiter la portée de la recommandation 205 aux cas où la loi de l'État du registre prévoit que l'inscription des droits d'un réclamant concurrent a une incidence sur la priorité. La loi du constituant devrait continuer à s'appliquer si l'inscription dans le registre foncier n'a aucune incidence sur les questions de priorité*.]

Loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire

206. Sauf disposition contraire dans la recommandation 207, la loi devrait prévoir que la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, son opposabilité, sa priorité sur les droits des

réclamants concurrents, les droits et obligations de la banque dépositaire concernant la sûreté et sa réalisation sont régis:

Variante A

par la loi de l'État où la banque qui tient le compte bancaire a son établissement. Si celle-ci a des établissements dans plusieurs États, il est fait référence au lieu où se trouve la succursale qui tient le compte.

Variante B

par la loi de l'État expressément indiquée dans la convention de compte comme régissant celle-ci ou, si la convention de compte désigne expressément une autre loi applicable à toutes ces questions, cette autre loi. Toutefois, la loi désignée conformément à la phrase précédente ne s'applique que si la banque dépositaire a, au moment de la conclusion de la convention de compte, un établissement dans cet État qui exerce à titre habituel une activité de tenue de comptes bancaires. Si la loi applicable n'est pas déterminée conformément aux deux phrases précédentes, elle doit l'être conformément à des règles supplétives fondées sur l'article 5 de la Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire.

Loi applicable à l'opposabilité par inscription d'une sûreté réelle mobilière sur certains types de biens

207. La loi devrait prévoir que, si l'État où se trouve le constituant reconnaît l'inscription comme une méthode permettant de rendre opposable une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable ou un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, sa loi détermine si l'opposabilité d'une sûreté sur ce bien grevé a été assurée par inscription conformément à sa législation.

Loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant

208. La loi devrait prévoir que la loi de l'État spécifiée dans l'engagement de garantie indépendant du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée régit:

a) Les droits et obligations du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée qui a reçu une demande d'acceptation ou qui a effectué ou pourrait effectuer un paiement, ou qui a fourni ou pourrait fournir une autre prestation, au titre de l'engagement;

b) Le droit de réaliser une sûreté réelle mobilière sur le produit de l'engagement de garantie indépendant à l'encontre d'un garant/émetteur d'un confirmateur ou d'une personne désignée; et

c) Sauf dans la mesure où la recommandation 210 en dispose autrement, l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit de l'engagement de garantie indépendant et sa priorité sur les droits des réclamants concurrents.

209. Si la loi applicable n'est pas spécifiée dans l'engagement de garantie indépendant du garant/émetteur ou du confirmateur, la loi régissant les questions mentionnées dans la recommandation 208 est celle de l'État où se trouve la

succursale ou l'établissement du garant/émetteur ou du confirmateur qui est indiqué dans l'engagement. Cependant, dans le cas d'une personne désignée, la loi applicable est celle de l'État où se trouve la succursale ou l'établissement de la personne désignée qui a effectué ou pourrait effectuer un paiement, ou qui a fourni ou pourrait fournir une autre prestation, au titre de l'engagement.

210. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant est constituée et rendue opposable automatiquement en raison de la constitution et de l'opposabilité d'une sûreté sur une créance, un instrument négociable ou un autre bien meuble incorporel, dont cet engagement garantit le paiement ou une autre forme d'exécution, la constitution et l'opposabilité de la sûreté sur le produit de l'engagement sont régies par la loi de l'État dont la loi régit la constitution et l'opposabilité de la sûreté sur la créance, l'instrument négociable ou l'autre bien meuble incorporel.

Loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur le produit

211. La loi devrait prévoir:

a) Que la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur le produit est régie par la loi de l'État dont la loi régit la constitution de la sûreté sur le bien initialement grevé dont découle le produit; et

b) Que l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit et sa priorité sur les droits des réclamants concurrents sont régies par la loi de l'État dont la loi régit l'opposabilité et la priorité sur les droits des réclamants concurrents d'une sûreté sur les biens initialement grevés du même type que le produit.

Loi applicable aux droits et obligations du constituant et du créancier garanti

212. La loi devrait prévoir que les droits et obligations réciproques du constituant et du créancier garanti concernant la sûreté réelle mobilière, qu'ils découlent de la convention constitutive de sûreté ou de la loi, sont régis par la loi qu'ils ont choisie et, en l'absence de choix, par la loi régissant cette convention.

Loi applicable aux droits et obligations des tiers débiteurs et des créanciers garantis

213. La loi devrait prévoir que les questions suivantes sont régies par la loi de l'État dont la loi régit une créance, un instrument négociable ou un document négociable:

a) Les rapports entre le débiteur de la créance et le cessionnaire de la créance, entre un débiteur dans le cadre d'un instrument négociable et le titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur cet instrument, ou entre l'émetteur d'un document négociable et le titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur ce document;

b) Les conditions dans lesquelles la cession de la créance, une sûreté réelle mobilière sur l'instrument négociable ou une sûreté réelle mobilière sur le document négociable peut être opposée au débiteur de la créance, au débiteur dans le cadre de l'instrument négociable ou à l'émetteur du document négociable (y compris le point de savoir si une convention d'incessibilité peut être invoquée par ces derniers); et

c) La question de savoir si le débiteur de la créance, le débiteur dans le cadre de l'instrument négociable ou l'émetteur du document négociable ont été libérés de leurs obligations.

Loi applicable à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière

214. La loi devrait prévoir que les questions touchant la réalisation d'une sûreté réelle mobilière:

a) Sur des biens meubles corporels sont régies par la loi de l'État où a lieu la réalisation; et

b) Sur des biens meubles incorporels sont régies par la loi de l'État dont la loi régit la priorité d'une sûreté réelle mobilière.

La présente recommandation est soumise à la recommandation 173 sur la loi applicable aux sûretés réelles mobilières dans une procédure d'insolvabilité

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être examiner si la réalisation des sûretés réelles mobilières sur des biens meubles tant corporels qu'incorporels devrait être soumise à la loi régissant la priorité. Le lieu de la réalisation d'une sûreté sur un bien meuble corporel serait dans la plupart des cas le lieu de situation de ce bien et la loi de cet État régirait la priorité. De même, le lieu de la réalisation d'une sûreté sur un bien meuble incorporel serait le lieu de situation du constituant et la loi de cet État régirait la priorité*.]

Signification du "lieu de situation" du constituant

215. La loi devrait prévoir que, aux fins de ses dispositions sur le droit international privé, le constituant est situé dans l'État où il a son établissement. Si le constituant a des établissements dans plus d'un État, l'établissement pertinent est celui où s'exerce son administration centrale. S'il n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.

Moment devant servir de référence pour déterminer le lieu de situation

216. La loi devrait prévoir que:

a) Sous réserve de l'alinéa b) de la présente recommandation, le lieu de situation des biens ou du constituant dans les dispositions de la présente loi relatives au droit international privé désigne, pour les questions de constitution, leur lieu de situation au moment où la sûreté réelle mobilière a été créée et, pour les questions d'opposabilité et de priorité, leur lieu de situation au moment où ces questions se posent;

b) Si tous les droits des réclamants concurrents sur un bien grevé ont été constitués et rendus opposables avant que le lieu de situation du bien ou du constituant ne change, le lieu de situation du bien ou du constituant (selon le cas dans les recommandations du présent chapitre) dans les dispositions de la présente loi relatives au droit international privé désigne pour les questions d'opposabilité et de priorité, leur lieu de situation avant ce changement.

Exclusion du renvoi

217. La loi devrait prévoir que la référence dans ses dispositions relatives au droit international privé à la "loi" d'un autre État en tant que loi régissant une question désigne la loi en vigueur dans cet État à l'exception de ses règles de droit international privé.

Ordre public et lois de police

218. La loi devrait prévoir que:

a) L'application de la loi déterminée conformément à ses dispositions relatives au droit international privé ne peut être écartée par le for que si elle conduit à un résultat manifestement contraire à l'ordre public du for;

b) Un for peut appliquer les dispositions de sa propre loi qui, quelles que soient les règles de droit international privé, s'imposent même aux situations internationales; et

c) Les dispositions de la loi du for ne peuvent être appliquées à l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière ou à sa priorité sur les droits des réclamants concurrents en vertu des règles énoncées aux alinéas a) et b) de la présente recommandation, sauf si la loi du for est la loi applicable en vertu des dispositions de la présente loi relatives au droit international privé.

B. Règles spéciales lorsque la loi applicable est celle d'un État à plusieurs unités

219. La loi devrait prévoir que, pour l'application des recommandations du présent chapitre aux situations où l'État dont la loi régit une question est un État à plusieurs unités:

a) Sous réserve de l'alinéa b) de la présente recommandation, les références à la loi d'un État à plusieurs unités désignent la loi de l'unité territoriale concernée (déterminée en fonction du lieu de situation du constituant ou d'un bien grevé ou autrement conformément aux recommandations du présent chapitre) et, dans la mesure où elle est applicable dans ladite unité, la loi de l'État à plusieurs unités concerné;

b) Si la loi en vigueur dans une unité territoriale d'un État à plusieurs unités désigne la loi d'une autre unité territoriale de cet État comme étant la loi régissant l'opposabilité ou la priorité, la loi qui régit cette question est la loi de cette autre unité territoriale.

220. La loi devrait prévoir que si, conformément à ses dispositions sur le droit international privé, la loi applicable est la loi d'un État à plusieurs unités ou de l'une de ses unités territoriales, les règles de conflit internes en vigueur dans cet État détermineront si ce sont les règles de droit matériel de cet État ou d'une unité territoriale particulière de cet État qui s'appliquent.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être fusionner l'alinéa b) de la recommandation 219 et la recommandation 220 au motif que le premier est couvert quant au fond par la seconde.*]

221. La loi devrait prévoir que, si le titulaire du compte et la banque dépositaire ont convenu que la loi applicable est la loi d'une unité territoriale d'un État à plusieurs unités:

a) La référence à "l'État" dans la première phrase de la recommandation 206 (variante B) vise cette unité territoriale;

b) La référence à "cet État" dans la deuxième phrase de la recommandation 206 (variante B) vise l'État à plusieurs unités concerné.

222. La loi devrait prévoir que la loi d'une unité territoriale s'applique si:

a) Dans les recommandations 206 (variante B) et 221, la loi désignée est celle d'une unité territoriale d'un État à plusieurs unités;

b) Conformément au droit de cet État, la loi d'une unité territoriale s'applique uniquement si la banque dépositaire a un établissement dans cette unité territoriale qui remplit la condition prévue à la deuxième phrase de la recommandation 206 (variante B); et

c) La règle énoncée à l'alinéa b) de la présente recommandation est en vigueur au moment où la sûreté réelle mobilière sur le compte bancaire est constituée.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que les recommandations 221 et 22, qui suivent le libellé des paragraphes 1 et 4 respectivement de l'article 12 de la Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire, pourraient être nécessaires si elle décidait de conserver la variante B de la recommandation 206.*]

XIV. Transition

Objet

Les dispositions de la loi sur la transition ont pour objet d'assurer une transition équitable et efficace entre le régime antérieur à l'adoption de la loi et le régime postérieur.

Date d'entrée en vigueur

223. La loi devrait spécifier soit une date, postérieure à son adoption, à compter de laquelle elle entrera en vigueur ("date d'entrée en vigueur") soit un mécanisme permettant de spécifier cette date.

Inapplicabilité de la loi aux questions faisant l'objet d'une procédure judiciaire ou en cas de réalisation

224. La loi devrait prévoir qu'elle ne s'applique pas aux questions qui, à sa date d'entrée en vigueur, ont été soumises à une procédure judiciaire (ou à un système de règlement des litiges comparable). Si la réalisation d'une sûreté réelle mobilière a commencé avant la date d'entrée en vigueur, elle peut se poursuivre en vertu de la loi en vigueur immédiatement avant cette date.

Constitution d'une sûreté réelle mobilière

225. La loi devrait prévoir que l'existence d'une sûreté réelle mobilière constituée conformément à la loi en vigueur immédiatement avant la date d'entrée en vigueur est déterminée par cette loi.

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière

226. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière rendue opposable conformément à la loi en vigueur immédiatement avant la date d'entrée en vigueur reste opposable jusqu'au moment où elle cesse d'être opposable en vertu de la loi en vigueur immédiatement avant cette date d'entrée en vigueur ou jusqu'à expiration d'une période de [spécifier la durée de la période transitoire] après la date d'entrée en vigueur ("la période transitoire") si cette période est plus courte. Si, pendant cette période d'opposabilité, ou une période plus longue prévue dans la recommandation 227, le créancier garanti prend toutes mesures nécessaires pour rendre la sûreté opposable conformément à la présente loi, son opposabilité est continue.

227. La loi devrait prévoir que la date à laquelle la sûreté a été rendue opposable ou a fait l'objet d'un avis inscrit, selon le cas, est la date à laquelle cette sûreté a été rendue opposable ou a fait l'objet d'un avis inscrit en vertu de la loi en vigueur immédiatement avant la date d'entrée en vigueur. Cette règle s'applique aux fins de déterminer le rang de priorité d'une sûreté réelle mobilière qui était opposable en vertu de la loi en vigueur immédiatement avant la date d'entrée en vigueur et qui continue d'être opposable en vertu de la présente loi.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière

228. Sous réserve des recommandations 229 et 230, la loi devrait prévoir que la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur le droit d'un réclamant concurrent est régie par elle.

229. La loi devrait prévoir que la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur le droit d'un réclamant concurrent est déterminée par la loi en vigueur immédiatement avant la date d'entrée en vigueur si:

a) La sûreté et le droit sont tous deux constitués avant la date d'entrée en vigueur; et

b) La situation n'a changé pour aucun des deux depuis la date d'entrée en vigueur.

230. La situation d'une sûreté réelle mobilière a changé si:

a) Elle était opposable à la date de l'entrée en vigueur conformément à la recommandation 226 et a cessé de l'être ensuite; ou

b) Elle n'était pas opposable à la date de l'entrée en vigueur et l'est devenue ensuite.

A/CN.9/631/Add.1 [Original: anglais]

Note du Secrétariat sur les recommandations du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa douzième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
Introduction		1-19
A.	Objet du Guide	1-12
B.	Terminologie et règles d'interprétation	13-19
I.	Principaux objectifs d'un régime efficace en matière d'opérations garanties	20-31
A.	Promouvoir le crédit garanti	21
B.	Permettre l'utilisation de la valeur intrinsèque totale de différents types de biens à titre de garantie dans des opérations garanties aussi diverses que possible	22
C.	Permettre aux parties d'obtenir des sûretés réelles mobilières de manière simple et efficace	23
D.	Assurer l'égalité de traitement des diverses sources de crédit et de diverses formes d'opérations garanties	24
E.	Valider les sûretés réelles mobilières sans dépossession	25
F.	Renforcer la prévisibilité et la transparence concernant les droits ayant une fonction de sûreté en prévoyant l'inscription d'un avis dans un registre général des sûretés	26
G.	Établir des règles de priorité claires et prévisibles	27
H.	Faciliter l'exercice des droits des créanciers de manière prévisible et efficace	28
I.	Établir un équilibre entre les intérêts des personnes concernées	29
J.	Reconnaître l'autonomie des parties	30
K.	Harmoniser les lois sur les opérations garanties, y compris les règles de droit international privé	31
II.	Champ d'application et autres règles générales	32-77
A.	Champ d'application	32-54
1.	Biens, parties, obligations, sûretés et autres droits	33-40
2.	Transferts purs et simples de créances	41-45

3. Aéronefs, matériel roulant ferroviaire, objets spatiaux, navires, valeurs mobilières et propriété intellectuelle 46-50

4. Biens immeubles 51-52

5. Produit de types de bien exclus 53

6. Autres exceptions 54

B. Autres règles générales 55-56

1. Autonomie des parties 55

2. Communications électroniques 56

C. Exemples de pratiques de financement visées par le Guide 57-77

1. Financement de l'acquisition de stocks et de matériel 58-63

2. Financement au moyen d'un crédit permanent garanti par des stocks et des créances 64-66

3. Affacturage 67-69

4. Titrisation 70-72

5. Financement par des prêts à terme 73-75

6. Transfert de la propriété à titre de garantie 76

7. Opérations de cession-bail 77

D. Recommandations . . . . . .

III. Mécanismes fondamentaux en matière de sûretés 78-141

A. Remarques générales 78-141

1. Introduction 78-81

2. Instruments traditionnellement conçus pour servir de sûreté mobilière . . . 82-115

a) Les sûretés sur les biens meubles corporels 82-108

b) Les sûretés sur les biens meubles incorporels 109-115

3. L'utilisation de la propriété à titre de sûreté 116-130

a) Le transfert de propriété 117-121

b) La réserve de propriété 122-130

4. Approche intégrée et fonctionnelle en matière de sûretés 131-141

B. Recommandations . . . . . .

IV. Constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties) 142-247

A. Remarques générales 142-227

1. Introduction 142-147

2. Constitution d'une sûreté réelle mobilière 148-160

3. Éléments essentiels d'une convention constitutive de sûreté 161-165

4. Forme d'une convention constitutive de sûreté 166-169

5. Obligations pouvant faire l'objet d'une convention constitutive de sûreté . 170-179

6. Biens pouvant faire l'objet d'une convention constitutive de sûreté 180-200

a) Biens futurs 181-185

b) Biens exclus 185-187

c) Identification des biens 188-190

d) Sûreté réelle mobilière sur l'ensemble des biens d'un constituant . . . 191-199

e) Responsabilité du créancier garanti en cas de perte ou de dommage causés par des biens grevés 200

7. Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur le produit 201-215

a) Notion de produit 201-206

b) Assiette d'une sûreté réelle mobilière sur le produit 207-213

c) Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur le produit 214-215

8. Produit mélangé 216-218

9. Biens meubles corporels mélangés 219-221

10. Biens meubles corporels mélangés pour former une masse ou un produit fini 222

11. Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un bien rattaché 223-225

12. Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une masse ou un produit fini 226-227

B. Recommandations sur des biens particuliers 228-247

1. Efficacité d'une cession globale de créances et d'une cession de créances futures, de fractions de créances ou d'un droit indivis sur des créances . . . 228

2. Efficacité d'une cession de créances faite en dépit d'une clause d'incessibilité 229-232

3. Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une sûreté personnelle ou réelle garantissant une créance, un instrument négociable ou tout autre bien meuble incorporel 233-244

4. Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant 245-246

5. Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable ou sur des biens meubles corporels représentés par un document négociable . 247

C. Recommandations . . . . . .

Introduction

A. Objet du Guide

1. Le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties (ci-après "le Guide" ou "le présent Guide") a pour objet d'aider les États à élaborer des lois modernes sur les opérations garanties (c'est-à-dire les opérations constituant une sûreté réelle sur des biens meubles; pour la définition d'"opération garantie", voir le paragraphe 19 ci-après) afin de promouvoir l'offre de crédit garanti. Il s'adresse aux États qui n'ont pas actuellement de lois efficaces et effectives dans ce domaine, aussi bien qu'à ceux qui en ont déjà, mais qui souhaitent les revoir ou les moderniser, ou encore les harmoniser ou les coordonner avec celles d'autres États.

2. Le Guide part du principe que des lois rationnelles sur les opérations garanties peuvent offrir des avantages économiques considérables aux États qui les adoptent, notamment inciter des prêteurs et d'autres fournisseurs de crédit nationaux et étrangers à octroyer des financements, promouvoir le développement et la croissance des entreprises nationales (en particulier des petites et moyennes entreprises) et, d'une façon générale, accroître les échanges. De telles lois procurent également des avantages aux consommateurs en abaissant le coût des biens et des services et en facilitant l'accès au crédit à la consommation. Pour porter leurs fruits, elles doivent s'appuyer sur des systèmes judiciaires et d'autres mécanismes d'application efficaces et effectifs, mais également être étayées par des lois sur l'insolvabilité respectant les droits qu'elles confèrent (voir le *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*)[1].

3. Le Guide s'efforce de transcender les différences entre régimes juridiques pour proposer des solutions pragmatiques et éprouvées qui peuvent être acceptées et appliquées dans des États ayant des traditions juridiques divergentes. Il vise l'élaboration de lois procurant des avantages économiques concrets aux États qui les adoptent. Il est possible que les États aient à supporter des dépenses prévisibles, toutefois limitées, pour élaborer et appliquer de telles lois, mais la vaste expérience accumulée montre que ces dépenses devraient être largement compensées par les avantages à court et à long terme qui seront obtenus.

4. Toutes les entreprises – qu'il s'agisse de fabricants, de distributeurs, de prestataires de services ou de détaillants – ont besoin d'un fonds de roulement pour fonctionner, se développer et être compétitives. Des études réalisées par des organisations telles que la Banque internationale pour la reconstruction et le développement ("Banque mondiale"), le Fonds monétaire international, la Banque asiatique de développement et la Banque européenne pour la reconstruction et le développement ("BERD") ont démontré que l'octroi de crédits garantis est l'un des moyens les plus efficaces de doter les entreprises commerciales d'un fonds de roulement.

5. L'efficacité d'un crédit garanti réside dans la possibilité qu'il offre aux entreprises d'utiliser la valeur intrinsèque de leurs biens afin de réduire le risque des créanciers, ceux-ci pouvant en effet accéder aux actifs grevés pour se faire

---

[1] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.10.

rembourser en cas de non-paiement de l'obligation garantie. Dès lors que le risque de non-paiement est réduit, l'offre de crédit tend à augmenter et le coût du crédit à diminuer.

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

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

8. Afin de promouvoir au mieux l'offre de crédit garanti, le Guide propose que les lois sur les opérations garanties soient structurées de manière à permettre aux entreprises de tirer le plus grand parti possible de la valeur intrinsèque de leurs biens meubles pour obtenir des crédits. À cet égard, il adopte deux des concepts fondamentaux sur lesquels reposent des lois efficaces en matière d'opérations garanties, à savoir la priorité et l'opposabilité. Le concept de priorité, qui permet la coexistence de sûretés réelles mobilières de rangs différents sur les mêmes biens, donne la possibilité à une entreprise de tirer le plus grand parti possible de la valeur de ses biens en grevant ceux-ci pour garantir des crédits obtenus auprès de plusieurs créanciers à la fois, des règles transparentes permettant à chaque créancier de connaître le rang de sa sûreté. Le concept d'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière, sous la forme d'un système permettant, entre autres, l'enregistrement d'un avis de manière rapide et peu onéreuse, vise à favoriser la sécurité juridique en ce qui concerne la détermination du rang de priorité de chaque créancier et, partant, à réduire les risques et les coûts associés aux opérations garanties.

9. Le régime juridique envisagé dans le Guide est un régime purement interne. Le Guide est destiné aux législateurs nationaux qui envisagent de réformer la législation interne sur les opérations garanties. Cependant, du fait que, dans les opérations garanties, les parties et les biens concernés se trouvent souvent dans des États différents, il traite également de la reconnaissance des sûretés réelles mobilières et des mécanismes de garantie reposant sur la propriété, comme la réserve de propriété sur des biens meubles corporels et le crédit-bail, qui sont valablement créés dans d'autres États. Une telle reconnaissance constituerait une amélioration sensible pour les bénéficiaires de ces sûretés et mécanismes par rapport aux lois actuellement en vigueur dans de nombreux États, dans lesquelles ces bénéficiaires perdent souvent leurs droits lorsqu'un bien grevé sort du pays, et

contribuerait largement à encourager les créanciers à accorder des crédits dans des opérations internationales, ce qui pourrait renforcer le commerce international.

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

11. Dans le même esprit, le Guide répond également aux préoccupations qui ont été exprimées au sujet des crédits garantis. On a dit par exemple que le fait de donner à un créancier un droit prioritaire sur la totalité ou la quasi-totalité des biens d'une personne risquait de limiter la capacité de cette dernière à obtenir un financement auprès d'autres sources. On a dit aussi qu'un créancier garanti pouvait exercer une influence sur une entreprise, puisqu'il avait la faculté, en cas de défaillance, de saisir ou de menacer de saisir les biens grevés. On a dit encore que, dans certains cas, les créanciers garantis risquaient de prendre la plupart ou la totalité des biens d'une personne insolvable et de laisser peu de choses aux créanciers chirographaires, qui n'étaient pas en mesure de négocier une sûreté sur ces biens. Le Guide examine ces préoccupations et, lorsqu'elles semblent fondées, propose des solutions équilibrées.

12. Le Guide s'inspire des travaux de la CNUDCI et d'autres organisations, en particulier des textes suivants: Loi modèle de la BERD sur les sûretés, finalisée en 1994; Principes fondamentaux de la BERD d'un droit moderne des sûretés, élaborés en 1997; Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des sûretés, élaboré en 1997; étude sur la réforme des lois relatives aux opérations garanties en Asie, réalisée par la Banque asiatique de développement en 2000[2]; Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (Convention des Nations Unies sur la cession)[3], adoptée en 2001; Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, adoptée en 2001, et les protocoles s'y rapportant; Convention sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire, adoptée

---

[2] Voir *Law and Policy Reform at the Asian Development Bank 2000*, vol. I (Manille, Banque asiatique de développement, avril 2000).

[3] Ibid., numéro de vente: F.04.V.14.

par la Conférence de La Haye de droit international privé en 2001; Loi type interaméricaine de l'Organisation des États américains (OEA) relative aux sûretés mobilières, élaborée en 2002; *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*, finalisé en 2004; et l'avant-projet de Convention d'Unidroit sur l'harmonisation des règles de droit matériel applicables aux titres intermédiés.

B. Terminologie et règles d'interprétation

13. Le Guide adopte une certaine terminologie pour exprimer les concepts qui sont à la base d'un régime efficace en matière d'opérations garanties. Cette terminologie n'est empruntée à aucun système juridique particulier. Même lorsqu'un terme se trouve être identique à celui employé dans une loi nationale, le Guide n'entend pas adopter le sens qu'il revêt dans cette loi. Il fournit au contraire des définitions donnant un sens précis à chaque terme clef. Il importe de noter que de nombreuses définitions ont aussi pour effet de délimiter le champ des recommandations du Guide qui utilisent ces termes. Certaines recommandations utilisent des termes qu'elles définissent et certains termes définis dans le présent chapitre sont précisés dans les recommandations où elles figurent. Ainsi, le champ et le contenu de chaque recommandation dépendent du sens du terme défini employé.

14. L'approche consistant à employer des termes définis a pour but de faciliter une communication précise, indépendante de tout système juridique national particulier, et de permettre aux lecteurs du Guide d'en comprendre les recommandations de manière uniforme, grâce à un vocabulaire et à un cadre conceptuel communs. Les définitions devront être lues attentivement et il conviendra de s'y rapporter toutes les fois que les termes définis seront rencontrés.

15. Bien que les termes ne soient pas eux-mêmes un élément impératif des recommandations du Guide, les lois fondées sur ce dernier comprendront généralement des définitions spécifiques des termes qu'elles utilisent. Même si ces termes diffèrent de ceux du Guide, on pourra néanmoins utiliser les définitions données dans la section "Terminologie". Cela évitera de modifier involontairement le fond et augmentera au maximum les chances d'une compréhension uniforme, dès le début, des termes employés et par conséquent d'une interprétation uniforme dès la date d'entrée en vigueur de la nouvelle législation. L'emploi des termes et, ce qui est plus important, des définitions données dans le Guide encouragera aussi l'harmonisation de la loi régissant les sûretés.

16. La conjonction "ou" n'est pas exclusive; le singulier inclut le pluriel et vice-versa; les mots "inclure", "comprendre" et leurs équivalents ne signifient pas que les énumérations qu'ils introduisent sont exhaustives; le verbe "peut" exprime la permission et le verbe "devrait" une instruction; et les formules "tel que", "par exemple" et "notamment" doivent être interprétées de la même manière que le verbe "inclure" et ses équivalents. Le terme "créanciers" devrait être interprété comme désignant à la fois les créanciers de l'État adoptant et les créanciers étrangers, sauf indication contraire. Le terme "personne" devrait être interprété comme désignant à la fois les personnes physiques et les personnes morales, sauf indication contraire.

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

voudront peut-être modifier leur législation en insérant en divers endroits des règles particulières. Le Guide désigne l'ensemble des règles recommandées, quelle que soit la méthode retenue pour leur application, par les termes "la loi" ou "la présente loi".

18. Le Guide emploie également les termes "loi" et "droit" dans différents contextes. Sauf indication expresse contraire, dans l'ensemble du Guide a) les termes "loi" ou "droit" désignent aussi bien le droit législatif que le droit non législatif; b) les termes "loi" ou "droit" désignent la loi interne ou le droit interne, sauf les règles de droit international privé (afin d'éviter le renvoi); c) l'expression "loi autre que la loi sur les opérations garanties" désigne l'ensemble des lois d'un État (qu'il s'agisse du droit matériel ou du droit procédural) à l'exception de celle qui régit les opérations garanties (qu'elle préexiste au Guide ou ait été adoptée ou modifiée depuis peu conformément aux recommandations du Guide); d) l'expression "la loi régissant les instruments négociables" désigne non seulement une loi ou un ensemble de lois particuliers que l'on appellerait "loi sur les instruments négociables", mais inclut également le droit des contrats et tout autre droit général qui pourrait être applicable aux opérations ou situations où intervient un instrument négociable (la même règle s'applique aux expressions similaires); et e) le terme "loi sur l'insolvabilité" a lui aussi une acception très large, mais fait référence uniquement au droit qui pourrait être applicable après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

19. On trouvera ci-après la liste des principaux termes qui sont employés et le sens fondamental qui leur est donné dans le Guide. Ce sens est précisé dans les chapitres suivants où apparaissent les termes. Ces chapitres définissent et emploient en outre d'autres termes (comme c'est le cas notamment du chapitre XI sur l'insolvabilité; voir A/CN.9/631/Add.8). Les définitions doivent être lues conjointement avec les recommandations où figurent les termes:

a) Le terme "acceptation" en ce qui concerne le produit d'un engagement de garantie indépendant signifie que le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée qui effectuera un paiement ou fournira une autre prestation suite au tirage de l'engagement de garantie indépendant, unilatéralement ou conventionnellement:

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

ii) S'est engagé à payer le créancier garanti ou à lui fournir une prestation suite à une demande de paiement ("tirage") de l'engagement;

b) Le terme "argent" désigne la monnaie actuellement autorisée par un État comme ayant cours légal. Elle n'englobe pas les fonds crédités sur un compte bancaire ou les instruments négociables, tels que les chèques;

c) Le terme "bien grevé" désigne un bien meuble corporel ou incorporel sur lequel porte une sûreté réelle mobilière;

d) Le terme "biens de consommation" désigne des biens meubles corporels que le constituant utilise ou entend utiliser à des fins personnelles, familiales ou domestiques;

e) Le terme “biens meubles corporels” désigne notamment les stocks, le matériel, les biens rattachés, les instruments négociables, les documents négociables et l’argent;

f) Le terme “biens meubles incorporels” désigne notamment les droits incorporels, les créances et les droits à l’exécution d’obligations autres que des créances;

g) Le terme “biens rattachés à des biens immeubles” désigne des biens meubles corporels qui sont physiquement attachés à des biens immeubles au point que, même s’ils n’ont pas perdu leur identité distincte, ils sont traités comme des immeubles en vertu de la loi de l’État où se trouvent ces biens immeubles;

h) Le terme “biens rattachés à des biens meubles” désigne des biens meubles corporels qui sont physiquement attachés à d’autres biens meubles corporels au point que, même s’ils n’ont pas perdu leur identité distincte, ils sont traités comme faisant partie de ces biens meubles en vertu d’une loi autre que la présente loi;

i) Le terme “cédant” désigne la personne qui cède une créance;

j) Le terme “cession” désigne la constitution d’une sûreté réelle mobilière sur une créance et comprend le transfert pur et simple d’une créance. La constitution d’une sûreté réelle mobilière sur une créance comprend le transfert pur et simple en garantie;

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

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

m) Le terme “compte bancaire” désigne un compte tenu par une banque sur lequel des fonds peuvent être déposés ou crédités. Il inclut les comptes chèques ou autres comptes courants, les comptes d’épargne ou les comptes à terme. Il n’inclut pas une créance contre la banque constatée par un instrument négociable;

Le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire comprend le droit au paiement de fonds transférés sur un compte interne de la banque qui ne sont pas affectés au règlement d’obligations dues à la banque. Les fonds transférés à la banque à titre de remboursement anticipé d’une obligation de paiement futur que la banque a acceptée dans le cours normal de ses activités sont également visés dans la mesure où la personne ayant donné des instructions à la banque a droit à ces fonds si la banque n’effectue pas ce paiement futur;

n) Le terme “confirmateur” désigne une banque ou une autre personne qui ajoute son propre engagement de garantie indépendant à celui du garant/émetteur;

Comme à l’alinéa e) de l’article 6 de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by[4] (“Convention des Nations

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

Unies sur les garanties et les stand-by”), une confirmation donne au bénéficiaire la possibilité de demander paiement au confirmateur, au lieu du garant/émetteur, conformément aux conditions de l’engagement confirmé;

o) Le terme “connaissance” désigne la connaissance effective;

p) Le terme “constituant” désigne une personne qui constitue une sûreté réelle mobilière sur un ou plusieurs de ses biens en faveur d’un créancier garanti pour garantir sa propre obligation ou celle d’une autre personne (voir la définition du terme “débiteur de la créance”). Dans l’approche unitaire, le terme “constituant” d’une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d’une acquisition désigne un acheteur dans le cadre d’une vente avec réserve de propriété, un acheteur dans le cadre d’une location-vente, un crédit-preneur ou un constituant dans une opération de prêt finançant le prix d’achat. Étant donné que les recommandations générales du Guide s’appliquent non seulement aux sûretés sur des créances mais également aux transferts à titre de garantie et aux transferts purs et simples de créances, il désigne également ici, sauf indication contraire, le “cédant” (voir la définition du terme “débiteur”);

q) Le terme “contrat initial” désigne, dans le contexte d’une cession, le contrat entre le cédant et le débiteur de la créance d’où naît la créance. Pour les créances non contractuelles, il désigne la source non contractuelle de la créance;

r) Le “contrôle” d’un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire existe:

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

ii) Si la banque dépositaire a conclu avec le constituant et avec le créancier garanti un accord de contrôle constaté par un enregistrement authentifié dans lequel elle est convenue de suivre les instructions du créancier garanti concernant le paiement de fonds crédités sur le compte bancaire sans que le constituant ait à donner son consentement; ou

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

Une banque dépositaire n’est pas obligée de conclure un accord de contrôle. D’autre part, les droits d’un créancier garanti seront soumis aux droits et obligations que la loi et la pratique régissant les comptes bancaires confèrent à la banque dépositaire. En outre, un accord de contrôle ne peut être conclu sans le consentement du constituant (et de la banque dépositaire) et le constituant conserve le droit de disposer des fonds se trouvant sur le compte bancaire jusqu’à ce que le créancier garanti donne à la banque dépositaire d’autres instructions (bien que, dans certains accords de contrôle, les fonds soient bloqués dès la conclusion de l’accord). Ce point vise les situations où a) un compte existant est transféré au créancier garanti, b) le créancier garanti convient avec le constituant que les fonds seront déposés sur un compte qui sera ouvert ultérieurement et c) le créancier garanti est seul titulaire du compte (autrement dit, il n’est pas un simple cotitulaire);

s) Le “contrôle” du produit d’un engagement de garantie indépendant existe:

i) Automatiquement, dès la constitution de la sûreté réelle mobilière, si le créancier garanti est le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée; ou

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

t) Le terme "convention constitutive de sûreté" désigne une convention entre un constituant et un créancier, quelle qu'en soit la forme ou l'appellation, qui crée une sûreté réelle mobilière;

u) Le terme "créance" désigne un droit au paiement d'une obligation monétaire à l'exclusion des droits à paiement attestés par un instrument négociable, de l'obligation de payer en vertu d'un engagement de garantie indépendant et de l'obligation pour une banque de verser des fonds crédités sur un compte bancaire;

v) Le terme "créancier garanti" désigne un créancier titulaire d'une sûreté réelle mobilière. S'agissant d'une créance, il désigne le cessionnaire de la créance (voir la définition du terme "cession ");

w) Le terme "créancier garanti finançant l'acquisition" désigne, dans l'approche tant unitaire que dans l'approche non unitaire, un créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition et englobe, dans l'approche unitaire, un vendeur réservataire, un crédit-bailleur, un bailleur dans le cadre d'une location-vente ou une autre partie finançant l'acquisition;

x) Le terme "crédit-bail" désigne un bail à la fin de la durée duquel:

i) Le preneur devient automatiquement propriétaire des biens meubles corporels autres que des instruments ou documents négociables objets du bail;

ii) Le preneur peut acquérir les biens objets du bail en payant tout au plus un prix symbolique; ou

iii) Les biens meubles corporels objets du bail ont tout au plus une valeur résiduelle symbolique.

Le terme inclut un accord de location-vente.

y) Le terme "débiteur" désigne une personne qui doit exécuter l'obligation garantie et inclut les débiteurs subsidiaires, tels que les garants de l'obligation. Le débiteur peut être ou non la personne qui consent la sûreté réelle mobilière à un créancier garanti (voir la définition du terme "constituant");

z) Le terme "débiteur de la créance" désigne une personne tenue de payer une créance. Il inclut un garant ou une autre personne responsables à titre subsidiaire du paiement de la créance;

Un garant dans le cadre d'une garantie accessoire n'est pas seulement débiteur de la créance, dont il a garanti le paiement, mais aussi débiteur de la créance qui est constituée par la garantie, étant donné qu'une garantie est elle-même une créance (autrement dit, il y a deux créances);

aa) Le terme "document négociable" désigne un document représentatif d'un droit à la remise de biens meubles corporels, tel qu'un récépissé d'entrepôt ou un

connaissement, qui satisfait aux conditions de négociabilité prévues par la loi régissant les documents négociables;

bb) Le terme “droit de réserve de propriété”, uniquement employé dans l’approche non unitaire, désigne le droit du vendeur sur des biens meubles corporels autres que des instruments ou documents négociables découlant d’un arrangement avec l’acheteur en vertu duquel les biens meubles corporels ne sont pas transférés à l’acheteur tant que n’a pas été remboursée la fraction non payée de leur prix d’achat;

cc) Le terme “droit lié au financement d’une acquisition”, employé uniquement dans l’approche non unitaire, désigne l’un quelconque des droits suivants:

i) Un droit de réserve de propriété;

ii) Le droit d’un bailleur dans le cadre d’un crédit-bail;

iii) La propriété retenue et les droits connexes découlant d’un arrangement qui permet à une personne d’acquérir la possession ou l’utilisation de biens meubles corporels autres que des instruments ou documents négociables et en vertu duquel la propriété de ces biens n’est pas irrévocablement attribuée à la personne qui les possède ou les utilise tant que le prix n’est pas payé ou à moins que le prix soit payé; et

iv) Un droit découlant d’un arrangement par lequel un créancier qui a octroyé un crédit pour permettre à une personne d’acquérir la possession ou l’utilisation de biens meubles corporels autres que des instruments ou documents négociables se réserve le droit de devenir le propriétaire irrévocable de ces biens à titre d’exécution de l’obligation de remboursement;

dd) Le terme “émetteur” d’un document négociable désigne la personne qui est tenue de remettre les biens meubles corporels représentés par le document conformément à la loi régissant les documents négociables;

Dans le cas d’un connaissement “multimodal” (s’il est considéré comme un document négociable par la loi applicable), l’”émetteur” peut être une personne qui sous-traite plusieurs parties du transport à d’autres personnes mais qui assume la responsabilité du transport et de tout dommage qui pourrait survenir pendant celui-ci;

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

ff) Le terme “garant/émetteur” désigne une banque ou une autre personne qui émet un engagement de garantie indépendant;

gg) Le terme “instrument négociable” désigne un instrument représentatif d’un droit à paiement, tel qu’un chèque, une lettre de change ou un billet à ordre,

qui satisfait aux conditions de négociabilité prévues par la loi régissant les instruments négociables;

hh) Le terme “masse de l’insolvabilité” désigne les biens et les droits du débiteur qui sont soumis au contrôle ou à la surveillance du représentant de l’insolvabilité et qui font l’objet de la procédure d’insolvabilité;

ii) Les termes “masse ou produit fini” désignent des biens meubles corporels autres que de l’argent qui sont physiquement associés ou unis à d’autres biens meubles corporels au point qu’ils ont perdu leur identité distincte;

jj) Le terme “matériel” désigne des biens meubles corporels utilisés par une personne dans l’exploitation de son entreprise;

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

ll) Les termes “notification” et “avis” désignent une communication par écrit;

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

nn) Le terme “opération garantie” désigne une opération constituant une sûreté réelle (par opposition à personnelle) sur des biens meubles (par opposition à immeubles);

oo) Le terme “partie bénéficiant du financement d’une acquisition”, employé uniquement dans l’approche non unitaire, désigne la personne dont le droit sur les biens est soumis à un droit lié au financement de leur acquisition et englobe, de ce fait, un acheteur dans le cadre d’une vente avec réserve de propriété, un crédit-preneur ou un créancier dans le cadre de toute autre opération de financement d’acquisitions;

pp) Le terme “partie finançant l’acquisition”, employé uniquement dans l’approche non unitaire, désigne une personne titulaire d’un droit lié au financement d’une acquisition (et englobe, de ce fait, un vendeur réservataire, un crédit-bailleur et le créancier dans le cadre d’opérations de location-vente, ou un créancier dans le cadre de toute autre opération de financement d’acquisitions et de toute autre opération décrite aux sous-alinéas iii) et iv) de la définition c));

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

rr) Le terme “possession”, sauf tel qu’il est employé dans les recommandations 29 et 52 à 54 en ce qui concerne l’émetteur d’un document négociable, désigne la possession effective de biens meubles corporels par une personne, ou un mandataire ou un employé de cette personne, ou une personne indépendante qui accepte de les détenir pour cette personne. Il n’inclut pas la possession virtuelle, fictive, supposée ou symbolique;

ss) Le terme “priorité” désigne le droit d’une personne d’obtenir l’avantage économique de sa sûreté réelle mobilière sur un bien grevé par préférence à un réclamant concurrent;

tt) Le terme “procédure d’insolvabilité” désigne une procédure collective, judiciaire ou administrative, menée conformément à la loi sur l’insolvabilité en vue du redressement ou de la liquidation de l’entreprise du débiteur;

uu) Le terme “produit” désigne tout ce qui est reçu en relation avec des biens grevés, y compris ce qui est reçu d’une vente ou d’un autre acte de disposition, d’un recouvrement, d’une location ou d’une mise sous licence d’un bien grevé, le produit du produit, les fruits civils et naturels, les dividendes, les répartitions, les indemnités d’assurance et les créances nées de vices, d’un dommage ou d’une perte de biens grevés;

vv) Le terme “produit d’un engagement de garantie indépendant” désigne le droit de recevoir un paiement dû, une traite acceptée, un paiement différé souscrit ou un autre article de valeur, que doit dans chaque cas payer ou remettre le garant/émetteur, le confirmateur ou une personne désignée fournissant une prestation au titre de ce tirage. Il englobe également le droit de demander l’achat par une banque négociatrice d’un instrument négociable ou d’un document suivant une présentation conforme. Il ne désigne pas:

i) Le droit de tirer un engagement de garantie indépendant (c’est-à-dire de demander paiement); ni

ii) Ce qui est reçu après que l’engagement de garantie indépendant a été honoré ou après disposition du produit d’un engagement de garantie indépendant (à savoir le produit découlant du recouvrement ou de la disposition du produit d’un engagement de garantie indépendant);

Cette définition fait référence au “produit d’un engagement de garantie indépendant”, suivant ainsi la terminologie généralement utilisée dans le droit et la pratique des engagements de garantie indépendants. Tel qu’employé dans le Guide, ce terme désigne le droit du constituant, en tant que bénéficiaire d’un engagement de garantie indépendant, de recevoir tout paiement effectué ou autre prestation donnée au titre de l’engagement à condition que le bénéficiaire fasse une présentation conforme aux conditions dudit engagement. Il ne désigne pas le produit lui-même, c’est-à-dire ce qui est effectivement reçu après que le tirage a été honoré par le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée (la réception par le bénéficiaire d’une prestation d’une banque négociatrice ne devrait pas être assimilée à l’acte d’honorer ou de disposer) ou après disposition du droit au produit d’un engagement de garantie indépendant.

Le terme “produit d’un engagement de garantie indépendant” désigne un droit de recevoir même si le mot “produit”, tel qu’employé dans le droit et la pratique des engagements indépendants, peut renvoyer soit au droit de recevoir soit à tout ce qui est reçu au titre de l’engagement et même si le “produit” désigne, dans d’autres parties du Guide, tout ce qui est reçu. Une sûreté sur le produit d’un engagement de garantie indépendant (en tant que bien initialement grevé) diffère d’une sûreté sur le “produit” (concept clef du Guide) de biens visés par le Guide;

ww) Le terme “propriété intellectuelle” désigne les droits d’auteur, les marques, les brevets, les marques de service, les secrets de fabrique, les dessins et

modèles et tout autre bien considéré comme de la propriété intellectuelle par le droit interne de l'État adoptant ou par un accord international auquel il est partie;

xx) Le terme "réclamant concurrent" désigne:

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

ii) Dans l'approche non unitaire des droits liés au financement d'acquisitions, le vendeur, le crédit-bailleur ou autre partie finançant l'acquisition du même bien grevé qui en est resté propriétaire;

iii) Un autre créancier du constituant ayant un droit sur le même bien grevé (par exemple, de plein droit, par saisie conservatoire, saisie exécutoire ou par une procédure similaire);

iv) Le représentant de l'insolvabilité en cas d'insolvabilité du constituant (dans le chapitre sur l'insolvabilité, il est fait référence à "l'insolvabilité du débiteur" afin de suivre la terminologie employée dans le *Guide de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*); ou

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

yy) Le terme "représentant de l'insolvabilité" désigne une personne ou un organe chargé d'administrer la masse de l'insolvabilité;

zz) Le terme "stocks" désigne des biens meubles corporels destinés à être vendus ou loués dans le cours normal des affaires du constituant, mais aussi les matières premières et les produits semi-finis (produits en cours de fabrication);

aaa) Le terme "sûreté réelle mobilière" désigne un droit réel sur un bien meuble ou un bien rattaché constitué par une convention et qui garantit le paiement ou une autre forme d'exécution d'une ou de plusieurs obligations, que les parties aient ou non appelé ce droit "sûreté réelle mobilière". Dans l'approche unitaire, ce terme englobe à la fois les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'une acquisition et les sûretés réelles mobilières non liées au paiement d'une acquisition. Dans l'approche non unitaire, il n'inclut pas le droit lié au financement d'une acquisition. En ce qui concerne les créances, il désigne aussi le droit du cessionnaire (voir la définition de "cession" et autres ci-après relatives à la cession de créances);

bbb) Le terme "sûreté réelle mobilière avec dépossession" désigne une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels qui sont en possession effective du créancier garanti ou d'une autre personne (qui n'est ni le débiteur ni un autre constituant) qui les détient pour lui;

ccc) Le terme "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition" désigne, dans l'approche tant unitaire que dans l'approche non unitaire, une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels autres que des instruments ou documents négociables qui garantit l'obligation de rembourser toute fraction non payée du prix d'achat de ces biens ou encore une obligation contractée ou un crédit autrement octroyé pour permettre au constituant d'acquérir ces biens. Une "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition" ne doit pas nécessairement être désignée comme telle. Dans l'approche unitaire, ce terme englobe les droits du créancier sur les biens dans le cadre d'une vente avec réserve

de propriété, d'une opération de location-vente, de crédit-bail ou d'une autre opération de financement d'acquisitions;

ddd) Le terme "sûreté réelle mobilière sans dépossession" désigne une sûreté réelle mobilière sur i) des biens meubles corporels qui ne sont pas en possession effective du créancier garanti ou d'une autre personne qui les détiendrait pour lui ou ii) des biens meubles incorporels;

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

I. Principaux objectifs d'un régime efficace en matière d'opérations garanties

20. Afin de fournir des solutions pratiques opérantes, le Guide présente et analyse les objectifs et thèmes principaux ci-après d'un régime efficace en matière d'opérations garanties. Ces objectifs visent à définir un cadre général pour la mise en place et le développement d'un tel régime et pourraient être mentionnés dans un préambule à la loi adoptée par les États. Ils devraient être pris en considération pour l'interprétation de la loi (à cet égard, voir notamment le paragraphe 1 de l'article 7 de la Convention des Nations Unies sur la cession).

A. Promouvoir le crédit garanti

21. Le Guide a pour objectif premier de promouvoir l'offre de crédit garanti bon marché aux personnes se trouvant dans les États qui adoptent une législation fondée sur ses recommandations et de permettre ainsi à ces personnes et à l'économie tout entière de tirer parti des avantages économiques que procure l'accès à ce type de crédit (voir par. 2 *supra*).

B. Permettre l'utilisation de la valeur intrinsèque totale de différents types de biens à titre de garantie dans des opérations garanties aussi diverses que possible

22. Pour porter ses fruits, un régime juridique en matière d'opérations garanties doit notamment permettre à un grand nombre d'entreprises d'utiliser la valeur intrinsèque totale de leurs biens pour obtenir des financements dans toutes sortes d'opérations de crédit. À cette fin, il importe que ce régime ait une large portée: a) en permettant la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur différents types de biens (présents et futurs); b) en permettant que les obligations les plus diverses (futures et conditionnelles, monétaires et non monétaires) soient garanties par des sûretés réelles mobilières constituées sur des biens; et c) en s'appliquant au plus grand nombre possible de débiteurs, de créanciers et d'opérations de crédit.

C. Permettre aux parties d'obtenir des sûretés réelles mobilières de manière simple et efficace

23. Le coût du crédit sera réduit si des sûretés réelles mobilières peuvent être obtenues efficacement. C'est pourquoi le Guide propose des méthodes pour simplifier les procédures d'obtention de ces sûretés et plus généralement pour réduire le coût des opérations: suppression des formalités inutiles; recours à une méthode unique pour constituer des sûretés, plutôt qu'à des mécanismes multiples pour différents types de biens grevés; et possibilité de constituer des sûretés sur des biens futurs et pour des crédits futurs, sans que les parties aient à établir d'autres documents ou à accomplir d'autres formalités.

D. Assurer l'égalité de traitement des diverses sources de crédit et de diverses formes d'opérations garanties

24. Une concurrence saine entre tous les fournisseurs de crédit potentiels étant un moyen efficace de réduire le coût du crédit, le Guide recommande que le régime sur les opérations garanties s'applique de la même manière aux différents fournisseurs de crédit, y compris les banques et d'autres organismes financiers, et aux autres fournisseurs, ainsi qu'aux créanciers nationaux ou étrangers.

E. Valider les sûretés réelles mobilières sans dépossession

25. Pour éviter qu'il ne devienne difficile ou impossible au débiteur ou à un autre constituant de continuer à exploiter son entreprise en raison de la constitution d'une sûreté réelle mobilière, le Guide recommande que le régime juridique prévoie la possibilité de créer des sûretés sans dépossession sur différents types de biens et d'informer les tiers de l'existence de sûretés au moyen d'un système de registre public.

F. Renforcer la prévisibilité et la transparence concernant les droits ayant une fonction de sûreté en prévoyant l'inscription d'un avis dans un registre général des sûretés

26. Pour être efficace, un régime sur les opérations garanties devrait également encourager toutes les parties à une opération garantie à avoir un comportement responsable. C'est pourquoi le Guide cherche à promouvoir la prévisibilité et la transparence pour permettre aux parties d'évaluer toutes les questions juridiques pertinentes et à prévoir des conséquences appropriées en cas de non-observation des règles applicables, tout en respectant et en abordant les considérations de confidentialité. Le principal moyen d'atteindre cet objectif est d'établir un registre général des sûretés où inscrire les avis de sûretés.

G. Établir des règles de priorité claires et prévisibles

27. Une sûreté réelle mobilière sur des biens sera sans grande ou sans aucune valeur pour un créancier si ce dernier ne peut déterminer, au moment de la conclusion d'une opération, le rang de priorité de sa sûreté par rapport à celles d'autres créanciers (y compris un représentant de l'insolvabilité). C'est pourquoi le Guide propose d'établir un registre général des sûretés et, sur la base de ce registre, des règles claires permettant aux créanciers de déterminer, dès le début de l'opération, le rang de priorité de leurs sûretés de manière fiable, rapide et économique.

H. Faciliter l'exercice des droits des créanciers de manière prévisible et efficace

28. De même, une sûreté réelle mobilière sera sans grande ou sans aucune valeur pour un créancier garanti si ce dernier ne peut la réaliser de manière prévisible, rapide et économique. Le Guide propose donc des procédures permettant aux créanciers garantis de réaliser ainsi leurs sûretés, sous réserve du contrôle, de la supervision ou de l'examen d'un tribunal ou d'une autre autorité, lorsqu'il y a lieu. Il recommande aussi que l'État coordonne étroitement ses lois sur les opérations garanties et ses lois sur l'insolvabilité afin que l'efficacité et la priorité antérieures à l'insolvabilité, de même que la valeur économique, d'une sûreté soient respectées sous réserve des règles appropriées de la loi sur l'insolvabilité.

I. Établir un équilibre entre les intérêts des personnes concernées

29. Du fait que les opérations garanties touchent les intérêts de diverses personnes, à savoir le débiteur, d'autres constituants, les créanciers concurrents qu'ils soient garantis, privilégiés ou chirographaires, les acheteurs et les autres bénéficiaires de transferts des biens grevés et l'État, le Guide propose des règles qui tiennent compte de leurs intérêts légitimes et visent à permettre la réalisation, de manière équilibrée, de tous les objectifs mentionnés ci-dessus.

J. Reconnaître l'autonomie des parties

30. Pour être efficace, un régime sur les opérations garanties devrait avoir une souplesse maximale pour englober les formes existantes les plus diverses mais aussi les formes nouvelles d'opérations garanties. C'est pourquoi le Guide insiste sur la nécessité de limiter au minimum les règles impératives pour que les parties puissent adapter leurs opérations garanties à leurs besoins particuliers. Il tient aussi compte du fait que d'autres lois peuvent protéger les intérêts légitimes des consommateurs ou d'autres personnes et souligne qu'un régime sur les opérations garanties ne devrait pas avoir préséance sur de telles lois.

K. Harmoniser les lois sur les opérations garanties, y compris les règles de droit international privé

31. L'adoption d'une législation fondée sur les recommandations du Guide se traduira par une harmonisation des lois sur les opérations garanties (car des règles de droit matériel similaires seront adoptées, ce qui facilitera la reconnaissance internationale des sûretés réelles mobilières) et, ce faisant, favorisera le financement du commerce international et les échanges de biens et de services entre pays. Cependant, comme il ne sera probablement pas possible d'harmoniser complètement les lois nationales sur les opérations garanties, des règles de droit international privé seraient particulièrement utiles pour faciliter les opérations internationales. En tout état de cause, de telles règles seraient utiles, par exemple pour aider les créanciers garantis à déterminer comment rendre leur sûreté opposable (en vertu de la loi du lieu de situation des biens grevés, de la loi du lieu de situation du constituant ou d'une autre loi).

II. Champ d'application et autres règles générales

A. Champ d'application

32. Le régime envisagé par le Guide est conçu pour être un régime unique global pour les opérations garanties, applicable au plus large éventail possible de biens, parties, obligations garanties, sûretés réelles mobilières et autres droits, et pratiques de financement.

1. Biens, parties, obligations, sûretés et autres droits

33. Le Guide vise avant tout les éléments essentiels de l'actif commercial, tels que les meubles corporels à usage commercial (stocks et matériel) et les créances commerciales. Il propose cependant que tous les types de biens puissent être grevés, y compris tous les actifs présents et futurs d'une entreprise, et s'applique à tous les biens, à la fois corporels et incorporels (voir A/CN.9/631, recommandation 2, alinéa a)), sauf exception expresse (voir A/CN.9/631, recommandations 4 à 6).

34. Le guide porte sur tous les types de biens meubles et de biens rattachés, corporels ou incorporels, présents ou futurs, y compris les stocks, le matériel et autres biens meubles corporels, les créances contractuelles et non contractuelles, les créances non monétaires contractuelles, les instruments négociables, les documents négociables, les droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, le produit d'un engagement de garantie indépendant et les droits de propriété intellectuelle. En ce qui concerne les créances (qui n'englobent pas les instruments négociables, les documents négociables ou les comptes bancaires; voir la définition de "créance" au paragraphe 19 *supra*), les recommandations générales, complétées par les recommandations sur les créances, s'appliquent: a) aux créances contractuelles et non contractuelles, les recommandations 24 (Efficacité d'une cession globale de créances et d'une cession de créances futures, de fractions de créances ou d'un droit indivis sur des créances) et 111 (Garanties dues par le cédant) ne s'appliquant toutefois pas aux créances non contractuelles; et b) aux obligations contractuelles non monétaires. En revanche, les droits des débiteurs d'obligations

contractuelles non monétaires sont soumis à une loi autre que celle recommandée dans le Guide.

35. Le Guide insiste sur la nécessité de permettre à un constituant de constituer des sûretés non seulement sur ses biens existants, mais aussi sur ses biens futurs ou acquis ultérieurement (c'est-à-dire les biens acquis ou créés après la conclusion de la convention constitutive de sûreté), sans que le créancier garanti ou lui-même aient à signer d'autres documents ni à accomplir d'autres formalités au moment de l'acquisition ou de la création desdits biens. Cette approche est conforme, par exemple, à la Convention des Nations Unies sur la cession, qui prévoit la constitution de sûretés sur des créances de sommes d'argent futures sans exiger de démarches supplémentaires. Le Guide recommande en outre la reconnaissance d'une sûreté constituée sur tous les biens présents et futurs d'une entreprise au moyen d'une seule et unique convention constitutive comme le prévoient déjà certains systèmes juridiques sous la forme d'un "nantissement global d'entreprise" ("enterprise mortgage"), d'une combinaison de charges fixes et de charges flottantes ou d'une sûreté assise sur un ensemble de biens.

36. Toute personne, physique ou morale, peut se trouver en position de débiteur, de constituant ou de créancier garanti aux termes du Guide. Sauf indication contraire expresse, le Guide s'applique également aux consommateurs, attendu qu'il n'y a aucune raison de les priver des avantages du régime qui y est envisagé. Cependant, en cas de conflit entre une disposition dudit régime et la loi sur la protection des consommateurs, cette dernière prévaudrait. Les États n'ayant pas de législation sur la protection des consommateurs voudront peut-être se demander si l'adoption d'une loi reposant sur les recommandations du Guide modifierait les droits des consommateurs et rendrait alors nécessaire l'adoption d'une telle législation (voir A/CN.9/631, recommandation 2, al. b)).

37. Le Guide recommande aussi qu'un large éventail d'obligations, monétaires ou non, puisse être garanti. Il est également destiné à s'appliquer à diverses opérations garanties, notamment celles reposant sur des sûretés réelles mobilières avec ou sans dépossession (voir A/CN.9/631, recommandation 2, al. c) et d)).

38. Le Guide traite des sûretés réelles mobilières constituées par convention, mais il mentionne aussi d'autres sûretés – par exemple légales ou judiciaires – lorsque le même bien est grevé à la fois de sûretés constituées par convention et de sûretés légales ou autres, et que la loi doit prévoir le rang de priorité de chacune (voir A/CN.9/631, recommandations 89 à 92).

39. Afin que tous les mécanismes ayant une fonction de garantie soient couverts, le Guide traite également des droits qui, s'ils ne sont pas appelés sûretés réelles mobilières, remplissent néanmoins une fonction de garantie (tels que les transferts de la propriété de biens meubles corporels à titre de garantie, les transferts purs et simples de créances à titre de garantie et différentes formes de réserve de propriété (voir A/CN.9/631, recommandation 2, al. e)).

40. Les seuls mécanismes traités dans le Guide qui n'ont pas de fonction de garantie sont les transferts purs et simples de créances. Cette approche se justifie par la nécessité d'éviter des problèmes de caractérisation et de faire en sorte que le système de registre et les règles de priorité qu'il prévoit s'appliquent à toutes les cessions de créances (voir par. 41 à 45 ci-après).

2. Transferts purs et simples de créances

41. Le Guide ne traite pas des mécanismes qui n'ont pas de fonction de garantie. La seule exception à cette règle est le cas des transferts purs et simples de créances, auxquels s'applique le Guide, pour que toutes les cessions de créances soient soumises aux mêmes règles (voir A/CN.9/631, recommandations 3 et 162 à 164). Cependant, comme la définition de "créance" (voir *supra* par. 19) exclut les droits à paiement en vertu d'un instrument négociable, l'obligation de payer en vertu d'un engagement de garantie indépendant et l'obligation pour une banque de verser des fonds crédités sur un compte bancaire, le Guide ne s'applique pas au transfert pur et simple de tels biens (mais il s'y applique lorsque le transfert est effectué à titre de garantie).

42. Les transferts purs et simples d'instruments négociables, du produit d'un engagement de garantie indépendant et de fonds crédités sur un compte bancaire ont été exclus car ils soulèvent des questions différentes et nécessiteraient des règles spéciales (les mêmes considérations s'appliqueraient aux titres non intermédiés, s'ils devaient être couverts par le Guide). En outre, dans le cas des créances, un conflit de priorité entre un transfert à titre de garantie et un transfert pur et simple se réglerait en fonction de l'ordre d'inscription. La situation est différente dans le cas des instruments négociables, du produit d'un engagement de garantie indépendant et des droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire. S'agissant des premiers, un créancier garanti pourrait toujours obtenir un rang supérieur en prenant possession de l'instrument. De même, pour le second et les troisièmes, il pourrait obtenir un rang supérieur en prenant le contrôle.

43. Si les principes de la loi sur les opérations garanties peuvent facilement s'appliquer au transfert pur et simple de billets à ordre et, éventuellement, de lettres de change à peu près de la même manière qu'au transfert pur et simple de créances dans le Guide, ils ne s'appliquent en revanche pas de manière satisfaisante au transfert pur et simple de chèques. Cette dernière question est suffisamment traitée par le droit des instruments négociables et celui du recouvrement bancaire.

44. Un État adoptant qui souhaite étendre l'application de son droit des opérations garanties aux transferts purs et simples d'instruments négociables qui sont soit des billets à ordre, soit des lettres de change (et élargir sa définition de "sûreté réelle mobilière" pour englober le droit du bénéficiaire de ce type de transferts), pourrait envisager de prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sous forme de transfert pur et simple d'un instrument négociable devient automatiquement opposable lors du transfert. Une telle règle éviterait de perturber les pratiques financières existantes.

45. La priorité d'une telle sûreté serait régie par les principes généraux de la priorité et plus particulièrement par le principe général énoncé dans la recommandation 99. Comme dans le cas du transfert pur et simple d'une créance, le bénéficiaire du transfert pur et simple d'un instrument négociable devrait pouvoir en obtenir l'exécution sans que le cédant ait à donner son accord, sous réserve des droits des débiteurs dans le cadre de l'instrument tels que décrits dans le chapitre X sur les droits après défaillance (voir A/CN.9/631/Add.7).

3. Aéronefs, matériel roulant ferroviaire, objets spatiaux, navires, valeurs mobilières et propriété intellectuelle

46. Le Guide ne s'applique pas à des biens tels que les aéronefs, le matériel roulant ferroviaire, les objets spatiaux et les navires, ni à d'autres catégories de matériels d'équipement mobiles dans la mesure où ces biens sont régis par une loi nationale ou un accord international auquel l'État adoptant une législation fondée sur le Guide est partie et où les matières régies par la présente loi le sont aussi par cette loi nationale ou cet accord international (voir A/CN.9/631, recommandation 4, al. a)). Les mots "aéronefs, matériel roulant ferroviaire, objets spatiaux et navires" devraient être interprétés selon le sens qui leur est donné par la législation nationale ou les conventions internationales régissant ces biens.

47. Compte tenu de l'importance croissante et de la valeur économique des biens de propriété intellectuelle pour les sociétés qui cherchent à obtenir des crédits garantis, le Guide s'applique en principe aux sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle. Toutefois, comme les recommandations ont été élaborées sans tenir compte des questions de propriété intellectuelle, en cas d'incompatibilité avec une loi nationale ou des accords internationaux auxquels l'État adoptant est partie, le Guide ne s'appliquerait pas (voir A/CN.9/631, recommandation 4, al. b)). Pour éviter de telles incompatibilités, les États adoptants devraient examiner leurs lois existantes sur la propriété intellectuelle et leur législation interne ainsi que les conventions internationales auxquelles ils sont parties et, si les recommandations du Guide sont incompatibles avec l'une quelconque de ces lois ou conventions [et que les matières spécifiques visées par les recommandations du Guide sont régies par celles-ci], la loi sur les opérations garanties de cet État devrait confirmer que lesdites lois et conventions existantes régissent la question là où il y a incompatibilité. Lorsqu'il détermine s'il convient d'adapter d'une quelconque manière les recommandations quand elles s'appliquent aux sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle, l'État devrait analyser chaque situation sous tous les aspects et tenir dûment compte de la nécessité à la fois de mettre en place un régime efficace en matière d'opérations garanties et d'assurer la protection et l'exercice des droits de propriété intellectuelle conformément aux conventions internationales et à la législation interne.

48. Les recommandations 4, alinéas a) et b), ont été élaborées compte tenu du fait qu'il peut exister des lois spéciales ou des conventions internationales pertinentes qui traitent les matières visées par la présente loi. Par exemple, la plupart des pays ont des registres et des règles détaillées sur les sûretés réelles mobilières et autres droits sur les navires, aéronefs et autres types d'équipement mobile mentionnés dans la recommandation 4, alinéa a). Les registres sont récents ou sont tenus à jour en raison de la nécessité de financer ces types de biens. Les lois spéciales ou conventions internationales sur les biens mobiles englobent, avec différents degrés de précision, les sûretés réelles mobilières. En revanche, divers types de propriété intellectuelle, souvent, ne sont pas inscrits sur les registres, ou bien les registres attestent seulement qu'une sûreté a été constituée ou reconnue par le Gouvernement et ne sont pas conçus pour l'inscription des sûretés. En outre, certains types de propriété intellectuelle, traditionnellement, ne font pas l'objet de sûretés et la législation sur la propriété intellectuelle ne traite généralement pas des matières spéciales visées par la présente loi.

49. Le Guide ne traite pas non plus des sûretés portant sur des valeurs mobilières, car la nature de ces dernières et leur importance pour le fonctionnement des marchés financiers soulèvent de nombreuses questions qui méritent un traitement spécial dans la législation. Les questions de droit matériel relatives aux sûretés et aux autres droits sur des valeurs mobilières détenues auprès d'un intermédiaire sont abordées dans un projet de convention que prépare actuellement l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit). La loi applicable aux droits sur des valeurs mobilières [intermédiées] n'est pas abordée dans le Guide, puisque la question est traitée dans la Convention sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire. [En revanche, le Guide traite des valeurs mobilières non intermédiées en raison de leur importance dans les opérations garanties des petites et moyennes entreprises (voir A/CN.9/631, recommandation 4, al. c))].

[*Note à l'intention de la Commission: Si la Commission décide qu'en attendant les futurs travaux sur les valeurs mobilières non intermédiées, celles-ci devraient être traitées dans le Guide, il faudrait insérer un texte dans la recommandation 4, alinéa c), qui suive le libellé des alinéas a) ou b), pour garantir l'application de certaines dispositions de la loi sur les valeurs mobilières, au moins jusqu'à ce qu'aient été élaborées les recommandations nécessaires concernant des biens particuliers sur les valeurs non intermédiées. En outre, les valeurs mobilières non intermédiées devraient être exclues de la définition des "créances" afin que les règles concernant les créances ne s'appliquent pas à elles. De plus, il faudrait inclure une référence aux définitions des termes "intermédiés" et "titres intermédiés" contenues dans l'avant-projet de Convention sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiés (voir Unidroit, Étude LXXVIII – Doc. 57, novembre 2006, art. 1, al. a) et b)).*]

50. Le Guide est structuré de manière que l'État adoptant une législation fondée sur le régime qui y est envisagé puisse, en même temps, appliquer les textes élaborés par Unidroit et la Conférence de La Haye de droit international privé, de même que les textes émanant de la CNUDCI, tels que la Convention des Nations Unies sur la cession et le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* (voir *supra* par. 12).

4. Biens immeubles

51. Les biens immeubles (à l'exception des biens rattachés, qui entrent dans le champ d'application du Guide et qui peuvent être grevés de sûretés) sont exclus car ils soulèvent des questions différentes et sont soumis à un système d'inscription de la propriété sur des registres spécialisés indexés par bien et non par constituant.

52. Bien que les biens immeubles soient exclus du champ d'application du Guide en tant que biens initialement grevés, ils peuvent être affectés par les recommandations du Guide. Par exemple, si une sûreté réelle mobilière portant sur une hypothèque garantit une créance, un instrument négociable ou un autre bien meuble incorporel, et que la créance, l'instrument négociable ou l'autre bien meuble incorporel est cédé, la sûreté sur l'hypothèque suit. Cette règle n'a aucune incidence sur les droits des tiers ou les prescriptions en matière de priorité et de réalisation prévus dans la loi sur les biens immeubles (voir A/CN.9/631, recommandation 26).

5. Produit de types de bien exclus

53. Si un bien est exclu du champ d'application du Guide, une loi autre que la loi sur les opérations garanties devrait déterminer si une sûreté réelle mobilière sur ce bien confère néanmoins une sûreté sur les types de produit visés par la loi sur les opérations garanties (par exemple, des créances représentant le produit de biens immeubles). Selon le Guide, si cette autre loi prévoit qu'il existe une sûreté réelle mobilière sur ce produit, la loi sur les opérations garanties s'y appliquera à moins que l'autre loi ne s'applique à [l'opposabilité, la priorité ou la réalisation de cette sûreté] [cette sûreté] (voir A/CN.9/631, recommandation 6).

6. Autres exceptions

54. Étant donné que la mise en place d'un régime global pour les opérations garanties est le meilleur moyen d'atteindre les objectifs du Guide, celui-ci recommande de limiter toutes autres exceptions à son champ d'application qu'il n'énonce pas explicitement et, si d'autres exceptions sont néanmoins prévues, elles devraient être énoncées dans la loi de manière claire et précise (voir A/CN.9/631, recommandation 7).

B. Autres règles générales

1. Autonomie des parties

55. Les régimes modernes en matière d'opérations garanties accordent une grande importance à l'autonomie des parties, c'est-à-dire à l'aptitude des parties à déroger à certaines règles, ou à les modifier, dans les limites de certaines règles impératives spécifiées reflétant des considérations de principe fondamentales. Toutefois, ces régimes indiquent clairement aussi que les conventions conclues entre les parties n'ont pas d'incidence sur les droits de quiconque n'y est pas partie. Une telle approche est nécessaire pour donner aux parties à des opérations garanties la plus grande souplesse possible afin qu'elles puissent adapter leurs opérations à leurs besoins particuliers d'une manière qui soit compatible avec l'ordre public de l'État adoptant. C'est un des moyens les plus importants de promouvoir le crédit garanti dans un régime d'opérations garanties. C'est l'approche adoptée dans le Guide (voir A/CN.9/631, recommandation 8).

2. Communications électroniques

56. Les régimes modernes en matière d'opérations garanties non seulement reflètent les concepts modernes de la loi sur les opérations garanties, mais tiennent compte aussi des pratiques commerciales modernes en facilitant les communications électroniques. Dans cet esprit, et conformément aux paragraphes 2 et 3 de l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux[5] et aux articles 6 et 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, le Guide contient un certain nombre de recommandations reconnaissant la faculté des parties de réaliser des opérations commerciales en utilisant les communications électroniques (voir A/CN.9/631,

[5] Voir publication des Nations Unies, numéro de vente: F.07.V.2.

recommandations 9 et 10; voir aussi observations article par article sur la Convention des Nations Unies sur les contrats électroniques, par. 143 à 165, et *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique de 1996* avec l'article 5 *bis* tel qu'ajouté en 1998, par. 47 à 61)[6].

C. Exemples de pratiques de financement visées par le Guide

57. On trouvera ci-après des exemples brefs de types d'opérations de crédit garanties que le Guide vise à encourager et auxquels il est fait référence dans tout le texte pour illustrer des points particuliers. Ces exemples ne représentent que quelques-unes des nombreuses formes d'opérations garanties actuellement pratiquées, et un régime efficace dans ce domaine doit être suffisamment souple pour prendre en compte non seulement les nombreuses méthodes de financement existantes, mais aussi celles qui pourront apparaître dans l'avenir.

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

58. Les entreprises obtiennent souvent un financement pour certains achats de stocks ou de matériel. Le financement nécessaire est fourni dans de nombreux cas par le vendeur des biens meubles corporels (stocks et matériel) achetés, dans d'autres cas par un prêteur, qui peut être un tiers indépendant ou bien avoir un lien avec le vendeur. Le vendeur reste propriétaire ou le prêteur se voit consentir une sûreté réelle mobilière sur les biens meubles corporels achetés en garantie du remboursement du crédit ou du prêt.

59. Voici un exemple de financement d'acquisitions: la Société ABC Manufacturing (ABC), qui fabrique des meubles, souhaite acquérir certains stocks et matériels pour les utiliser dans ses activités de fabrication. Elle veut acheter de la peinture (qui constitue une matière première et, partant, des stocks) au vendeur A, des perceuses à colonne (qui constituent du matériel) au vendeur B et du matériel de manutention au vendeur C. Enfin, elle veut louer du matériel informatique à un bailleur A.

60. En vertu du contrat d'achat avec le vendeur A, ABC est tenue de payer dans un délai de 30 jours après facturation la peinture achetée, qu'elle a grevée d'une sûreté en faveur dudit vendeur en garantie du paiement du prix d'achat. En vertu du contrat d'achat avec le vendeur B, ABC est tenue de payer les perceuses dans les 10 jours qui suivent leur livraison à son usine. Pour financer cet achat, elle obtient un prêt du prêteur A, qui est garanti par une sûreté constituée sur les perceuses. ABC a aussi un compte bancaire chez le prêteur A et lui a consenti une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire en garantie du remboursement du prêt.

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

---

[6] Ibid., numéro de vente: F.99.V.4.

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

63. Dans chacun des cas ci-dessus, l'acquisition est rendue possible par un financement octroyé par une autre personne (vendeur, prêteur ou crédit-bailleur) qui détient des droits sur les biens acquis en garantie du remboursement de ce financement. Comme le montrent clairement les exemples, le financement d'acquisitions vaut aussi bien pour les stocks que pour le matériel.

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

64. Les entreprises ont généralement besoin d'engager des capitaux avant de pouvoir générer et encaisser des recettes. Par exemple, avant de générer des créances et d'être payé, un fabricant doit avancer du capital pour acheter des matières premières, les transformer en produits finis et vendre ces produits. Selon le type d'activité, ce processus peut durer des mois. L'entreprise a absolument besoin d'un fonds de roulement pour assurer son exploitation entre le moment où les dépenses sont engagées et celui où les recettes sont encaissées.

65. Un crédit permanent constitue pour l'entreprise un moyen très efficace de financer ce fonds de roulement. En effet, dans ce type de crédit, l'emprunteur bénéficie de prêts sur demande qu'il garantit par ses stocks et créances existants et futurs. Il demande généralement un prêt lorsqu'il a besoin d'acheter et de fabriquer des stocks et le rembourse quand ces stocks sont vendus et le prix de vente reçu. Les emprunts et les remboursements sont donc fréquents (mais pas nécessairement réguliers) et le montant du crédit fluctue constamment. Comme la structure du crédit permanent fait correspondre les emprunts au cycle d'exploitation de l'emprunteur (acquisition de stocks, transformation et vente des stocks, création de créances, réception du paiement et acquisition de nouveaux stocks pour recommencer le cycle), elle est, du point de vue économique, extrêmement efficace et avantageuse pour l'emprunteur, à qui elle évite d'emprunter plus que ce dont il a réellement besoin.

66. Voici une illustration de ce type de financement: Il faut à ABC normalement quatre mois pour fabriquer ses produits, les vendre et être payée. Le prêteur B accepte de lui ouvrir une ligne de crédit permanent pour financer ce processus. ABC peut ainsi obtenir des prêts au gré de ses besoins pour un montant global représentant jusqu'à 50 % de la valeur de ses stocks que le prêteur B juge acceptables (en fonction de leur type et qualité ainsi que d'autres critères) et jusqu'à 80 % de la valeur de ses créances que le prêteur B juge acceptables (en fonction de critères tels que la solvabilité des débiteurs des créances) pour le prêt. ABC est

censée rembourser à mesure qu'elle est payée par ses clients. Sa ligne de crédit est garantie par l'ensemble de ses créances et de ses stocks existants et futurs. Dans ce type de financement, il est également fréquent que le prêteur obtienne une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire où sont déposés les paiements effectués par les clients (en d'autres termes le produit des stocks et des créances).

3. Affacturage

67. L'affacturage est un mode de financement par cession de créances extrêmement efficace, qui était déjà pratiqué il y a plusieurs milliers d'années. En règle générale, il s'agit d'un achat de créances pur et simple, le vendeur étant le constituant (cédant), et l'acheteur le facteur (cessionnaire). Ce transfert pur et simple de créances entre dans la définition de la sûreté réelle mobilière aux fins du Guide (pour la définition de "sûreté réelle mobilière", voir *supra* par. 19).

68. Il y a plusieurs types d'accords d'affacturage. Le facteur peut payer une partie du prix d'achat des créances au moment de l'achat (affacturage avec mobilisation de créances immédiate, ou "discount factoring"), au moment où les créances sont acquittées seulement (affacturage-recouvrement, ou "collection factoring"), ou encore à la date d'échéance moyenne de l'ensemble des créances affacturées ("affacturage à échéance"). La cession des créances peut se faire avec ou sans possibilité de recours contre le cédant en cas de non-paiement des créances par leurs débiteurs (c'est-à-dire les clients du cédant). Enfin, les débiteurs des créances peuvent être avisés ("affacturage avec notification") ou non ("affacturage sans notification") que leurs créances ont fait l'objet d'un affacturage. Lorsqu'il y a notification, il est souvent exigé qu'elle s'effectue par une indication à cet effet portée par le cédant sur les factures qu'il envoie à ses clients. Le facteur peut également fournir au cédant divers services relatifs aux créances: confirmation et évaluation de la solvabilité des débiteurs, comptabilité, ou encore mesures de recouvrement des impayés. Ces services peuvent être très utiles aux entreprises ne disposant pas de leur propre service de crédit et de recouvrement.

69. Voici une illustration d'un d'accord type d'affacturage: ABC passe avec Facteur un accord d'affacturage avec mobilisation de créances immédiate aux termes duquel Facteur consent à acheter les créances qu'il estime recouvrables. Facteur avance à ABC un montant égal à 90 % de la valeur nominale de ces créances et garde les 10 % restants en réserve pour couvrir les éventuels droits et indemnités des clients qui réduiraient la valeur des créances. L'accord d'affacturage s'accompagne d'une notification aux clients d'ABC.

4. Titrisation

70. Une autre forme de financement très efficace reposant sur la mobilisation des créances est la titrisation. Il s'agit d'un montage financier complexe qui permet à une entreprise commerciale de tirer parti de la valeur de ses créances pour obtenir un financement meilleur marché en transférant celles-ci à une société ad hoc (par exemple un fonds commun de créances) qu'elle détient entièrement et qui émettra d'autres valeurs mobilières sur les marchés financiers garantis par le flux des revenus générés par ces créances. Cette technique est souvent utilisée, par exemple, pour des créances sous forme de sommes payées par carte de crédit, de loyers ou de prêts hypothécaires, mais beaucoup d'autres types de créances peuvent également

être titrisées. Les opérations de titrisation sont des opérations financières complexes qui dépendent également des lois d'un État sur les valeurs mobilières et les prêts garantis.

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

72. Voici une illustration d'une opération de titrisation: une filiale d'un constructeur automobile crée une société ad hoc en vue d'acheter des créances de loyers de crédit-bail automobile à des concessionnaires sur tout un marché géographiquement déterminé. Les créances sont achetées aux concessionnaires pour un montant inférieur à la valeur prévue des flux de paiement que devraient générer ces crédits-bails. La société ad hoc émet ensuite sur le marché financier, conformément aux lois applicables aux valeurs mobilières, des titres de créance qui sont garantis par ce flux de revenus. À mesure que les loyers sont payés, elle utilise ce produit pour rémunérer ces titres.

5. Financement par des prêts à terme

73. Les entreprises ont souvent besoin de financer de grosses dépenses exceptionnelles, telles que l'acquisition de matériel important ou d'une autre entreprise. Elles essaient alors en général d'obtenir un financement sous la forme de prêts remboursables à échéance fixe (le principal étant payé par versements périodiques – mensuels, trimestriels ou autres – suivant un échéancier convenu ou en une seule fois à l'échéance du prêt).

74. Comme pour beaucoup d'autres types de financement, une entreprise qui n'a pas de cote de crédit solide et bien établie aura des difficultés à obtenir des prêts à terme, à moins d'être capable de constituer des sûretés réelles mobilières sur ses actifs pour garantir le financement. Le montant de ce dernier dépendra en partie de la valeur de réalisation nette des actifs à grever estimée par le créancier. Dans de nombreux États, et plus probablement dans les États qui n'ont pas de régime moderne sur les opérations garanties, les biens immeubles sont les seuls types d'actifs généralement acceptés par les prêteurs pour garantir un prêt à terme et, par conséquent, il est souvent impossible d'obtenir des prêts à terme sur d'autres types d'actifs importants, tels que le matériel ou la valeur totale de l'entreprise. Cependant, beaucoup d'entreprises, en particulier les entreprises nouvellement établies, ne possèdent pas de biens immeubles et n'auront donc probablement pas accès à ce type de financement. Dans d'autres États, les prêts à terme garantis par des biens meubles, tels que du matériel, des droits de propriété intellectuelle ou encore la valeur de l'entreprise sont courants.

75. Voici une illustration de ce type de financement: ABC souhaite développer ses activités et acquérir une entreprise. À cette fin, elle obtient un prêt du prêteur C (calculé sur la valeur de presque tous les actifs de l'entreprise acquise et garanti par ces mêmes actifs). Le prêt est remboursable en mensualités égales échelonnées sur

10 ans. Il est garanti par les actifs existants et futurs d'ABC et de l'entreprise acquise.

6. Transfert de la propriété à titre de garantie

76. Les États qui respectent les transferts de propriété même s'ils sont opérés sans transfert de la possession à des fins de financement reconnaissent les opérations qualifiées de transfert de la propriété à titre de garantie (ou parfois de "transfert fiduciaire de la propriété"). Ces opérations sont pour l'essentiel des sûretés réelles mobilières sans dépossession et sont utilisées principalement dans les États dont la loi sur les opérations garanties ne reconnaît pas encore généralement ce type de sûretés.

7. Opérations de cession-bail

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

D. Recommandations

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que, dans la mesure où le document A/CN.9/631 contient un ensemble consolidé des recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties, ces dernières ne sont pas reproduites ici. Elles figureront à la fin de chaque chapitre dès qu'elles auront été finalisées.*]

III. Mécanismes fondamentaux en matière de sûretés

A. Remarques générales

1. Introduction

78. Au fil du temps, les États ont créé un grand nombre d'institutions juridiques pour encourager les prêteurs et les vendeurs à octroyer des crédits aux emprunteurs et aux acheteurs. Ils ont souvent adopté des lois instaurant des droits spéciaux pour les prêteurs et les vendeurs afin de les inciter à accorder des crédits. Souvent aussi, ils ont mis en place des régimes permettant aux créanciers et aux débiteurs de conclure des contrats pour prévoir des droits spéciaux. Dans les deux cas, l'objectif était de donner une préférence au créancier sur d'autres créanciers dans la répartition du produit issu de la saisie et de la vente d'un bien du débiteur au cas où ce dernier ne s'acquitte pas de l'obligation promise. D'une manière générale, on peut dire de ces différents types de droits qu'ils sont des sûretés (pour la définition d'une "sûreté", voir *supra* par. 19).

79. Le présent chapitre a essentiellement pour objet de passer en revue les principaux mécanismes permettant au créancier de disposer d'une sûreté mobilière. Il expose les avantages et les inconvénients de chaque mécanisme pour les parties directement intéressées (à savoir, le créancier et le constituant) et pour les tiers, et donne un aperçu des grandes options qui s'offrent au législateur pour choisir entre les différents mécanismes possibles. Il insiste également sur les raisons pour lesquelles la modernisation du droit dans ce domaine est nécessaire afin de promouvoir le crédit garanti et les contextes dans lesquels le besoin de modernisation est le plus pressant.

80. Schématiquement, les mécanismes qui sont actuellement utilisés à des fins de sûreté ressortissent à trois grandes catégories: premièrement, les mécanismes spécifiquement conçus à cette fin, et appelés ouvertement sûretés mobilières (voir *infra* sect. A.2); deuxièmement, les dispositifs reposant sur l'utilisation de la propriété dans le cadre de divers types d'arrangements contractuels (voir *infra* sect. A.3); et, troisièmement, les mécanismes de sûreté globaux et intégrés qui incluent une définition générique du concept de sûreté en termes fonctionnels (voir *infra* sect. A.4).

81. Comme il a été noté, dans de nombreux États aujourd'hui, les mécanismes juridiques utilisés par les prêteurs, les vendeurs et d'autres parties pour octroyer un crédit ne sont pas tous fondés sur une convention. Certains naissent par l'effet de la loi et les plus importants d'entre eux seront indiqués dans chacune des sections qui suivent, mais étant donné que les sûretés légales n'entrent pas, pour l'essentiel, dans le champ d'application du présent Guide (à l'exception du chapitre VII sur la priorité; voir A/CN.9/631/Add.4), l'analyse ci-après portera sur les mécanismes de sûreté d'origine conventionnelle.

2. Instruments traditionnellement conçus pour servir de sûreté mobilière

a) Les sûretés sur les biens meubles corporels

82. La plupart des États font une distinction entre les sûretés sur des biens meubles corporels et les sûretés sur des biens meubles incorporels (pour la définition des "biens meubles incorporels" et des "biens meubles corporels", voir *supra* par. 19). Du fait que les biens meubles corporels peuvent faire l'objet d'une possession matérielle, et du fait que de nombreux États attachent d'importantes conséquences juridiques à cette possession, il est fréquent que les États permettent la constitution sur des biens meubles corporels de types de sûretés sur des biens meubles corporels qui n'existent pas pour les biens meubles incorporels.

83. S'agissant des sûretés sur les biens meubles corporels, la plupart des États établissent une distinction entre sûretés avec dépossession et sûretés sans dépossession (pour la définition de "sûreté sans dépossession" et de "sûreté avec dépossession", voir *supra* par. 19). Dans le cas des sûretés avec dépossession, la possession du bien grevé est transférée au créancier garanti, à un tiers, ou à une personne agissant pour le compte du créancier garanti. Dans le cas des sûretés sans dépossession, le constituant, qui est habituellement le débiteur mais qui peut aussi être un tiers, reste en possession du bien grevé (pour la définition du "débiteur", du "bien grevé", du "constituant" et du "créancier garanti", voir *supra* par. 19).

i) Les gages

84. Le gage est de loin le type de sûreté grevant des biens meubles corporels le plus répandu. Traditionnellement, pour que le gage soit valable, il faut que le constituant renonce à la possession du bien grevé. Aujourd'hui, de nombreux États étendent le "gage" à des situations dans lesquelles le constituant conserve la possession matérielle du bien. Dans le présent Guide, ces types de gage récents sont considérés comme des sûretés sans dépossession et non comme des gages.

85. Il y a gage ordinaire lorsque le constituant se défait effectivement du bien engagé au profit du créancier gagiste ou d'un tiers convenu par les parties (par exemple un entrepôt). Le détenteur effectif peut aussi être un mandataire ou un fiduciaire qui détient la sûreté au nom, ou pour le compte, du créancier ou d'un syndicat de créanciers. La dépossession du constituant doit non seulement intervenir au moment de la constitution du gage, mais aussi être maintenue pendant toute la durée de ce dernier. En général, la restitution du bien engagé au constituant éteint le gage.

86. Dans de nombreux États, la dépossession n'implique pas toujours l'enlèvement physique des biens engagés des locaux du constituant, à condition que ce dernier soit empêché d'y accéder par d'autres moyens, comme par exemple la remise au créancier gagiste des clefs de l'entrepôt dans lequel ces biens (marchandises ou matières premières) sont stockés, à condition que le constituant ne puisse y accéder sans autorisation. Le même résultat peut être obtenu par la remise des biens engagés à un tiers. Par exemple, il peut être fait appel à une société "d'entreposage" indépendante pour contrôler les biens concernés, en qualité de mandataire du créancier gagiste, dans l'établissement du constituant. Avec ce dispositif (parfois désigné d'"entrepôt de campagne"), les biens engagés sont entreposés dans un endroit de l'établissement qui est délimité ou qui se trouve, d'une manière ou d'une autre, sous le contrôle exclusif de la société d'entreposage. Pour être valable, ce genre de dispositif doit généralement remplir plusieurs conditions. Il doit être évident aux yeux d'un tiers que le constituant n'a pas librement accès aux biens engagés. En outre, il ne faut pas que le constituant puisse accéder sans autorisation à l'endroit où sont stockés les biens engagés. Il ne faut pas non plus que les employés de la société d'entreposage travaillent pour le constituant, et s'ils sont recrutés parmi son personnel, en raison de leurs connaissances spécialisées ou autres, leur contrat de travail doit être modifié afin qu'ils cessent de travailler pour lui.

87. Les gages portent le plus souvent sur des biens meubles corporels, mais peuvent s'étendre aussi à d'autres catégories de biens. Les biens de nature spéciale, tels que des documents et des instruments (négociables ou non), représentent des droits sur des biens corporels (par exemple les connaissements ou les récépissés d'entrepôt) ou sur des droits à paiement incorporels (par exemple les instruments négociables). Dans ces cas, la dépossession du constituant s'effectue par remise matérielle des documents ou des instruments au créancier gagiste.

88. En tant que sûreté, le gage présente cinq avantages importants pour le créancier gagiste, qui tiennent au fait que le constituant est dépossédé et que c'est le créancier qui a la possession effective des biens engagés. Premièrement, le créancier doit donner son consentement pour que le constituant puisse disposer des biens engagés. Deuxièmement, il ne court pas le risque de voir lesdits biens se déprécier parce que le constituant en aurait négligé la conservation ou l'entretien.

Troisièmement, lorsqu'il est en mesure d'utiliser les biens engagés, les parties conviendront souvent qu'il y est autorisé à condition d'en prendre dûment soin. Quatrièmement, si le bien engagé est un instrument porteur d'intérêts payables au porteur, le gage facilite le recouvrement de l'obligation de remboursement à mesure que les versements sont dus. Cinquièmement, si la réalisation devient nécessaire, le créancier gagiste se voit épargner les soucis, la perte de temps, les dépenses et le risque auxquels il s'exposerait s'il devait réclamer au constituant la délivrance des biens engagés.

89. Le gage présente également des avantages pour les tiers, en particulier lorsqu'il s'agit des autres créanciers du constituant. La dépossession de ce dernier permet de ne pas créer une apparence trompeuse de richesse (par exemple, que le constituant est en réalité propriétaire des biens engagés ou en a la propriété libre de toute sûreté) et réduit le risque de fraude.

90. Mais le gage a aussi de gros inconvénients. Pour le constituant, le principal est l'obligation de dépossession elle-même, qui l'empêche d'utiliser les biens engagés dans son entreprise. Cet inconvénient est particulièrement gênant lorsque la possession est nécessaire à un constituant commercial pour générer les recettes qui lui permettront de rembourser le prêt comme c'est le cas, par exemple, de matières premières, de produits semi-finis (produits en cours de fabrication), de matériel et de stocks. À lui seul, cet inconvénient rend le gage inutilisable d'un point de vue économique dans de nombreux contextes commerciaux. Un autre inconvénient important tient au fait que les biens qui n'existent pas ou sur lesquels le constituant n'a pas de droits au moment de la conclusion du gage ne peuvent être engagés, ce qui signifie qu'un certain nombre de pratiques, comme le financement d'achat de stocks à l'aide d'un mécanisme de crédit permanent, ne peuvent être couvertes.

91. Pour le créancier gagiste, l'inconvénient du gage est qu'il l'oblige à entreposer, conserver et entretenir les biens engagés, sauf si un tiers s'en charge. Lorsque lui-même n'est ni capable d'accomplir ces tâches ni disposé à le faire, le recours à des tiers entraîne des frais supplémentaires qui seront supportés directement ou indirectement par le constituant. Un autre inconvénient est que le créancier qui est en possession des biens (comme le créancier gagiste ou le titulaire d'un certificat d'entrepôt ou d'un connaissement) risque, en fonction du type de biens concernés, de voir sa responsabilité engagée dans différentes situations pour perte ou dommage causé par les biens pour un montant supérieur à celui du crédit accordé, par exemple lorsque le bien est à l'origine d'une contamination de l'environnement (voir chap. IV sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, *infra* par. 200).

92. Toutefois, lorsque les parties peuvent éviter ces inconvénients, le gage peut être utilisé avec succès et efficacité comme mécanisme de sûreté. Il a deux principaux domaines d'application: le premier lorsque les biens engagés sont déjà détenus par un tiers ou peuvent facilement être mis en sa possession, en particulier s'il s'agit d'une personne, comme un entrepôt, qui conserve la possession des biens d'autrui à titre professionnel; le second domaine d'appréciation est constitué par les instruments et documents négociables, qui peuvent facilement être gardés par le créancier gagiste lui-même.

ii) Le droit de rétention

93. Bien que les droits de rétention légaux d'un bien n'entrent pas, d'une manière générale, dans le champ d'application du présent Guide (à l'exception du chapitre VII sur la priorité; voir A/CN.9/631/Add.4), ils sont brièvement abordés ici puisqu'ils garantissent le paiement d'une obligation. De nombreux États ont des régimes détaillés régissant ces droits, régimes qui s'appliquent d'ordinaire aux transporteurs et aux entrepôts ainsi qu'aux personnes qui ont réparé les biens et leur ont apporté des améliorations. Dans certains États, les avocats, comptables, architectes et membres d'autres professions ont aussi le droit de retenir des documents appartenant à leurs clients. Tous ces types de droits de rétention trouvent leur origine dans le principe général du droit des contrats selon lequel une partie n'est pas tenue d'exécuter son obligation tant que l'autre partie n'est pas prête, disposée et apte à exécuter l'obligation corrélative. La plupart de ces droits de rétention légaux ne confèrent pas de droits de réalisation spéciaux à la personne qui retient les biens, et certains ne permettent même pas à la personne qui saisit et vend les biens concernés à revendiquer une priorité sur le produit de la vente en cas de réalisation.

94. Outre ces droits de rétention légaux de nature limitée, de nombreux États autorisent les parties contractantes à étendre la portée du principe juridique général et à convenir que, si l'une d'elles manquait à son obligation contractuelle, l'autre pourrait s'abstenir d'exécuter l'obligation qu'elle a envers la première, même dans le cadre d'un autre contrat. En particulier, ces États autorisent une partie à retenir une chose qui devrait, en vertu d'un autre contrat, être remise à l'autre partie. Par exemple, une banque n'a pas à remettre un document négociable (tel qu'un connaissement), ou un instrument négociable (tel qu'une lettre de change ou un billet à ordre), qu'elle détient pour son client ni à permettre des retraits sur le compte du client, si celui-ci n'a pas remboursé un crédit et avait convenu d'accorder à la banque un droit de rétention. Lorsqu'un tel droit de rétention est assorti d'un pouvoir valable de vendre la chose retenue, certains systèmes juridiques le considèrent comme un type de gage, bien que les modalités de création diffèrent de celles du gage à proprement parler. À défaut, le droit de rétention ainsi renforcé peut être considéré comme produisant certains des effets du gage. La conséquence la plus importante d'une telle assimilation au gage est que le créancier en possession jouit d'un droit de préférence sur la chose retenue, à moins qu'il n'existe sur elle une sûreté effective antérieurement constituée sans qu'il y ait eu dépossession.

iii) Les sûretés mobilières sans dépossession

95. Comme on l'a noté plus haut (voir par. 90), un gage sur des biens meubles corporels qui sont nécessaires pour la production ou la vente (tels que du matériel, des matières premières, des produits semi-finis et des stocks) est économiquement irréaliste. Un constituant commercial doit être en possession de ces biens pour exploiter son entreprise. S'il n'y a pas accès et n'a pas le droit d'en disposer, il sera incapable de générer les recettes qui lui permettront de rembourser le prêt.

96. Aussi a-t-on vu les États, en particulier dans la deuxième moitié du XXe siècle, commencer à reconnaître des sûretés mobilières qui sortent des limites étroites du gage. Même si dans certains cas cette reconnaissance s'est faite par l'adoption de nouvelles lois, elle a très souvent été le fruit de la pratique et de la jurisprudence. Certains pays ont introduit une nouvelle sûreté englobant divers arrangements pris à

des fins de garantie, mais la plupart des États, perpétuant la tradition du XIXe siècle (qui méconnaissait une attitude antérieure plus libérale), ont insisté sur le "principe du gage avec dépossession" comme seule méthode légitime de constitution d'une sûreté mobilière. Au cours du XXe siècle, les législateurs et les tribunaux de nombre de ces États en sont venus à reconnaître la nécessité économique urgente d'instituer certaines formes de sûretés mobilières sans dépossession.

97. Les différents États ont essayé de trouver des formules appropriées en fonction des besoins locaux et en conformité avec le cadre général de leur système juridique. Il en résulte une grande diversité de solutions, dont témoigne la multiplicité des dénominations de ces mécanismes, parfois à l'intérieur d'un seul et même État. Les techniques et appellations les plus répandues sont: dépossession fictive du constituant, gage sans dépossession, droit de gage inscrit au registre, nantissement, warrant, hypothèque mobilière, privilège contractuel, acte de vente, hypothèque mobilière, sûreté flottante et récépissé de trust. Autrement dit, alors que certains États s'efforçaient de créer un mécanisme de sûreté mobilière sans dépossession en lui donnant un nom, d'autres se sont contentés de modifier les règles régissant les mécanismes existants comme le gage afin d'autoriser les sûretés sans dépossession.

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

99. Certains États ont réglé le problème par un mécanisme connu sous le nom de "sûreté classique" ou de "sûreté flottante", la dénomination "classique" ou "flottante" dépendant du degré de contrôle que le créancier garanti exerce sur le bien grevé. En général, le créancier est titulaire d'une sûreté classique sur un bien si le constituant n'est pas autorisé à vendre ou à disposer d'une autre manière du bien sans le consentement du créancier (ce qui est en général le cas du matériel dont il se sert dans son entreprise), et il est titulaire d'une sûreté flottante sur un bien si le constituant est autorisé à vendre ou à disposer d'une autre manière du bien sans le consentement du créancier garanti (ce qui est en général le cas des stocks que le constituant est libre de vendre dans le cours normal de ses affaires). L'intérêt de la distinction entre une sûreté classique et une sûreté flottante grevant un bien concerne la priorité: une sûreté classique sur le bien est généralement prioritaire alors qu'une sûreté flottante peut avoir à s'incliner face à certaines créances privilégiées au profit des autorités fiscales et d'autres tiers, ou face à un traitement spécial consenti à des créanciers chirographaires (voir aussi *infra* par. 196).

100. Certains États hésitent à autoriser la constitution de sûretés sans dépossession sur des stocks. Cela tient parfois à une prétendue incompatibilité entre, d'un côté, la sûreté du créancier et, de l'autre, le droit du constituant de vendre, qui est indispensable pour convertir les stocks en liquidités avec lesquelles il remboursera un prêt garanti. Une autre raison est que la disposition des stocks donne souvent lieu à de délicats conflits entre de multiples cessionnaires des biens grevés ou de multiples créanciers garantis. Une troisième raison peut découler d'une décision de politique générale de réserver les stocks au désintéressement des créanciers chirographaires du constituant

101. Pour diverses que soient les législations prévoyant des sûretés mobilières sans dépossession, elles ont un trait commun: elles exigent ou prévoient en général une forme ou une autre de publicité. L'objet de cette publicité, comme celle prévue par la possession d'un bien grevé, est d'éviter que le caractère non visible, aux yeux des tiers, des sûretés sur les biens que détient le constituant ne lui donne une apparence trompeuse de richesse. On fait toutefois souvent valoir que, dans une économie moderne reposant sur le crédit, les parties devraient supposer que les biens risquent d'être grevés d'une sûreté du prêteur ou soumis à une réserve de propriété du vendeur. C'est pourquoi, le raisonnement tenu est qu'une obligation générale de publier les sûretés mobilières sans dépossession n'est pas nécessaire pour protéger les tiers. Ces suppositions générales toutefois ne peuvent que renchérir le crédit. Même si les biens en possession de la personne sont sa propriété et ne sont pas grevés, un créancier ne s'exposera pas au risque qu'il y ait une sûreté cachée et ajustera le coût du crédit en conséquence. Il se peut aussi que le créancier essaie d'échapper au risque (seulement de manière partielle) en effectuant une recherche approfondie, longue et coûteuse. Enfin, dans les systèmes fondés sur la supposition générale que les biens seront grevés et qui, par conséquent, n'ont pas de registres intégrés et entièrement transparents, le créancier n'a aucune base objective pour connaître la mesure dans laquelle les biens sont effectivement grevés et la priorité relative des sûretés concurrentes. Il s'ensuit que les constituants risquent ainsi de ne pouvoir mettre à profit la valeur intégrale de leurs biens pour obtenir un crédit.

102. Il semble généralement admis qu'il est nécessaire de réduire l'écart entre la demande économique générale de sûretés mobilières sans dépossession et l'accès souvent limité à de telles sûretés qu'offrent les législations actuelles de nombreux États. L'un des principaux objectifs de la réforme du droit des opérations garanties est d'apporter des améliorations dans le domaine des sûretés mobilières sans dépossession et dans le domaine connexe des sûretés sur les biens meubles incorporels (voir *infra* sect. A.2.b)).

103. Bien que les régimes modernes prouvent que les difficultés peuvent être surmontées, l'expérience montre que la législation sur les sûretés mobilières sans dépossession exige plus d'efforts qu'une simple "modernisation" du gage traditionnel avec dépossession. Cela tient principalement aux quatre grandes caractéristiques ci-après de ces sûretés. Premièrement, puisqu'il conserve la possession, le constituant a la faculté de disposer du bien grevé ou de créer sur lui un droit concurrent, même contre la volonté du créancier garanti. Cette situation exige l'adoption de règles concernant les effets et le rang de priorité de tels actes de disposition (voir chapitre VII sur la priorité; A/CN.9/631/Add.4). Deuxièmement, le créancier garanti doit s'assurer que le constituant en possession prend soin des biens grevés, les assure comme il se doit et les protège afin de préserver leur valeur

commerciale, questions qui doivent toutes être traitées dans la convention constitutive de sûreté entre le créancier garanti et le constituant (voir chapitre VIII sur les droits et obligations des parties; A/CN.9/631/Add.5). Troisièmement, si la réalisation de la sûreté devient nécessaire, le créancier garanti préférera généralement que les biens grevés lui soient remis. Toutefois, si le constituant ne veut pas renoncer à les posséder, il pourrait être nécessaire d'engager une procédure judiciaire ou extrajudiciaire. Il faudra peut-être prévoir des voies de droit appropriées et éventuellement une procédure de réalisation accélérée (voir chapitre X sur les droits après défaillance; A/CN.9/631/Add.7). Quatrièmement, l'apparence trompeuse de richesse que donnent au constituant les sûretés "occultes" de tiers créées sur les biens détenus par lui devra probablement être combattue par diverses formes de publicité (voir chapitre VI sur le système de registre; A/CN.9/631/Add.3).

104. Étant donné la nécessité économique généralement reconnue de sûretés mobilières sans dépossession et les différences fondamentales examinées ci-dessus entre sûretés avec et sans dépossession, une nouvelle législation sera nécessaire dans de nombreux États qui tienne compte des avantages et inconvénients relatifs.

105. Compte tenu des modèles législatifs examinés ci-dessus, le législateur a sans doute le choix entre trois possibilités. La première serait d'adopter une législation intégrée applicable à la fois aux sûretés avec dépossession et aux sûretés sans dépossession (voir *infra* sect. A.4). C'est, par exemple, l'approche qui a été retenue dans la Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières adoptée par l'Organisation des États américains en février 2002. La deuxième serait d'adopter une législation intégrée pour les sûretés sans dépossession, le régime des sûretés avec dépossession étant traité à part. La troisième serait de conserver un système fragmenté composé de différentes sûretés pour différents types de constituants, différents types de biens et différents types de sûretés mobilières (avec ou sans dépossession), mais de faire en sorte que toutes les questions relatives à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation soient traitées dans le même ensemble de règles.

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

iv) Sûretés légales sans dépossession

107. Dans de nombreux États, il n'y a ni régime intégré ni même des régimes spécialisés différents pour régir les sûretés sans dépossession. Le crédit y est encouragé par des lois conférant des droits extracontractuels particuliers à certaines catégories de créanciers parmi lesquels figurent le plus souvent les vendeurs, fournisseurs de matériaux, artisans, commerçants et réparateurs. En général, le créancier désigné n'est pas habilité à exercer des moyens de réalisation spéciaux; il doit obtenir un jugement puis saisir les biens du débiteur en suivant la procédure

normale. Le seul avantage qu'il obtient est une priorité pour le paiement (ou privilège) qui peut être réclamé sur le produit de la vente dans le cadre d'une réalisation. En outre, le bénéficiaire du droit n'étant normalement pas tenu de publier sa sûreté légale sans dépossession, il est rare de pouvoir invoquer ce droit sur des biens qui n'appartiennent plus au débiteur.

108. Les sûretés légales sans dépossession de ce type contribuent certes à encourager les bénéficiaires désignés à accorder un crédit à leurs débiteurs, mais présentent néanmoins plusieurs inconvénients. Tous les types de fournisseurs de crédit ne peuvent en bénéficier. Elles sont occultes, en ce que les tiers ne peuvent facilement connaître leur existence. Elles ne permettent pas aux créanciers d'avoir accès à des moyens de réalisation rapides susceptibles de générer un prix plus élevé lors de la vente du bien. Enfin, elles n'offrent qu'une protection fragile aux créanciers puisqu'elles ne peuvent être invoquées dès lors que le débiteur n'est plus en possession des biens. Toutes ces raisons expliquent la tendance moderne qui consiste pour les États à réduire le nombre de ces sûretés sans dépossession et les privilèges et à élargir à la fois les catégories de créanciers susceptibles de conclure des contrats pour obtenir une sûreté sans dépossession et les types de biens sur lesquels une telle sûreté peut être constituée par convention.

b) Les sûretés sur les biens meubles incorporels

109. Les biens meubles incorporels englobent des droits très divers, comme les créances et la propriété intellectuelle (pour les définitions des "biens meubles incorporels", de la "propriété intellectuelle" et de la "créance", voir *supra* par. 19). Étant donné l'importance économique considérable qu'ont prise ces dernières années les biens meubles incorporels, il est de plus en plus demandé de les utiliser comme sûreté mobilière. Les biens meubles incorporels (en particulier sous forme de propriété intellectuelle) représentent souvent une part importante de la valeur d'autres biens, comme dans le cas de stocks et de matériel (par exemple, des biens portant une marque commerciale de valeur et un logiciel essentiel pour le fonctionnement du matériel). De plus, le produit de stocks ou de matériel peut prendre la forme de biens meubles incorporels. [À l'exception des valeurs mobilières qui ne sont pas intermédiées,] le présent Guide ne traite pas des valeurs mobilières car elles soulèvent une série de questions qui exigent un traitement spécial et qui font l'objet d'un texte en cours d'élaboration à Unidroit et de la Convention sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire. Il traite en revanche des sûretés constituées sur des créances ainsi que des sûretés constituées sur d'autres types de meubles incorporels.

110. Par définition, les biens meubles incorporels échappent à toute possession matérielle. Néanmoins, les codes de nombreux États (y compris des États de "droit romain") traitent de la constitution de sûretés sur des biens meubles incorporels, du moins pour ce qui est des créances, en modifiant le régime s'appliquant à la constitution de gages avec dépossession. Certains ont essayé d'instituer un semblant de dépossession en exigeant du constituant qu'il transfère au créancier tout écrit ou document relatif à la créance engagée (par exemple le contrat dont elle découle). Un tel transfert ne suffit toutefois pas, à lui seul, à constituer le gage. Dans de nombreux États, la "dépossession" du constituant est symbolique et consiste à exiger que soit donné à ce dernier une notification du gage.

111. Certains États ont mis au point des techniques qui donnent des résultats comparables à ceux de la possession de biens meubles corporels. La plus radicale est le transfert intégral du droit grevé (ou de la partie grevée du droit) au créancier garanti. Ce faisant, toutefois, cette technique va au-delà de la constitution d'une sûreté et équivaut à un transfert de propriété, qu'il se fasse sous condition ou de manière absolue (voir *infra* sect. A.3.a)). Suivant une approche plus modérée, la propriété des biens grevés n'est pas affectée, mais les actes de disposition du constituant qui ne sont pas autorisés par le créancier garanti sont bloqués. Dans le cas d'un compte bancaire, si le constituant (créancier du compte grevé), en tant que détenteur de ce compte, accepte que celui-ci puisse être bloqué en faveur du créancier garanti, ce dernier a l'équivalent de la possession d'un bien meuble corporel. Cela est particulièrement vrai si c'est la banque dépositaire qui est le créancier garanti.

112. Ces techniques d'obtention de la "possession" de biens incorporels sont parfois qualifiées de "contrôle" dans les régimes modernes d'opérations garanties. En général, un créancier garanti est réputé avoir le contrôle d'un bien s'il a le droit contractuel de décider d'en disposer. Par exemple, dans certains États, le créancier garanti peut être réputé avoir le contrôle du droit au paiement de fonds sur un compte bancaire si la banque dépositaire s'est engagée par contrat (dans un document souvent dénommé "accord de contrôle") à disposer des fonds exclusivement sur instruction de sa part (pour la définition du "contrôle" s'agissant d'un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, voir *supra* par. 19). Le degré de contrôle peut être variable. Dans certains cas, il est absolu et tout acte de disposition du constituant est impossible. Dans d'autres, le constituant est autorisé à effectuer certains actes de disposition, notamment jusqu'à concurrence d'un montant global maximum fixé, ou jusqu'à survenance d'un évènement spécifié (parfois appelé "évènement déclencheur").

113. Dans le cadre des efforts déployés pour créer des régimes globaux de sûretés sans dépossession sur les biens meubles corporels (voir *supra* sect. A.2.a)), il est courant que les sûretés sur l'un des types de biens meubles incorporels les plus importants, les créances, soient intégrées au régime juridique applicable aux sûretés avec dépossession sur des biens meubles corporels. Cette approche a le mérite de la cohérence car la vente de stocks donne, en règle générale, naissance à de telles créances et il est souvent souhaitable d'étendre la sûreté constituée sur les stocks au produit de leur vente. Le système de registre général utilisé pour les sûretés sur biens meubles corporels peut également être utile pour les sûretés sur biens meubles incorporels, telles que les créances (pour plus de détails concernant le système de registre, voir A/CN.9/631/Add.3). Cette approche peut avoir comme autre mérite de rendre inutile la notification au débiteur de la créance, ce qui dans certaines opérations garanties faisant intervenir un ensemble de biens présents et futurs dont les composantes ne sont pas précisément identifiées pourrait ne pas être réalisable et concret. Même dans les cas où une telle notification est réalisable et concrète, il se peut qu'elle ne soit pas souhaitable pour des raisons de coût ou de confidentialité.

114. Au vu de l'expérience qu'ont permis d'acquérir différents modèles pour régir les sûretés sur les biens meubles incorporels, de nombreux États devront adopter une nouvelle législation. En tenant compte des avantages et des inconvénients de ces approches, les États seront confrontés à un choix fondamental. Ils pourront soit tenter de réglementer ces sûretés dans un régime distinct de celui régissant les

sûretés sur des biens meubles corporels (auquel cas la technique pour constituer une sûreté ressemblera fort à un transfert de propriété), soit essayer de mettre en place un régime intégré s'efforçant de créer un ensemble commun de principes régissant la constitution, l'opposabilité, la priorité et la réalisation des sûretés sur des biens meubles corporels et incorporels.

115. La tendance prédominante de la législation actuelle est d'élaborer des régimes qui traitent des sûretés sur des biens meubles incorporels dans le cadre d'un régime intégré qui gouverne également les sûretés sur les biens meubles corporels. Une telle approche permet aux constituants et aux créanciers: de décider dès le début de l'opération qui lie les biens qui seront grevés; de définir la relation entre les droits sur les créances qui naissent comme produit et ceux qui naissent lorsque les mêmes créances sont le bien grevé initial; et d'éviter incohérences et manque de transparence.

3. L'utilisation de la propriété à titre de sûreté

116. Dans de nombreux États, il existe parallèlement aux différents mécanismes et techniques qui sont destinés à remplir la fonction de sûretés (voir *supra* sect. A.2), il existe plusieurs autres instruments juridiques pouvant être utilisés pour produire l'équivalent d'une sûreté. La plupart de ces instruments sont issus de pratiques commerciales dont la validité a été confirmée par les tribunaux, mais certains ont été créés ou améliorés par la législation. En ce qui concerne la création de l'équivalent de sûretés sans dépossession sur des biens meubles corporels et incorporels, les instruments ou techniques alternatives les plus répandus comprennent l'utilisation de la propriété sur le bien à des fins de garantie. La propriété peut être utilisée de cette manière par le constituant qui la cède au créancier (voir point A.3 a) ci-après) ou par un créancier (généralement un vendeur ou bailleur) qui conserve la propriété des biens vendus ou loués (voir point A.3 b) ci-après). Aussi bien le transfert de propriété que la réserve de propriété permettent au créancier de bénéficier de droits qui sont équivalents aux sûretés sans dépossession, qui, comme il a été exposé précédemment, sont fondamentales d'un point de vue économique.

a) Le transfert de propriété

117. Dans la mesure où les différents régimes ne traitaient pas des sûretés sans dépossession, les débiteurs et les créanciers ont cherché ailleurs dans le droit des principes qui leur permettraient de combler les lacunes et de surmonter les obstacles en matière de constitution de sûretés sans dépossession. Le transfert de propriété des biens au créancier garanti (soit sous condition jusqu'au remboursement du prêt ou sous réserve d'un nouveau transfert à l'emprunteur dans le cadre d'une deuxième vente par laquelle le créancier conserve la propriété jusqu'au remboursement du prêt) est le procédé le plus utilisé à cette fin.

118. Dans de nombreux États, le transfert de propriété à titre de sûreté continue actuellement d'intéresser les créanciers pour deux raisons. La première est que les conditions de forme et de fond d'un transfert de propriété de biens meubles corporels ou incorporels à une autre personne sont souvent moins strictes et, partant, entraînent moins de frais que les conditions requises pour constituer une sûreté mobilière. La seconde est qu'en cas de réalisation et en cas d'insolvabilité du constituant, un créancier se trouve souvent dans une meilleure position en tant que

propriétaire qu'en tant que détenteur d'une sûreté. Ceci est en particulier vrai lorsqu'il est établi que les biens du propriétaire, quoique en la possession du constituant, ne tombent pas dans la masse de l'insolvabilité alors que les biens du constituant, s'ils sont simplement grevés d'une sûreté en faveur du créancier, sont réputés entrer dans cette masse (voir chap. XI sur l'insolvabilité; A/CN.9/631/Add.8). Ces deux caractéristiques ne sont toutefois pas toujours présentes dans le droit national. Par exemple, dans de nombreux États la différence entre la propriété-sûreté et les sûretés mobilières s'agissant des formalités de constitution ou de réalisation exigées a été éliminée au point que les mécanismes de transfert de propriété et les sûretés sont traités de la même manière s'agissant de leur constitution. Dans d'autres États, les transferts à titre de sûreté sont généralement soumis aux règles applicables aux transferts de propriété, tandis qu'en cas de réalisation et d'insolvabilité, ils sont traités comme des mécanismes de sûreté.

119. Le transfert de propriété à titre de sûreté a été instauré par la loi dans certains États (généralement dans le cadre des régimes traitant des ventes avec un droit de revendication ou de rachat) et par la pratique et la jurisprudence dans d'autres. Les États adoptent aujourd'hui différentes approches à l'égard du transfert de propriété à titre de garantie. Comme il a été noté, dans certains États la constitution d'une telle sûreté est soumise aux règles les moins contraignantes régissant les transferts de propriété et a l'effet d'un transfert de propriété complet. Dans d'autres, elle est soumise aux règles les plus strictes régissant les sûretés mobilières et n'a que l'effet d'une opération garantie. Dans d'autres États encore, en particulier ceux de droit romain, de nombreux transferts de propriété, si ce n'est tous, sont considérés comme un contournement du régime ordinaire des sûretés mobilières et sont donc tenus pour nuls et non avenus. Dans les États qui ont adopté un régime global et intégré de sûretés mobilières sans dépossession, le transfert de propriété à titre de garantie existe mais est traité comme un simple mécanisme de sûreté. Dans ces États, les règles de constitution, d'opposabilité, de priorité et de réalisation d'un tel transfert sont les mêmes que pour les sûretés (voir *infra* sect. A.4).

120. En ce qui concerne le traitement des transferts de propriété à titre de sûreté, le législateur a le choix entre deux possibilités. La première est de l'autoriser en le soumettant aux conditions (généralement) moins strictes régissant le transfert intégral et en lui attribuant les effets plus importants de ce dernier, ce qui évite le régime général des sûretés mobilières. Cette possibilité a pour résultat de renforcer la position du créancier garanti (au risque cependant d'accroître sa responsabilité; voir chap. IV, sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, par. 200) tout en affaiblissant celle du constituant et de ses autres créanciers.

121. La seconde possibilité est d'autoriser le transfert de propriété à titre de sûreté, mais en en limitant les conditions ou les effets, ou les deux à la fois, à ceux d'une simple sûreté, ce qui peut être fait de deux manières. D'une part, les États pourraient spécifier les opérations de transfert de propriété qui seront autorisées, en interdisant toutes les autres, et en soumettant ces mécanismes autorisés aux règles de constitution, d'opposabilité, de priorité et de réalisation applicables aux sûretés. C'est l'approche adoptée par certains États de droit romain. D'autre part, les États pourraient simplement prévoir que ces opérations de transfert de propriété à titre de sûreté seront qualifiées de sûretés. C'est l'approche adoptée par de nombreux États de *common law*. Avec ces deux options, une réduction graduée des avantages pour

les créanciers garantis et des inconvénients correspondants pour les autres parties est possible, en particulier si les conditions d'un transfert de propriété ou ses effets, ou bien les deux, sont les mêmes que ceux d'une sûreté. La deuxième option est celle suivie par les États disposant d'un régime des opérations garanties global et intégré, et c'est également celle recommandée dans le présent Guide (voir A/CN.9/631, recommandation 11).

b) La réserve de propriété

122. Le deuxième procédé par lequel le droit de propriété est utilisé à titre de sûreté consiste à recourir à des techniques qui permettent aux vendeurs de se servir de leur droit de propriété sur des biens meubles corporels qui sont vendus à un acheteur pour garantir le paiement du prix d'achat. La formule la plus répandue, sans être la seule, consiste à ménager une réserve contractuelle de ce droit (la réserve de propriété). Néanmoins il existe plusieurs autres mécanismes, certains ayant pour origine la loi et d'autres une convention entre les parties, permettant aux vendeurs de se servir de leur droit de propriété.

123. Dans de nombreux États, le droit de la vente permet aux créanciers qui ont effectivement transféré la propriété à l'acheteur de demander l'annulation de la vente si celui-ci ne paie pas le prix. Une fois l'annulation prononcée, le vendeur a le droit de revendiquer la propriété et la possession des biens libres de toutes sûretés que l'acheteur peut avoir constituées sur eux. Ce droit naît en général du fait de la loi, même si dans certains États les vendeurs peuvent l'étendre par contrat au-delà de ce que prévoit le droit de la vente. Étant donné que le présent Guide porte sur les sûretés constituées par convention, ces moyens légaux dont dispose le vendeur ne seront pas examinés plus avant ici (pour un examen plus complet, voir chap. XII sur les droits liés au financement d'acquisitions; A/CN.9/631/Add.9).

124. Dans le cadre d'une réserve de propriété simple le vendeur peut conserver la propriété des biens vendus jusqu'à paiement complet de leur prix de vente. Les prêteurs peuvent aussi prendre part à ces financements en acceptant que le vendeur cède l'obligation garantie. Il existe différents types d'opérations assorties de clauses de réserve de propriété. Parfois le vendeur se contente de promettre la vente des biens à l'acheteur, et la vente (et le transfert de propriété) n'est réalisée que lorsque le prix a été payé intégralement. Parfois la vente est subordonnée au paiement complet du prix par l'acheteur. Mais le plus souvent la vente est immédiate et seul le transfert de propriété est subordonné au paiement du prix par l'acheteur. L'élément commun à tous ces types d'opérations est que même si l'acheteur a la possession et l'utilisation des biens (et parfois même le droit d'en disposer), il n'obtient pas vraiment de droits sur eux tant que le prix de vente n'est pas payé dans son intégralité. Jusqu'à ce moment, le vendeur reste propriétaire.

125. Les États permettent aussi des variations dans le champ d'application des réserves de propriété. Celles-ci portent parfois sur les obligations garanties, et parfois sur les biens qui font l'objet de la réserve. Par exemple, dans les réserves de propriété "toutes créances" ou "compte courant", le vendeur conserve la propriété des biens vendus jusqu'à ce que l'acheteur se soit acquitté de toutes ses obligations envers lui, qu'elles se rapportent à ces biens ou à d'autres biens qu'il aura acquis auprès de lui. Dans une réserve de propriété "étendue", les droits du vendeur peuvent aussi s'étendre aux créances ou autre produit provenant de la vente des biens. Toutefois, ce mécanisme existe dans très peu d'États. Et même dans ces

derniers, le droit au produit s'éteint généralement lorsque le produit est mélangé avec un autre produit. Dans l'immense majorité des États, la réserve de propriété ne s'applique pas au produit. De même, dans presque tous les États elle ne s'applique aux biens que tant qu'ils conservent leur identité, et elle s'éteint une fois qu'ils sont incorporés à d'autres biens au cours du processus de fabrication, ou perdent d'une manière ou d'une autre leur identité propre.

126. Une autre formule que la réserve de propriété, mais aboutissant au même résultat économique, consiste à assortir un contrat de bail d'une option d'achat sur l'objet loué à un prix symbolique qui ne peut être exercée par le preneur qu'une fois payée la majeure partie du "prix d'achat" théorique sous forme de loyer par versements échelonnés (voir l'exemple donné *supra* dans le chapitre II, sect. C.1, par. 62). Dans certains cas, lorsque le crédit-bail porte sur toute la durée d'utilisation du matériel loué, il équivaut à une réserve de propriété même sans option d'achat. Ces différents mécanismes ont tous pour objet de permettre à un emprunteur de financer l'"acquisition" de matériel ou de stocks (voir chap. XII sur les droits liés au financement d'acquisitions; A/CN.9/631/Add.9). Dans les paragraphes suivants, du moins en ce qui concerne le crédit-bail utilisé à titre de sûreté, les termes "vendeur" et "acheteur" incluent respectivement les termes "bailleur" et "preneur".

127. Économiquement, une clause de réserve de propriété fournit une sûreté particulièrement bien adaptée aux besoins des vendeurs pour garantir les crédits octroyés pour le prix d'achat des biens. Dans de nombreux États, ce type de crédit, généralement octroyé par les fournisseurs, remplace très souvent le financement bancaire ordinaire et bénéficie d'un statut privilégié étant donné l'importance pour l'économie des petits et moyens fournisseurs de biens. Dans d'autres États, il est plus fréquent que les banques financent l'acquisition, de sorte qu'elles ont développé des pratiques qui leur permettent de tirer profit du mécanisme de réserve de propriété. Par exemple, il se peut qu'un vendeur vende des biens au comptant à une banque, qui elle-même les revend à crédit à l'acheteur avec une clause de réserve de propriété; ou bien qu'un acheteur paye le vendeur au comptant grâce à un prêt puis transfère la propriété à la banque en garantie du prêt. Dans ces États, cette source de crédit et la sûreté spécifique qui l'accompagne se voient souvent accorder un privilège spécial qui prend la forme d'une priorité de rang plus élevé que les sûretés concurrentes sur les mêmes biens, à condition que certaines conditions formelles soient respectées.

128. Du fait qu'elle trouve son origine dans une clause d'un contrat de vente ou de crédit-bail, de nombreux États (y compris un certain nombre de ceux qui traitent les mécanismes de réserve de propriété comme l'équivalent de sûretés) considèrent encore la réserve de propriété comme une simple quasi-sûreté. En conséquence, ils ne soumettent pas ces mécanismes aux règles générales applicables aux sûretés mobilières, notamment en ce qui concerne la forme de la constitution, la méthode d'opposabilité, la priorité et la réalisation. Un autre avantage est que la réserve de propriété peut être constituée à moindres frais car, dans de nombreux États, elle n'est pas soumise à publicité. Elle est en outre bien adaptée au financement à court terme et, dans certains États, confère un droit réel à l'acheteur. Dans les États qui autorisent la création de sûretés sans dépossession uniquement sur certains types de biens, mais pas sur les stocks, elle est utilisée pour le financement d'achat de stocks. Un autre avantage encore est que le vendeur se réservant la propriété jouit, dans de

nombreux États, d'un privilège, qui peut se justifier par la volonté de soutenir les fournisseurs qui sont normalement de petites ou moyennes entreprises et de promouvoir le financement d'acquisitions par les fournisseurs plutôt que par le crédit bancaire ordinaire.

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

130. Plusieurs options peuvent être envisagées par les États. L'une est de conserver le caractère spécial de la réserve de propriété comme mécanisme de transfert de la propriété. Ainsi, la réserve de propriété ne serait soumise à aucune condition de forme ou publicité. Une autre option légèrement différente serait de préserver le caractère spécial de la clause de réserve de propriété mais d'en limiter les effets à savoir qu'elle servirait à garantir uniquement le paiement du prix d'achat du bien concerné à l'exclusion de tout autre crédit et ne porterait que sur le bien acheté à l'exclusion du produit ou de la production issus de ce bien. Une troisième option consiste à intégrer la réserve de propriété dans le régime ordinaire des sûretés mobilières. Les règles de constitution, d'opposabilité, de priorité et de réalisation, même en cas d'insolvabilité de l'acheteur seraient ainsi les mêmes pour la réserve de propriété que pour les sûretés sans dépossession. Dans cette solution, pour les raisons mentionnées plus haut, il serait possible d'accorder certains avantages au vendeur (par exemple, un droit de préférence à compter de la conclusion du contrat de vente dans lequel figure la clause de réserve de propriété ou à compter de la livraison). Une quatrième option encore serait de conserver la réserve de propriété comme une opération séparée, mais de la mettre sur le même plan que n'importe quelle autre sûreté (sans octroyer aucun privilège spécial au vendeur se réservant la propriété quant à la constitution, à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation). Ces options sont examinées plus en détail au chapitre XII sur les droits liés au financement d'acquisitions (voir A/CN.9/631/Add.9).

4. Approche intégrée et fonctionnelle en matière de sûretés

131. Tout au long du XXe siècle, les demandes de crédit des entreprises ont souvent échoué faute de cadre juridique adéquat permettant aux emprunteurs d'accorder des sûretés aux prêteurs et aux autres fournisseurs de crédit. Parfois la loi interdisait explicitement la constitution de sûretés sur certains types de biens; parfois il

n'existait tout simplement pas de mécanisme juridique approprié, parfois encore les parties réussissaient à concocter un mécanisme juridique, mais il se révélait inefficace, coûteux et complexe à utiliser. Ces problèmes ont été à l'origine d'un grand nombre de développements qui viennent d'être examinés. Par exemple, ils ont donné lieu à des pratiques contractuelles et à des innovations législatives autorisant les "gages" fictifs et la mise en place d'opérations juridiques spécialisées destinées à résoudre les problèmes créés dans des secteurs particuliers de l'activité économique; ils ont aussi stimulé l'élaboration de toute une gamme de mécanismes de transfert de propriété; et ils ont été à l'origine du large recours aux clauses de réserve de propriété et à ses diverses variantes destinées à en accroître l'efficacité comme dispositif juridique permettant d'assurer l'exécution d'une obligation.

132. Devant la complexité, l'inefficacité et les lacunes créées par cette approche au cas par cas pour adapter les régimes juridiques aux besoins des entreprises en matière de crédit, certains États ont décidé au milieu du XXe siècle de repenser l'ensemble du domaine des sûretés sur les biens meubles corporels. La constitution d'une sûreté unique, intégrée, globale et définie en termes fonctionnels sur tous les types de biens meubles corporels a été l'aboutissement de cette réflexion. Cette approche en matière de sûretés a été inspirée par le constat que les nombreux types différents de sûretés sans dépossession, le gage avec dépossession traditionnel et les diverses variantes des mécanismes de transfert de propriété et de réserve de propriété reposaient tous sur quelques principes directeurs identiques visant à atteindre les mêmes résultats fonctionnels.

133. L'idée maîtresse de cette nouvelle approche en matière de sûretés est que le fond doit primer la forme. Ce n'est pas un hasard si cette idée a d'abord vu le jour dans des états fédéraux, comme les États-Unis d'Amérique et le Canada. L'Uniform Commercial Code ("UCC") américain, qui est une loi type adoptée par les 50 États (y compris la Louisiane qui applique la *common law* et le droit romain), a créé une sûreté mobilière unique et globale en unifiant les multiples sûretés, avec et sans dépossession, constituées sur des biens meubles corporels et incorporels, y compris le transfert et la réserve de propriété, qui existaient dans la législation des États et dans la *common law*. L'idée a gagné le Canada (y compris le territoire du Québec qui applique le droit civil), la Nouvelle-Zélande, l'Inde et d'autres pays (dont de nombreux pays de droit romain en Europe centrale et orientale). La Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières de l'Organisation des États américains suit à de nombreux égards une approche similaire tout comme la Loi-modèle de la BERD sur les sûretés, qui crée une "sûreté réelle" spécifique pouvant coexister avec d'autres mécanismes de garantie (par exemple, le crédit-bail) et assimile la réserve de propriété à une sûreté.

134. En tant que mécanisme visant à créer un régime efficace pour accroître l'offre de crédit bon marché aux entreprises et aux particuliers, un système intégré et global de garantie présente certains avantages importants.

135. Premièrement, toutes les lois traitant des sûretés mobilières sans dépossession (souvent nombreuses) peuvent être fusionnées en un seul texte, solution qui est garante d'exhaustivité, de cohérence et de transparence des règles. Deuxièmement, les règles sur les sûretés mobilières avec dépossession, en particulier sur le gage avec dépossession, peuvent être incluses dans ce texte et, en même temps, être adaptées aux besoins du moment (par exemple, par l'instauration de la notion de "contrôle" en relation avec les sûretés sur des biens meubles incorporels).

Troisièmement, les mécanismes de transfert de la propriété, comme le transfert de propriété à titre de sûreté et la réserve de propriété, peuvent être intégrés dans ce régime d'une manière qui non seulement donne aux vendeurs la protection qu'ils souhaitent, mais permet également aux acheteurs d'utiliser toute valeur qu'ils ont acquise sur les biens achetés pour obtenir un crédit supplémentaire. Quatrièmement, des arrangements contractuels servant de sûreté, comme le crédit-bail, la vente et la revente, peuvent également être intégrés et traités dans ce régime d'une manière qui réduit au minimum les conflits et les incertitudes quant à la priorité des droits des différents créanciers.

136. En outre, dans cette approche, un créancier qui envisage de consentir un prêt garanti n'a pas à étudier les divers mécanismes de sûreté possibles ni à en évaluer les conditions et les limites, pas plus que les avantages et les inconvénients. De même, il est plus facile pour les créanciers du constituant ou pour le représentant de l'insolvabilité agissant pour le compte du constituant de mesurer leurs droits (et leurs obligations) vis-à-vis du créancier garanti s'ils n'ont à se référer qu'à un seul régime, caractérisé par une sûreté globale, et non à plusieurs régimes différents. Enfin, une telle approche réduira le coût de la constitution des sûretés et, par voie de conséquence, le coût du crédit garanti.

137. Dans un contexte international, la reconnaissance des sûretés créées sur des biens situés dans un État qui sont ensuite transférés vers un autre État sera également facilitée si ce dernier reconnaît une sûreté globale. Un tel système peut beaucoup plus facilement accepter une large gamme de sûretés étrangères, qu'elles revêtent un caractère spécialisé ou qu'elles soient également globales.

138. Une approche intégrée et globale présente toutefois des inconvénients. Premièrement, elle exige sans doute de redéfinir certaines opérations (par exemple, le transfert de propriété à titre de sûreté ou la réserve de propriété), du moins aux fins de la législation sur les opérations garanties. Dans les États qui n'ont pas déjà accepté la "relativité de la propriété" sur les biens meubles, il faudra faire un travail approfondi de formation auprès des juristes et des hommes d'affaires pour leur enseigner les implications pratiques de cette requalification. Cette approche suppose en outre de modifier le raisonnement juridique sur lequel a reposé jusqu'ici la loi relative aux sûretés dans de nombreux États. Dans ces derniers, les sûretés sont conçues comme des exceptions au principe général de l'égalité des créanciers et doivent donc être interprétées restrictivement. De plus, la sûreté est généralement perçue comme un droit particulier sur des biens particuliers, pour garantir une obligation particulière qu'un débiteur particulier doit à un créancier particulier. L'approche intégrée et globale présume que ces restrictions traditionnelles seront remplacées par un principe général encourageant la généralisation du crédit garanti. Enfin, elle suppose normalement que le nouveau régime sera mis en vigueur par un texte législatif unique. Pour certains États cela exigera de modifier en profondeur l'organisation de leurs codes, civils ou commerciaux, ou d'autres lois.

139. Un grand nombre de ces inconvénients peuvent être réduits ou éliminés si l'État est attentif à la manière dont il choisit d'élaborer la législation créant une sûreté intégrée et globale. Par exemple, il serait possible d'obtenir la plupart des avantages tout en évitant la plupart des inconvénients grâce: a) à une réforme exhaustive des lois existantes sur les sûretés, les mécanismes de transfert de propriété à titre de sûreté, la cession de créances et les crédits-bails; et b) à l'adoption de règles légales spécifiques pour réglementer les pratiques

contractuelles qui se sont développées pour combler les lacunes de la loi. En tout état de cause, l'effort requis pour y parvenir d'une manière qui assure cohérence, transparence, efficacité et qui instaure une véritable concurrence entre l'ensemble des fournisseurs de crédit sur la base du prix serait considérable.

140. Un État souhaitant adopter une approche favorable à un régime global et intégré aurait, techniquement, le choix entre deux possibilités. La première serait de conserver et d'utiliser le nom des anciens mécanismes de sûreté, tels que le gage, la sûreté flottante, le transfert de propriété à titre de sûreté et la réserve de propriété. Toutefois, leur création et leurs effets en tant que sûretés seraient régis par un ensemble de règles intégré, même s'ils continueraient de produire pleinement leurs effets sur le droit de propriété à d'autres fins (par exemple fiscales ou comptables). La seconde manière, qui est légèrement différente, serait d'incorporer tous les types de droits servant à titre de sûreté dans une notion unitaire de la sûreté et de compléter les règles applicables à certaines grandes catégories de contrats pouvant être utilisés à titre de sûreté, tels que la vente, le crédit-bail ou la cession, par certaines règles supplémentaires spécifiées (par exemple, en ce qui concerne l'opposabilité, la priorité ou la réalisation).

141. Le Guide recommande la création d'un régime intégré et global en matière d'opérations garanties comme étant l'approche la plus efficace pour promouvoir le crédit garanti. En principe, il recommande aussi que les États adoptent à cette fin la deuxième des deux techniques qui viennent d'être exposées (approche qui peut être qualifiée de fonctionnelle et unitaire). Toutefois, il reconnaît également que certains États ne sont peut-être pas en mesure d'adopter l'approche fonctionnelle et unitaire pour les droits au financement d'acquisitions, aussi prévoit-il que, dans cette situation particulière, les États peuvent choisir d'adopter la première approche pour établir un régime global et intégré, approche qui pourrait être qualifiée de fonctionnelle et non unitaire (pour un examen plus détaillé, voir chap. XII sur les droits au financement d'acquisitions; A/CN.9/631/Add.9).

B. Recommandations

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que, dans la mesure où le document A/CN.9/631 contient un ensemble consolidé des recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties, ces dernières ne sont pas reproduites ici. Elles figureront à la fin de chaque chapitre dès qu'elles auront été finalisées.*]

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

A. Remarques générales

1. Introduction

142. Dans le présent Guide, une sûreté réelle mobilière est un droit réel (par opposition à droit personnel) sur des biens meubles (par opposition à biens immeubles) créé par une convention entre le constituant et le créancier garanti (par opposition à une loi ou une décision judiciaire), qui vise à garantir l'exécution d'une

obligation due par le premier, ou une autre personne, au second (pour la définition du terme “sûreté réelle mobilière”, voir *supra* par. 19). Il est donc indispensable de déterminer les mesures nécessaires pour qu’une sûreté réelle mobilière prenne pleinement effet entre les parties et devienne opposable.

143. Dans certains États, une sûreté réelle mobilière sur un bien ne prend pleinement effet qu’après conclusion d’une convention constitutive de sûreté et l’accomplissement d’une formalité supplémentaire telle que la remise de la possession du bien grevé. Selon la nature du bien, la notification à un tiers (comme pour les créances) ou l’inscription (comme pour les navires ou les aéronefs) peut également être exigée. Tant que ces formalités n’ont pas été accomplies, la sûreté n’est pas considérée comme créée et elle est donc sans effet, même entre les parties. En revanche, une fois qu’elles l’ont été, la sûreté produit effet non seulement entre les parties mais aussi à l’égard de toute autre personne, partie ou non à la convention constitutive de sûreté (ce que l’on appelle souvent l’effet *erga omnes* des droits réels).

144. Dans d’autres États, une distinction est faite entre l’efficacité d’une sûreté réelle mobilière entre les parties (*inter partes*) et à l’égard des tiers (opposabilité). La sûreté prend naissance dès la conclusion de la convention constitutive de sûreté, mais elle n’est efficace qu’entre les parties, et une formalité supplémentaire est nécessaire pour la rendre efficace à l’égard des tiers. Cette formalité sert aussi de référence pour déterminer la priorité d’une sûreté sur les droits de réclamants concurrents (pour la définition des termes “réclamant concurrent” et “priorité”, voir *supra* par. 19). Cette approche a surtout un avantage pratique car elle permet à un constituant d’offrir les mêmes biens en garantie à plusieurs créanciers (augmentant ainsi le montant du crédit qu’il peut obtenir en fonction de la valeur des biens) tout en créant une base sur laquelle déterminer le rang de priorité de ces créanciers.

145. Cette approche part de l’idée qu’une sûreté réelle mobilière comprend deux éléments distincts. Il y a, d’une part, une relation entre les parties et, d’autre part, un élément de propriété qui produit des effets directs sur les droits des tiers. En d’autres termes, la convention constitutive de sûreté est suffisante pour qu’une sûreté soit efficace entre les parties, mais insuffisante pour qu’elle le soit à l’égard des tiers, tels que d’autres créanciers garantis, des créanciers judiciaires, ou le représentant de l’insolvabilité en cas d’insolvabilité du constituant. Cette approche repose en outre sur l’hypothèse qu’il n’est pas nécessaire de soumettre l’efficacité entre les parties à notification ou à inscription, ce qui risquerait au contraire d’entraver les opérations qui ont une fonction de garantie mais sont fondées sur des techniques de vente ou de location informelles (par exemple, les ventes avec réserve de propriété, les crédits-bails ou les accords de location-vente).

146. Certains États adoptent une troisième approche, hybride des deux premières, consistant à considérer qu’une sûreté réelle mobilière produit effet à l’égard de tous au moment de sa constitution (y compris à l’égard des créanciers chirographaires du constituant, des créanciers judiciaires, du représentant de l’insolvabilité du constituant, des donataires et des bénéficiaires du transfert des biens en dehors du cours normal des affaires du constituant), mais que des règles spéciales s’appliquent à l’opposabilité et à la priorité dans les cas où des réclamants concurrents (par exemple des créanciers garantis concurrents ou des bénéficiaires du transfert des biens grevés dans le cours normal des affaires) font valoir des droits spécifiques sur les biens. Elle aboutit généralement aux mêmes résultats que la deuxième approche,

à une légère différence près concernant les droits de certains créanciers, comme les créanciers chirographaires ou judiciaires et le représentant de l'insolvabilité (voir A/CN.9/631/Add.2, par. […]).

147. Le présent Guide adopte la deuxième des trois approches générales susmentionnées en ce qui concerne la constitution et l'efficacité des sûretés réelles mobilières. Autrement dit, il recommande de faire une distinction entre les conditions nécessaires d'une part pour qu'une sûreté produise effet entre les parties, et d'autre part pour qu'elle devienne opposable (voir *supra* par. 144 et 145). Le présent chapitre traite des questions relatives à la constitution par convention d'une sûreté réelle mobilière sur un bien et de son efficacité entre les parties à la convention constitutive de sûreté. L'efficacité à l'égard des tiers fait l'objet du chapitre V sur l'opposabilité (voir A/CN.9/631/Add.2); les règles sur le classement des créanciers ayant des droits sur les mêmes biens sont présentées au chapitre VII sur la priorité (voir A/CN.9/631/Add.4); et les questions ayant trait à l'opposabilité d'une sûreté en cas d'insolvabilité sont examinées au chapitre XI sur l'insolvabilité. (voir A/CN.9/631/Add.8).

2. Constitution d'une sûreté réelle mobilière

148. Lorsque l'on parle de la constitution d'une sûreté réelle mobilière et de son efficacité entre le constituant et le créancier garanti, deux questions distinctes doivent être abordées. La plus importante consiste à déterminer à quel moment et dans quelles conditions une sûreté est créée, mais il faut aussi se demander à quel moment et dans quelles conditions elle prend effet entre les parties en général. Normalement, la réponse à ces deux questions est la même, à savoir: au moment où les formalités nécessaires à la constitution ont été accomplies. Il arrive aussi qu'une sûreté réelle mobilière qui a été constituée cesse par la suite d'être efficace entre les parties; il est alors important de déterminer quand exactement elle perd cette efficacité. Ces deux aspects de la question sont examinés ci-après successivement.

149. Dans la plupart des États, pour qu'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles soit constituée, il faut qu'une convention soit conclue à cet effet entre le constituant et le créancier garanti (pour la définition du terme "convention constitutive de sûreté", voir *supra* par. 19) (voir A/CN.9/631, recommandation 12).

150. La convention constitutive de sûreté peut remplir plusieurs fonctions, à savoir: a) servir de fondement juridique à l'octroi d'une sûreté; b) établir le lien entre la sûreté et l'obligation qu'elle garantit; c) réglementer de façon générale la relation entre le constituant et le créancier garanti (pour les droits avant défaillance, voir chap. VIII; A/CN.9/631/Add.5); et d) réduire au minimum le risque de litiges sur le contenu de la convention ainsi que de manipulation après défaillance (pour les droits après défaillance, voir chap. X, A/CN.9/631/Add.7).

151. Si la convention constitutive de sûreté peut parfois revêtir la forme d'un accord distinct entre les parties, elle est souvent incorporée dans le contrat de financement sous-jacent ou dans un contrat semblable conclu entre le constituant et le créancier garanti, tel qu'un contrat de vente de marchandises à crédit.

152. Comme il a été noté plus haut, dans de nombreux États, la convention constitutive de sûreté suffit à elle seule pour créer une sûreté réelle mobilière entre le constituant et le créancier garanti. Dans d'autres, cependant, une formalité supplémentaire (le transfert de la possession, la notification ou l'inscription) est

nécessaire pour qu'une sûreté soit créée, même entre les parties. La nature de cette formalité varie selon les États et même, au sein des États, selon le type de sûreté ou de bien concerné.

153. Certains accords relatifs à la propriété de biens meubles peuvent avoir une fonction de garantie, par exemple: la réserve de propriété d'un vendeur, le transfert de propriété à titre de garantie, la cession de créances à titre de garantie, ainsi que la vente et la revente, la cession-bail, la location-vente et le crédit-bail (pour les définitions des termes "cession", "crédit-bail", et "droit de réserve de propriété", voir *supra* par. 19.)

154. Dans les systèmes juridiques ayant un régime global et intégré pour les opérations garanties, les mécanismes de transfert de propriété à titre de garantie doivent généralement être constitués de la même façon que n'importe quelle autre sûreté. Ou bien ils sont englobés dans la notion uniforme de sûreté réelle mobilière, ou bien ils conservent leurs diverses dénominations, mais sont soumis aux mêmes conditions spécifiques de constitution entre les parties que les sûretés.

155. Dans d'autres systèmes juridiques, ces mécanismes sont le principal moyen de constituer des sûretés réelles mobilières sans dépossession. Ils sont alors généralement soumis aux règles applicables à l'opération particulière par laquelle la propriété est transférée entre les parties (par exemple la vente, l'échange, la location avec option d'achat, etc.) Du fait de la fonction de garantie, ces règles relatives aux opérations sont parfois soumises à d'autres règles établies par la loi ou énoncées par un tribunal. Le contenu des régimes prévus par ces systèmes juridiques qui conservent la spécificité des mécanismes de transfert de propriété peut être très différent d'un État à l'autre. Dans certains, seule la réserve de propriété est soumise à un régime particulier, tandis que le transfert de la propriété d'un emprunteur à un prêteur et la cession de créances à titre de garantie sont régis par les règles applicables à la constitution des sûretés réelles mobilières. Dans d'autres, certains mécanismes de transfert de propriété, outre la réserve de propriété, tels que la vente à réméré, sont aussi soumis à un régime particulier.

156. Le traitement des mécanismes de réserve de propriété est un indicateur clef de la manière dont les États conçoivent la notion de garantie fondée sur la propriété. Les systèmes juridiques qui ne considèrent pas les mécanismes de transfert de propriété comme des sûretés réelles mobilières accordent généralement une importance particulière à la réserve de propriété, même s'ils en soumettent parfois la constitution à des conditions très différentes. En d'autres termes, dans ces systèmes, la réserve de propriété est couramment utilisée et produit effet à l'égard de toutes les parties. Dans d'autres, toutefois, elle joue un rôle insignifiant et ne produit généralement pas d'effet ou, en tout état de cause, n'est pas opposable au représentant de l'insolvabilité d'un acheteur. Un point commun entre beaucoup de systèmes juridiques est que seuls les accords de réserve de propriété simples sont traités comme de véritables mécanismes de transfert de propriété, tandis que ceux qui contiennent des clauses s'étendant à toutes les sommes dues, au produit ou aux fruits, sont traités comme de véritables sûretés. Beaucoup s'accordent aussi à dire que seul le vendeur peut être réservataire. D'autres fournisseurs de crédit ne peuvent bénéficier d'une réserve de propriété que s'ils reçoivent du vendeur une cession du solde impayé du prix d'achat (voir chap. XII sur les droits liés au financement d'acquisitions; A/CN.9/631/Add.9).

157. Dans la plupart des systèmes juridiques qui reconnaissent la réserve de propriété, les droits du vendeur découlent d'une clause de l'accord de vente. Dans quelques États, le droit du vendeur à la réserve de propriété est implicite dans toutes les ventes à crédit et il n'est même pas nécessaire qu'il soit expressément énoncé dans l'accord de vente. Dans d'autres, le droit contractuel de rétention peut être convenu entre les parties, même verbalement ou par référence aux conditions générales imprimées sur un document de livraison ou une facture. Dans d'autres encore, une forme d'écrit, une certaine date pour l'accord voire l'inscription peuvent être exigées.

158. La terminologie employée et les conditions pour les transferts de propriété à titre de garantie varient aussi considérablement d'un système juridique à l'autre. On parle par exemple de transferts fiduciaires de propriété à titre de garantie, de ventes assorties d'un droit de revendication, de doubles ventes et de cessions-bails avec option d'achat. Il convient de noter tout d'abord que dans certains systèmes, un transfert de propriété à titre de garantie est inopposable aux tiers, et parfois même sans effet entre l'auteur et le bénéficiaire. Dans d'autres, il produit effet mais est peu utilisé du fait de l'existence d'autres sûretés réelles mobilières sans dépossession. La plupart des systèmes juridiques qui reconnaissent ce type de transfert soumettent sa constitution aux mêmes règles que celles applicables aux opérations garanties en général, au moins en cas d'insolvabilité de l'auteur du transfert. Ainsi, par exemple, une vente assortie d'un droit de revendication ou une double vente sera généralement soumise aux mêmes règles que les opérations garanties en ce qui concerne la forme et le contenu de l'accord.

159. De nombreux systèmes juridiques reconnaissent aussi que les opérations fondées sur le concept de location (location-vente et crédit-bail dans le contexte du financement d'acquisitions, et cession-bail dans le contexte d'une opération de prêt) remplissent souvent une fonction de garantie. Dans certains, elles sont traitées comme des sûretés et donc soumises aux mêmes conditions de constitution et d'efficacité entre les parties. Dans d'autres, elles sont considérées non comme des sûretés, mais comme des arrangements contractuels créant des droits personnels, auquel cas elles sont normalement soumises aux conditions de constitution entre les parties applicables aux droits contractuels de ce type.

160. La deuxième question qui se pose aux États lorsqu'ils décident des conditions fondamentales nécessaires à la constitution est celle de déterminer à quel moment la sûreté prend réellement effet entre les parties. Dans la plupart des États, du fait qu'elle découle d'une convention entre les parties, la sûreté prend effet entre elles dès la conclusion de cette convention. Les parties peuvent bien entendu convenir de reporter le moment de l'efficacité à une date ultérieure, mais normalement elles ne le font pas (et, en tout état de cause, elles ne peuvent convenir d'une date antérieure à la conclusion de la convention). Il est également nécessaire de déterminer le moment auquel la sûreté commence à produire des effets sur les biens grevés. Il convient alors de faire une distinction entre les biens présents et les biens futurs du constituant. Lorsque la convention constitutive de sûreté vise des biens sur lesquels le constituant a des droits ou qu'il a le pouvoir de grever au moment de la conclusion de la convention, la sûreté produit effet à l'égard de ces biens entre les parties à partir de ce moment, sous réserve de tout accord entre les parties tendant à reporter le moment de l'efficacité pour une partie ou l'ensemble des biens. En revanche, lorsqu'elle vise des biens sur lesquels le constituant compte acquérir des

droits ou qu'il compte avoir le pouvoir de grever ultérieurement, la sûreté ne produit effet concernant ces biens entre les parties qu'à partir du moment où le constituant acquiert ces droits ou ce pouvoir, à moins, bien entendu, que les parties conviennent de reporter la date de l'efficacité (voir A/CN.9/631, recommandation 12; voir aussi *infra* par. 185).

3. Éléments essentiels d'une convention constitutive de sûreté

161. Les éléments essentiels que doit comporter une convention constitutive de sûreté pour produire effet entre les parties varient d'un système juridique à l'autre. Certains sont toutefois communs à tous les systèmes qui exigent en général que la convention: a) identifie les parties; b) énonce l'obligation à garantir; et c) décrive les biens à grever. Certains États exigent en outre que la convention fixe le montant maximum pour lequel la sûreté sur les biens grevés peut être réalisée.

162. Le degré de précision requis pour l'identification de l'obligation garantie et des biens grevés varie aussi selon les États. Une description précise a l'avantage de la sécurité, mais l'inconvénient d'un manque de souplesse lorsqu'il s'agit de traiter d'importantes opérations de financement comportant des fluctuations du montant des obligations garanties ou de l'ensemble des biens grevés, notamment des biens à acquérir (par exemple dans le cadre d'un mécanisme de crédit permanent portant sur des stocks ou des créances). Quoi qu'il en soit, que la législation mentionne ou non l'identification des parties et la description de l'obligation à garantir et des biens à grever comme formant le contenu minimum d'une convention constitutive de sûreté, leur omission dans cette dernière risque d'entraîner des litiges au sujet de l'assiette de la sûreté et de l'obligation garantie, sauf si ces éléments peuvent être établis par d'autres moyens.

163. Les parties à la convention constitutive de sûreté peuvent aussi préciser d'autres points dans cette dernière, par exemple l'obligation de diligence qui incombe à la partie en possession des biens grevés et des observations concernant ces biens. En l'absence d'accord sur la question, des règles supplétives peuvent s'appliquer pour clarifier la relation entre les parties (pour les questions relatives à la situation avant défaillance, voir chap. VIII, A/CN.9/631/Add.5; pour celles relatives à la situation après défaillance, voir chap. X, A/CN.9/631/Add.7).

164. Beaucoup de régimes modernes des opérations garanties s'abstiennent de soumettre l'efficacité de la convention constitutive à des conditions trop complexes, l'idée étant de faciliter la promotion du crédit garanti en prévoyant des conditions minimales pour que la convention produise effet. Celle-ci doit par exemple: a) exprimer la volonté des parties de constituer une sûreté; b) identifier les parties (par exemple le constituant et le créancier garanti); c) décrire l'obligation devant être garantie par la sûreté; et d) décrire les biens à grever (voir A/CN.9/631, recommandation 13).

165. Comme il est précisé plus loin (voir par. 188 à 190), le Guide considère qu'une description générique des biens grevés est suffisante, par exemple: "tous les biens présents et futurs" ou "tous les stocks présents et futurs".

4. Forme d'une convention constitutive de sûreté

166. Les systèmes juridiques diffèrent aussi quant aux exigences de forme pour les conventions constitutives de sûretés et à la fonction de ces exigences. En particulier,

certains n'exigent aucune convention écrite tandis que d'autres requièrent un écrit. Dans quelques États, un écrit simple, non signé, suffit. Dans d'autres, un écrit signé est exigé. Dans d'autres encore, il faut un acte notarié ou un document équivalent. En règle générale, l'écrit a pour fonction d'avertir les parties des conséquences juridiques de la convention constitutive conclue par elles, de prouver l'existence de cette dernière et, dans le cas d'actes authentiques, de protéger les tiers contre son antidatage frauduleux. La forme écrite, en sus d'être une condition de l'efficacité, peut aussi avoir d'autres fonctions entre les parties. Dans beaucoup d'États, par exemple, elle est requise pour établir l'opposabilité ou l'ordre de priorité entre réclamants concurrents. Dans de nombreux cas, elle peut aussi être une condition pour obtenir la possession des biens grevés ou pour invoquer la convention constitutive de sûreté en cas de réalisation, dans le cadre ou en dehors d'une procédure d'insolvabilité.

167. Dans certains systèmes juridiques, la certification de la date par une autorité publique est requise pour les sûretés réelles mobilières avec dépossession, sauf pour les prêts de petites sommes, où la preuve testimoniale est admise. Si une telle certification peut être un moyen de prévenir l'antidatage frauduleux, elle risque par contre d'accroître le temps et le coût nécessaires à la réalisation d'une opération. Dans d'autres systèmes juridiques, une date certifiée ou l'authentification de la convention constitutive est requise pour divers types de sûretés réelles mobilières sans dépossession (voir, par exemple, les articles 65, 70, 94 et 101 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires). Dans certains de ces systèmes, cette certification est exigée en lieu et place de l'inscription. Toutefois, lorsque l'inscription est nécessaire, la date de la convention n'a pas à être certifiée.

168. Dans de nombreux systèmes juridiques, pour des considérations de temps et de coût, les conditions de forme impératives sont limitées au minimum. Un écrit simple (y compris, par exemple, des conditions générales ou une facture) suffit pour autant que, seul ou associé au comportement des parties, il indique l'intention du constituant d'octroyer une sûreté. Telle est la position du Guide, conformément à l'un de ses objectifs essentiels qui est de simplifier autant que possible le processus de constitution des sûretés réelles mobilières (voir *supra* par. 23 et A/CN.9/631, recommandations 1, al. c) et 14). Une communication électronique satisfait à l'exigence de la forme écrite (voir A/CN.9/631, recommandation 9). Seule exception aux règles énoncées ci-dessus: la convention constitutive de sûreté peut être verbale si elle s'accompagne d'un transfert au créancier garanti de la possession du bien grevé (voir A/CN.9/631, recommandation 14). Toutefois, si la sûreté est créée par convention verbale et transfert de possession, et que le créancier garanti renonce ensuite à la possession, une convention écrite est nécessaire pour que la sûreté continue d'exister.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être envisager de modifier la recommandation 14 pour préciser que, si le créancier garanti renonce à la possession du bien grevé sur lequel une sûreté a été constituée par convention verbale et transfert de possession, une convention écrite est nécessaire pour que la sûreté continue d'exister.*]

169. La convention constitutive de sûreté est généralement conclue entre le débiteur en tant que constituant et le créancier garanti. Dans des cas où un tiers accorde la sûreté pour le compte du débiteur, c'est lui qui devient partie à la convention à la

place ou en plus de ce dernier. Dans le cas de prêts importants consentis collectivement par plusieurs prêteurs (en particulier dans le cas de prêts consortiaux), un tiers, agissant en qualité de mandataire ou de fiduciaire des prêteurs, peut détenir des sûretés pour le compte de tous les prêteurs. Les conventions constitutives peuvent être adaptées à chacune de ces situations. Si certains systèmes prévoient des restrictions (par exemple, seules les entreprises peuvent engager leurs actifs), d'autres autorisent les personnes physiques comme les personnes morales à devenir parties à une convention constitutive de sûreté.

5. Obligations pouvant faire l'objet d'une convention constitutive de sûreté

170. La sûreté est un élément accessoire et dépendant de l'obligation qu'elle garantit. De ce fait, la validité et les clauses de la convention constitutive de sûreté dépendent de la validité et des clauses de l'accord qui établit l'obligation garantie. En particulier, dans les opérations de crédit permanent, une sûreté est accessoire dans la mesure où, si elle peut garantir des avances futures et des obligations fluctuantes, elle ne peut être réalisée en l'absence d'avances sur le prêt et elle ne peut être supérieure au montant de l'obligation due au moment de la réalisation.

171. Dans certains États, les sûretés sans dépossession ne peuvent concerner que certains types d'obligations énoncées dans la législation (par exemple, les prêts pour l'achat d'automobiles ou les prêts aux agriculteurs). Dans d'autres, qui ont un régime général applicable soit aux seules sûretés avec dépossession, soit aussi bien aux sûretés avec dépossession qu'aux sûretés sans dépossession, de telles restrictions n'existent pas. Un tel régime global (voir A/CN.9/631, recommandation 15) peut permettre d'étendre les principaux avantages découlant d'un financement garanti (à savoir une offre plus importante de crédit à moindre coût) aux parties à une vaste gamme d'opérations. En outre, il offre plus de cohérence et assure le même traitement à l'ensemble des débiteurs et des créanciers garantis. Dans la mesure où ce type de régime est nécessaire pour des raisons socioéconomiques particulières, on peut limiter au minimum ses effets préjudiciables en veillant à ce qu'il soit établi de manière claire et transparente et se limite à une gamme étroite d'opérations.

172. En général, les États qui ne relient pas de formes particulières de garantie à des types particuliers d'obligations ne limitent pas les types d'obligations pouvant faire l'objet d'une sûreté. En outre, à moins que les sûretés garantissant l'exécution de certains types d'obligations soient soumises à un régime spécial (par exemple, des prêts consentis par des prêteurs sur gage), les États n'énumèrent généralement pas dans la législation tous les types d'obligations pouvant être garantis. Compte tenu du rythme auquel de nouveaux types d'obligations de crédit font leur apparition, il serait impossible d'adopter une liste exhaustive qui ne serait pas rapidement dépassée. Il est toutefois courant que les États prévoient une liste indicative, qui comprend généralement les obligations découlant de prêts et de l'achat à crédit de biens meubles corporels, y compris de stocks et de matériel.

173. Les systèmes juridiques ont des positions différentes sur le point de savoir si, et dans quelle mesure, une convention constitutive de sûreté peut être créée pour garantir des obligations futures, ainsi que sur la définition même d'une obligation future. Dans certains, une obligation est future si elle n'a pas donné lieu à un contrat (c'est l'approche de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international, voir article 5, al. b).). Dans d'autres, même les

obligations qui ont donné lieu à un contrat, mais qui ne sont pas exigibles au moment de la conclusion de la convention constitutive de sûreté (parce que le prêt n'a pas été encore avancé ou qu'il relève d'un mécanisme de crédit permanent) sont considérées comme des obligations futures. En outre, les obligations soumises à une condition résolutoire sont invariablement traitées comme des obligations présentes, alors que les obligations soumises à une condition suspensive sont normalement traitées comme des obligations futures.

174. La distinction entre obligations présentes et futures est importante dans les systèmes juridiques où, pour des raisons de sécurité et pour protéger le débiteur, les obligations futures ne peuvent pas être garanties, ne peuvent l'être qu'à concurrence d'un montant maximal, ou ne peuvent pas l'être si elles sont indéterminées (par exemple lorsque la convention constitutive de sûreté indique viser "toutes les obligations présentes et futures de tous types pouvant naître entre les parties". Dans les États qui limitent l'octroi de sûretés réelles mobilières pour garantir l'exécution d'obligations futures, le débiteur ne pourra peut-être pas bénéficier de certaines opérations, telles que les mécanismes de crédit permanent ou les crédits à échéance modulable. Dans d'autres systèmes, les obligations futures peuvent être librement garanties et une convention constitutive de sûreté suffit pour couvrir à la fois les obligations présentes et futures. Par conséquent, il n'est pas nécessaire chaque fois qu'un crédit est octroyé ou augmenté, de modifier la sûreté correspondante ni même de constituer une nouvelle sûreté, ce qui a un impact positif sur l'offre et le coût du crédit. Si une sûreté peut être constituée sur une obligation future, elle ne peut être réalisée tant que l'obligation n'est pas née et n'est pas exigible. Certains États soumettent la manière d'indiquer le type et le montant de l'obligation garantie à diverses règles.

175. Dans certains systèmes juridiques, les parties doivent décrire avec précision les obligations garanties dans leur convention, fixer un plafond au montant pour lequel le bien peut être grevé en garantie de l'obligation, ou même réduire le montant de la garantie pour refléter le solde dû au titre de l'obligation. L'idée sous-jacente est que cette description ou ces limites sont dans l'intérêt du débiteur, qui serait ainsi protégé contre le surendettement et aurait la possibilité d'obtenir de nouveaux crédits auprès d'une autre partie. L'effet peut toutefois être de limiter le montant du crédit disponible auprès du créancier initial ou d'inciter les créanciers à indiquer un montant nettement supérieur à celui qu'ils acceptent réellement d'avancer au constituant. En conséquence, ce dernier est souvent privé de la possibilité d'utiliser la valeur intégrale de ses biens pour garantir d'autres obligations envers son créancier actuel ou de nouvelles obligations envers d'autres créanciers.

176. Souvent, les opérations de financement modernes ne supposent plus un paiement unique, mais prévoient plutôt le versement d'avances à différents moments, en fonction des besoins du constituant (les mécanismes de crédit permanent lui permettant par exemple d'acheter des stocks). Ce type de financement peut se faire au moyen d'un compte courant dont le solde fluctue quotidiennement. Si le montant de l'obligation garantie devait se trouver réduit par chaque versement effectué, les prêteurs seraient découragés de faire d'autres avances sauf à recevoir une sûreté supplémentaire. Cela nuirait considérablement à l'efficacité, car il en coûterait davantage au constituant, aussi bien en temps qu'en argent, pour acquérir les nouveaux biens nécessaires à la conduite de ses affaires. Enfin, quelques États

tentent de contrôler le crédit en limitant le montant pour lequel un bien peut être grevé à un pourcentage du crédit avancé au constituant (par exemple 125 % de l'obligation due). Cependant, les limites législatives de ce type sont inévitablement arbitraires, ne peuvent généralement pas être adaptées aux besoins de crédit des différents constituants et devraient normalement être ajustées en permanence pour tenir compte des modifications dans la relation de crédit entre le constituant et le créancier garanti.

177. Pour toutes les raisons indiquées ci-dessus, de nombreux systèmes juridiques n'exigent pas de description précise des obligations garanties et autorisent les parties à négocier librement le montant à garantir, y compris toute somme due par le débiteur au créancier garanti. Dans ces systèmes, l'obligation garantie doit être déterminée ou déterminable sur la base de la convention constitutive de sûreté chaque fois que cela est nécessaire (comme c'est le cas, par exemple, lorsque le créancier garanti réalise sa sûreté). En outre, le constituant est protégé car le créancier ne peut réclamer sur les biens grevés plus que ce qui lui est dû et, si l'obligation est totalement garantie, il est probable que le second offrira au premier des conditions de crédit plus avantageuses.

178. Les États adoptent aussi des positions différentes sur le point de savoir si le montant effectif de l'obligation garantie (y compris les taux d'intérêt, le cas échéant) doit être indiqué dans la convention constitutive de sûreté elle-même, s'il doit être exprimé dans une monnaie et, dans l'affirmative, dans laquelle. Certains États exigent par exemple que la convention constitutive indique non seulement le type d'obligation garantie mais aussi son montant (par exemple, le montant effectif du crédit fourni). D'autres n'exigent que l'indication du type d'obligation, laissant les autres précisions pour l'accord de prêt ou de crédit. En outre, certains États exigent que l'obligation de remboursement soit exprimée dans une monnaie tandis que d'autres permettent aux parties de l'exprimer comme ils le souhaitent. Beaucoup n'imposent aujourd'hui aucune restriction sur cette question outre celles qui s'appliquent aux obligations en général.

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

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

180. L'identification des biens qui seront grevés de la sûreté réelle mobilière est un élément central de la convention constitutive. Lorsqu'ils déterminent les modalités de cette identification, les États doivent généralement répondre à quatre questions distinctes, à savoir: si une sûreté peut être consentie sur des biens dont le constituant n'est pas, ou n'est pas encore, propriétaire; s'il devrait être impossible de grever certains types de biens; comment les biens peuvent être décrits (en d'autres termes, de manière individualisée ou générique); et si un constituant devrait être autorisé à créer une sûreté globale sur l'ensemble de ses biens (autrement dit, à conclure un

accord qui, dans de nombreux États, revêt la forme d'un "nantissement global d'entreprise").

a) Biens futurs

181. Dans la plupart des systèmes juridiques, le constituant doit être propriétaire des biens à grever ou détenir sur ces derniers un droit démembré (par exemple, un droit d'usage). En d'autres termes, la convention constitutive de sûreté ne peut être conclue tant que le constituant ne détient pas effectivement des droits sur les biens à grever. Se pose alors immédiatement la question de savoir si la convention peut être conclue de manière à couvrir a) des biens sur lesquels le constituant ne détient qu'un droit contractuel (par exemple, dans de nombreux systèmes juridiques, un preneur à bail n'a aucun droit réel sur les biens loués); et b) des biens futurs (par exemple des biens que le constituant est en train ou a l'intention d'acquérir, mais qui appartiennent encore au vendeur, ou alors qui seront fabriqués dans l'avenir à partir de matières premières dont le constituant pourrait ou non déjà être propriétaire – c'est-à-dire des biens qui n'existent même pas encore).

182. Pour répondre à ces questions, la plupart des États partent du principe que le constituant ne peut accorder au créancier garanti plus de droits que ceux qu'il détient ou pourrait acquérir ultérieurement (*nemo dat quod non habet*). Cela signifie par exemple que, si le constituant ne détient que le droit contractuel d'utiliser un bien, toute sûreté qu'il octroie ne peut porter que sur ce droit. Un preneur à bail ne peut affecter en garantie que la convention de location et non directement l'objet loué. Sous réserve des règles que les États adoptent concernant la précision requise pour décrire le bien grevé, cela signifie que la convention doit identifier le bien comme un bail et non comme l'objet loué lui-même. De même, cela signifie que si le constituant ne détient qu'un droit limité sur les biens, par exemple un droit d'usufruit, la sûreté ne portera que sur ce droit. Cependant, les États sont de plus en plus souvent confrontés à la question de savoir si des biens "futurs" peuvent être visés par une convention constitutive de sûreté.

183. Dans certains États, aucun type de bien futur ne peut être affecté en garantie, en partie à cause de considérations techniques relevant du droit des biens (par exemple, ce qui n'existe pas ne peut être transféré ou grevé). Une autre raison est la crainte que la faculté, pour le constituant, de disposer de biens futurs d'une manière générale ne le conduise involontairement à se surendetter en se rendant excessivement dépendant d'un seul créancier, et ne l'empêche d'obtenir des crédits garantis supplémentaires auprès d'autres sources. On peut enfin craindre que les chances, pour les créanciers chirographaires du constituant, d'être désintéressés ne se trouvent considérablement réduites. Cependant, les considérations techniques relevant du droit des biens ne devraient pas être invoquées à l'encontre de la nécessité pratique d'affecter des biens futurs en garantie pour l'obtention de crédits. En outre, les commerçants constituants peuvent sauvegarder leurs propres intérêts et n'ont pas besoin de dispositions légales restreignant la transférabilité des droits sur des biens futurs. Par ailleurs, l'autorisation de grever des biens futurs permet au constituant qui ne possède pas suffisamment de biens présents d'obtenir du crédit, ce qui devrait favoriser son activité et profiter à tous les créanciers, y compris les créanciers chirographaires.

184. Dans d'autres États, les parties peuvent convenir de constituer une sûreté sur un bien futur, en vertu d'un accord présent mais qui ne produira ses effets sur le

bien futur que lorsque le constituant deviendra propriétaire du bien ou lorsque le bien existera effectivement. Telle est l'approche de la Convention des Nations Unies sur la cession (voir art. 8, par. 2 et art. 2, al. a)). Il est important d'autoriser l'affectation de biens futurs en garantie d'un crédit, en particulier l'utilisation d'un ensemble renouvelable de biens pour garantir le paiement de créances nées d'opérations de crédit permanent. Les biens généralement concernés sont les stocks, qui par nature doivent être vendus et remplacés, et les créances, qui après recouvrement sont remplacées par d'autres. Le principal avantage de cette approche est qu'elle permet de viser, dans une seule convention constitutive de sûreté, un ensemble fluctuant de biens correspondant à la description qui y figure. Si tel n'était pas le cas, il faudrait sans cesse modifier la convention ou conclure de nouvelles conventions, ce qui risquerait d'augmenter le coût de l'opération et de réduire le montant du crédit disponible, en particulier au titre des mécanismes de crédit permanent.

185. La position du Guide est que la convention constitutive de sûreté peut viser des biens futurs. Lorsque la convention vise des biens sur lesquels le constituant a des droits ou qu'il a le pouvoir de grever au moment de sa conclusion, la sûreté sur ces biens est constituée à ce moment. En revanche, lorsqu'elle vise des biens sur lesquels le constituant compte acquérir des droits ou qu'il compte avoir le pouvoir de grever ultérieurement, la sûreté est constituée dès lors qu'il acquiert ces droits ou ce pouvoir (voir A/CN.9/631, recommandations 12 et 16).

b) Biens exclus

186. Dans certains systèmes juridiques, des lois spéciales régissant des types particuliers de sûretés sans dépossession restreignent les types de biens susceptibles d'être affectés en garantie ou la partie de la valeur des biens qui peuvent être grevés. Les revenus et les prestations sociales par exemple (salaires et retraites) en deçà d'un montant minimum font l'objet de restrictions pour des raisons d'ordre public. Dans d'autres systèmes, on limite les fins auxquelles certaines catégories de constituants peuvent octroyer des sûretés. Par exemple, certains n'autorisent les constituants à grever des biens d'équipement ménager que pour garantir le paiement de leur prix d'achat. D'autres encore limitent la capacité de certains constituants de créer des types de sûreté particuliers. Par exemple, dans certains systèmes, des personnes qui n'ont pas d'activité commerciale ne sont pas autorisées à accorder de sûretés sans dépossession et peuvent seulement affecter leurs biens en gage. Dans d'autres, ces mêmes personnes ne sont pas autorisées à grever des biens futurs ou certaines catégories de biens, mais seulement des biens existants faisant l'objet d'une description individualisée.

187. Toutes ces restrictions, qui visent en général à protéger le constituant, empêchent aussi ce dernier d'utiliser la valeur totale de ses biens pour obtenir des crédits. Il faut donc peser soigneusement leurs avantages et leurs inconvénients pour parvenir à un équilibre. Certains États le font, non pas en incorporant ces restrictions dans la législation générale qui créé le régime des sûretés, mais en élaborant des règles spécifiques sur la question dans une législation spéciale, comme celle sur la protection des consommateurs, l'avantage étant de pouvoir formuler ces restrictions d'une manière ciblée qui contribue aux objectifs directement liés à la protection de ces constituants réputés avoir besoin d'une telle protection.

c) Identification des biens

188. Dans certains systèmes juridiques, les biens grevés doivent être identifiés avec précision. Si une telle exigence vise à protéger le constituant contre l'octroi de sûretés trop importantes, elle limite aussi dans de nombreux cas l'offre de crédit. Par exemple, il n'est pas toujours pratique ou même possible d'identifier précisément des biens particuliers, notamment lorsqu'il s'agit de stocks et, dans une certaine mesure, de créances. Pour résoudre ce problème, de nombreux États ont élaboré des règles permettant aux parties de décrire les biens à grever uniquement en termes généraux. L'identification précise, habituellement requise, est transposée des éléments individuels à un ensemble, qui doit alors faire lui-même l'objet d'une identification générale.

189. Ces descriptions générales peuvent revêtir différentes formes. Les parties peuvent par exemple prévoir qu'une sûreté réelle mobilière porte sur "tous les stocks" ou "tous les stocks de l'entrepôt ABC", sur "tous les bateaux à voile et canoës", sur "toutes les vaches", sur "toutes les presses d'imprimerie" ou sur "toutes les créances". L'essentiel n'est ni le type de bien (matériel, stocks, créances) ni l'étendue de la catégorie ("tous les biens qui se trouvent dans le lieu 'X'" ou "tous les bateaux à voile et canoës" par opposition à "tous les bateaux"). En fait, les États qui autorisent des descriptions générales exigent simplement qu'elles soient suffisantes pour permettre aux tiers de savoir, à tout moment, quels biens sont grevés en vertu de la convention constitutive de sûreté.

190. Dans certains systèmes juridiques, il est possible de décrire les biens grevés en termes extrêmement généraux, une référence à "tous les biens" ou à "tous les stocks présents et futurs" étant même suffisante. L'objectif est de réduire la complexité et le coût de la constitution d'une sûreté en permettant aux parties de décrire les biens grevés aussi simplement que possible. Comme il a été noté, toutefois, dans nombre de ces systèmes qui permettent l'identification par référence à une catégorie de biens, une telle désignation générique n'est pas autorisée pour les biens des consommateurs, ni même des petits commerçants. Pour autant que l'identification des biens grevés soit suffisamment claire et sous réserve des restrictions d'ordre public que les États pourraient souhaiter imposer à des fins de protection des consommateurs, le présent Guide recommande que soient autorisées les descriptions générales concernant les stocks présents et futurs (voir A/CN.9/631, recommandations 13 et 16).

d) Sûreté réelle mobilière sur l'ensemble des biens d'un constituant

191. Comme il a été indiqué ci-dessus, certains États ne permettent pas aux constituants de grever des biens décrits en termes généraux, tandis que beaucoup d'autres les y autorisent. Cela dit, même dans certains systèmes qui permettent d'identifier en termes généraux des catégories de biens grevés, voire d'utiliser une description générale englobant les biens présents et futurs, il n'est souvent pas permis au constituant d'octroyer une sûreté sur tous ses biens (autrement dit, même si elle porte sur "tous les biens présents et futurs"). Dans d'autres systèmes, le constituant peut grever tous ses biens, mais seulement à concurrence d'un certain pourcentage de leur valeur totale. Ces restrictions, qui visent à offrir une certaine protection aux constituants et aux créanciers chirographaires, ne peuvent manquer de limiter le montant du crédit disponible et d'accroître le coût de ce dernier.

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

193. Dans de nombreux systèmes juridiques, les conditions de fond et de forme essentielles pour la constitution d'une sûreté grevant l'ensemble des biens sont plus contraignantes que celles applicables aux sûretés classiques. Dans d'autres, elles sont identiques tant qu'aucun bien immeuble n'est grevé en vertu de la convention constitutive de sûreté. Lorsque des biens immeubles sont également grevés, la convention doit satisfaire aux conditions de fond et de forme nécessaires pour la constitution d'une sûreté sur des biens immeubles. La plupart des systèmes reconnaissent par ailleurs au constituant le droit de disposer des biens grevés sans qu'il soit porté atteinte à la sûreté, sous réserve d'une autorisation du créancier garanti. En cas de disposition, certains prévoient que les biens ne sont plus grevés tandis que d'autres maintiennent l'effet de la sûreté sur les biens. Dans certains systèmes juridiques, toutefois, la disposition des biens par le constituant, même autorisée par le créancier, est considérée comme inconciliable avec la notion de sûreté. En vue de simplifier la constitution d'une sûreté sur tous les biens d'une entreprise, lorsque le fournisseur de crédit finance la poursuite de l'exploitation de l'entreprise, le présent Guide recommande qu'une convention constitutive de sûreté unique portant sur tous les biens soit autorisée (voir A/CN.9/631, recommandation 16).

i) Nantissement global d'entreprise

194. Le concept de sûreté assise sur "tous les biens" n'est pas nouveau. Dans certains États, il existe depuis longtemps sous une forme couramment appelée "nantissement global d'entreprise". Ce nantissement peut lui aussi englober tous les biens d'une entreprise (même, dans certains États, les biens immeubles). Il peut, par exemple, porter sur les espèces reçues, les nouveaux stocks et le nouveau matériel, ainsi que sur les biens futurs d'une entreprise; les biens présents dont il est disposé dans le cours normal des affaires de l'entreprise sont libérés. Il a principalement pour avantage de permettre à une entreprise qui vaut plus globalement d'obtenir davantage de crédit à moindre coût. Un aspect intéressant de certaines formes de nantissement global d'entreprise est de permettre la désignation d'un administrateur de l'entreprise en cas de réalisation par le créancier garanti et de saisie-vente par un autre créancier. La nomination d'un administrateur peut contribuer à éviter la liquidation et à faciliter le redressement de l'entreprise, ce qui a des effets bénéfiques pour les créanciers, le personnel et l'économie en général. En pratique, cependant, les administrateurs nommés par le créancier garanti risquent de favoriser celui-ci. Ce problème peut être en partie atténué si l'administrateur est désigné et supervisé par un tribunal ou une autre autorité. Cette caractéristique du nantissement

global d'entreprise peut être utilement élargie à la sûreté assise sur tous les biens en ce sens que l'administrateur pourrait être désigné avec l'accord du constituant et du créancier garanti ou par le tribunal, et être chargé de la réalisation en dehors de la procédure d'insolvabilité.

195. Dans la pratique, le nantissement global d'entreprise peut présenter certains inconvénients. L'un d'entre eux est que le créancier garanti, en général, est ou devient le principal, voire le seul fournisseur de crédit de l'entreprise, ce qui peut nuire à la concurrence entre fournisseurs de crédit et peser sur l'offre de crédit et son coût dans la mesure où les autres créanciers ne sont pas protégés (encore que la concurrence ne soit pas nécessairement exclue, car un seul fournisseur important de crédit peut offrir des conditions particulièrement compétitives). Pour s'attaquer à ce problème, certains États ont restreint le champ d'application du nantissement global d'entreprise, en réservant un certain pourcentage de la valeur de l'entreprise aux créanciers chirographaires en cas d'insolvabilité. Toutefois, ces restrictions peuvent compromettre l'offre de crédit en réduisant de fait la valeur des biens pouvant servir de sûreté. Un autre inconvénient possible est que, dans la pratique, il se peut que le bénéficiaire du nantissement ne surveille pas suffisamment les activités de l'entreprise et ne contribue pas activement à la procédure de redressement, puisqu'il est pleinement garanti. Pour rééquilibrer la situation lorsque le créancier nanti a une position trop dominante, l'entreprise débitrice peut être autorisée à demander la mainlevée d'une sûreté manifestement excessive.

ii) Charge flottante

196. Dans d'autres États, la sûreté portant sur tous les biens prend la forme d'une "charge flottante" qui est simplement une sûreté potentielle, le constituant étant en droit de disposer de certains des biens grevés (comme les stocks) dans le cours normal de ses affaires. La disposition est interdite dès lors que le débiteur est défaillant, la charge flottante se "cristallisant" alors pour devenir une charge "fixe" produisant tous ses effets. Quand un système juridique autorise la constitution de sûretés sans dépossession sur tous les biens d'un constituant, et que celui-ci a le droit de disposer de certains des biens dans le cours normal de ses affaires, il n'est pas nécessaire de conserver les concepts ou les termes de "nantissement global d'entreprise" ou de "charge flottante" (voir aussi *infra* par. 199).

iii) Sûretés trop importantes

197. Aux préoccupations concernant les sûretés assises sur l'ensemble des biens, vient se greffer le problème, connexe mais distinct, des sûretés trop importantes qui se pose lorsque la valeur des biens grevés dépasse considérablement le montant de l'obligation garantie. Même si le créancier garanti ne peut réclamer plus que sa créance garantie majorée des intérêts et des frais (et éventuellement de dommages-intérêts), la constitution d'une sûreté trop importante risque de poser des problèmes. Les biens du constituant peuvent être grevés au point qu'il lui sera difficile, voire impossible (du moins en l'absence d'un accord de cession de rang entre les créanciers), d'accorder une sûreté de deuxième rang à un autre créancier. En outre, la réalisation par ses créanciers chirographaires pourrait être, sinon impossible, du moins plus difficile (sauf en cas d'excédent).

198. Les tribunaux de certains États ont adopté une solution qui consiste à déclarer nulle toute sûreté manifestement excessive par rapport à l'obligation garantie

majorée des intérêts, des frais et des dommages-intérêts ou à autoriser le constituant à en demander la mainlevée. Cette solution pourrait être efficace dans la pratique, sous réserve qu'une marge commercialement suffisante puisse être déterminée et accordée au créancier garanti, ce qui n'est peut-être pas toujours facile. Si le problème des sûretés trop importantes est source d'une réelle préoccupation dans de nombreux cas, la réponse adaptée risque de différer d'un État à l'autre et peut parfois se trouver dans la réglementation de ces pratiques prévue par d'autres lois. C'est pourquoi le Guide ne recommande pas d'adopter la solution qui consiste pour les tribunaux à déclarer la sûreté excessive (ce qui réduit en conséquence l'assiette des sûretés).

iv) Conclusion

199. Quand un système juridique autorise la constitution de sûretés sans dépossession sur tous les biens présents et futurs d'un constituant, dans un régime qui l'autorise à disposer de certains de ces biens dans le cours normal de ses affaires, nombre des mécanismes particuliers que les États ont élaborés pour permettre d'obtenir un crédit en grevant l'ensemble d'une entreprise ne sont plus nécessaires. Autrement dit, les concepts et les termes tels que "nantissement global d'entreprise" et "charge flottante" étaient importants car leur fonction dans le financement des entreprises ne pouvait être remplie par des sûretés classiques. Cependant, lorsque les États choisissent de créer un régime des sûretés intégré et organisé de manière fonctionnelle et permettent aux constituants de grever l'ensemble de leurs biens présents et futurs dans le cadre de la même convention, ces mécanismes deviennent beaucoup moins nécessaires, voire superflus. Si le Guide ne recommande pas aux États d'abandonner le "nantissement global d'entreprise" et la "charge flottante", comme il a été noté, il leur recommande d'adopter le concept d'une sûreté assise sur l'ensemble des biens, qui remplit les fonctions de ces autres mécanismes (voir A/CN.9/631, recommandation 16).

e) Responsabilité du créancier garanti en cas de perte ou de dommage causés par des biens grevés

200. Bien que la responsabilité en cas de perte ou de dommage causés par des biens grevés (par suite de l'inexécution du contrat ou d'une faute non contractuelle) ne relève pas du domaine des opérations garanties, il est important d'aborder la question, car elle peut avoir des incidences sur l'offre de crédit et le coût de ce dernier. Un point particulièrement important est la responsabilité pour dommage causé à l'environnement par des biens grevés de sûretés avec ou sans dépossession, car les conséquences financières et le préjudice pour la réputation du prêteur peuvent largement excéder la valeur des biens grevés. Certaines lois exonèrent expressément de responsabilité les créanciers garantis alors que d'autres limitent leur responsabilité dans certaines conditions (par exemple lorsque le créancier garanti n'a pas la possession ou le contrôle du bien grevé). En l'absence d'exonération ou de limitation de ce type, le niveau de risques pourrait être trop élevé pour le prêteur. Lorsqu'une assurance peut être souscrite, elle aura invariablement pour effet de majorer sensiblement le coût du crédit.

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

a) Notion de produit

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

202. Dans certains cas, le produit des biens initialement grevés peut générer un autre produit lorsque le constituant dispose du produit initial en contrepartie d'un autre bien. Cet autre produit est parfois appelé "produit du produit". Si un droit est conféré sur le produit de biens grevés, il devrait l'être aussi sur le produit de ce produit. Si le créancier garanti perdait son droit sur le produit après la transformation de ce dernier, il serait exposé aux mêmes risques de crédit que s'il ne jouissait d'aucun droit sur le produit.

203. Un autre élément caractéristique des biens meubles est qu'ils sont sujets à de nombreuses transformations juridiques et matérielles au fil du temps. Par exemple, s'il s'agit d'un animal, diverses modifications sont possibles. Les femelles produisent une progéniture et du lait. Certains animaux peuvent être tondus pour leur laine. D'autres animaux primés peuvent produire des biens commercialisables; les abeilles du miel, les vers à soie de la soie. Dans toutes ces situations, les biens grevés peuvent générer d'autres biens pour le constituant, même sans disposition. Dans de nombreux systèmes, on parle alors de "fruits naturels".

204. La transformation concerne aussi les biens incorporels. Par exemple, le droit de recevoir un paiement peut comprendre des intérêts et la location de biens meubles corporels entraîne le versement de loyers. Il est alors souvent question de "fruits civils" ou de "revenus". En outre, si le bien meuble corporel est un objet, il peut passer par un processus de fabrication ou de transformation. Du bois peut devenir une chaise, du métal une pièce d'automobile. Dans ces cas, il n'est pas disposé du bien initialement grevé, mais le processus de fabrication transforme ce dernier en un autre objet, d'une plus grande valeur. Les biens issus d'une telle transformation sont souvent appelés des "produits finis".

205. Ainsi, en droit des biens, la terminologie suivante est employée pour désigner ces nouveaux types de biens meubles: "fruits, revenus, augmentation naturelle du nombre d'animaux ou produits finis". Bien souvent toutefois, aux fins de la loi sur

les opérations garanties, l'appellation spécifique n'a pas tant d'importance. Ce qui importe, c'est la décision des États concernant l'effet de la sûreté sur les fruits, les revenus et les produits finis. En d'autres termes, dans chacun de ces cas, l'État doit décider si la sûreté grevant l'animal, le métal, le droit au paiement ou l'objet loué peut être étendue aux biens "issus" de ces biens initiaux.

206. Certains systèmes juridiques distinguent clairement les fruits civils ou naturels du produit issu de la disposition de biens grevés et les soumettent à des règles différentes. On justifie souvent cette approche par la difficulté d'identifier le produit de la disposition et par la nécessité de protéger les droits des tiers sur ce dernier. D'autres systèmes juridiques ne font pas cette distinction entre fruits et produit de la disposition et leur appliquent les mêmes règles. Les motifs invoqués dans ce cas sont notamment la difficulté d'établir une telle distinction et le fait que tant les fruits civils ou naturels que le produit proviennent des biens grevés, se substituent à eux ou peuvent en modifier la valeur. En outre, les parties prévoient généralement dans leur convention constitutive que la sûreté grevant les biens initiaux s'étend à toutes ces autres formes de biens. C'est pourquoi certains États considèrent toutes les transformations susmentionnées comme le "produit" du bien initialement grevé et, cela étant la pratique contractuelle normale dans les régimes actuels des opérations garanties, le présent Guide adopte la même position (pour la définition du terme "produit", voir *supra* par. 19).

b) Assiette d'une sûreté réelle mobilière sur le produit

207. Un système juridique régissant les sûretés doit, s'agissant du produit, traiter deux questions distinctes. La première est de savoir si le créancier garanti conserve la sûreté lorsque le constituant transfère le bien grevé à un tiers dans le cadre de l'opération générant le produit. À proprement parler, la question ici ne concerne pas le produit. Il s'agit plutôt de savoir si une sûreté confère ce que l'on pourrait appeler un "droit de suite" (pour un examen de la question, voir A/CN.9/631, recommandation 85, et A/CN.9/631/Add.4, chapitre VII sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur les droits de réclamants concurrents, par. 57).

208. La seconde question concerne les droits du créancier garanti sur le produit. Le report de sa sûreté sur le produit se justifie. En effet, sans un tel report, ses droits sur les biens grevés pourraient être anéantis ou réduits en cas de disposition desdits biens et son espoir de recevoir les revenus éventuellement générés par ces derniers serait contrarié. Si le système juridique n'autorisait pas la constitution d'une sûreté sur le produit en cas de disposition des biens grevés, il ne protégerait pas suffisamment le créancier garanti contre la défaillance du débiteur et, partant, la valeur des biens grevés en tant que moyen d'obtention d'un financement diminuerait. Ce résultat, qui aurait un impact négatif sur l'offre de crédit et le coût de celui-ci, serait identique même si la sûreté sur les biens initialement grevés devait survivre à leur disposition en faveur d'un tiers. En effet, le transfert des biens grevés risque de rendre plus difficile leur localisation et leur prise de possession, d'accroître le coût de réalisation et de réduire leur valeur.

209. Un droit sur le produit naît généralement de la disposition des biens initialement grevés car le produit remplace alors ces biens en tant que biens du constituant. Dans les systèmes qui considèrent les fruits civils ou naturels comme un produit, un droit peut naître sur celui-ci même si les biens grevés ne font l'objet

d'aucune opération (dans le cas, par exemple, de dividendes provenant d'actions), car un tel résultat est conforme aux attentes des parties.

210. Si le créancier garanti bénéficie d'un droit de propriété sur le produit, il ne subira pas de préjudice en raison d'une opération ou d'un autre événement, puisqu'un tel droit est opposable aux tiers. D'un autre côté, l'octroi à ce créancier d'un tel droit pourrait contrarier les attentes légitimes de parties ayant obtenu une sûreté sur le produit en tant que bien initialement grevé. Toutefois, dans les systèmes juridiques qui font une distinction entre la constitution, d'une part, et l'opposabilité et la priorité, de l'autre, une telle situation ne se produirait que si le créancier bénéficiant d'un droit de propriété sur le produit avait la priorité sur les créanciers titulaires d'un droit sur ce même produit en tant que bien initialement grevé et que cette priorité était déterminée en fonction de la date de l'inscription sur un registre public d'un avis relatif à l'opération. Ainsi, dans ces systèmes, les parties susceptibles d'octroyer un financement sont averties de l'existence éventuelle d'une sûreté sur les biens de l'emprunteur potentiel (y compris sur le produit desdits biens) et peuvent prendre les mesures nécessaires pour identifier et localiser le produit et, lorsque cela est nécessaire, pour obtenir la conclusion d'accords de cession de rang entre créanciers.

211. Des considérations légèrement différentes s'appliquent lorsque le produit en question ne naît pas d'un acte de disposition, mais prend la forme de fruits, de revenus, d'une augmentation du nombre d'animaux ou encore de produits finis issus d'une transformation. Dans ce dernier cas, les parties s'attendront normalement à ce que des matières premières soient transformées. Se pose alors la question de savoir si un État devrait adopter une règle en vertu de laquelle la convention constitutive de sûreté devrait explicitement indiquer que la sûreté porte non seulement sur les matières premières mais aussi sur tout produit fini obtenu à partir de ces dernières ou s'il faudrait supposer que les produits finis entrent automatiquement dans l'assiette de la sûreté, étant entendu que si les parties ne souhaitent pas que ce soit le cas, elles devraient le préciser dans la convention. La plupart des États n'exigent pas des parties qu'elles stipulent le report de la sûreté sur les biens manufacturés obtenus à partir de matières premières, pour autant qu'il puisse être clairement établi que lesdits biens proviennent de ces matières premières.

212. Des considérations analogues interviennent quand il s'agit de déterminer si les parties devraient préciser que la sûreté s'étend à la progéniture des animaux ou si ce report est automatique. Les parties s'attendant normalement à ce que les nouveau-nés soient visés par la sûreté, la plupart des États prévoient que la sûreté constituée sur la mère s'étend automatiquement à sa progéniture. S'agissant des fruits naturels (par exemple la laine, le lait, les œufs non éclos et le miel), les États ont des points de vue différents. Nombre d'entre eux exigent des parties qu'elles précisent dans la convention constitutive de sûreté que ces fruits naturels seront visés par la convention. D'autres prévoient que les fruits naturels sont automatiquement visés à moins que les parties n'en décident autrement. Compte tenu de l'orientation générale du présent Guide, qui est de donner des recommandations compatibles avec la pratique normalement suivie par les parties à une convention constitutive de sûreté, on considère que les fruits naturels sont automatiquement visés par la convention portant sur l'animal dont ils sont issus.

213. Enfin, s'agissant des fruits civils ou des revenus, on pourrait normalement estimer, pour des raisons d'efficience économique, qu'une sûreté sur le paiement de

fonds (dans le cas, par exemple, d'un instrument négociable ou d'une créance) devrait également faire naître un droit sur les intérêts dus, étant donné que les sommes payées au titre de ces instruments ou créances se composent souvent à la fois du capital et des intérêts. C'est seulement lorsqu'il est facile d'établir une distinction entre le remboursement du capital et le versement des intérêts, et lorsque les parties conviennent de ne pas étendre aux intérêts générés la sûreté grevant le capital que la loi devrait permettre la dissociation entre les intérêts et l'obligation initiale.

c) Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur le produit

214. L'examen ci-dessus montre pourquoi, concrètement, de nombreux systèmes juridiques prévoient des règles supplétives, applicables en l'absence de convention contraire, qui étendent les sûretés sur des biens grevés à diverses formes de produit (dont le produit du produit). Dans d'autres systèmes juridiques, qui ne prévoient pas de droit automatique sur le produit, qu'il s'agisse du produit de la disposition, d'une ou de plusieurs catégories de fruits, de l'augmentation du nombre d'animaux, de revenus ou de produits finis, les parties sont en général autorisées à préciser qu'elles constitueront des sûretés sur tous les types de biens en tant que biens initialement grevés. Dans ces systèmes, elles peuvent être libres, par exemple, de convenir de la création d'une sûreté sur la quasi-totalité des biens du constituant (encaisse, stocks, créances, instruments négociables, valeurs mobilières et propriété intellectuelle). Le produit lui-même devient ainsi un bien initialement grevé et entre dans l'assiette de la sûreté du créancier même si aucune règle juridique ne confère automatiquement de droit sur lui. Dans certains de ces systèmes, les parties peuvent aussi étendre, par convention, certaines sûretés réelles mobilières reposant sur la propriété (par exemple une réserve de propriété) au produit.

215. Aucune formalité supplémentaire n'est imposée aux parties qui cherchent à faire valoir un droit sur une quelconque de ces formes de produit, que celui-ci découle automatiquement d'un droit sur les biens initialement grevés ou qu'il faille le mentionner explicitement dans la convention constitutive de sûreté. Les parties sont seulement tenues, dans le premier cas, de stipuler dans la convention constitutive un droit sur le produit et d'indiquer les types de produit censés entrer dans l'assiette de la même sûreté, alors que, dans le deuxième cas, il leur suffit de désigner clairement les biens visés par la sûreté initiale. Conformément à son objectif général qui est de faciliter le crédit garanti, le présent Guide recommande des approches qui tiendront compte de ce que peuvent normalement attendre les constituants et les créanciers garantis, à savoir qu'une sûreté sur un bien grevé s'étend automatiquement à son produit identifiable sans que les parties aient à le préciser dans la convention constitutive de sûreté (voir A/CN.9/631, recommandation 18).

8. Produit mélangé

216. Lorsque les biens qui constituent le produit de biens grevés ne sont pas conservés séparément des autres biens du constituant, la question se pose de savoir si la sûreté constituée sur ledit produit est préservée. La réponse dépend généralement du caractère identifiable ou non du produit en question. Le produit sous la forme de biens meubles corporels conservés avec d'autres biens du constituant peut être identifié en tant que tel de toute manière suffisante pour établir

qu'il s'agit effectivement du produit. À cet égard, de nombreux États prévoient que le principe du maintien du droit du créancier garanti sur les biens initialement grevés qui ont été mélangés devrait également s'appliquer aux biens meubles corporels qui constituent un produit mélangé. Ainsi, par exemple, si un constituant reçoit une certaine quantité d'essence en échange de pétrole brut qui a été vendu et que l'essence est mélangée dans une cuve, la sûreté devrait se maintenir sur une certaine proportion de l'essence contenue dans la cuve, pour autant que le créancier garanti puisse prouver que cette quantité d'essence a été reçue à titre de produit; aucune mesure supplémentaire n'est alors nécessaire pour constituer (ou maintenir) la sûreté sur ce produit mélangé.

217. Si, en revanche, le bien constituant le produit est un meuble incorporel, tel que des créances ou des droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, et n'est pas conservé séparément d'autres biens similaires du constituant, il sera considéré comme un produit à condition de pouvoir être rattaché aux biens initialement grevés. Par exemple, si le créancier garanti peut prouver qu'un certain montant en espèces a été déposé en tant que produit de la disposition des biens grevés, il peut faire valoir un droit sur le produit. Le problème ici est que, sur un compte bancaire, l'argent entre et sort constamment et qu'il est difficile de savoir quel pourcentage de cet argent représente en fait le produit.

218. De nombreux États disposent de règles assez compliquées issues de la pratique bancaire permettant d'identifier des fonds déposés sur un compte bancaire. Il existe différentes règles d'identification, notamment: a) la méthode du "premier entré, premier sorti" ("PEPS"), qui repose sur l'hypothèse que le premier bien entrant dans une masse commune est le premier à en être retiré; b) la méthode du "dernier entré, premier sorti" ("DEPS"), qui part du principe que le dernier bien à entrer dans une masse commune est le premier à en être retiré; et c) la "règle du solde intermédiaire le plus faible", qui suppose, dans la mesure du possible, que les retraits effectués sur la masse commune ne sont pas le produit de biens grevés. De nombreux États protègent la sûreté en prévoyant que le produit identifiable se compose de tous les fonds déposés en tant que produit, à condition que le solde du compte soit supérieur au montant déposé en tant que produit. Lorsque ce solde est inférieur, on détermine le produit identifiable en prenant le solde intermédiaire le plus faible et en y additionnant toute somme d'argent sous forme de produit ajoutée depuis que le compte a affiché ce solde. Comme dans le cas du produit corporel mélangé, tant que la source du produit incorporel peut être identifiée, les parties n'ont pas besoin d'accomplir de nouvelles formalités pour constituer (ou maintenir) la sûreté sur ledit produit mélangé (voir A/CN.9/631, recommandations 19 et 20; en ce qui concerne la priorité sur le produit, voir A/CN.9/631/Add.4, chapitre VII, par. 48 à 51).

9. Biens meubles corporels mélangés

219. Dans le passé, les régimes d'opérations garanties n'étaient pas confrontés au problème du maintien de l'identification des biens grevés. Les sûretés ne pouvant être constituées que sur des biens individualisés, il était rare que le problème du mélange de biens fongibles se pose. De nos jours, toutefois, de nombreux États autorisent les parties à constituer une sûreté sur une catégorie générale de biens (habituellement fongibles). Par exemple, la sûreté pourrait être constituée sur des biens décrits comme "tout mon stock actuel d'ordinateurs personnels"; ou encore, un vendeur pourrait constituer une sûreté sur tous les ordinateurs personnels qu'il

vend à un acquéreur. Dans les deux cas, il se peut que les biens visés par la sûreté soient mélangés de telle manière qu'on ne puisse les distinguer d'autres biens du même type qui ne sont pas visés par la sûreté.

220. Deux approches sont possibles. Certains États prévoient que, lorsque le bien est mélangé, il n'est plus identifiable et le créancier perd sa sûreté. Dans ce cas, le créancier garanti doit lui-même veiller à ce que le constituant maintienne le bien grevé séparé d'autres biens de nature similaire pour empêcher qu'il ne soit mélangé. D'autres États prévoient que la sûreté se maintient et peut être revendiquée sur les biens mélangés dans la même proportion que celle que représente le bien grevé par rapport au montant total des biens mélangés. Dans cette approche, si du pétrole d'une valeur de 100 000 dollars est mélangé à du pétrole d'une valeur de 50 000 dollars dans la même cuve, le créancier garanti est réputé détenir une sûreté sur les deux tiers de la quantité de pétrole restant dans la cuve au moment où il devient nécessaire de réaliser la sûreté.

221. Étant donné qu'il adopte le principe général selon lequel les sûretés devraient être protégées dans toute la mesure possible, le présent Guide recommande que la deuxième approche (à savoir le maintien de la sûreté sur les biens mélangés dans la même proportion que celle que représentent les biens grevés par rapport à la masse) soit adoptée. En d'autres termes, dès lors qu'une sûreté est constituée sur les biens grevés, aucune autre mesure n'est nécessaire pour maintenir cette sûreté si le bien grevé est finalement mélangé à des biens de même nature qui n'entrent pas dans l'assiette de la sûreté (voir A/CN.9/631, recommandation 21).

10. Biens meubles corporels mélangés pour former une masse ou un produit fini

222. Lorsqu'un bien meuble corporel est mélangé à d'autres biens meubles corporels au point de perdre son identité et de se fondre dans un produit fini ou une masse, il faut déterminer les conditions dans lesquelles une sûreté constituée sur le bien initial peut être revendiquée sur le produit fini ou la masse. Par exemple, il se peut qu'une sûreté soit constituée sur de la farine qui sera transformée en pain. Dans ce cas, divers systèmes juridiques adoptent deux approches fondamentales. Dans certains États, dès lors que la farine a perdu son identité en tant que farine, la sûreté s'éteint. Si les parties veulent que la sûreté se reporte sur le pain, il est nécessaire de prévoir que la sûreté initiale grève à la fois la farine et tout produit fini qui pourrait résulter de sa transformation. D'autres États considèrent que la sûreté est automatiquement reportée sur le produit fini s'il peut être établi que celui-ci provient de la matière première grevée. Étant donné que les parties s'attendent normalement à ce que les matières premières soient transformées, le présent Guide estime qu'il ne devrait pas être nécessaire de prévoir, dans la convention constitutive, que la sûreté se reporte sur le produit fini. Ce dernier représente dans un certain sens un bien de remplacement ou de substitution pour la sûreté constituée sur des matières premières qui n'existent plus (voir A/CN.9/631, recommandation 21).

11. Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un bien rattaché

223. Un bien meuble peut être rattaché à un meuble ou immeuble sans perdre son identité: il devient alors un bien rattaché (pour la définition de "biens rattachés à des biens meubles" et de "biens rattachés à des biens immeubles", voir *supra* par. 19).

Dans ces cas, la question se pose de savoir si une sûreté qui portait sur le bien meuble initial avant qu'il soit rattaché est préservée.

224. Dans certains États, il n'est pas possible de constituer une sûreté sur un bien qui est déjà rattaché à un autre bien (meuble ou immeuble). Pour produire ses effets, la sûreté doit avoir été constituée avant le rattachement. En revanche, dans ces mêmes États, une sûreté sur un bien meuble peut se maintenir si celui-ci est rattaché ensuite à un bien immeuble ou meuble, quels que soient le coût ou la difficulté qu'entraînera sa séparation du bien auquel il a été rattaché et qu'il soit devenu ou non partie intégrante de ce dernier (voir A/CN.9/631, recommandation 22). Dans d'autres États, il est possible de constituer une sûreté sur un bien meuble qui est déjà rattaché, que ce soit à un bien immeuble ou à un autre bien meuble. Pour ces États, le coût ou la difficulté de séparation du bien rattaché n'ont aucune incidence sur le point de savoir si la sûreté peut être constituée. Dans certains États, une sûreté peut être constituée sur un bien meuble qui est rattaché à un bien immeuble. Dans les deux cas, il importe de déterminer si le bien peut être aisément séparé sans dommage du bien auquel il est rattaché pour pouvoir établir le classement des réclamants concurrents (voir A/CN.9/631, recommandation 93 à 95), mais cette question n'a aucune incidence sur le point de savoir si la sûreté peut être constituée.

225. L'essentiel est de déterminer si, en plus des mesures qui sont nécessaires pour constituer une sûreté ordinaire, d'autres mesures doivent être prises pour constituer une sûreté sur un bien qui est rattaché. Hormis dans les États qui n'établissent pas de distinction entre la constitution, l'opposabilité et la priorité, aucune mesure supplémentaire n'est nécessaire, étant donné qu'il s'agit d'une question de constitution et non de priorité.

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

226. Comme cela a été noté, un bien meuble corporel peut être mélangé avec un ou plusieurs autres biens meubles corporels au point de perdre son identité. Dans ce cas, la question se pose de savoir si une sûreté qui portait sur le bien meuble corporel initial avant qu'il ne soit mélangé est préservée. La plupart des États considèrent en général que la sûreté se maintient après le mélange, pour autant que certains au moins des biens mélangés puissent être identifiés comme étant des biens initialement grevés (voir A/CN.9/631, recommandation 23). La sûreté sur le bien initialement distinct est transformée en sûreté sur le produit fini ou la masse (pour la priorité des réclamants concurrents sur des biens meubles corporels mélangés, voir A/CN.9/631, recommandations 96 à 98).

227. Toutefois, et contrairement à l'approche générale adoptée pour la constitution de sûretés sur des biens rattachés, dans la plupart des États, une sûreté ne peut être constituée sur des biens meubles corporels après qu'ils ont été mélangés. Ainsi, alors que l'on peut toujours considérer qu'un bien rattaché a au moins une identité distincte théorique, lorsque du pétrole est mélangé dans une cuve ou que de la farine est transformée en pain, l'identité distincte du bien initialement grevé disparaît. C'est pourquoi il n'est en général pas possible de constituer une sûreté distincte sur des biens qui ont déjà été mélangés. C'est cette approche qui a été retenue dans le présent Guide (voir A/CN.9/631, recommandation 23).

B. Recommandations sur des biens particuliers

1. Efficacité d'une cession globale de créances et d'une cession de créances futures, de fractions de créances ou d'un droit indivis sur des créances

228. La cession de créances, qui est couramment utilisée dans les opérations de financement importantes, est de plus en plus soumise aux mêmes dispositions, qu'elle revête la forme d'un transfert pur et simple, d'un transfert pur et simple à titre de garantie ou d'un nantissement. Cette tendance se justifie principalement par le fait que les tiers auraient beaucoup de difficultés à déterminer la nature d'une cession, ainsi que par la nécessité que les mêmes règles de priorité s'appliquent à tous les types de cession. Elle est prise en compte dans la Convention des Nations Unies sur la cession (voir art. 2). Les conditions à remplir pour qu'une cession soit efficace varient néanmoins d'un système juridique à l'autre. Certains systèmes exigent un écrit ou une notification de la cession au débiteur de la créance. D'autres exigent un écrit pour que la cession ait effet entre le cédant et le cessionnaire et un enregistrement pour qu'elle soit opposable aux tiers. Les règles diffèrent aussi d'un système à l'autre en ce qui concerne l'efficacité des cessions de créances futures et de créances non identifiées précisément, ainsi que des cessions effectuées en dépit de clauses d'incessibilité figurant dans les contrats d'où découlent les créances cédées. La Convention des Nations Unies sur la cession valide toutes ces cessions (voir art. 8 de la Convention, tel qu'il est reproduit dans la recommandation 24 du document A/CN.9/631).

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

229. Dans certains États, il est donné effet aux restrictions contractuelles des actes de disposition pour protéger les intérêts de la partie en faveur de laquelle ces restrictions sont convenues (à savoir le cédant ou le débiteur de la créance). D'autres États refusent de donner effet, ou ne donnent qu'un effet limité, à ces restrictions afin de préserver la liberté de disposition du constituant, en particulier si l'acquéreur d'un droit sur un bien n'a pas connaissance de la restriction contractuelle.

230. La Convention des Nations Unies sur la cession adopte une approche similaire pour favoriser la transférabilité des créances, qui est dans l'intérêt de l'économie dans son ensemble. Si le cédant peut obtenir un crédit sur la base de ses créances, il est susceptible d'octroyer un crédit au débiteur de la créance; l'efficacité de la cession est également dans l'intérêt d'un cessionnaire qui consent un crédit au cédant. Les débiteurs qui ont besoin d'une protection, comme un consommateur ou un État, peuvent se protéger au moyen d'interdictions légales.

231. En vertu du paragraphe 1 de l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur la cession, une cession a effet nonobstant toute limitation contractuelle convenue entre le cédant (le "constituant" dans la terminologie du Guide) et le débiteur (le "débiteur de la créance" dans la terminologie du Guide). L'effet de cette disposition est cependant limité de deux façons. u, son application est circonscrite aux créances commerciales au sens large (voir art. 9-3). Deuxièmement, si une telle limitation contractuelle est valable en vertu de la loi applicable en dehors de la Convention, l'article 9 ne l'invalide pas entre le cédant et le débiteur (voir art. 9-2). Le constituant est libre de réclamer des dommages-intérêts au cédant pour

contravention au contrat, si la loi applicable en dehors de la Convention lui en donne la possibilité, mais ne peut se retourner contre le cessionnaire en invoquant un droit à compensation (voir art. 18-3). En outre, la seule connaissance de l'existence de la limitation de la part du cessionnaire (le "créancier garanti" dans la terminologie du Guide) ne suffit pas pour résoudre le contrat dont découle la créance cédée (voir art. 9-2).

232. Cette approche encourage les opérations de financement par cession de créances, car elle dispense le cessionnaire (à savoir le créancier garanti) d'avoir à examiner les contrats qui sont à l'origine des créances cédées pour savoir si le transfert de ces dernières a été interdit ou soumis à conditions. Autrement, les prêteurs devraient procéder à l'examen d'un nombre potentiellement élevé de contrats, ce qui pourrait être coûteux, voire impossible (par exemple dans le cas de créances futures, voir A/CN.9/631, recommandation 25).

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

233. Si un constituant crée une sûreté sur une créance, un instrument négociable ou tout autre bien meuble incorporel en faveur du créancier garanti, la question se pose de savoir si ce dernier bénéficie également, automatiquement et sans que ni lui ni le constituant aient à accomplir d'autres formalités, de toute sûreté personnelle (une garantie, par exemple) ou réelle (une sûreté sur d'autres meubles ou hypothèque sur un bien immeuble, par exemple) garantissant le paiement de cette créance, de cet instrument négociable ou autre obligation.

234. On peut avancer de nombreux arguments pour justifier le fait que la constitution d'une sûreté sur une créance, un instrument négociable ou tout autre bien meuble incorporel donne aussi automatiquement au créancier garanti le bénéfice intégral de l'ensemble des droits du constituant concernant la créance, l'instrument ou l'autre bien. Ainsi, si l'obligation de payer la créance, l'instrument négociable ou l'autre bien incorporel est elle-même garantie par une sûreté sur un bien du débiteur, le créancier garanti devrait également bénéficier des droits du constituant concernant la sûreté sur ce bien du débiteur (voir A/CN.9/631, recommandation 26 a)).

235. La recommandation décrite au paragraphe précédent devrait s'appliquer nonobstant toute convention entre le constituant et le débiteur de la créance ou le débiteur dans le cadre de l'instrument négociable ou de tout autre bien incorporel limitant d'une quelconque manière le droit du constituant de créer une sûreté sur: a) cette créance, cet instrument ou autre bien; ou b) la sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement ou une autre forme d'exécution de cette créance, cet instrument ou autre bien (voir A/CN.9/631, recommandation 26 d)). Toutefois, aucune disposition de cette recommandation ne devrait avoir d'incidences sur la responsabilité du constituant découlant de la violation de la convention en question, mais l'autre partie à la convention ne peut, au seul motif de cette violation, résoudre le contrat d'où naît la créance, l'instrument négociable ou l'autre bien incorporel, ou la convention constitutive de la sûreté réelle les garantissant (voir A/CN.9/631, recommandation 26 e)).

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

237. Lorsque la créance, l'instrument négociable ou autre bien incorporel est garanti par un engagement de garantie indépendant, la sûreté du créancier garanti s'étend uniquement au produit de l'engagement, mais non au droit de tirer l'engagement (voir A/CN.9/631, recommandation 26 b)). Ceci est conforme avec l'idée exprimée dans le Guide que le bénéficiaire d'un engagement de garantie indépendant ne peut transférer le droit de tirer l'engagement sans le consentement du garant/émetteur, du confirmateur ou autre personne désignée.

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

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

240. Troisièmement, la recommandation n'affecte en rien les droits du garant/émetteur, du confirmateur ou de toute personne désignée dans le cadre de l'engagement de garantie indépendant. Ni le garant/émetteur, ni le confirmateur ou la personne désignée n'est tenu d'accepter un tirage de quiconque autre que le bénéficiaire de l'engagement, ni de payer quiconque autre que le bénéficiaire, sans son consentement.

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

242. Deuxièmement, conformément à la Convention des Nations Unies sur la cession, la recommandation s'applique uniquement à certain types de créances, d'instruments négociables ou autres biens incorporels (voir A/CN.9/631, recommandation 26 f)), telles que les "créances commerciales" (par exemple créances naissant de la vente de marchandises et de services).

243. Troisièmement, la recommandation n'a pas d'incidences sur les obligations du constituant envers le débiteur des créances ou le débiteur dans le cadre de l'instrument négociable ou de tout autre bien incorporel (voir A/CN.9/631, recommandation 26 g)).

244. Enfin, la recommandation n'aurait pas d'incidences sur les exigences d'une loi autre que la loi sur les opérations garanties relatives à la forme ou à l'enregistrement de la constitution d'une sûreté sur un bien quelconque garantissant le paiement ou une autre forme d'exécution d'une créance, d'un instrument négociable ou d'un autre bien incorporel, mais uniquement dans la mesure où le bénéfice automatique de la sûreté n'est pas compromis (voir A/CN.9/631, recommandation 26 h)).

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

245. Il est bien établi dans la loi et la pratique qui régissent les engagements de garantie indépendants dans bon nombre d'États que le droit du tirage de l'engagement n'est pas transférable sans le consentement du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée dans le cadre de l'engagement. Le Guide reconnaît et respecte ce principe.

246. Cependant, le Guide établit également une distinction entre le droit de tirer un engagement de garantie indépendant et le droit de recevoir le produit de tirage d'un engagement. Il dispose en outre qu'aucune disposition de la loi ou la pratique régissant les engagements de garantie indépendants n'empêche le bénéficiaire d'un engagement de constituer une sûreté sur le produit de l'engagement (autrement dit, le droit de recevoir le produit une fois le paiement effectué), même si le droit de tirage n'est pas lui-même transférable en vertu de la loi et de la pratique applicables (voir A/CN.9/631, recommandation 28).

5. Constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable ou sur des biens meubles corporels représentés par un document négociable

247. Lorsqu'un document négociable est émis concernant des biens meubles corporels et est encore en circulation, il représente le titre de propriété de ces biens. Par conséquent, il est normal que la constitution d'une sûreté sur le document négociable emporte également constitution d'une sûreté sur les biens eux-mêmes, à condition que l'émetteur soit en possession des biens au moment où la sûreté sur le document est constituée (voir A/CN.9/631, recommandation 29). À cette fin, la possession peut être directe (l'émetteur du document est directement en possession des biens) ou indirecte (un mandataire est en possession, au nom de l'émetteur; pour la définition du terme "possession", voir *supra* par. 19).

C. Recommandations

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que, compte tenu du fait que le document A/CN.9/631 contient l'ensemble des recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties, ces recommandations ne sont pas reproduites ici. Une fois que les recommandations seront finalisées, elles seront placées à la fin de chaque chapitre.*]

A/CN.9/631/Add.2 [Original: anglais]

Note du Secrétariat sur les recommandations du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa douzième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
V. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière	1-130
A. Remarques générales	1-105
1. Introduction	1-24
a) Objet des règles d'opposabilité	1-2
b) Distinction entre constitution et opposabilité	3-5
c) Sens du mot "tiers"	6-11
d) Relation entre opposabilité et priorité	12-14
e) Aperçu des méthodes d'opposabilité	15-21
f) Aperçu du chapitre	22-24
2. Inscription sur un registre général des sûretés	25-42
a) Généralités	25-29
b) Inscription séparée de la création de la sûreté	30-32
c) Inscription insuffisante pour assurer l'opposabilité aux tiers	33-36
d) Extension du système de registre aux autres opérations	37-42
3. Possession	43-61
a) Généralités	43-48
b) Possession virtuelle insuffisante	49-50
c) Possession par un tiers	51-57
d) Inapplicabilité de la possession aux biens meubles incorporels	58
e) Adéquation de la possession aux fins de la réalisation	59-61
4. Inscription sur un registre spécialisé ou annotation sur un certificat de propriété	62-71
a) Généralités	62-63
b) Inscription sur un registre spécialisé des biens meubles	64-68
c) Annotation sur un certificat de propriété	69-71
5. Opposabilité automatique d'une sûreté réelle mobilière sur le produit	72-78

6. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens rattachés 79-86
a) Remarques générales 79-80
b) Biens rattachés à des biens meubles 81-82
c) Biens rattachés à des biens immeubles 83-84
d) Biens rattachés à des biens meubles soumis à une inscription sur un registre spécialisé 85
e) Coordination des registres 86
7. Opposabilité automatique d'une sûreté sur une masse ou un produit 87-94
8. Continuité de l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière après un changement de lieu de situation des biens ou du constituant 95-98
9. Continuité et caducité de l'opposabilité 99-105
B. Remarques sur des biens particuliers 106-130
1. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement d'une créance, d'un instrument négociable ou de tout autre bien incorporel 106-113
2. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire 114-120
3. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant 121-125
4. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable ou sur des biens meubles corporels représentés par un document négociable 126-130
C. Recommandations .....

V. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière

A. Remarques générales

1. Introduction

a) Objet des règles d'opposabilité

1. Dans certains États, une sûreté réelle mobilière prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers dès que la convention constitutive de sûreté est conclue, sans qu'un autre acte ne soit nécessaire. Cette approche a le mérite de la simplicité. Toutefois, elle ne donne pas à un créancier garanti potentiel un moyen fiable de vérifier si les biens que possède le constituant sont déjà grevés. En outre, si le constituant vend un bien grevé ou en transfère la possession, sans l'autorisation du créancier garanti, à un acheteur (et parfois à un créancier gagiste) qui achète ce bien (ou en prend possession) sans savoir qu'il est déjà grevé, un créancier garanti risque de voir sa sûreté réelle mobilière anéantie. Un tel résultat risque d'avoir une incidence négative sur l'offre de crédit et le coût du crédit.

2. Beaucoup d'États exigent donc une formalité supplémentaire pour que la sûreté prenne pleinement effet. Cette formalité supplémentaire vise à faire connaître au public, d'une manière ou d'une autre, l'existence effective (et, dans certains cas, simplement potentielle) d'une sûreté grevant les biens du constituant. Elle peut par exemple consister à transférer la possession du bien grevé au créancier garanti et à inscrire un avis dans un registre public. Des formalités de ce type contribuent de plusieurs manières à l'efficacité d'un régime de prêts garantis. Premièrement, elles permettent à un créancier garanti de déterminer, avant de prendre une sûreté, si les biens du constituant sont déjà grevés. Deuxièmement, parce qu'elles alertent les créanciers du constituant et d'autres tiers de l'existence d'une sûreté, il n'y a pas besoin de règle particulière pour protéger les tiers contre le préjudice de sûretés "occultes". Troisièmement, elles fournissent une référence temporelle précise pour déterminer le rang de priorité d'un créancier garanti et d'un réclamant concurrent (on trouvera les définitions de "réclamant concurrent" et de "créancier garanti" au paragraphe 19 du document A/CN.9/631/Add.1).

b) Distinction entre constitution et opposabilité

3. Parmi les États qui exigent un acte additionnel, certains en font une condition préalable à l'efficacité de la sûreté même entre les parties. Ils suivent la logique suivante: comme l'un des objectifs centraux de la prise de sûreté est d'obtenir des droits à faire valoir auprès du constituant et des tiers, il est inutile de distinguer l'efficacité entre les parties de l'opposabilité aux tiers. D'autres États n'exigent de formalité supplémentaire que pour rendre la sûreté opposable. La logique ici est que, puisque la formalité supplémentaire exigée vise surtout à établir le rang de priorité entre un créancier garanti et un réclamant concurrent, il n'y a pas de raison qu'elle soit une condition préalable à la faculté du créancier garanti de faire valoir ses droits découlant de la convention constitutive de sûreté et de la loi sur les opérations garanties contre le constituant (pour la définition de la "convention constitutive de sûreté", voir A/CN.9/631/Add.1, par.19).

4. Beaucoup d'États qui ont modernisé récemment leur droit des opérations garanties ont adopté la seconde approche. L'adoption de cette dernière peut poser des problèmes conceptuels pour les États qui ne distinguent pas les effets *inter partes* et les effets *erga omnes* des droits réels en général. Par exemple, la plupart des États n'admettent pas qu'un gage puisse être créé uniquement entre les parties. L'approche du Guide n'est toutefois pas entièrement nouvelle, même pour ces États. Elle transpose simplement dans le domaine des sûretés réelles mobilières le principe du consensualisme, que la plupart des États ont désormais intégré dans leur droit des ventes. En outre, les préoccupations exprimées à propos de cette "refonte" des arrangements "réels", comme le gage, ne valent pas si la formalité supplémentaire est un enregistrement, car dans ces cas, le constituant reste toujours en possession du bien grevé. Enfin, l'absence de distinction entre les effets *inter partes* et les effets *erga omnes* oblige à accomplir une formalité supplémentaire qui s'ajoute à celle de la création de la sûreté sans que les constituants ou les créanciers garantis en tirent un avantage en contrepartie (voir A/CN.9/631/Add.1, par. 143 à 147).

5. Pour promouvoir un crédit garanti efficace, le présent Guide recommande d'adopter l'approche qui distingue entre les formalités requises pour la constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties) et les formalités requises pour rendre la sûreté opposable (efficacité à l'égard des tiers). Une fois que les

conditions de constitution d'une sûreté décrites au chapitre IV (voir A/CN.9/631/Add.1) sont remplies, la sûreté prend effet entre le constituant et le créancier garanti (voir A/CN.9/631, recommandation 31). Toutefois, pour que la sûreté fasse sentir ses effets à l'égard des tiers, les règles d'opposabilité examinées dans le présent chapitre doivent également être respectées (voir A/CN.9/631, recommandation 30).

c) Sens du mot "tiers"

6. S'il n'est en général pas difficile de déterminer qui sont les parties à une convention constitutive de sûreté (le constituant et le créancier garanti), il est plus difficile de définir qui considérer comme un "tiers". En effet, les États envisagent très différemment les catégories de tiers à l'égard desquelles une sûreté reste inefficace si la formalité supplémentaire nécessaire n'a pas été accomplie. Dans certains États, une sûreté reste sans effet à l'égard des tiers, quel que soit leur statut, tant que la formalité supplémentaire n'a pas été remplie. D'autres États adoptent une deuxième approche, plus nuancée. Une sûreté est présumée opposable aux tiers à sa création mais peut être anéantie par certaines catégories de réclamants concurrents si la formalité supplémentaire exigée pour la pleine efficacité n'est pas accomplie avant que leurs droits naissent (voir A/CN.9/631/Add.1, par. 143 à 147).

7. Dans les États qui adoptent l'approche plus nuancée, la formalité supplémentaire n'est exigée que pour assurer l'efficacité à l'égard des créanciers garantis et des bénéficiaires du transfert des biens grevés. À l'égard des créanciers chirographaires du constituant et du représentant de l'insolvabilité, la sûreté produit tous ses effets dès sa création. La distinction entre ces catégories de "tiers" repose sur l'idée qu'un avis de sûreté ne devrait importer que pour les créanciers qui sont présumés avoir pris une sûreté, ou effectué un achat, ou donné une autre contrepartie en se fondant sur un droit non grevé du constituant. Par exemple, les créanciers chirographaires ne sont pas présumés compter sur l'existence ou non d'une sûreté sur les biens du constituant, car l'acte même d'accorder un crédit non garanti suppose que l'on accepte en connaissance de cause le risque de voir primer des créanciers garantis qui auraient acquis ultérieurement des sûretés sur les biens du constituant.

8. Toutefois, pour plusieurs raisons, cette approche des droits des créanciers chirographaires, des créanciers judiciaires et des représentants de l'insolvabilité n'est probablement pas adaptée à un régime d'opérations garanties efficace. Tout d'abord, si les créanciers chirographaires fondent leur décision de prêter sur la santé financière générale du constituant, la présence ou l'absence de sûreté peut être l'un des facteurs pris en compte dans cette évaluation et par les agences de notation du risque, aux services desquelles les créanciers chirographaires font parfois appel. Deuxièmement, l'obligation d'enregistrement public rapide ou d'accomplir une formalité supplémentaire équivalente, réduit le risque qu'une prétendue sûreté réelle mobilière corresponde à un arrangement collusoire entre un constituant insolvable et un créancier favorisé dans le but de nuire aux droits d'autres créanciers chirographaires. Troisièmement, cette obligation permet aux créanciers judiciaires de déterminer avant de prendre des mesures d'exécution coûteuses si les biens du constituant sont déjà grevés. Elle réduit également le coût de la procédure d'insolvabilité en donnant au représentant de l'insolvabilité un moyen efficace de déterminer quels biens du constituant insolvable sont potentiellement grevés. Enfin,

le risque de voir une sûreté anéantie par l'exécution d'un jugement ou une procédure d'insolvabilité qui interviendrait entre-temps incite fortement les créanciers garantis à donner plein effet à leur sûreté en temps voulu.

9. Certains États qui protègent de manière générale les droits des créanciers garantis ou des bénéficiaires d'un transfert postérieurs contre des sûretés qui n'ont pas été rendues opposables à leur égard, parce que la formalité supplémentaire exigée n'a pas été accomplie, font une exception lorsque ces créanciers garantis ou acheteurs ultérieurs acquièrent leurs droits en ayant effectivement connaissance de l'existence d'une sûreté antérieure. Là encore, cette nuance ne convient pas vraiment à un régime d'opérations garanties efficace pour certaines raisons. Tout d'abord, l'un des principaux objectifs d'un tel régime est de permettre de savoir a priori (c'est-à-dire avant la conclusion de la convention constitutive de sûreté et avant l'octroi du crédit) et avec certitude le rang de priorité des droits concurrents sur les biens grevés. Une règle de priorité qui serait fonction de contentieux factuels *ex post facto* va à l'encontre de ce but. Deuxièmement, le simple fait d'avoir connaissance de l'existence d'une convention constitutive de sûreté antérieure n'implique pas nécessairement une mauvaise foi de la part du créancier garanti postérieur. Si le créancier garanti antérieur n'a pas accompli les formalités nécessaires pour rendre sa sûreté pleinement opposable aux tiers, le créancier ultérieur peut raisonnablement présumer qu'il a implicitement consenti au risque de se voir déclassé. Troisièmement, la connaissance d'une autre partie ainsi que son étendue exacte sont difficiles à prouver.

10. Certains États refusent également de protéger le donataire subséquent d'un bien grevé, en se fondant sur la logique suivante: entre un créancier garanti qui, par définition, a fourni une contrepartie pour sa sûreté et un donataire qui ne l'a pas fait, c'est le créancier garanti qu'il faut protéger. Pour des raisons similaires à celles qui sont évoquées dans le paragraphe précédent, cette nuance est nuisible à l'efficacité du régime de prêts garantis. Déterminer le statut du bénéficiaire du transfert d'un bien grevé peut susciter des contentieux *ex post facto* contraires aux objectifs de certitude et de prévisibilité a priori. En outre, même si le statut du donataire n'est pas contesté, celui-ci peut parfaitement avoir modifié sa situation en pensant que le bien n'était pas grevé (par exemple, en créant une sûreté en faveur d'un autre créancier).

11. L'examen ci-dessus des différentes approches suivies pour déterminer si certaines catégories de réclamants concurrents devraient i) avoir un rang de priorité inférieur même par rapport aux sûretés qui n'ont pas été rendues opposables, ou ii) avoir la priorité même sur les sûretés qui ont été rendues opposables ultérieurement montre que ces distinctions nuisent généralement à l'efficacité, la transparence et la prévisibilité du régime d'opérations garanties. C'est pourquoi le présent Guide recommande la première approche exposée ci-dessus (voir A/CN.9/631, recommandation 30). Jusqu'à ce que les conditions d'opposabilité soient remplies, la sûreté est sans effet sur les droits acquis entre-temps par des tiers sur les biens grevés, quel que soit le type de réclamant concurrent.

d) Relation entre opposabilité et priorité

12. L'opposabilité ne tranche pas, à elle seule, les questions de priorité. Elle produit toutefois des effets en termes de priorité en ce sens qu'une sûreté qui n'a pas été rendue opposable ne peut être invoquée à l'encontre des droits d'un réclamant

concurrent sur le même bien grevé. En revanche, entre des réclamants concurrents qui ont tous rendu leurs droits opposables, des règles supplémentaires sont nécessaires. Comme l'explique plus en détail le chapitre VII (voir A/CN.9/631/Add.4, par. ...), la priorité dépend de la nature et du statut des droits avec lesquels la sûreté est en concurrence. Par exemple, si plusieurs sûretés ont été rendues opposables, il sera nécessaire de les classer entre elles.

13. En outre, la notion de priorité n'est pas identique dans tous les États. Certains États considèrent que la priorité ne s'applique qu'aux droits des créanciers concurrents, chirographaires ou garantis, sur les biens du constituant. Les droits d'autres réclamants concurrents, tels que les bénéficiaires d'un transfert et les preneurs à bail, sont déterminés par référence aux règles relatives à la nature du droit de propriété de l'auteur du transfert. D'autres États ont une conception fonctionnelle, plus large, de la priorité. Pour eux, tout conflit entre réclamants concurrents est un conflit de priorité. C'est souvent l'approche suivie lorsque le régime d'opérations garanties ne fait pas de distinction, pour ce qui est de l'opposabilité, entre différentes catégories de réclamants.

14. Puisque le présent Guide a adopté la seconde conception de l'opposabilité, il adopte également le concept élargi de priorité. En d'autres termes, même si l'opposabilité et la priorité sont des notions distinctes, parce que les règles de priorité énoncées au chapitre VII conçoivent la priorité en termes relatifs, il est essentiel de prendre en compte ces règles de priorité lorsque l'on évalue le degré de protection conféré par l'opposabilité ou par telle ou telle méthode suivie pour assurer l'opposabilité. Par exemple, ce chapitre reconnaît que, une fois les conditions d'opposabilité remplies, la sûreté continue de grever le bien, même si celui-ci est transféré (voir A/CN.9/631, recommandation 32). Toutefois, le droit d'un créancier garanti de poursuivre les biens (droit de suite) n'est pas absolu. Conformément aux règles de priorité examinées dans le chapitre VII, l'acheteur d'un bien meuble corporel grevé et le porteur de documents et instruments négociables transférés dans le cours normal des affaires du constituant prennent les biens libres de la sûreté, même si cette dernière est opposable (voir A/CN.9/631, recommandations 85 à 87).

e) Aperçu des méthodes d'opposabilité

15. Pendant très longtemps, les États ne se sont guère intéressés à l'élaboration de méthodes d'opposabilité ou à leur harmonisation. Ce manque d'intérêt peut s'expliquer soit par une interdiction générale des sûretés réelles mobilières sans dépossession sur les biens meubles (ces derniers ne pouvant être hypothéqués), soit par une inopposabilité des sûretés réelles mobilières sans dépossession sur des biens meubles. Dans ces États, le gage était le seul instrument de sûreté disponible et la dépossession du constituant servait non seulement à constituer le gage mais aussi à assurer la publicité nécessaire à l'opposabilité. Toutefois, au fur et à mesure que les économies se sont développées, les limites du gage sont apparues plus clairement. Un commerçant constituant souhaite normalement rester en possession de ses actifs commerciaux, et il a fallu trouver une alternative à la dépossession. C'est alors que les États ont mis au point une autre méthode d'opposabilité: l'enregistrement des droits.

16. Dans beaucoup d'États, l'enregistrement est la principale méthode d'opposabilité. Les types de régimes d'enregistrement varient selon les États mais

beaucoup d'entre eux ont choisi de créer un registre général des sûretés (voir A/CN.9/631, recommandation 33). Il existe également d'autres méthodes que l'enregistrement, en fonction de la nature des biens grevés (voir A/CN.9/631, recommandation 35). Par exemple, presque tous les États prolongent la logique du "gage" en ce sens qu'une sûreté sur un bien meuble corporel peut être rendue opposable par un transfert de possession du bien grevé au créancier garanti.

17. L'inscription sur un registre général des sûretés et le transfert de possession au créancier garanti sont les méthodes les plus communes pour rendre une sûreté opposable, mais ce ne sont généralement pas les seules. Des règles de "contrôle" spécialisées sont souvent adoptées concernant les sûretés sur le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, les sûretés sur le droit au produit d'un engagement de garantie indépendant (on trouvera la définition de ces termes au paragraphe 19 du document A/CN.9/631/Add.1). En outre, dans la plupart des États, une sûreté sur un bien rattaché à un bien immeuble peut être rendue opposable par inscription sur le registre des biens immeubles. Enfin, dans beaucoup d'autres États, une sûreté sur un type spécifique de biens meubles peut être inscrite sur un registre de la propriété (par exemple le registre des navires) ou annotée sur un certificat de propriété.

18. Dans certains États, il est également possible de rendre opposable une sûreté sur une créance par voie de notification au débiteur de la créance. Dans la pratique, en général, un créancier garanti n'exigera pas le paiement direct d'une créance tant qu'il n'y aura pas de défaillance de la part du constituant. En effet, même lorsque les créances sont cédées purement et simplement, le cessionnaire souhaite généralement laisser au cédant le soin de les recouvrer. Pour ces raisons techniques, le Guide traite les demandes de paiement simplement comme une technique de recouvrement ou de réalisation et non comme une méthode d'opposabilité. En outre, pour les créanciers garantis et les cessionnaires, l'inscription représente un moyen plus efficace d'évaluer le risque en termes de priorité dès le début de l'opération, particulièrement si la sûreté ou la cession couvre toutes les créances présentes et à venir. Sans cela, ils risqueraient de perdre la priorité lorsque, à un moment arbitraire, un créancier garanti ou un cessionnaire concurrent viendrait à aviser le débiteur de la créance.

19. Même si, en principe, ils exigent une formalité supplémentaire pour rendre une sûreté opposable, certains États font un certain nombre d'exceptions où une sûreté est automatiquement opposable sans que le créancier garanti n'ait à l'inscrire, à prendre possession du bien ou à accomplir tout autre acte. Cependant, en règle générale, dans la plupart des États, la sûreté ne devient opposable que par l'une ou l'autre des méthodes susmentionnées.

20. Dans la plupart des États, ces méthodes ne s'excluent pas les unes les autres. Par exemple, la plupart des États prévoient que, même si une sûreté peut être rendue opposable par transfert de la possession au créancier garanti, elle peut également l'être par inscription sur un registre. En outre, même lorsque des biens sont grevés par la même convention constitutive de sûreté, la plupart des États prévoient différentes méthodes pour différents biens (voir A/CN.9/631/, recommandation 37). La seule exception au principe de non-exclusivité découle du caractère particulier des opérations sur les lettres de crédit (le Guide utilise le terme "engagement de garantie indépendant"; on trouvera la définition dans le document A/CN.9/631/ Add.1, au paragraphe 19). Les États prévoient tous qu'une sûreté sur le produit d'un

engagement de garantie indépendant ne peut être rendue opposable que si le créancier garanti obtient le contrôle du produit (voir A/CN.9/631, recommandation 36).

21. Ceci dit, dans beaucoup d'États, il se peut que, dans la pratique, l'enregistrement soit la seule méthode au sens où il n'y a pas d'autre méthode pour rendre une sûreté opposable pour tel ou tel type de bien grevé. C'est généralement le cas, par exemple, des sûretés sur les créances et les stocks.

f) Aperçu du chapitre

22. Les sections A.2 à A.4 du présent chapitre examinent en détail les trois méthodes les plus communes pour assurer l'opposabilité aux tiers (l'inscription dans un registre général des sûretés, la possession et l'inscription dans un registre spécialisé). Les sections A.5 à A.7 examinent les cas où une sûreté réelle mobilière qui a été rendue opposable aux tiers reste opposable sur des biens qu'elle ne grevait pas initialement. Les sections A.8 et A.9 traitent d'autres problèmes de continuité, par exemple lorsque le bien ou le constituant changent de lieu, ou s'il est possible que l'opposabilité aux tiers ait expiré.

23. La partie B examine les différentes méthodes d'opposabilité aux tiers qui s'appliquent à des biens spécifiques. La section B.1 examine le cas important des sûretés réelles mobilières telles que les droits personnels ou réels garantissant le paiement d'une créance de somme d'argent, d'un instrument négociable ou d'un autre bien incorporel. La section B.2 examine l'opposabilité aux tiers d'une sûreté sur le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire. La section B.3 examine les moyens de rendre une sûreté opposable aux tiers lorsqu'elle grève un droit sur le produit d'un engagement indépendant. Finalement, la section B.4 traite de l'opposabilité aux tiers d'une sûreté sur un document négociable ou sur un bien couvert par un document négociable.

24. La partie C énonce une série de recommandations sur les méthodes d'opposabilité et leurs conséquences.

2. Inscription sur un registre général des sûretés

a) Généralités

25. Si l'enregistrement public est une méthode d'opposabilité largement acceptée, les systèmes de registre varient beaucoup. Dans beaucoup d'États, les prescriptions relatives à l'enregistrement ont évolué progressivement au fil du temps, composant au sein d'un même État une mosaïque de systèmes disparates organisés selon des critères très divers. Ainsi, certains systèmes peuvent être organisés en référence au type de transaction (par exemple, le registre des réserves de propriété et des locations-ventes). Il arrive que d'autres systèmes soient organisés en référence au statut du constituant (par exemple, les sociétés ou les entreprises commerciales), ou en référence à l'identité du créancier garanti (par exemple les banques). D'autres systèmes encore peuvent être organisés en référence au type de bien grevé (par exemple, les registres du matériel, des machines ou des créances).

26. Les États ont également différentes approches des formalités requises pour l'inscription. Certains demandent simplement qu'un avis soit enregistré. D'autres exigent qu'une synthèse complète des droits apparaissant dans la convention

constitutive de sûreté soit enregistrée. D'autres encore exigent que tous les documents relatifs à la sûreté soient enregistrés avec des certificats et des déclarations sous serment attestant l'identité des participants, l'authenticité de leur signature et leur capacité juridique.

27. À la fin du XXe siècle, un nombre grandissant d'États ont commencé à créer de nouveaux registres, ou à considérablement réorganiser leur système de registre des sûretés réelles mobilières sur les biens meubles, voire à le remplacer. Ces réformes se sont déroulées suivant deux axes. Tout d'abord, là où les systèmes existants étaient dispersés et fragmentés, les États les ont remplacés par un registre central général couvrant toutes les sûretés réelles mobilières sur des biens meubles, quelles que soient l'identité des parties, la nature du bien grevé ou la forme de la transaction donnant lieu à la sûreté réelle mobilière. De même, les États qui ont établi pour la première fois un registre des sûretés sur les biens meubles ont tous opté pour un registre central général. Deuxièmement, dans la plupart de ces systèmes, les États ont aussi beaucoup changé le mécanisme d'inscription sur le registre. Le but était de remplacer l'enregistrement d'un simple avis ne contenant que des renseignements minimaux sur la sûreté réelle mobilière à laquelle il se rapportait par un système plus lourd consistant à enregistrer soit les documents relatifs à la sûreté soit une synthèse certifiée de ces documents. En somme, dans ces systèmes, la convention constitutive de sûreté qui crée la sûreté réelle mobilière n'est pas enregistrée, et le régime ne prévoit pas la vérification de son existence ou de son contenu.

28. Pour beaucoup d'États, cette deuxième caractéristique des registres modernes s'écarte beaucoup de la notion généralement admise d'inscription d'une sûreté. Même dans les États où toute la documentation n'est pas enregistrée, le registre est considéré comme un moyen d'informer ceux qui cherchent des renseignements sur une sûreté réelle mobilière existante. L'enregistrement prouve le droit et ne peut donc avoir lieu que lorsque le droit a commencé à exister. C'est pourquoi on pense qu'il est déconcertant, voire incohérent, de parler d'enregistrement au sujet des registres modernes. Puisque le créancier garanti se cantonne habituellement à inscrire un avis au sujet de son intention de prendre une sûreté réelle mobilière (qu'il l'ait ou non mise à exécution), beaucoup d'États préfèrent décrire ces registres non comme des systèmes de registre mais comme des systèmes d'inscription d'avis.

29. Quelle que soit la nomenclature retenue pour décrire ces nouvelles méthodes d'opposabilité aux tiers, il est clair qu'elles simplifient beaucoup le processus destiné à fournir une source fiable d'information sur les sûretés réelles mobilières potentielles. Conjugué aux progrès des nouvelles technologies, le régime d'inscription d'avis constitue un processus d'enregistrement et de recherche très efficace et très économique. C'est pourquoi le présent Guide recommande que les États créent des registres i) centralisés, généraux et complets de toutes les sûretés réelles mobilières ii) qui exigent uniquement l'inscription d'un avis donnant des renseignements succincts sur la sûreté réelle mobilière à laquelle ils se rapportent, ou pourraient se rapporter. Le présent Guide appuie également l'idée selon laquelle l'inscription d'un avis de sûreté réelle mobilière dans un registre devrait devenir la méthode générale d'opposabilité aux tiers (voir A/CN.9/631, recommandation 33). Le chapitre VI du présent Guide traite de la conception et du fonctionnement des différents systèmes de registre (A/CN.99/631/Add.3).

b) Inscription séparée de la création de la sûreté

30. Comme nous l'avons noté plus haut, les États ont très longtemps suivi deux approches différentes pour déterminer la relation entre l'inscription et la création d'une sûreté. Dans certains États, le droit lui-même n'est créé que lorsque l'inscription a eu lieu. Dans d'autres, l'inscription est requise seulement en tant que formalité supplémentaire, pour rendre une sûreté opposable. Le présent Guide recommande d'adopter la deuxième approche (voir A/CN.9/631, recommandation 30).

31. Plusieurs conséquences importantes découlent de l'idée qu'inscrire un simple avis ne contenant que des renseignements sommaires sur la sûreté ne concerne que l'opposabilité aux tiers. La convention constitutive de sûreté à laquelle l'avis se rapporte n'est pas enregistrée. De même, le système de registre ne vérifie ni son existence, ni son contenu. La création d'une sûreté réelle mobilière (son efficacité entre les parties) et son inscription sont deux actes totalement indépendants: l'inscription ne crée pas la sûreté réelle mobilière, ni n'apporte la preuve de sa création; elle n'est pas non plus nécessaire à la création de la sûreté (voir A/CN.9/631, recommandation 34).

32. Il est alors impossible de déterminer si une sûreté réelle mobilière existe effectivement en consultant le registre. L'existence de la sûreté dépend de la possibilité de prouver (en examinant d'autres preuves et documents) que les parties ont conclu un accord de sûreté qui satisfait à certains critères formels et essentiels et que le constituant a des droits sur les bien décrits dans la convention constitutive de sûreté (ou le pouvoir de les grever) (voir A/CN.9/631, recommandations 12 à 14). De même, l'étendue des biens grevés dépend principalement de la description qui en est faite dans la convention constitutive de sûreté, et non dans l'avis d'inscription (si la description de la convention constitutive de sûreté couvre une gamme plus étroite de biens que celle de l'avis, la description de la convention constitutive de sûreté l'emporte). Ce n'est que si la description des biens grevés est plus étroite dans l'avis d'inscription que dans la convention constitutive de sûreté que l'étendue de l'opposabilité aux tiers sera déterminée par la description faite dans l'avis enregistré.

c) Inscription insuffisante pour assurer l'opposabilité aux tiers

33. Conséquence importante du système d'inscription d'avis préconisé dans le présent Guide, l'inscription ne garantit pas l'existence effective d'une sûreté réelle mobilière. En d'autres termes, contrairement aux approches traditionnelles de l'enregistrement dans de nombreux États, l'inscription d'un "avis" ne prouve pas l'existence d'une sûreté réelle mobilière. Cela signifie que, en tant que telle, l'inscription n'entraîne pas une opposabilité aux tiers du droit décrit dans l'avis. Ce statut n'est acquis que si et lorsque les prescriptions relatives à la création d'une sûreté réelle mobilière sont elles aussi suivies (voir A/CN.9/631, recommandation 33).

34. Cette approche de l'inscription a deux implications qui assouplissent le régime d'opérations garanties et le rendent plus efficace. Tout d'abord, la création est certes une condition préalable à l'opposabilité aux tiers, mais elle ne doit pas précéder l'inscription. Comme l'explique le chapitre VI (voir A/CN.9/631/Add.3, par. 73 à 75), un avis de sûreté réelle mobilière peut être inscrit soit avant soit après la

conclusion de la convention constitutive de sûreté. Deuxièmement, si une sûreté réelle mobilière sur des biens acquis postérieurement (c'est-à-dire après la création de la sûreté réelle mobilière) ne commence à exister à l'égard de ces biens que lorsqu'ils sont acquis, il est possible d'inscrire un avis les décrivant comme des biens potentiellement grevés.

35. Bien souvent, il n'y a guère de conséquences majeures liées aux différences dans l'ordre suivi pour accomplir les deux formalités visant à rendre une sûreté réelle mobilière opposable aux tiers (la création de la sûreté et l'inscription d'un avis) mais ce n'est pas toujours vrai. Le moment de la création importe, si un tiers acquiert des droits sur un des biens décrits dans l'avis d'inscription (par exemple, à la suite d'un don, d'une vente, d'une procédure d'insolvabilité ou de réalisation) après que l'inscription a eu lieu. Si les règles relatives à la création ont également été suivies au moment où un tiers acquiert des droits sur un bien grevé, la sûreté réelle mobilière deviendra opposable aux tiers et son rang de priorité sera déterminé par les règles énoncées au chapitre VII (voir A/CN.9/631/Add.4). Cependant, si les conditions de création n'ont pas été remplies, le tiers acquerra le bien libre de toute sûreté qui serait créée ultérieurement, même s'il a consulté le registre et sait que le créancier garanti a inscrit un avis. Tant que la création et l'inscription n'ont pas toutes deux eu lieu, la sûreté réelle mobilière n'est pas opposable aux tiers.

36. Le principe selon lequel l'opposabilité aux tiers prend effet au moment où les deux exigences sont satisfaites, et pas nécessairement au moment de l'inscription, a une exception importante. En règle générale, pour promouvoir la certitude et la transparence entre les créanciers garantis, la priorité entre des sûretés réelles mobilières concurrentes qui ont été rendues opposables aux tiers par inscription dépend de l'ordre d'inscription, et non du moment de la création (voir A/CN.9/631, recommandation 78). C'est-à-dire que si, de deux créanciers garantis, l'un a inscrit sa sûreté le premier, puis créé sa sûreté réelle mobilière après que l'autre a non seulement créé sa sûreté mais aussi enregistré son avis, c'est le créancier ayant inscrit sa sûreté le premier qui aura la priorité.

d) Extension du système de registre aux autres opérations

37. La mise en place d'un système global de registre général des sûretés du type de celui envisagé dans le présent Guide permet à ceux qui consultent le registre de découvrir les charges pesant potentiellement sur les biens du constituant et de prendre des mesures destinées à protéger leurs droits. Les États qui ont adopté ce type de registres ont aussi, bien souvent, étendu leur portée. Ainsi, ils ont conclu que, bien que l'objectif premier du registre soit de constituer une source d'information sur les sûretés potentielles, il peut aussi servir à conserver des informations relatives à d'autres types de droits sur des biens meubles lorsque le bénéficiaire de ces droits n'est pas en possession des biens sur lesquels ils portent. Les registres ont été ouverts à l'inscription de divers avis indiquant l'existence de droits sans dépossession ou d'autres droits incorporels en faveur d'un tiers.

38. L'idée d'utiliser un registre des sûretés à d'autres fins que l'inscription des sûretés n'est pas nouvelle. De nombreux États qui ont mis en place des registres spécialisés pour conserver les informations relatives aux gages, aux hypothèques ou aux cessions à titre de garantie de droits à paiement (par exemple un droit au paiement d'une assurance ou des créances commerciales) prévoient également que la cession pure et simple d'un droit à paiement ou d'un ensemble de droits à

paiement peut (et dans certains cas, doit) faire l'objet d'une inscription au registre spécialisé tout comme s'il s'agissait d'une sûreté. En général, dans les États qui ont adopté des registres généraux des sûretés, l'inscription est impérative dans le sens où, en l'absence d'inscription ou de l'obtention de l'opposabilité aux tiers grâce à d'autres mesures, la sûreté n'est pas opposable aux tiers (c'est-à-dire que l'inscription n'est pas impérative à proprement parler, dans la mesure où elle n'est pas nécessaire à l'efficacité de la sûreté entre les parties). De la même manière, la partie bénéficiant d'une cession pure et simple de créances doit procéder à l'inscription si elle veut assurer l'opposabilité aux tiers. Elle est également soumise aux mêmes règles de priorité que le détenteur d'une sûreté sur des créances. La raison à cela est qu'il y a peu de différence en pratique, du point de vue des droits des tiers, entre une cession pure et simple et la cession d'une sûreté et que, par conséquent, les règles d'opposabilité aux tiers devraient être les mêmes pour ces deux types d'opérations. C'est l'approche recommandée par le présent Guide (voir A/CN.9/631, recommandation 33).

39. En général, les États n'ont pas cherché à imposer aux propriétaires de biens meubles de faire inscrire leurs droits de propriété. Ainsi par exemple, alors que de nombreux États imposent ou permettent l'inscription de la location d'immeubles, seuls quelques-uns étendent cette notion aux biens meubles. Néanmoins, les États qui ont mis en place un registre général des sûretés ont également tendance à faire de l'inscription dans ce registre une condition nécessaire à l'opposabilité aux tiers des opérations où le propriétaire n'est pas la personne qui, pendant un certain temps, est en possession d'un bien meuble et semble l'utiliser comme si elle en était propriétaire. Les deux cas les plus fréquents sont ceux des baux réels d'une durée significative (un an ou plus, par exemple) et des dépôts-ventes dans un contexte commercial, pour lesquels le dépositaire est en possession de stocks et agit en qualité de mandataire pour les vendre au nom et pour le compte du propriétaire. Dans les États qui ont adopté cette approche, les droits du bailleur et du déposant à l'égard des tiers sont soumis aux mêmes règles d'opposabilité et de priorité que ceux du détenteur d'une sûreté en garantie du paiement d'acquisitions. Cette approche repose sur le fait qu'en l'absence d'inscription, les tiers réalisant des opérations sur les actifs commerciaux du preneur ou du dépositaire n'ont aucun moyen objectif de déterminer si ceux-ci appartiennent au preneur ou au dépositaire ou à un bailleur ou un déposant.

40. L'extension aux baux réels des conditions d'inscription des sûretés se retrouve au niveau international dans la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, qui étend la portée du registre international dont elle prévoit l'établissement au-delà des sûretés et des crédit-baux pour comprendre les "contrats de bail".

41. Bon nombre d'États connaissent depuis longtemps la notion d'hypothèque judiciaire, en vertu de laquelle un créancier judiciaire peut inscrire la décision de justice lui accordant une somme d'argent sur les biens immeubles du débiteur judiciaire, et ainsi obtenir une sûreté sur ces biens immeubles. Avec l'apparition du concept de sûreté sans dépossession inscriptible sur les biens meubles, certains États ont commencé à permettre l'inscription de décisions de justice sur les biens meubles. Les États qui ont adopté un registre général des sûretés prévoient assez souvent l'inscription d'avis relatifs à l'existence d'une décision de justice, classés suivant l'identité du débiteur judiciaire. Dans les États qui ont adopté cette

approche, l'inscription crée l'équivalent d'une sûreté sur les biens meubles du débiteur judiciaire en faveur du créancier judiciaire. Cette approche peut indirectement jouer en faveur du paiement rapide par leurs débiteurs, de leur plein gré, de leurs dettes judiciaires, car les tiers seront peu enclins à acheter les biens grevés ou à prendre une sûreté dessus tant que le débiteur n'aura pas payé sa dette judiciaire et ainsi mis fin à l'inscription.

42. Dans les États qui ont adopté cette approche, le représentant de l'insolvabilité du débiteur judiciaire est généralement fondé à revendiquer la compensation pécuniaire de la priorité d'un créancier judiciaire inscrit au bénéfice de tous les créanciers chirographaires (sous réserve parfois d'un privilège spécial en faveur du créancier judiciaire inscrit en compensation de ses dépenses et de ses démarches). L'objectif de cette règle est de veiller à ce que les droits du créancier judiciaire inscrit n'entrent pas en conflit avec les principes de l'insolvabilité garantissant l'égalité de traitement entre les créanciers chirographaires du débiteur. Le Guide ne fait pas de recommandation sur ce point, car la question relève d'autres lois que celles relatives aux opérations garanties (concernant les règles de priorité entre les créanciers garantis et les créanciers judiciaires, voir A/CN.9/631, recommandation 90).

3. Possession

a) Généralités

43. Dans presque tous les États, un transfert de la possession de biens meubles corporels au créancier garanti (gage avec dépossession classique) est accepté comme étant suffisant tant pour prouver la constitution d'une sûreté que pour la rendre opposable aux tiers. Pour ce qui est de la constitution, cela s'explique par la théorie selon laquelle le transfert de la possession prouve le consentement implicite du constituant à la sûreté et à la gamme des biens grevés par cette sûreté. S'agissant de l'opposabilité aux tiers, si un transfert de possession ne fait pas expressément connaître l'existence d'une sûreté (il ne signifie pas nécessairement, par exemple, que la personne en possession des biens est un créancier gagiste plutôt qu'un preneur à bail, un emprunteur ou un simple dépositaire), il élimine, en revanche, le risque que des tiers soient induits en erreur par la possession du constituant et pensent que ce dernier détient un droit de propriété non grevé.

44. Si par le passé, la possession était souvent le seul moyen d'avertir des tiers de l'existence d'une sûreté, au XXe siècle, de nombreux États ont institué des registres spécialisés pour certaines catégories de biens meubles. Ainsi, certains ont créé des registres pour les gages sans dépossession sur des équipements commerciaux ou industriels. L'existence d'un registre des gages commerciaux sans dépossession ne s'accompagnait cependant pas d'une interdiction générale du "véritable" gage sur ce type de biens. En conséquence, il était souvent possible que des sûretés avec dépossession et des sûretés inscrites concurrentes grèvent le même bien. Un résultat similaire peut se produire dans les États qui ont institué des registres généraux des sûretés. L'inscription d'un avis sur un registre des sûretés est considérée comme un mode d'opposabilité à part entière, qui coexiste avec les systèmes de registres spécialisés ou la dépossession du constituant.

45. L'idée de conserver l'approche qui envisage la coexistence de ces différents modes d'opposabilité ne fait pas l'unanimité. Deux raisons, intimement liées, sont

invoquées pour abolir la possession en tant que mode d'opposabilité dans les cas où un registre général des sûretés existe. La première, c'est que la possession compromet la fiabilité du fichier du registre comme source complète d'informations relatives à l'existence potentielle de sûretés sur les biens d'un constituant. Des créanciers garantis ou des acheteurs potentiels ne peuvent pas se fier au résultat négatif d'une recherche dans le registre pour conclure que le bien en question n'est pas grevé. Ils doivent encore vérifier que le bien se trouve en possession du constituant. La seconde raison a trait aux difficultés liées à la preuve. Alors que le registre donne des informations publiques fiables sur le moment adéquat pour établir la priorité entre une sûreté et le droit d'un réclamant concurrent, la possession exige une preuve, qui peut être contestée, du moment où le transfert physique de la possession a effectivement eu lieu.

46. Malgré ces problèmes, les États qui ont institué des registres généraux des sûretés maintiennent tous aussi le transfert de possession comme mode également valable d'opposabilité d'une sûreté sur des biens meubles corporels. Ce choix s'explique par plusieurs raisons. Le caractère suffisant de la possession comme mode d'opposabilité est bien ancré dans la pratique commerciale. De plus, le transfert de possession en tant que mode d'opposabilité devrait de toute façon rester disponible pour les documents et instruments négociables, afin de préserver leur négociabilité et la priorité correspondante. S'agissant du caractère exhaustif du fichier du registre, un créancier garanti ou un acheteur potentiel devra généralement vérifier si les biens concernés existent réellement et habituellement vérifier, à cet effet, que le constituant en a toujours la possession. Par ailleurs, il y a peu de chances que les problèmes de preuve liés au moment du transfert créent des difficultés dans la pratique. Dans son propre intérêt, un créancier garanti prudent voudra s'assurer que le moment où il a acquis la possession est bien établi.

47. Les États qui conservent à la fois l'inscription et la possession par le créancier comme modes d'opposabilité adoptent également le principe selon lequel, à de rares exceptions près, ces deux modes produisent exactement les mêmes effets (du point de vue tant du moment où la sûreté devient réellement opposable que des conséquences qu'ont ces étapes additionnelles sur la priorité). Du point de vue pratique, cela dit, les deux modes d'opposabilité ne sont pas égaux. Premièrement, le transfert de possession n'est disponible, comme mode d'opposabilité, que si le bien en question peut effectivement être possédé (c'est-à-dire s'il s'agit d'un bien meuble corporel). Deuxièmement, il n'est viable que si le constituant est disposé à céder l'utilisation et la jouissance continues des biens grevés, ce qui n'est pas faisable si ce dernier doit conserver les biens grevés pour produire ses produits ou ses services ou générer des revenus par d'autres moyens.

48. Pour ces deux raisons, lorsqu'un système complet et efficace d'inscription des avis existe, la grande majorité des créanciers garantis tendent à préférer, comme mode d'opposabilité, l'inscription à la possession. Les deux principales exceptions concernent des opérations particulières et impliquent généralement un financement à court terme. Ainsi, par exemple, lorsque la possession confère un avantage en termes de priorité comme dans le cas des instruments et documents négociables, des créanciers garantis prendront possession du bien même si eux ou une autre partie ont déjà inscrit une sûreté (voir A/CN.9/631, recommandations 99 et 107). De plus, lorsque le créancier garanti prend des sûretés réelles mobilières avec dépossession à titre professionnel (comme c'est le cas des prêteurs sur gages), il est rare qu'il

inscrive également ses sûretés. Étant donné que le gage avec dépossession est un concept bien connu et compris dans la plupart des États, qu'il peut y avoir des avantages à autoriser la possession comme mode d'opposabilité, et que les atteintes à l'intégrité du registre ne sont pas essentielles, le présent Guide suit la position des États qui ont adopté un registre général des sûretés et appuie, comme modes d'opposabilité, tant l'inscription d'un avis que le transfert de la possession au créancier garanti (voir A/CN.9/631, recommandation 38).

b) Possession virtuelle insuffisante

49. Si le gage, à l'origine, signifiait le transfert effectif d'un bien meuble corporel précis du constituant (débiteur gagiste) au créancier garanti (créancier gagiste), avec le temps, les États ont parfois assoupli les règles qui définissent la possession par le créancier. Dans certains, la possession virtuelle (par exemple, un accord désignant le constituant mandataire du créancier garanti) est désormais acceptée comme étant suffisante pour la constitution et l'opposabilité d'une sûreté sur des biens meubles corporels. Dans d'autres, la possession peut être symbolique, un constituant pouvant coller, sur un objet ou sur la porte d'un établissement, une note déclarant que l'objet ou le contenu de l'établissement en question ont été grevés en faveur du créancier garanti. Ces développements ont généralement résulté de l'absence d'un mécanisme plus général de création de gages sans dépossession (ou sûretés) sur des biens meubles corporels. Cela dit, certains États qui ne permettent pas aujourd'hui les sûretés sans dépossession continuent d'exiger strictement que la possession par le créancier soit réelle: publique, continue, paisible et incontestable (pour ce qui est de la possession en tant que condition de la constitution d'une sûreté avec dépossession, voir le document A/CN.9/631/Add.1, par. ...).

50. Les États qui ont institué un registre général des sûretés et continuent à autoriser la possession par le créancier comme mode d'opposabilité adoptent tous l'approche stricte de la possession. La possession par le créancier exige la renonciation réelle, par le constituant, au contrôle physique des biens grevés. La possession continue, par le constituant ou par une personne qui lui est associée de près, ne signalerait pas de manière suffisante aux tiers que la propriété du constituant est peut-être grevée. Par conséquent, puisque l'existence d'un registre des sûretés permet les sûretés sans dépossession du débiteur, il n'est pas nécessaire, pour faciliter la constitution de sûretés, d'assouplir le concept de la possession. C'est également l'approche recommandée par le présent Guide et son explication (pour la définition du terme "possession", voir le document A/CN.9/631/Add.1, par. 9).

c) Possession par un tiers

51. Il est largement accepté, indépendamment du fait qu'un État ait ou non institué un registre général des sûretés, que la possession ne doit pas forcément impliquer la garde directe par le créancier garanti. La possession par un mandataire ou un représentant de ce dernier est suffisante pour constituer la possession par le créancier garanti, pour autant qu'un observateur objectif ne conclue pas que les biens grevés restent en la possession du constituant. La possession par un tiers peut intervenir de plusieurs manières.

52. Dans certains cas, le créancier garanti n'a ni la capacité, ni les compétences pour conserver des biens grevés de manière adéquate. Dans ces cas, un dépositaire

qui agit pour son compte prendra ou recevra généralement la possession en son nom. Dans d'autres cas, les biens grevés peuvent déjà être placés sous la garde d'un tiers au moment où la sûreté est constituée. Il peut s'agir de diamants, d'or, de bijoux ou d'autres métaux précieux qui sont conservés dans une entreprise de sécurité. Dans ces cas, il est nécessaire de faire savoir au détenteur que le constituant a grevé les biens et que, jusqu'à la réception d'un avis du créancier garanti, il ne doit pas remettre ces biens au constituant.

53. Plus souvent, la garde d'un tiers se produit parce qu'un tiers transporteur ou propriétaire d'un entrepôt détient le bien grevé. Ici, il peut exister une forme d'opposabilité par possession lorsque le tiers émet un reçu au nom du créancier garanti ou accepte de détenir les biens grevés pour son compte. Dans ce cas, les actions du tiers confirment qu'il est en possession des biens pour le compte du créancier garanti.

54. Dans d'autres cas, si le titre représentatif est émis sous une forme négociable, le transporteur ou le propriétaire de l'entrepôt est obligé de livrer les biens visés par le document à la personne qui est en sa possession. La remise du document avec, au besoin, endossement au créancier garanti constitue ainsi un autre moyen de rendre opposable une sûreté sur les biens qu'il représente.

55. Dans certains États, l'idée de la possession tierce par un dépositaire ou le propriétaire d'un entrepôt a été étendue aux arrangements ponctuels entre les parties. Dans ces États, un transfert de la possession au mandataire du créancier garanti ne doit pas nécessairement signifier que les biens grevés sont physiquement sortis des locaux du constituant. Dans les arrangements de "magasins de campagne", par exemple, un représentant du créancier garanti (habituellement un employé du constituant) assume la garde matérielle des biens grevés dans les locaux du constituant (en les plaçant, par exemple, dans un local fermé dont il est le seul à avoir la clef). Le consentement du créancier garanti est nécessaire pour que les biens du "magasin de campagne" puissent être remis au constituant.

56. Les arrangements de "magasins de campagne" sont surtout courants dans les États où le gage avec dépossession est la seule forme disponible de sûreté sur des biens meubles. Néanmoins, même dans les États qui offrent l'option du registre public, un créancier garanti pourra préférer contracter un tel arrangement à des fins pratiques de surveillance. Généralement, cependant, il inscrira également sa sûreté pour que l'opposabilité soit certaine et pour éviter le risque que l'arrangement soit contesté au motif qu'il porte sur une possession virtuelle plutôt qu'effective.

57. Dans les États qui conservent la possession par le créancier comme mode d'opposabilité, la possibilité que cette possession prenne la forme de la garde par un mandataire ou un représentant est une caractéristique importante d'un régime moderne des sûretés. Elle améliore l'efficacité des sûretés avec dépossession et réduit leur coût en permettant aux créanciers de déléguer la responsabilité de la garde à des spécialistes. Pour ces raisons, le présent Guide prévoit que la possession par le créancier puisse prendre la forme de la garde par un tiers (voir la définition du terme "possession" dans le document A/CN.9/631/Add.1, par. 19).

d) Inapplicabilité de la possession aux biens meubles incorporels

58. L'idée de la possession comme mode possible d'opposabilité repose sur l'idée que la garde matérielle d'un bien est transparente. C'est pourquoi, depuis toujours,

les États qui autorisent les contrats de nantissement à titre de sûreté exigent que les biens grevés soient des biens meubles corporels. Les biens meubles incorporels sont exclus parce qu'il n'est pas possible d'en prendre possession sur le plan matériel. Très souvent, un créancier cherche à prendre une sûreté sur les créances du constituant, mais ne peut la rendre opposable par la possession. Ce n'est que si les créances sont rendues corporelles dans un instrument négociable que la possession par le créancier peut constituer un mode d'opposabilité. Un certificat de dépôt ou un autre instrument qui ne font qu'attester une dette et ne sont pas négociables ne peuvent pas faire l'objet d'une "possession". De même, si un constituant cherche à constituer une sûreté sur le bail d'un élément de matériel, il ne peut la rendre opposable en remettant le matériel (dont il n'est pas le propriétaire) ou le contrat de bail au créancier garanti.

e) Adéquation de la possession aux fins de la réalisation

59. Tous les créanciers garantis ne chercheront pas immédiatement à rendre une sûreté opposable. Pour une raison ou une autre, ils peuvent ne pas inscrire d'avis au registre général des sûretés, ou ne pas prendre possession des biens grevés. Dans les États qui considèrent le gage comme un contrat réel, l'absence de possession par le créancier signifie que le gage n'est jamais constitué, même entre les parties. Dans d'autres États, surtout ceux qui ont adopté un registre général des sûretés, mais prévoient également la possession par le créancier comme mode d'opposabilité, le gage peut être constitué entre les parties même sans possession par le créancier. Dans ces cas, il est nécessaire de déterminer les conditions dans lesquelles une possession ultérieure par le créancier constituera un mode d'opposabilité.

60. Dans certains États, une sûreté n'est pas rendue opposable par la possession lorsque cette dernière résulte de la saisie réalisée par le créancier garanti suite à la défaillance du constituant. Cette approche s'explique par des considérations tant conceptuelles que politiques. Sur le plan conceptuel, la remise volontaire de la possession par le constituant au créancier garanti au début de l'opération garantie suppose que les deux parties reconnaissent que les droits du créancier garanti doivent être protégés de cette manière. La saisie à des fins de réalisation implique généralement la prise non volontaire des biens grevés du constituant suite à sa défaillance. De plus, même lorsque ce dernier remet volontairement les biens, il le fait devant la menace coercitive d'une procédure de réalisation. La considération d'ordre politique tient au fait que la saisie à des fins de réalisation sera généralement employée par un créancier garanti qui n'a pas inscrit d'avis relatif à sa sûreté ou qui l'a mal fait. Surtout en cas de concurrence avec le représentant de l'insolvabilité du constituant, on craint qu'en reconnaissant la saisie comme acte suffisant pour rendre une sûreté opposable, on ne récompense une conduite imprudente, on n'encourage l'ouverture hâtive d'une procédure de réalisation et l'on ne soulève des questions difficiles de preuve, s'agissant de savoir si la saisie a eu lieu avant ou après l'ouverture de la procédure de réalisation.

61. Dans d'autres États, par contre, la motivation et le contexte de la possession par le créancier ne sont pas considérés comme ayant un lien avec ses conséquences. La possession par le créancier entraîne l'opposabilité même lorsque le créancier garanti obtient la possession par le biais de la saisie des biens grevés à des fins de réalisation. Cette approche repose sur la théorie selon laquelle la possession a pour objectif d'assurer que des tiers ne soient pas lésés par le fait que le constituant reste

en possession de biens sur lesquels il ne détient pas un droit de propriété non grevé. La possession par le créancier garanti remplit cet objectif indépendamment du motif de la prise de possession. Étant donné que le contexte principal dans lequel cette question de politique se pose implique la concurrence entre le créancier garanti et le représentant de l'insolvabilité du constituant, le présent Guide ne contient pas de recommandation à ce sujet, mais s'en remet au régime de l'insolvabilité des États.

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

a) Généralités

62. Les deux modes principaux d'opposabilité examinés plus haut (l'inscription sur un registre général des sûretés et la possession par le créancier) supposent que l'objectif premier est de signaler aux tiers l'existence possible d'une sûreté. Même dans les États qui ont jusque-là institué des registres compartimentés, c'est-à-dire organisés en fonction du type d'opération (par exemple, registres des réserves de propriété ou de gages commerciaux), du statut du constituant (par exemple, registres de sociétés), de l'identité du créancier garanti (banques, par exemple), ou du type de biens grevés (registres de matériel ou de créances), l'accent est mis sur les sûretés. Ces registres ne sont ouverts qu'à titre exceptionnel à des inscriptions qui ne sont pas liées à des sûretés ou destinées à l'être (par exemple, cessions pures et simples de créances de sommes d'argent, baux de longue durée, consignations commerciales).

63. Dans de nombreux États, cependant, il existe depuis longtemps d'autres moyens de faire connaître les droits. Occasionnellement, un registre spécialisé portant sur des biens particuliers peut être institué pour enregistrer toutes les opérations liées à ce type de biens. Le modèle de ce type de registre est le registre standard des droits sur des biens immeubles, dans lequel le titre de propriété, les sûretés, les charges publiques et même les mises en garde relatives à un litige imminent peuvent souvent être inscrits. Les États créent également des systèmes dans lesquels certains types de biens meubles sont identifiés par un certificat de propriété, où peuvent être directement inscrites les différentes opérations liées à ce bien (y compris les sûretés). Les caractéristiques communes de ces deux approches qui visent à faire connaître les droits sont les suivantes: i) le mécanisme en question est uniquement créé par rapport à certains biens précis et ii) tous les types de droits (et pas seulement les sûretés) peuvent être inscrits et rendus publics. Ces mécanismes ont prouvé leur utilité au fil du temps si bien que, même dans les États qui ont institué un registre général des sûretés, ils sont souvent conservés comme mode d'opposabilité, en plus de l'inscription et de la possession par le créancier.

b) Inscription sur un registre spécialisé des biens meubles

64. Comme on l'a noté plus haut, un registre général des sûretés sur lequel les parties peuvent inscrire un avis relatif à une sûreté potentielle ou existante peut être un moyen efficace de signaler aux tiers qu'il est nécessaire de vérifier soigneusement le statut des droits d'un constituant sur les biens meubles dont il entend disposer. Parfois, cependant, un registre spécialisé dans certains biens peut être tout aussi efficace sur le plan opérationnel tout en remplissant des fonctions importantes plus larges qui ne peuvent pas l'être par un registre général des sûretés. Ainsi, les registres relatifs aux navires et aux aéronefs sont deux exemples largement reconnus de registre spécialisé qui, en plus de faciliter les opérations

commerciales, répond aux impératifs de la réglementation internationale relative à la sécurité et aux préoccupations de sécurité des États.

65. Pour ces raisons, de nombreux États reconnaissent que l'inscription sur un registre spécialisé qui existe déjà aux termes d'une autre loi peut être un autre moyen de rendre opposables les sûretés sur des biens couverts par le régime (voir le document A/CN.9/631, recommandation 39). Habituellement, la logistique de l'inscription sur un registre spécialisé de la propriété n'est pas traitée dans les lois sur les opérations garanties, car c'est une question qui relève de la loi spécialisée qui régit ce régime. Souvent, le système existant exige, comme de nombreux registres des sûretés institués aux XIXe et XXe siècles, l'enregistrement des documents relatifs à la sûreté ou d'un résumé de ces documents certifié par le conservateur du registre. La raison justifiant l'adoption d'un système d'inscription des avis dans le cas d'un registre général des sûretés devrait également s'appliquer à ces registres spécialisés de biens. C'est pourquoi les États qui tiennent ce genre de registre devraient se demander s'ils doivent adopter en outre, pour renforcer l'efficacité du registre, un système d'inscription des avis.

66. L'inscription d'un avis relatif à une sûreté peut en principe être rendue possible même dans les systèmes de registre qui fonctionnent avant tout comme des registres de la propriété. Dans le cas d'un transfert de propriété, ces registres exigent généralement la preuve des documents sous-jacents, l'inscription d'un transfert non autorisé risquant de porter préjudice à un créancier garanti ou à un acheteur qui se fie au fichier du registre. Par contre, le même niveau de preuve n'est pas exigé pour les sûretés, car une recherche dans le registre qui révèle une sûreté inexistante n'est pas préjudiciable en elle-même. D'éventuels acheteurs ou créanciers garantis peuvent se protéger en refusant d'acheter ou de prêter, sauf à des conditions qui tiennent compte de la sûreté inscrite, si bien que le constituant prendra des mesures pour que toute i) inscription non autorisée, ii) inscription continue après que l'obligation garantie a été payée, ou iii) inscription en rapport avec laquelle aucune convention constitutive de sûreté n'a jamais été exécutée, soit radiée du registre.

67. Les États qui tiennent des registres spécialisés doivent déterminer si l'inscription sur un tel registre sera le seul moyen de rendre opposables des sûretés sur les biens qu'il couvre. Certains États adoptent cette position. Aucun droit sur le bien ne peut être opposé aux tiers si l'avis relatif à ces droits n'est pas inscrit sur le registre spécialisé. D'autres adoptent une position moins absolue et autorisent, pour rendre opposables des sûretés sur des biens couverts par le registre spécialisé, d'autres méthodes. Ils estiment qu'à l'exception des réclamants concurrents dont on cherche à protéger les droits par le régime de registre spécialisé, auquel ils se sont fiés à leur détriment, il n'y a pas de raison que l'opposabilité à tous les autres réclamants ne puisse être obtenue par d'autres méthodes généralement disponibles. Il s'ensuit que le créancier garanti devrait aussi être autorisé à rendre sa sûreté opposable aux tiers en l'inscrivant sur le registre général des sûretés ou par un transfert de la possession des biens grevés.

68. Il est important de cerner la portée de l'exception susmentionnée. L'idée est la suivante: même si la sûreté est opposable aux tiers, sa priorité, lorsqu'elle est rendue opposable par l'une de ces autres méthodes, est subordonnée aux créanciers garantis et aux acheteurs concurrents qui inscrivent leurs droits sur le registre spécialisé. La subordination existe indépendamment de la date à laquelle

l'inscription a été faite sur les deux registres. Cette approche permet à un créancier garanti qui prend une sûreté sur l'ensemble des biens meubles du constituant ou sur certaines catégories de biens de se protéger contre le représentant de l'insolvabilité du constituant ou contre les créanciers judiciaires en procédant à une seule inscription sur le registre général des sûretés. L'inscription sur le registre spécialisé est uniquement nécessaire si le créancier garanti conclut que le risque qu'il y ait, de manière non autorisée, octroi d'une sûreté à un créancier garanti concurrent ou vente à un acheteur qui procède à une inscription sur le registre spécialisé est assez élevé pour justifier la charge que représente une inscription supplémentaire sur ce registre. Compte tenu du nombre limité de registres spécialisés et des types de biens qu'ils visent, la constitution d'un droit prioritaire supérieur à l'égard de ceux qui utilisent le registre spécialisé n'affecte pas de manière importante l'efficacité ni l'intégrité du registre général des sûretés. Pour ces raisons, le présent Guide recommande que, lorsque des registres spécialisés existent, l'opposabilité puisse néanmoins être obtenue par d'autres méthodes telles que l'inscription sur le registre général ou la possession par le créancier, sous réserve que le rang de priorité supérieur des personnes qui procèdent à l'inscription sur le registre spécialisé soit protégé (voir A/CN.9/631, recommandations 39, 83 et 84).

c) Annotation sur un certificat de propriété

69. Bien que la plupart des États aient des systèmes d'inscription pour la propriété et le transfert de propriété des véhicules automobiles et de biens similaires, ces systèmes ne sont généralement pas considérés comme établissant la propriété aux fins d'opérations commerciales et le public ne peut, pour cette raison, y effectuer des recherches. Leur fonction est avant tout réglementaire en ce sens qu'ils permettent aux autorités de retrouver le propriétaire en cas d'accident ou de violation des règles pénales ou des normes de sécurité, et de répartir les obligations et les responsabilités au titre de l'assurance obligatoire.

70. Ces régimes délivrent généralement au propriétaire un certificat d'immatriculation, et une vente du véhicule entraîne toujours la remise de l'ancien certificat à l'organe de réglementation approprié et l'émission d'un nouveau certificat au nom du nouveau propriétaire. Dans certains États, notamment ceux qui n'ont pas institué de registre général des sûretés, le certificat d'enregistrement de la propriété sert à faire connaître les sûretés sur le bien visé par le certificat. Dans ces États, l'annotation de la sûreté sur le certificat est considérée comme suffisante pour rendre la sûreté opposable.

71. Dans les États où ce type de système d'annotation sur les certificats existe déjà et semble bien fonctionner dans la pratique, on ne voit guère pourquoi il faudrait l'abolir lorsqu'un régime de sûretés moderne est mis en place. Il sera néanmoins nécessaire de mettre en regard le système existant et les autres modes d'opposabilité autorisés en vertu d'un nouveau régime. Habituellement, l'annotation sur un certificat de propriété suffit pour rendre opposable une sûreté sur un bien meuble corporel soumis au système. L'inscription sur le registre général des sûretés et la prise de possession par le créancier sont deux autres méthodes. Si, cependant, l'une de ces deux méthodes est utilisée, la priorité de la sûreté concernée sera subordonnée aux droits d'un acheteur ou créancier garanti concurrent qui aura eu recours au système d'annotation sur le certificat. Comme l'approche suivie en matière d'inscription sur un registre spécialisé de la propriété, cette approche vise à

préserver la fiabilité et l'intégrité du système de certificat de propriété tout en renforçant la souplesse et l'efficacité du système général des opérations garanties. Le présent Guide recommande cette approche (voir A/CN.9/631, recommandations 39, 83 et 84).

5. Opposabilité automatique d'une sûreté réelle mobilière sur le produit

72. Par nature, un bien meuble peut être vendu et revendu aussi longtemps que le crédit garanti n'est pas remboursé et tant qu'il n'y a pas défaillance. Normalement, la vente ou un autre acte de disposition de biens grevés engendrera un produit (pour la définition du terme "produit", voir le document A/CN.9/631/Add.1, par. 19), que ce soit sous la forme d'argent, d'instruments négociables, de créances, d'autres biens reçus en échange ou d'une combinaison de ces éléments. Dans de nombreux États, une sûreté sur tout produit (y compris tout produit du produit) issu du bien initialement grevé est automatiquement constituée dès que ce produit est généré, sous réserve qu'il reste identifiable. C'est l'approche recommandée par le présent Guide (voir A/CN.9/631, recommandation 18). Ce n'est cependant pas la seule question qui doive être examinée. Il faut également déterminer si le créancier garanti devrait procéder à une inscription ou prendre d'autres mesures pour rendre la sûreté sur le produit opposable aux tiers.

73. Si les avis inscrits sur un registre général des sûretés sont classés et indexés en fonction de l'identité du constituant, l'avis doit contenir une description des biens grevés (voir A/CN.9/631, recommandations 58 et 64). Il faut donc examiner en premier lieu la situation dans laquelle la sûreté sur les biens initialement grevés a été rendue opposable par inscription, et le produit est du même type que dans la description de l'avis. Si, par exemple, l'avis décrit les biens grevés comme étant "tous les biens meubles corporels présents et à venir" et que le constituant vend un tracteur et utilise le produit pour acheter un voilier, la description de l'avis inclut le produit en tant que biens initialement grevés sous la forme d'un bien meuble corporel à acquérir. Comme l'inscription peut en principe s'effectuer avant la constitution d'une sûreté, l'inscription initiale suffit à rendre opposable la sûreté constituée ensuite sur le produit, lorsqu'il est généré. La plupart des États qui prévoient un droit automatique sur le produit prévoient également l'opposabilité automatique dans ce cas, et c'est l'approche recommandée par le présent Guide (voir A/CN.9/631, recommandation 40).

74. Des questions plus difficiles se posent lorsque la sûreté sur les biens initialement grevés est rendue opposable par le biais d'un avis dans lequel la description ne mentionne pas les biens reçus en tant que produit ou par une méthode qui serait insuffisante si le produit était constitué par des biens initialement grevés. Dans l'exemple ci-dessus, dans le premier cas de figure, si l'avis décrivait les biens initialement grevés comme étant "tout le matériel agricole présent et à venir", cette description ne couvrirait pas le voilier. Dans le deuxième cas de figure, si le bien initialement grevé est un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire rendu opposable par prise de contrôle et si le constituant retire des fonds sans autorisation pour acheter un voilier, la méthode d'opposabilité utilisée pour les biens initialement grevés ne serait pas suffisante pour le produit.

75. Ces exemples donnent lieu à des considérations diverses, qui se font concurrence les unes aux autres. En rendant automatiquement opposable une sûreté sur le produit, on sape le principe qui forme la base des critères d'opposabilité,

puisque des tiers ne seraient pas informés de l'existence potentielle d'une sûreté sur le produit. Après tout, l'acheteur potentiel du voilier du constituant ne comprendra pas nécessairement qu'un avis inscrit portant sur une sûreté sur du matériel agricole couvrira également le voilier en tant que produit. D'un autre côté, en exigeant que le créancier garanti prenne immédiatement des mesures pour rendre la sûreté sur le produit opposable aux tiers, on imposera peut-être une charge de surveillance et un risque de priorité qui sont excessifs. Le produit sera souvent le résultat d'un acte de disposition non autorisé du constituant sur les biens initialement grevés. Dans ces cas, le créancier garanti ne sera généralement pas conscient de l'acte de disposition jusqu'à bien après les faits. S'il apparaît effectivement que l'acte de disposition n'était pas autorisé, le créancier garanti sera généralement en droit de suivre le bien initialement grevé entre les mains du bénéficiaire du transfert et ne subira donc aucun préjudice. Cependant, il n'est pas toujours possible, après les faits, de localiser le bien d'un bénéficiaire du transfert. Parfois, de surcroît, le montant du produit reçu peut être supérieur à la valeur des biens au moment où il devient nécessaire de réaliser la sûreté.

76. En cherchant à trouver un équilibre raisonnable entre ces diverses considérations, la plupart des États qui prévoient un droit automatique du créancier sur le produit identifiable considèrent généralement une sûreté sur un produit qui ne serait pas couvert par la description initiale des biens grevés comme étant automatiquement opposable, que ce soit à titre permanent ou pour une période limitée. Dans ces États, la portée et la durée de l'opposabilité dépendent de la nature des biens initialement grevés et de la nature du produit.

77. Une opposabilité permanente est conférée à une sûreté sur un produit qui prend la forme d'argent, de créances, d'instruments négociables et de droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire (pour la définition de ces termes, voir le document A/CN.9/631/Add.1, par. 19). Cette approche repose sur l'idée que malgré l'absence d'un acte indépendant d'opposabilité pour ces types de produits, le risque que des tiers subissent un préjudice en raison de leur confiance est minime. Dans le cas de l'argent et des instruments négociables, cela tient à ce que les bénéficiaires d'un transfert ou les créanciers garantis subséquents prennent généralement, de toute façon, la possession libre de toute sûreté (voir A/CN.9/631, recommandations 99 et 104). Comme le constituant retire habituellement l'argent et les instruments négociables du recouvrement de créances (produit du produit), il serait illogique et contre-productif de ne pas étendre l'opposabilité automatique au produit initial, à savoir les créances. L'argent et les instruments négociables issus du recouvrement de créances sont habituellement crédités ensuite sur le compte bancaire du constituant (produit du produit du produit). Le bénéficiaire du transfert de fonds provenant du compte les prend généralement libres de toute sûreté, si bien que l'absence de publicité ne porte pas atteinte à ses droits (voir A/CN.9/631, recommandation 103). S'agissant des créanciers garantis et des cessionnaires qui prennent la sûreté sur le droit au paiement des fonds crédités sur le compte, le présent Guide recommande que la priorité soit donnée à un créancier garanti qui obtient l'opposabilité par prise de contrôle et au droit qu'a la banque dépositaire d'effectuer une compensation (voir A/CN.9/631, recommandations 101 et 102). Pour ces types de biens, par conséquent, les réclamants concurrents sont censés savoir qu'ils risquent la subordination dans tous les cas, à moins qu'ils ne se protègent en prenant le contrôle du compte. Au vu de ces considérations, afin d'assurer la cohérence du régime qui régit les produits sous forme d'argent, de

créances, d'instruments négociables et de droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, la plupart des États prévoient que l'opposabilité permanente pour ces biens est automatique. C'est également l'approche que recommande le présent Guide (voir A/CN.9/631, recommandation 40).

78. Pour les autres types de produits, des règles différentes entrent en jeu. Il y a bien des chances que l'acte de disposition qui donne naissance au produit ne soit pas autorisé et que le créancier n'en prenne pas rapidement conscience. Il est donc raisonnable de prévoir que la sûreté est automatiquement opposable aux tiers. Toutefois, contrairement au cas de l'argent et d'un produit de type monétaire, les produits qui prennent la forme de biens meubles corporels apparaissent aux tiers comme étant des biens du constituant. Lorsqu'ils ne correspondent pas à la description initiale, les tiers peuvent facilement être induits en erreur. Pour cette raison, et afin de ne pas porter indûment atteinte aux droits des tiers, la plupart des États prévoient que l'opposabilité automatique ne dure qu'un court laps de temps après la naissance du produit. Pour obtenir une opposabilité permanente, le créancier garanti doit inscrire un avis ou agir rapidement pour rendre la sûreté opposable avant la fin de cette période. Cette période temporaire, bien entendu, doit être relativement brève, mais pas trop pour laisser à un créancier garanti raisonnablement prudent le temps d'agir pour préserver l'opposabilité de sa sûreté. Une période de 20 à 30 jours semble être une solution de compromis que la plupart des États trouvent acceptable. Le présent Guide adopte le principe d'une période d'opposabilité automatique temporaire brève, au cours de laquelle le créancier garanti doit modifier la description des biens grevés de manière à couvrir un produit qui diffère des biens initialement grevés (voir A/CN.9/631, recommandation 41).

6. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens rattachés

a) Remarques générales

79. Un bien grevé par une sûreté qui a été rendue opposable peut être ou devenir un bien rattaché à un autre bien (meuble ou immeuble). Par exemple, des pneus faisant l'objet d'une sûreté peuvent être rattachés à un camion, une chaudière à un bâtiment, etc. Dans certains États, le rattachement éteint la sûreté. Cette approche est motivée par le souci de protéger la position des acheteurs et des tiers qui acquièrent ultérieurement des droits sur le bien auquel le bien grevé est rattaché. Dans d'autres États, seul le rattachement à un bien immeuble éteint une sûreté grevant un bien meuble qui devient un bien rattaché. La politique, dans ces États, est d'empêcher un détachement ultérieur et la détérioration du bien immeuble qui en résulte, tout en préservant la priorité des droits de tout créancier ayant pris une sûreté sur le bien immeuble avant le rattachement.

80. Les États qui ont adopté un système de registre général pour les biens meubles répondent à ces préoccupations plus directement en cherchant un équilibre entre les droits concurrents. Le plupart des régimes sont organisés de manière à permettre à la sûreté d'être maintenue après le rattachement, au moins entre les parties. Cependant, pour tenir compte des droits respectifs du créancier garanti et des tiers, ces régimes prévoient également un ensemble complet de règles d'opposabilité et de priorité. C'est également l'approche générale adoptée dans le présent Guide. Ainsi, le chapitre IV (voir A/CN.9/631/Add.1) confirme qu'une sûreté peut être constituée sur un bien meuble corporel qui est un bien rattaché au moment de sa constitution ou qu'elle se maintient sur un bien meuble corporel qui devient ensuite un bien

rattaché, à hauteur de la valeur du bien meuble au moment de son rattachement (voir A/CN.9/631, recommandation 22). Le présent chapitre traite de la question de l'opposabilité, tandis que le chapitre VII (voir A/CN.9/631/Add.4) porte sur la priorité.

b) Biens rattachés à des biens meubles

81. Si le bien meuble corporel faisant l'objet de la sûreté est rattaché à un autre bien meuble corporel, les conditions générales requises pour l'opposabilité s'appliquent. Les biens rattachés ne sont pas traités différemment des autres. Ainsi, si la sûreté est rendue opposable par inscription avant le rattachement, elle reste opposable après le rattachement sans autre formalité (voir A/CN.9/631, recommandation 42). Cela tient à ce que, contrairement au cas où un bien initialement grevé est remplacé par le produit, un bien rattaché reste identifiable après avoir été rattaché à un autre bien. On peut donc raisonnablement supposer qu'un tiers consultant le registre pour savoir si le bien auquel l'autre bien est rattaché (par exemple un véhicule automobile) fait l'objet d'une sûreté, il comprendra qu'un avis inscrit décrivant le bien rattaché (par exemple des pneus) se rapporte probablement aux pneus installés sur le véhicule qui l'intéresse.

82. En théorie, une sûreté sur un bien rattaché resterait également opposable si elle avait été rendue opposable avant le rattachement par prise de possession du créancier garanti ou d'un tiers agissant pour son compte, plutôt que par inscription au registre général des sûretés. Cependant, dans la pratique, l'opposabilité cesse le plus souvent au moment du rattachement, car le créancier garanti doit normalement renoncer à la possession pour que le rattachement puisse avoir lieu. Par conséquent, les tiers qui réaliseront une opération relative au bien après son rattachement le prendront libre de la sûreté, à moins que le créancier garanti ne préserve son statut inscrivant un avis au registre général des sûretés avant d'abandonner la possession ou avant la naissance des droits des tiers. En revanche, si le créancier garanti est également en possession du bien meuble auquel le bien est rattaché, ou si un mandataire ou représentant du créancier est en possession de ce bien, l'opposabilité est préservée (mais ce n'est pas le cas le plus fréquent).

c) Biens rattachés à des biens immeubles

83. Si le bien grevé est rattaché à un bien immeuble, les considérations de principe sont plus complexes, car tout droit sur le bien immeuble est normalement inscrit au registre immobilier. S'agissant de la relation entre les parties, le présent Guide recommande qu'une sûreté sur un bien rattaché à un bien immeuble puisse être constituée conformément aux principes qu'il définit ou conformément au régime applicable aux droits sur les biens immeubles. En vertu de cette recommandation, la sûreté ainsi créée peut être rendue opposable soit par inscription au registre général des sûretés, soit par inscription au registre immobilier (voir A/CN.9/631, recommandation 43). Toutefois, si une sûreté est constituée en vertu du régime applicable aux biens meubles et que les conditions nécessaires à la constitution ne sont pas réunies au regard du régime applicable aux biens immeubles, les règles régissant le registre immobilier devraient être modifiées pour permettre néanmoins l'inscription de la sûreté sur le bien rattaché. En outre, le choix de la méthode a des conséquences en termes de priorité. L'inscription au registre immobilier est nécessaire pour assurer une protection maximale contre les tiers. Un créancier

garanti ou un acheteur qui procède à l'inscription au registre immobilier a priorité sur un créancier garanti qui se fie à l'inscription au registre général des sûretés (voir A/CN.9/631, recommandation 93).

84. Cette règle de priorité spéciale est nécessaire pour préserver la fiabilité et l'intégrité du registre immobilier. Elle ne peut fonctionner que si l'inscription au registre immobilier d'une sûreté sur un bien rattaché peut se faire facilement et efficacement. Les systèmes de registre immobilier existants exigent parfois que soient soumis tous les documents relatifs aux sûretés ou imposent d'autres formalités pour l'inscription des sûretés. Lorsque c'est le cas, il peut être nécessaire de réviser les lois relatives à l'inscription foncière pour permettre l'inscription d'un avis de sûreté. Sinon, les coûts et les dépenses qu'entraînerait pour les créanciers garantis la protection totale de leur statut prioritaire par inscription au registre immobilier risqueraient de les dissuader de se lancer dans des opérations de financement garanti impliquant des biens rattachés à des biens immeubles.

d) Biens rattachés à des biens meubles soumis à une inscription sur un registre spécialisé

85. Il est assez fréquent, dans les États qui ont des registres spécialisés de la propriété, que les biens soumis à inscription sur ces registres soient des biens auxquels d'autres biens meubles corporels sont normalement rattachés (navires, aéronefs, véhicules terrestres, etc.). Soucieux de protéger l'intégrité du registre spécial, les États adaptent généralement l'approche retenue pour les sûretés sur des biens meubles corporels rattachés à des biens immeubles au cas des biens rattachés à des biens meubles corporels soumis à inscription sur un registre spécialisé de la propriété ou dans un système de certificat de propriété. La sûreté peut être rendue opposable soit par inscription au registre général des sûretés, soit par prise de possession par le créancier (bien que ce cas soit plus rare, comme on l'a vu plus haut), soit par inscription sur un registre spécialisé ou annotation sur un certificat de propriété (voir A/CN.9/631, recommandation 43). De même que pour les biens rattachés à un bien immeuble, l'inscription au registre spécialisé ou l'annotation sur le certificat de propriété sont nécessaires pour assurer une protection maximale à l'égard des tiers. Un créancier garanti ou un acheteur qui se fie au système de registres spécialisés a priorité sur un créancier garanti qui assure l'opposabilité par une autre méthode (voir A/CN.9/631, recommandation 93). Pour faciliter l'accès à ce système, il peut être nécessaire de modifier la législation qui le régit pour veiller à ce que le créancier garanti puisse procéder à l'inscription d'un simple avis de sûreté sur le bien rattaché ou la mentionner sur le certificat de propriété, selon le cas.

e) Coordination des registres

86. Lorsque les États estiment que l'opposabilité d'une sûreté peut être assurée par plusieurs méthodes différentes, ils doivent décider si toutes ces méthodes ont des conséquences identiques ou si l'une ou l'autre méthode a de plus grandes conséquences que les autres. Comme on l'a vu, afin de préserver l'intégrité de ces registres, c'est l'inscription sur des registres autres que le registre général des sûretés (le registre immobilier ou le registre spécialisé de la propriété) qui confère au créancier garanti la meilleure protection de sa priorité. Pour cette raison, le créancier qui a procédé à l'inscription au registre général des sûretés a toujours

intérêt à inscrire également un avis au registre spécialisé. Plutôt que de demander au créancier garanti de procéder lui-même à une inscription distincte au registre immobilier ou au registre spécialisé des biens meubles, certains États ont mis en place un système de registres dans lequel les sûretés sur des biens rattachés qui sont inscrites au registre général des sûretés sont automatiquement transmises pour inscription à l'autre registre. Cependant, comme les inscriptions au registre immobilier et aux registres spécialisés des biens meubles sont indexées par bien et non par constituant, la personne procédant à l'inscription au registre général des sûretés devra communiquer au registre la description du bien concerné et indiquer expressément qu'un avis portant sur "tous les biens meubles corporels" s'applique aux biens rattachés auxquels renvoie la description.

7. Opposabilité automatique d'une sûreté sur une masse ou un produit

87. Pour les raisons indiquées au chapitre IV (voir A/CN.9/631/Add.1, par. …), le présent Guide recommande qu'une sûreté sur des biens corporels qui sont ultérieurement transformés ou mélangés se maintienne automatiquement sur la masse ou le produit fini (voir A/CN.9/631, recommandation 23). Cette recommandation ne précise pas, cependant, si la sûreté sur le produit fini ou la masse est opposable. À supposer que la sûreté sur le composant ait été rendue opposable avant la transformation ou le mélange, la question qui se pose est de savoir si, lorsqu'elle se maintient sur le produit fini ou la masse, elle doit être considérée comme automatiquement opposable.

88. Dans le cas le plus fréquent, la sûreté sur les biens initialement grevés aura été rendue opposable par inscription au registre général des sûretés (puisque c'est la seule méthode possible en pratique pour les stocks sous forme de matières premières). Les États doivent donc trancher la question de savoir si cette inscription initiale est suffisante pour assurer l'opposabilité de la sûreté sur le produit fini ou la masse obtenus après transformation ou mélange des biens grevés à l'origine.

89. Comme indiqué précédemment, les avis inscrits au registre général des sûretés sont organisés d'après l'identité du constituant, et doivent comprendre une description des biens grevés (voir A/CN.9/631, recommandations 58 et 64). Tout comme pour l'opposabilité des sûretés sur le produit de la disposition des biens grevés, il faut établir une distinction d'après la manière dont les biens initialement grevés sont décrits. Le premier cas à envisager est celui où l'avis inscrit décrit les biens grevés de telle manière qu'il vise aussi bien le bien initialement grevé que le produit ou la masse qui en résulte. Par exemple, un avis inscrit peut décrire le bien grevé comme étant du "blé de type ou de qualité xyz" et le blé peut ensuite être mélangé de façon irrémédiable avec un autre blé du constituant, du même type ou de la même qualité. De même, un créancier garanti ayant pris une sûreté sur de la résine qui entrera ensuite dans la fabrication de panneaux de particules peut procéder à l'inscription d'un avis décrivant les biens grevés par l'expression "matière première et stocks de produit fini". Dans ces deux cas, un tiers faisant une recherche dans le registre sera informé de l'existence éventuelle d'une sûreté sur la masse formée par les biens mélangés ou sur le produit fini, de sorte qu'il ne peut y avoir d'objection de principe au fait de considérer que l'inscription initiale est suffisante pour assurer l'opposabilité de la sûreté qui se maintient sur le produit fini ou la masse. La plupart des États qui ont adopté un régime général des sûretés suivent cette approche de l'opposabilité automatique dans ce type de cas.

90. La situation est plus difficile lorsque l'avis inscrit décrit les biens grevés en des termes qui ne visent que le composant et non la masse des biens mélangés ni le produit fini. Par exemple, il peut arriver que le créancier garanti ait inscrit un avis décrivant les biens grevés par l'expression "blé de type ou de qualité xyz " et que celui-ci ait ensuite été irrémédiablement mélangé à une bien plus grande quantité de blé "de type ou de qualité abc". Un tiers effectuant une recherche dans le registre peut ne pas discerner l'étendue des droits du créancier sur la masse commune. La situation est encore plus compliquée lorsque le créancier garanti inscrit un avis désignant le bien grevé comme étant de la "résine" et que celle-ci entre ensuite dans la fabrication de panneaux de particules. Dans ce cas, un tiers raisonnable qui fait une recherche dans le registre pour savoir si une sûreté grève les panneaux de particules du constituant peut ne pas comprendre qu'un avis relatif à une sûreté sur de la résine s'étend également aux panneaux de particules fabriqués à partir de cette résine.

91. Cette deuxième situation, en particulier, conduit à des considérations concurrentes. En accordant l'opposabilité automatique à la sûreté sur les panneaux de particules, on risque d'aller à l'encontre du principe qui sous-tend les conditions de l'opposabilité, puisque l'avis inscrit n'informera pas nécessairement les tiers qui le consulteront de l'existence de la sûreté. D'un autre côté, en imposant au créancier garanti de décrire également le produit ou la masse éventuellement issus des biens grevés dans l'avis qu'il inscrit, on risque de décourager le financement garanti par les matières premières du constituant ou d'entraîner l'inscription d'avis où apparaîtraient des descriptions trop générales (comme dans l'exemple ci-dessus, où l'avis mentionne des "stocks" alors que la sûreté ne porte que sur la résine), au détriment de l'accès du constituant au crédit garanti offert par d'autres sources.

92. Pour résoudre ces conflits, les États adoptent différentes approches. Dans certains d'entre eux, la sûreté est considérée comme automatiquement opposable sans autre formalité. L'idée est qu'il y a peu de chances dans la pratique que la confiance dont ont fait preuve les tiers leur soit préjudiciable: les créanciers garantis ultérieurs connaîtront suffisamment bien les activités de fabrication du constituant pour comprendre qu'un avis inscrit mentionnant une sûreté en ne décrivant que les composants de biens porte également sur tout produit fini obtenu à partir de ces biens, et les acheteurs ultérieurs seront généralement protégés puisque le produit fini ou la masse commune constitueront habituellement des stocks vendus dans le cours normal des affaires du constituant et qu'un acheteur dans le cours normal des affaires les prend libres de charges de toute façon.

93. Dans d'autres États, la sûreté n'est considérée comme automatiquement opposable qu'à l'égard des autres créanciers garantis. S'il y a concurrence avec quelqu'un qui n'est pas lui-même un créancier garanti (par exemple un acheteur qui n'acquiert pas les biens dans le cours normal des affaires, un créancier judiciaire ou un représentant de l'insolvabilité), la sûreté est inopposable à moins qu'un avis décrivant le bien grevé en des termes visant également le produit ou la masse ne soit inscrit avant la naissance de ces autres droits. L'idée est ici que, à la différence des créanciers garantis du constituant, ces autres catégories de tiers opposants risquent plus d'être induits en erreur par une description sur l'avis inscrit qui ne viserait que les matières premières et non le produit fini auquel elles sont incorporées.

94. Le Guide recommande la première de ces deux approches, autrement dit, il recommande aux États d'adopter une règle selon laquelle, lorsque la sûreté sur le

composant est opposable, la sûreté sur le produit qui en résulte l'est aussi, sans autre formalité de la part du créancier garanti (voir A/CN.9/631, recommandation 45). Ce choix repose sur deux considérations. Premièrement, il est très improbable dans la pratique qu'un produit fini ou une masse commune soient vendus en dehors du cours normal des affaires car ces biens feront presque invariablement partie des stocks du constituant. Deuxièmement, les créanciers chirographaires se tournent rarement vers les stocks du constituant pour obtenir satisfaction, car le constituant aura de meilleures chances de pouvoir les désintéresser s'il peut continuer à vendre ses stocks dans le cours normal des affaires.

8. Continuité de l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière après un changement de lieu de situation des biens ou du constituant

95. Le changement de lieu de situation est une caractéristique des biens meubles et des personnes. Les biens et les personnes peuvent changer de lieu à l'intérieur du même État, ou bien changer d'État. Lorsque l'opposabilité est obtenue par inscription au registre général des sûretés, le critère de recherche dans le registre est le nom du constituant. Un changement de lieu de situation à l'intérieur du même État ne compromettra donc pas la capacité de ceux qui consultent le registre à déterminer si une sûreté a été constituée et, par conséquent, ne devrait pas avoir d'impact sur le maintien de l'opposabilité de la sûreté. Ce n'est pas le cas, en revanche, lorsque le bien ou le constituant change d'État.

96. Comme il est expliqué au chapitre XIII (voir A/CN.9/631/Add.10, par. 26 et 27 et 35 à 40), la loi applicable en matière d'opposabilité des sûretés est déterminée par le lieu où se trouvent les biens grevés ou par celui où se trouve le constituant, selon la nature des biens (voir A/CN.9/631, recommandations 202 et 204). L'idée est qu'on ne saurait attendre des tiers qui réalisent des opérations relatives aux biens grevés après un changement de lieu de situation qu'ils entreprennent une enquête historique d'envergure pour savoir si les biens grevés étaient précédemment soumis à une loi différente. Cette approche crée toutefois des risques importants pour les créanciers garantis. L'opposabilité cesse dès que les biens changent de lieu, à moins que la sûreté ne soit rendue opposable en vertu de la loi du nouveau lieu. Bien que le créancier garanti puisse se protéger s'il a connaissance à l'avance du changement de lieu de situation, ce ne sera pas le cas général.

97. Dans le souci de trouver un équilibre entre les droits concurrents des créanciers garantis et des tiers en pareilles circonstances, certains États prévoient une période d'opposabilité automatique temporaire à la suite d'un changement du lieu de situation des biens ou du constituant vers leur territoire. Dans cette approche, une sûreté qui a été rendue opposable en vertu de la loi du lieu précédent est considérée comme automatiquement opposable en vertu de la loi du nouvel État pendant une courte période suivant le changement de lieu de situation. Si la sûreté est rendue opposable conformément à la loi du nouveau lieu du constituant ou des biens avant l'expiration de cette période, elle reste opposable aux tiers qui acquièrent des droits sur les biens grevés après le changement de lieu de situation, même si ces droits sont acquis avant que la sûreté préexistante ne soit rendue opposable en vertu de la loi du nouveau lieu. Si l'opposabilité n'est pas assurée en vertu de la loi du nouveau lieu du constituant ou des biens avant l'expiration de cette période, la sûreté est inopposable aux tiers qui ont acquis des droits pendant la période en question.

98. Le Guide adopte cette approche (voir A/CN.9/631, recommandation 46), qui offre un équilibre raisonnable entre les droits des créanciers garantis et ceux des tiers qui réalisent des opérations avec le constituant ou sur les biens après le changement de lieu de situation. D'une part, elle donne au créancier garanti un délai raisonnable pour prendre les mesures nécessaires à la protection de ses droits. D'autre part, la limitation dans le temps de l'opposabilité automatique permet à un tiers qui acquiert des droits sur le bien grevé après le changement de lieu de situation de prendre des mesures de protection efficaces, par exemple la suspension d'un prêt ou d'un crédit ou le blocage du prix d'achat jusqu'à l'expiration de la courte période d'opposabilité automatique, car il a l'assurance qu'il pourra acquérir un bien non grevé par une sûreté étrangère, si celle-ci n'a pas été rendue opposable dans le nouveau lieu avant l'expiration de la période d'opposabilité automatique.

9. Continuité et caducité de l'opposabilité

99. Comme il a déjà été dit, la plupart des États qui ont adopté un système de registre général des sûretés pour assurer l'opposabilité autorisent également d'autres méthodes (par exemple prise de possession par le créancier, exécution d'un accord de contrôle des fonds déposés sur un compte bancaire, inscription sur un registre spécialisé, annotation sur un certificat de propriété). Souvent, un créancier garanti assure l'opposabilité par plusieurs méthodes simultanément. Parfois aussi, un créancier change de méthode (par exemple, un créancier garanti qui a pris possession d'un bien peut ensuite inscrire un avis de la sûreté au registre général des sûretés). Dans la plupart de ces États, la continuité de l'opposabilité est préservée malgré un changement de méthode, tant que la sûreté n'est à aucun moment inopposable en vertu de l'une au moins des méthodes. C'est l'approche recommandée dans le présent Guide (voir A/CN.9/631, recommandation 47).

100. Inversement, il peut y avoir des situations où l'opposabilité devient caduque. C'est le cas par exemple lorsque les conditions nécessaires à l'opposabilité en vertu de l'une des méthodes ne sont plus réunies et que le créancier garanti ne l'assure pas par une autre méthode valable avant l'expiration (par exemple, en cas d'expiration ou d'annulation d'une inscription, ou si le créancier garanti renonce à la possession du bien grevé, ou encore si les circonstances dont découlait l'opposabilité automatique ne sont plus réunies et que le créancier garanti n'a pas entrepris de démarches pour assurer l'opposabilité par une autre méthode). Dans ce cas, l'opposabilité devient caduque et devra être rétablie. Les États adoptent différentes approches à l'égard de la caducité et du rétablissement de l'opposabilité.

101. Certains États considèrent que la caducité rend impossible la continuité de l'opposabilité et qu'un éventuel rétablissement de l'opposabilité ne peut produire d'effets que pour l'avenir. L'idée est ici d'éviter d'imposer aux réclamants concurrents de consulter le registre pour déterminer s'il y a jamais eu de sûreté. D'autres prévoient un délai de grâce pendant lequel une inscription devenue caduque peut être rétablie. Dans ces États, si l'opposabilité est rétablie rapidement, on considèrera qu'elle a été continue, et la priorité initiale du créancier garanti sera maintenue, sauf à l'égard des réclamants concurrents qui ont acquis des droits sur les biens grevés pendant la période de caducité. L'idée est ici de permettre au créancier garanti, qui a laissé par inadvertance l'opposabilité expirer, de rectifier son erreur, à condition qu'aucun tiers ne subisse de préjudice en conséquence.

102. Au moment de décider laquelle de ces approches adopter, il est utile d'analyser les conséquences générales susceptibles de découler d'une interruption de la continuité de l'opposabilité. Deux situations sont particulièrement révélatrices à cet égard. La première est celle du tiers (par exemple un acheteur, un représentant de l'insolvabilité, ou encore un créancier judiciaire) qui acquiert des droits sur les biens grevés entre l'expiration et le rétablissement de l'opposabilité. Puisque la sûreté n'était alors pas opposable, il acquerra les biens grevés libres de la sûreté, et ce dans les deux approches.

103. Le deuxième cas à envisager est celui où le droit d'un créancier garanti avait, avant l'expiration, priorité sur le droit d'un créancier garanti concurrent. Les rangs de priorité entre créanciers garantis concurrents reposent, en règle générale, sur l'ordre d'inscription ou d'opposabilité de leurs sûretés respectives (voir A/CN.9/631, recommandation 78). Dans l'une des deux approches, si l'opposabilité devient caduque, la priorité après rétablissement de l'opposabilité ne date que du moment du rétablissement. La sûreté qui a été caduque sera subordonnée aux sûretés concurrentes inscrites ou rendues opposables aux tiers avant ou pendant la période de caducité. Dans l'autre approche, la priorité est rétablie à la date initiale à l'égard de tous les créanciers garantis qui avaient fait inscrire leurs droits ou les avaient rendus opposables aux tiers avant la période de caducité, mais non à l'égard des créanciers garantis qui ont fait inscrire leur sûreté ou l'ont rendue opposable pendant la période de caducité.

104. Il est fait une distinction, au paragraphe précédent, entre l'inscription et l'opposabilité. En effet, l'inscription, à la différence des autres modes d'obtention de l'opposabilité, peut précéder la constitution de la sûreté. Bien que la sûreté inscrite ne puisse devenir opposable qu'à partir du moment où les conditions nécessaires à sa constitution sont réunies, c'est la date d'inscription de la sûreté, et non celle, ultérieure, de sa constitution qui détermine son rang de priorité par rapport aux sûretés concurrentes. L'analyse ci-dessus s'applique donc également aux cas où un avis est inscrit et devient caduc avant la constitution de la sûreté: il est alors possible de rétablir l'opposabilité.

105. On l'a vu, les deux approches sont sous-tendues par des objectifs valables. Néanmoins, la performance et l'efficacité du fonctionnement d'un registre général des sûretés reposant sur la confiance qu'ont en son intégrité ceux qui y procèdent à des inscriptions comme ceux qui le consultent, le présent Guide recommande d'adopter la première alternative: si une inscription ou l'opposabilité deviennent caduques parce que la méthode utilisée perd sa validité avant d'être remplacée par une autre méthode, l'opposabilité peut être rétablie, mais elle ne prendra effet qu'à partir du rétablissement (voir A/CN.9/631, recommandation 48).

B. Remarques sur des biens particuliers

1. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement d'une créance, d'un instrument négociable ou de tout autre bien incorporel

106. Très souvent, les créances, les instruments négociables et les autres biens incorporels sont garantis par un droit personnel ou par un droit réel (par exemple une sûreté personnelle ou une sûreté réelle). Ainsi, un constituant dont les activités

consistent à vendre des marchandises à crédit peut garantir les obligations de paiement des acheteurs par une sûreté sur ces marchandises. Lorsque le constituant est lui-même un prêteur, les obligations de paiement de ses clients peuvent être garanties par une sûreté personnelle apportée par un tiers.

107. Dans la plupart des États, les sûretés accessoires personnelles ou réelles suivent automatiquement l'obligation de paiement qu'elles garantissent. Ainsi, si le créancier d'une somme d'argent ou le porteur d'un instrument négociable garantis par une ou plusieurs sûretés transfèrent la créance ou l'instrument négociable à un tiers, le tiers cessionnaire bénéficiera également de ces sûretés.

108. L'idée que les sûretés accessoires suivent l'obligation principale (créance, instrument négociable) s'applique aussi de manière générale aux sûretés qui peuvent être prises sur une créance ou un instrument négociable. Ainsi par exemple, comme les droits accessoires suivent automatiquement l'obligation principale, si la sûreté sur la créance ou l'instrument négociable a été rendue opposable, elle devrait s'étendre automatiquement à tous les droits accessoires sans que le constituant ou le créancier garanti n'aient besoin d'entreprendre quelque autre démarche que ce soit. Ce raisonnement découle des principes généraux du droit des obligations dans la plupart des États, et c'est l'approche recommandée dans le présent Guide (voir A/CN.9/631, recommandation 49).

109. Il y a cependant d'autres éléments à prendre en compte lorsque le droit personnel ou le droit réel garantissant l'obligation principale est un engagement de garantie indépendant, et les systèmes juridiques adoptent différentes approches dans ce cas.

110. Dans certains systèmes, ces droits ne suivent l'obligation de paiement qu'ils garantissent que s'ils sont transférables et que le transfert est réalisé par un acte juridique distinct. Cette approche repose sur le postulat que les parties s'attendent à ce que les droits accessoires soient transférés automatiquement avec les obligations qu'ils garantissent mais que, dans le cas d'un engagement de garantie indépendant, les parties s'attendront justement, du fait même qu'il est indépendant, à ce que le transfert ne soit pas automatique. Dans d'autres États, même les sûretés et autres droits indépendants suivent automatiquement l'obligation de paiement qu'ils garantissent, sans nouvel acte. Cette approche repose sur le postulat que le créancier garanti demandera normalement au constituant de lui transférer tous les droits garantissant sa créance et que le fait de simplifier les démarches nécessaires pour parvenir à ce résultat permet de gagner du temps et de l'argent, et a donc un impact positif en termes d'accès au crédit et de coût du crédit.

111. Cette deuxième approche repose également sur le postulat que les droits des tiers débiteurs de droits indépendants (tels qu'un engagement de garantie indépendant) peuvent être protégés par d'autres règles. Par exemple, dans le cas d'une sûreté sur le produit d'un droit à paiement en vertu d'un engagement de garantie indépendant, l'opposabilité s'étend automatiquement au produit de l'engagement (c'est-à-dire le droit de recevoir le paiement, voir A/CN.9/631/Add.1, par. 19), mais non au droit de tirer l'engagement, qui est un droit indépendant (recommandation 26, alinéa b)). Du fait de cette protection du débiteur de l'engagement de garantie indépendant, il n'y a pas de raison de ne pas étendre automatiquement l'opposabilité des droits du créancier garanti à tous les droits, quels qu'ils soient, qu'il pourrait revendiquer s'agissant de l'engagement de

garantie indépendant. Cette deuxième approche est celle adoptée dans le présent Guide (voir A/CN.9/631, recommandation 49).

112. Le cas de l'hypothèque indépendante sur un bien immeuble soulève d'autres questions. Dans de nombreux États, un créancier garanti qui a rendu sa sûreté sur une créance opposable peut automatiquement bénéficier de toute hypothèque normale sur le bien immeuble garantissant le paiement de la créance. Dans certains États, la législation immobilière impose de remettre au constituant de l'hypothèque sur un terrain un avis de la sûreté. Le présent Guide recommande l'extension automatique de l'opposabilité (voir A/CN.9/631, recommandation 49), tout en reconnaissant que des objectifs supérieurs relatifs à la loi foncière peuvent conduire les États à adopter la deuxième approche.

113. Dans certains États, il est possible de transférer les sûretés sur les biens immeubles séparément de l'obligation principale qu'elles garantissent. Les États qui permettent la constitution de ce type d'hypothèques indépendantes le font principalement pour faciliter la titrisation et le transfert d'hypothèques. Les pratiques de financement spécialisé en matière d'hypothèques indépendantes étant habituellement décrites avec soin dans la loi foncière des États, le présent Guide recommande que l'extension automatique de l'opposabilité aux droits garantissant le paiement de la créance ou de l'instrument négociable ne s'applique pas lorsque le droit concerné est une hypothèque indépendante (voir A/CN.9/631, recommandation 49).

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

114. Les fonds crédités sur un compte bancaire occupent une place de plus en plus importante parmi les actifs que les constituants peuvent offrir en garantie d'un prêt ou d'un crédit. L'actif faisant l'objet de la sûreté n'est pas, en fait, le compte bancaire lui-même, mais plutôt le droit du constituant au paiement des fonds qui y sont crédités (pour la définition de ces termes, voir A/CN.9/631/Add.1, par. 19). Les États adoptent différentes approches à l'égard des conditions devant être réunies pour que les sûretés sur ce type de biens soient opposables aux tiers. Parmi les États qui n'ont pas mis en place de registre général des sûretés, la plupart appliquent simplement les règles générales d'opposabilité des sûretés sur les créances, selon lesquelles il faut généralement inscrire un avis dans un registre spécial consacré à la cession ou à la constitution de sûretés sur les créances. Quelquefois, il faut aussi que le créancier garanti avise par écrit de la sûreté le détenteur du compte. Nombre d'États ayant mis en place un registre général des sûretés ont adopté une approche semblable, c'est-à-dire qu'ils considèrent la banque comme le débiteur d'une créance. Les fonds crédités sur le compte bancaire n'étant pas des biens ayant une identité propre, le créancier garanti ne peut ni en prendre possession lui-même, ni faire de la banque son mandataire. Par conséquent, l'inscription au registre général des sûretés est la seule et unique méthode permettant d'assurer l'opposabilité.

115. D'autres États disposant d'un registre général des sûretés ont récemment élaboré un corpus spécialisé de règles d'opposabilité reposant sur la notion de "contrôle" du compte (pour la définition du terme "contrôle", voir A/CN.9/631/Add.1, par. 19). Si le créancier garanti est la banque dépositaire, le contrôle (et donc l'opposabilité) est automatique. Les autres créanciers garantis peuvent obtenir le contrôle du compte de deux manières différentes. Dans la

première, le créancier garanti remplace le constituant en tant que client de la banque sur le compte. Cela permet d'obtenir l'équivalent fonctionnel du gage classique avec dépossession, mais pose des difficultés en pratique s'il s'agit du compte chèque ou d'un compte courant du constituant, qui a besoin d'y avoir librement accès pour mener ses affaires normalement. Par conséquent, l'autre variante, appelée "accord de contrôle", est la méthode la plus utilisée en pratique. Le créancier garanti obtient le contrôle du compte au moyen d'un accord qu'il conclut avec le constituant et la banque. De même que dans le cas du contrôle automatique par la banque dépositaire, l'accord de contrôle ne donne pas nécessairement lieu à un blocage des fonds. Le contrôle (et donc l'opposabilité), existe même lorsque le constituant reste libre de tirer sur le compte jusqu'à notification contraire.

116. Dans les deux approches générales (traitement du droit au paiement du compte comme une créance à l'égard de laquelle l'opposabilité d'une sûreté ne peut être obtenue que par inscription au registre général des sûretés, ou possibilité d'assurer l'opposabilité au moyen d'un accord de contrôle sans qu'une inscription soit nécessaire), une partie à laquelle le constituant transfère des fonds depuis le compte bancaire faisant l'objet de la sûreté dans le cours normal de ses affaires les prend libres de la sûreté (voir A/CN.9/631, recommandation 103). Cependant, les deux approches ont des conséquences très différentes s'agissant de la priorité. Dans la première approche, la priorité, conformément à la règle générale, suit l'ordre d'inscription des sûretés. La banque dépositaire ne bénéficie d'aucun statut prioritaire particulier en sa qualité de créancier garanti (bien qu'elle ait généralement le droit, en vertu d'autres lois, de compenser toute créance qu'elle détient à l'encontre du constituant sur la demande de paiement d'un créancier garanti de rang supérieur, ce qui revient normalement à une priorité de fait). Dans la seconde approche, une banque dépositaire qui a le contrôle automatique a priorité sur les autres créanciers garantis, à l'exception de celui qui obtiendrait le contrôle en remplaçant le constituant en tant que client de la banque sur le compte (voir A/CN.9/631, recommandation 101).

117. La première approche garantit la transparence grâce à une inscription publique, et permet au constituant de consentir une sûreté sans l'accord de la banque dépositaire. La deuxième approche est plus conforme à la pratique bancaire. Le contrôle automatique en faveur de la banque dépositaire est analogue aux règles de compensation, qui permettent aux banques dépositaires d'imputer les fonds crédités au compte de leur client et donc dus au constituant à tous montants que celui-ci lui doit au titre d'un crédit qu'elle lui a consenti. Cependant, il est généralement fait échec au droit à compensation de la banque pour des prêts futurs lorsque celle-ci reçoit un avis de constitution d'une sûreté (ou de cession) en faveur d'un tiers. Cela peut créer des difficultés pour les banques dépositaires et leurs clients commerciaux, qui doivent souvent être capables d'agir très rapidement s'agissant des opérations de financement liées à un compte bancaire. La nécessité de veiller à ce qu'aucun avis de cession à un tiers ou de sûreté n'ait été reçu avant de suivre les instructions du client peut porter atteinte à l'efficacité de ces opérations. Des incertitudes quant au moment précis de la réception de l'avis et de l'octroi d'un crédit par la banque peuvent également donner lieu à des litiges entre les créanciers garantis tiers ou les cessionnaires et la banque. La notion de contrôle automatique, alliée à la priorité octroyée à la banque dépositaire, élimine cette source de risque et d'incertitude.

118. L'approche qui permet d'assurer l'opposabilité par prise de contrôle du compte ne nuit pas au constituant. Tout d'abord, il doit accepter la constitution d'une sûreté en faveur de la banque dépositaire. On peut penser qu'il ne donnera pas son accord s'il ne retire pas de financement de la banque. En outre, les règles de priorité associées au contrôle peuvent être modifiées par un accord de cession de rang dans les cas où il est préférable d'accorder la priorité à un autre créancier garanti. Dans un environnement bancaire concurrentiel, les banques ne refusent pas sans raison valable de conclure un accord de cession de rang (ou de contrôle), le constituant étant toujours libre de changer de banque.

119. S'agissant du manque de transparence inhérent au contrôle, il ne place pas les tiers dans une position plus défavorable que celle qu'ils occupent déjà. Comme indiqué ci-avant, les banques dépositaires ont généralement le droit, en vertu d'autres lois, de compenser toute obligation qui leur est due par le constituant de manière prioritaire par rapport aux droits des créanciers du constituant, qu'il s'agisse de créanciers garantis ou non. Le droit à compensation n'étant pas une sûreté, il n'est soumis à aucune obligation d'inscription publique. La banque n'est pas non plus obligée de divulguer aux tiers l'état de ses droits à compensation. Ainsi, dans les États qui adoptent la première approche, les créanciers ne peuvent se fier à la seule consultation du registre, puisque la banque peut toujours exercer la priorité que lui confère son droit à compensation. Les bénéficiaires d'un transfert de fonds issus du compte du constituant sur ses instructions ne sont pas non plus lésés puisque, comme on l'a vu, ils prennent généralement le transfert libre de la sûreté dans les deux approches.

120. Les États qui ont adopté la notion de "contrôle" comme méthode permettant d'assurer l'opposabilité n'en font pas une méthode exclusive. En d'autres termes, l'opposabilité peut aussi bien y être assurée par inscription que par contrôle. Cependant, comme on l'a vu, il est bien préférable pour un créancier garanti d'assurer l'opposabilité par contrôle: il aura alors priorité sur tout créancier garanti ayant simplement procédé à une inscription, que la prise de contrôle soit ou non antérieure à l'inscription (voir A/CN.9/631, recommandation 101). C'est toutefois l'inscription qui permettra d'assurer l'opposabilité de la sûreté aux créanciers judiciaires du constituant et à son administrateur de l'insolvabilité, puisque la priorité accordée au créancier garanti ayant le contrôle du compte ne peut être exercée qu'à l'encontre des autres créanciers garantis, et non face à tous les réclamants concurrents (voir A/CN.9/631, recommandation 101). La seconde approche étant plus conforme aux pratiques bancaires et aux attentes habituelles des banques et de leurs clients commerciaux, le présent Guide recommande d'accepter que, outre l'inscription au registre général des sûretés, le "contrôle" constitue une méthode privilégiée d'obtention de l'opposabilité des sûretés sur le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire (voir A/CN.9/631, recommandation 50).

3. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant

121. Comme expliqué au chapitre IV (voir A/CN.9/631/Add.1, par. …), il est possible dans de nombreux États de constituer une sûreté sur le produit d'un engagement de garantie indépendant (pour la définition de ce terme, voir A/CN.9/631/Add.1, par. 19), mais non sur le droit de tirer l'engagement (voir

A/CN.9/631, recommandation 28). Par ailleurs, certains États ne permettent pas même la constitution d'une sûreté sur le produit d'un engagement de garantie indépendant. Cependant, même parmi les États qui adoptent la position recommandée dans le présent Guide, le caractère particulier du bien en question conduit les États à adopter différentes politiques quant aux méthodes permettant d'assurer l'opposabilité.

122. Dans certains États, ce type de sûretés peut être rendu opposable de plusieurs façons. Par exemple, même s'il est impossible pour le créancier garanti de prendre possession du bien (le produit de l'engagement de garantie indépendant) étant donné que celui-ci ne peut exister sous forme corporelle tant qu'il n'a pas été payé, le créancier garanti peut procéder à l'inscription d'un avis au registre général des sûretés. Une autre solution consiste, dans les États qui reconnaissent la notion de "contrôle" (pour la définition du terme "contrôle" s'agissant des sûretés sur le produit d'un engagement de garantie indépendant, voir A/CN.9/631/Add.1, par. 19), à ce que le créancier garanti puisse soit obtenir automatiquement le contrôle, soit conclure un accord de contrôle, selon les circonstances.

123. Dans d'autres États, le "contrôle" est la seule et unique méthode permettant d'assurer l'opposabilité d'une sûreté sur le droit au produit d'un engagement de garantie indépendant. Le contrôle, et donc l'opposabilité, est automatique si le créancier garanti est l'émetteur ou une autre personne désignée (pour la définition de ces termes, voir A/CN.9/631/Add.1, par. 19). Si le créancier garanti est un tiers, il faut, pour qu'il y ait contrôle, que l'émetteur ou une autre personne désignée reconnaisse le droit du créancier garanti de recevoir le produit sur tirage ad hoc par le bénéficiaire. Dans cette approche, un créancier garanti ne peut obtenir le contrôle, et donc l'opposabilité, que si l'émetteur consent à lui payer tout produit régulièrement tiré. Le consentement de l'émetteur est nécessaire car il doit être sûr que la présentation a été faite dans les règles et que le bénéficiaire a donné son accord pour que le créancier garanti reçoive le produit. Sans cela, sa responsabilité pourrait être engagée par le bénéficiaire pour la rupture de l'engagement que constituerait le paiement du produit à un créancier garanti n'ayant pas le droit de recevoir le paiement.

124. On l'a vu, la nature même du droit au produit d'un engagement de garantie indépendant rend difficile, en pratique, l'obtention de l'opposabilité par prise de possession du produit. En revanche, un créancier garanti pourrait prendre possession de l'instrument. Même si cela ne permettrait pas d'assurer l'opposabilité, cela offrirait au créancier garanti une protection concrète lorsque les clauses de l'engagement subordonneraient le tirage à la présentation matérielle de ce dernier: puisque le bénéficiaire ne pourrait pas procéder au tirage sans la coopération du créancier garanti, ce dernier pourrait se protéger en obtenant du bénéficiaire une acceptation lui donnant le contrôle avant de lui restituer l'instrument.

125. Les pratiques particulières en vigueur dans le domaine des lettres de crédit et des engagements de garantie indépendants ont une incidence importante sur la manière dont une sûreté peut être constituée sur les droits découlant d'un engagement de garantie indépendant et sur les droits même sur lesquels la sûreté peut être prise (voir A/CN.9/631, recommandation 28). Ces mêmes pratiques imposent d'accorder une attention particulière aux méthodes par lesquelles l'opposabilité, et en particulier à l'émetteur et à la personne désignée, peut être assurée. Pour protéger l'émetteur d'une éventuelle responsabilité en cas de paiement

à un créancier garanti lorsque la présentation n'a peut-être pas été faite dans les règles, ou lorsque les conditions de la sûreté ne donnent peut-être pas le droit au créancier garanti de demander le paiement une fois qu'un tirage a été fait dans les règles, le présent Guide recommande que le contrôle soit la seule et unique méthode par laquelle un créancier garanti peut assurer l'opposabilité (voir A/CN.9/631, recommandation 51).

4. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable ou sur des biens meubles corporels représentés par un document négociable

126. La caractéristique cruciale d'un document négociable (par exemple d'un connaissement) est qu'il représente les biens qu'il vise (pour la définition du terme "document négociable", voir A/CN.9/631/Add.1, par. 19). Le document étant négociable, il est corporel et le détenteur peut revendiquer la possession des droits qu'il représente. La remise d'un document négociable dûment endossé est également considérée, de manière générale, comme emportant transfert des droits sur les biens représentés par le document. Pour cette raison, dans la plupart des États, une sûreté sur un document négociable s'étend aussi, normalement, aux biens visés par le document. Si elle est opposable, la sûreté correspondante sur les biens représentés par le document l'est également (voir A/CN.9/631, recommandation 53).

127. Du fait du caractère corporel du document négociable, lorsque les États ont un registre général des sûretés, une sûreté sur le document peut être rendue opposable soit i) par inscription au registre général des sûretés, soit ii) par transfert de la possession du document au créancier garanti tant que le document représente les biens (voir A/CN.9/631, recommandation 52).

128. Si l'on peut au choix assurer l'opposabilité par inscription ou par possession, ces deux méthodes n'emportent pas les mêmes conséquences. Dans la plupart des États, un créancier garanti qui prend possession du document pendant la période où celui-ci représente les biens a priorité sur les réclamants concurrents tels que les acheteurs et autres cessionnaires et sur les créanciers garantis, y compris ceux qui ont obtenu l'opposabilité par une inscription antérieure au registre général des sûretés. Cette approche découle de la nécessité de préserver le caractère négociable du document dans la pratique commerciale, et c'est donc celle que recommande le présent Guide (voir A/CN.9/631, recommandation 107).

129. En pratique, un créancier garanti peut devoir renoncer à la possession du document pour permettre au constituant de réaliser des opérations sur les biens dans le cours de ses affaires. Cela devrait normalement entraîner la caducité de l'opposabilité, à moins que le créancier garanti n'ait également assuré ladite opposabilité au moyen d'une inscription. Cependant, dans bon nombre d'États, le créancier qui n'a pas procédé à l'inscription d'un avis de sa sûreté peut néanmoins bénéficier d'une période temporaire d'opposabilité automatique (de 15 à 20 jours par exemple) à la suite de la perte de possession du document destinée à permettre au constituant de vendre, échanger, charger ou décharger les biens représentés par l'instrument, ou de réaliser une autre opération sur ces biens. Cette opposabilité automatique n'est pas subordonnée à l'obtention par le créancier garanti d'une nouvelle période d'opposabilité avant l'expiration du délai. Cela signifie que la sûreté est opposable aux droits des tiers naissant pendant la période temporaire d'opposabilité, même si la sûreté n'est pas rendue opposable par d'autres moyens avant l'expiration de cette courte période. Cette approche traduit le fait que les

opérations de financement liées à des biens représentés par un document négociable, qui se déroulent généralement dans le cadre d'une vente internationale de marchandises entre un fabricant ou un producteur se trouvant dans un État et un grossiste se trouvant dans un autre État, sont habituellement des opérations à court terme. Normalement, dans ce type d'opérations, le créancier garanti aura été payé avant l'expiration de la période et ne reprendra jamais possession du document négociable (voir A/CN.9/631, recommandation 54).

130. Il importe toutefois de noter que, pour que cette opposabilité automatique existe, la convention constitutive de sûreté doit avoir été conclue (c'est-à-dire que la sûreté doit produire ses effets entre les parties). Imaginons le cas d'une sûreté constituée par un accord verbal et un transfert de possession au créancier garanti. Le transfert de possession n'est pas seulement une méthode d'obtention de l'opposabilité; c'est également un élément essentiel en cas de constitution de sûreté par accord verbal: lorsqu'une sûreté n'est pas constituée par transfert de possession, l'existence d'un écrit est nécessaire. Ainsi, si le créancier garanti venait à abandonner temporairement la possession du document, sa sûreté ne serait pas automatiquement opposable, à moins qu'il n'existe un écrit permettant d'assurer la continuité de la sûreté entre les parties.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être envisager de modifier la recommandation 14 pour préciser que, si le créancier garanti abandonne la possession d'un bien grevé sur lequel une sûreté a été constituée par accord verbal et transfert de possession, la continuité de la sûreté nécessite l'existence d'un accord écrit.*]

C. Recommandations

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

A/CN.9/631/Add.3 [Original: anglais]

Note du Secrétariat sur les recommandations du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa douzième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

				Paragraphes
VI.	Le système de registre			
	A.	Remarques générales		1-92
		1.	Introduction	1-8
		2.	Cadre opérationnel	9-40
			a) Général	9
			b) Éducation et formation des utilisateurs	10
			c) Types de systèmes de registres	11-15
			d) Conditions pré-requises pour l'inscription	16-19
			e) Dossiers d'inscription centralisés et consolidés	20-22
			f) Accès aux utilisateurs	23-24
			g) Conditions préalables pour effectuer des recherches	25-26
			h) Recherche par référence du constituant ou du créancier garanti	27-29
			i) Constituant face à l'index des biens	30-34
			j) Frais d'inscription et de recherche	35
			k) Modes d'accès aux registres	36-38
			l) Heures d'ouverture	39
			m) Utilisation optimale des techniques électroniques	40
		3.	Sécurité et intégrité des données enregistrées	41-48
			a) Responsabilité de l'État dans le système	41-42
			b) Sauvegarde de l'identité du déposant	43
			c) Droit du constituant à avoir une copie de l'avis enregistré	44-45
			d) Droit du créancier garanti à obtenir une copie des modifications apportées à l'inscription	46
			e) Vérification rapide de l'inscription	47
			f) Intégrité et conservation des données	48

4. Responsabilité en cas de pertes ou de dommages 49-55
5. Teneur exigée de l'avis 56-58
6. Élément identifiant du constituant 59-69
a) Incidence d'une erreur de l'élément identifiant le constituant sur l'efficacité de l'inscription 59-60
b) Correction de l'élément identifiant des personnes physiques 61-64
c) Correction de l'élément identifiant des personnes morales. 65
d) Différence entre personnes physiques et personnes morales 66
e) Incidence d'un changement de l'élément identifiant le constituant sur l'efficacité de l'inscription 67-68
f) Incidence du transfert d'un bien grevé sur l'efficacité de l'inscription. . 69
7. Élément identifiant du créancier garanti 70
8. Caractère suffisant des biens décrits par l'avis 71-72
9. Un avis suffit pour plusieurs sûretés réelles mobilières découlant de plusieurs conventions constitutives de sûretés conclues entre les mêmes parties 73-75
10. Durée et prorogation de l'inscription de l'avis 76-77
11. Moment où prend effet l'avis ou la modification 78-81
12. Autorisation d'inscription. 82
13. Annulation ou modification d'un avis 83-92
a) Annulation ou modification obligatoire 83-84
b) Expiration et conservation d'avis annulés. 85
c) Modifications. 86-92
B. Recommandations. . . . . .

VI. Le système d'inscription

A. Remarques générales

1. Introduction

1. L'assurance de droits sur des biens est un motif de préoccupation central pour la plupart des systèmes juridiques. Du point de vue historique, la possession réelle constituait le principal moyen d'établir des droits vis-à-vis de biens mobiliers ou immobiliers. Avec le temps, au fur et à mesure du développement de différents droits secondaires par rapport à la terre, les États ont conçu d'autres mécanismes pour définir et enregistrer ces droits. Certains États ont confié cette tâche à des

organismes privés, notamment aux études notariales, alors que d'autres États ont mis au point un système public de registres. Ces registres publics enregistraient et indexaient généralement les droits en fonction de la description géographique du bien immobilier en question.

2. Les États ont connu les mêmes préoccupations dans la réglementation des droits sur les biens mobiliers. De nouveau, la possession physique des biens était considérée comme un indicateur de propriété mais, au fil de l'augmentation du nombre d'opérations qui entraînait une dissociation de la propriété et de la possession de biens mobiliers (par exemple, les baux, les prêts et les ventes avec réserve de propriété), les États se sont vus obligés de trouver d'autres moyens d'inscription des sûretés sur les valeurs mobilières. Une fois de plus, certains États se sont tournés vers les notaires pour la conservation de ces archives. D'autres États, par contre, ont ouvert des registres publics pour l'inscription des sûretés sur les valeurs mobilières.

3. La constitution de sûretés sur les biens mobiliers a posé certains défis précis. Étant donné la difficulté d'enregistrer et de pouvoir retracer ces différentes sûretés au vu de la mobilité des valeurs mobilières et de leur transformation dans le temps, bon nombre d'États ont proclamé l'interdiction de constituer des sûretés réelles mobilières sans dépossession. Cela signifiait que les créanciers qui souhaitaient acquérir une sûreté sur des biens mobiliers appartenant au constituant se voyaient obligés d'assumer la possession physique du bien. La possession continuait ainsi à tenir son rôle traditionnel. Néanmoins, à mesure que les besoins de crédits d'affaires allaient en augmentant, notamment pour les activités commerciales, et que les activités commençaient à générer et à utiliser des biens meubles incorporels, les États ont dû développer d'autres mécanismes d'inscription des sûretés. Bon nombre d'États se sont ainsi dernièrement tournés vers le concept de registre comme premier mécanisme d'enregistrement des sûretés réelles mobilières.

4. De là découlent l'idée centrale de systèmes de registres pour les systèmes modernes d'opérations garanties et l'importance de leur conception pour un fonctionnement efficace d'un système de sûretés sur des biens mobiliers. Reconnaissant l'importance d'un système d'inscription afin de garantir la prévisibilité et la transparence des droits ayant une fonction de sûreté, le présent Guide propose dès lors plusieurs recommandations relatives à la conception et au fonctionnement optimal d'un système d'inscriptions destiné à atteindre ces objectifs. L'établissement et l'application d'un registre général pour les droits ayant une fonction de sûreté est en outre un des objectifs clé d'une loi effective et efficace en matière d'opérations garanties (voir A/CN.9/631, recommandation 1, alinéa f)).

5. La conception et les caractéristiques de fonctionnement d'un système de registre dépendront principalement des objectifs que les États poursuivent en l'établissant. Les États ne font en effet preuve d'aucune uniformité dans les objectifs qui les poussent à instaurer un tel système. Ils peuvent chercher à enregistrer la propriété réelle sur les biens mobiliers ou ils peuvent vouloir utiliser le registre pour conserver et publier les détails de toutes les opérations ayant trait aux valeurs mobilières. Certains États établissent des registres à portée plus limitée et avec des objectifs plus restreints.

6. Le registre général des sûretés recommandé dans le présent Guide poursuit des objectifs restreints axés sur l'inscription des sûretés constituées sur les biens

meubles. Ce système d'inscription doit avoir trois objectifs principaux. Le premier concerne l'opposabilité d'une sûreté à des tiers. Comme indiqué au Chapitre V sur l'opposabilité d'une sûreté à des tiers (voir A/CN.9/631/Add.2), l'inscription d'un avis dans un registre général des sûretés constitue la méthode la plus fréquente pour atteindre cette opposabilité d'une sûreté à des tiers. En second lieu, l'inscription doit contribuer à établir un ordre efficace et honnête des priorités en vertu d'une référence chronologique objectivement vérifiable et permettant d'appliquer les règles de priorité en fonction du moment de l'inscription. En troisième lieu, l'inscription doit être une source objective d'informations permettant de savoir si les biens en possession ou sous le contrôle du constituant sont soumis ou non à une sûreté.

7. Étant donné les autres buts souvent poursuivis par les systèmes d'inscription, il est important de souligner deux traits fondamentaux du type de registre général des sûretés recommandé dans le présent Guide. Pour commencer, l'inscription n'est pas en soi opposable à des tiers. L'opposabilité à des tiers est acquise uniquement en cas de coïncidence d'inscription et de satisfaction des exigences de constitution exposées au chapitre IV (voir A/CN.9/631, recommandations 12-14). Ce fait est important car l'inscription d'un avis peut prendre place avant la conclusion de la convention constitutive de sûreté ou avant la constitution de la sûreté (voir A/CN.9/631, recommandation 65). L'inscription ne donne pas en outre d'avis constructif quant à l'existence d'une sûreté. La doctrine d'avis constructif est uniquement pertinente dans un régime de priorités qui permet à un tiers qui n'a pas connaissance de l'existence d'une sûreté de s'en libérer. Néanmoins, en vertu du présent Guide, la connaissance de l'existence d'une sûreté réelle mobilière de la part d'un réclamant concurrent n'a aucune incidence sur ses droits découlant des dispositions de la loi en matière de priorité (voir A/CN.9/631, recommandation 75). La priorité se base simplement sur l'acte d'inscription (ou sur tout autre acte d'opposabilité à des tiers) indépendamment du fait que le réclamant concurrent a connaissance ou devrait avoir connaissance de l'inscription (ou de tout autre acte). De même, une sûreté qui n'a pas été inscrite (ou qui n'a pas été rendue opposable à des tiers de quelque manière que ce soit) n'a aucune valeur par rapport aux réclamants concurrents, qu'ils aient ou non une connaissance réelle ou présumée de la constitution de la sûreté.

8. Il existe, comme indiqué, bon nombre de modèles différents pour la création d'un système de registre. Les caractéristiques particulières de chacun de ces modèles sont examinées dans les différentes sections du présent chapitre. Ainsi, la section A.2 du présent chapitre traite un certain nombre de considérations dont il faut tenir compte dans la structure et le fonctionnement d'un registre général des sûretés. Les sections A.3 et A.4 étudient les questions liées à la sécurité, à l'intégrité et à la fiabilité des données inscrites au registre. Les sections A.5 à A.8 traitent de la teneur requise des avis pour leur inscription au registre. Un certain nombre de détails relatifs à la durée, à la période de validité, à la modification et à l'annulation de l'inscription sont traités aux sections A.9 à A.13. La question de savoir où procéder à l'inscription dans le cas d'opérations revêtant un caractère transfrontalier est traitée au chapitre XIII sur le droit privé international (voir A/CN.9/631/Add.10). La section B de ce chapitre contient toute une série de recommandations spécifiques relatives à la conception et au fonctionnement du système de registre visant à assurer que les processus d'inscription et de recherche sont simples, efficaces et facilement accessibles.

2. Cadre opérationnel

a) Généralités

9. L'instauration d'un système de registre pour les sûretés réelles mobilières, semblable à celui recommandé dans le présent Guide, peut signifier un grand changement pour bon nombre de systèmes juridiques. Certains États ne possèdent en effet pas à l'heure actuelle de registres pour les sûretés réelles mobilières. Certains États possèdent des registres qui indiquent le propriétaire, comme les registres de navires, d'aéronefs ou de véhicules automobiles. D'autres encore possèdent des registres multiples, en fonction du type de biens, du genre de constituant ou de la catégorie de créancier. Certains États n'ont qu'un seul registre mais demandent l'inscription de documents spécifiques au moment de la constitution de la sûreté. Il est donc important d'étudier les diverses situations opérationnelles qui devront être prises en considération pour l'établissement d'un registre efficace des sûretés réelles mobilières.

b) Éducation et formation des utilisateurs

10. L'importance cruciale que revêt l'instauration un système de registre efficace et effectif pour les sûretés réelles mobilières requiert des considérations préalables importantes. Les États doivent prendre des mesures pour s'assurer que les communautés commerciales et juridiques sont informées de l'existence et du rôle essentiel de l'inscription bien avant l'entrée en vigueur de la loi. Il est également essentiel de veiller à formuler aux utilisateurs potentiels du registre des conseils clairs sur les aspects pratiques des processus d'inscription et de recherche. Des directives et des guides pratiques doivent ainsi être préparés et largement diffusés (idéalement sous forme papier et en format électronique) bien avant la mise en service du système de registre. Il conviendra aussi d'organiser régulièrement des séances d'information et de formation lors de l'accueil des personnes. Même si l'autorité gouvernementale compétente prend généralement les devants pour assurer une éducation et fournir des conseils adéquats, l'expertise des communautés juridiques et commerciales peut être utilisée à titre d'aide. Ces initiatives ne doivent pas constituer une charge trop lourde eu égard aux modèles établis et aux matériaux publiés dans les États qui ont déjà adopté des réformes similaires.

c) Types de systèmes de registres

11. Au fil des ans, les États ont mis au point différents modèles de systèmes de registres dont un des plus courants peut être décrit comme un système d'inscription de la propriété. Ce genre de système envisage l'inscription de la propriété, et des droits qui les grèvent, pour les biens immobiliers comme pour des biens mobiliers spécifiques, notamment pour les navires. Un registre de la propriété sert de source d'informations positives quant au propriétaire actuel de biens précis. Afin de protéger l'intégrité des données inscrites au registre, le déposant doit généralement inscrire le transfert réel de propriété ou les documents constitutifs d'une sûreté ou un résumé certifié conforme de ces documents après les avoir remis au conservateur du registre aux fins d'analyse.

12. Un certain nombre d'États ont instauré ce que l'on pourrait appeler un système d'inscription des documents qui, même s'il n'enregistre pas la propriété des biens meubles, sert à prouver l'existence de mécanismes de sûreté particuliers. Parfois, les

États possèdent plusieurs registres de ce genre, en fonction des biens, du constituant, du créancier ou du type de mécanisme de sûreté mis en œuvre. Parfois, les États possèdent des registres de sûretés consolidés. Que les registres soient uniques ou multiples – et c'est le cas dans ces systèmes également - les documents liés aux sûretés sont soumis au conservateur du registre et vérifiés par celui-ci, qui délivre ensuite un certificat d'inscription constituant au moins une preuve présumée de l'existence de la sûreté (si la preuve n'est pas concluante).

13. En opposition à ces systèmes, certains États ont adopté le concept d'inscription d'avis. Dans un système d'inscription d'avis, le registre ne constitue pas une source d'informations spécifiques relatives à la convention de constitution de sûreté conclue entre les parties. Il sert plutôt de base à l'opposabilité à des tiers, ainsi qu'à l'établissement de priorités. C'est pourquoi il n'est pas demandé d'inscrire les documents sous-jacents à la propriété ni même de les remettre au conservateur pour qu'il puisse en prendre connaissance (et, dès lors, l'inscription d'un avis n'est pas requise pour constituer une sûreté; voir A/CN.9/631/Add.4 1, par. [144 et 145…]). L'enregistrement se fait sur simple inscription d'un avis qui communique les identités des parties, une description suffisante des biens grevés et, en fonction de la politique propre à chaque État, la somme maximale pour laquelle la sûreté est constituée.

14. Ce genre de système d'inscription d'avis simplifie grandement le processus d'inscription et réduit au minimum le fardeau administratif et d'archivage du système de registre. Par exemple, comme il n'est pas nécessaire d'enregistrer des documents spécifiques, il est nettement plus facile d'établir un système de registre électronique, qui est plus rentable du point de vue des coûts et du temps qu'un système sur papier. Pour cette même raison, le système d'inscription des avis renforce en outre la souplesse à l'égard de l'étendue des biens qui peuvent être grevés (y compris les biens grevés après acquisition) et les obligations qui peuvent être garanties (notamment les obligations futures et fluctuantes). De plus, l'inscription n'est pas censée fournir des assurances positives à propos de l'existence de sûretés. L'objectif est d'alerter les tiers quant à l'existence possible de ces droits et de leur fournir les informations nécessaires afin qu'ils puissent décider si, de fait, ces sûretés existent. Ainsi, par exemple, les acheteurs éventuels et les créanciers garantis peuvent se protéger en refusant de poursuivre l'opération à moins de l'annulation de l'inscription ou sauf si le créancier garanti identifié dans l'avis enregistré entreprend de subordonner son droit à celui de l'acheteur potentiel ou du créancier garanti. Du point de vue du constituant, la protection contre des inscriptions non autorisées peut être obtenue en demandant que le constituant soit tenu informé de toute inscription et en établissant une procédure administrative sommaire pour faciliter le retrait d'inscriptions non autorisées (voir A/CN.9/631, recommandations 56, alinéa c), et 70). En toutes circonstances, il convient de soupeser le bénéfice de tout mécanisme de protection par rapport à son coût.

15. Les registres fondés sur le concept d'inscription d'avis existent dans bon nombre de juridictions. Ces registres ont également reçu un soutien international considérable (voir la Loi cadre de la Banque européenne de reconstruction et de développement sur les opérations garanties, la loi cadre interaméricaine de l'organisation des États américains sur les opérations garanties, le *Guide des registres des valeurs mobilières* de la Banque asiatique de développement, la Convention sur les intérêts internationaux dans les équipements mobiles et ses

protocoles et l'Annexe à la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international[1]). Étant donné l'efficacité, la facilité d'accès et la transparence des systèmes d'inscription d'avis et le faible coût relatif de leur fonctionnement, le présent Guide recommande aux États d'adopter ce modèle de registre général des sûretés (voir A/CN.9/631, recommandation 55).

d) Conditions préalables à l'inscription

16. Les formalités et les conditions préalables à l'inscription varient d'un État à l'autre. La plupart du temps, ces exigences dépendent du système de registre en place. Par exemple, dans certains États, l'avis enregistré fournit une preuve concluante ou présumée de l'existence d'une sûreté. Le cas échéant, le conservateur du registre ou tout autre fonctionnaire responsable doit examiner le contenu du document constitutif de sûreté, le comparer avec l'avis et vérifier l'exactitude et l'effet de l'avis. Cette méthode ajoute des frais et un délai nécessaire avant que l'inscription ne soit effective. En outre, elle est susceptible d'augmenter les risques d'erreurs et de diminuer la fiabilité du registre.

17. Dans d'autres États, où l'inscription n'entraîne pas une preuve concluante ou même présumée de l'existence d'une sûreté, il n'est pas nécessaire qu'un vérificateur étudie ou examine le contenu de l'avis ou sa conformité avec le document constitutif de sûreté. Dans de telles circonstances, l'ajout d'une exigence de vérification ou d'un examen officiel serait contraire au modèle de processus d'inscription efficace, rapide et bon marché nécessaire pour encourager l'accès au crédit garanti. L'idée fondamentale est de permettre l'inscription sans devoir procéder à de plus amples formalités (notamment procurations et actes notariés) pour autant que les droits d'inscription requis soient payés et que les champs d'informations obligatoires soient complétés, quel que soit leur contenu (voir A/CN.9/631, recommandation 55, alinéa c)).

18. De plus, dans les États qui adoptent un système d'inscription d'avis, il n'existe généralement aucune restriction quant aux personnes autorisées à effectuer une inscription. Comme celle-ci sert à protéger certains droits du créancier garanti, le demandeur de l'inscription sera normalement le créancier garanti (le conservateur du registre peut solliciter l'identité du demandeur mais il ne peut pas exiger de vérification; voir A/CN.9/631, recommandations 55, alinéa d), et 56, alinéa b)). Contrairement aux États qui exigent des documents ou un résumé vérifié des documents à reprendre dans les systèmes d'inscription d'avis, le consentement du constituant ne doit pas être établi au moment de l'inscription ni même faire partie des informations déposées, vu que l'inscription en elle-même ne constitue pas une sûreté. Afin que l'inscription soit efficace, le constituant doit y consentir mais, de nouveau, dans les systèmes d'inscription d'avis, la simple existence de la Convention constitutive de sûreté représente une preuve suffisante du consentement du constituant à une inscription immédiate, sauf si, par exemple, la convention demande spécifiquement que le constituant accorde son consentement dans un document séparé ou à un moment ultérieur (voir A/CN.9/631, recommandation 55, alinéa d)).

---

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

19. Comme les conditions préalables à l'inscription sont réduites au minimum dans ces systèmes, il subsiste un risque d'inscriptions liées à une sûreté inexistante ou qui n'existe plus. Dans ce cas, une procédure administrative sommaire est généralement mise à disposition du constituant pour forcer l'annulation d'une inscription non autorisée ou échue. Certains États sont concernés par les fraudes et les abus potentiels dans ce genre de systèmes d'inscription d'avis, où les inscriptions peuvent être réalisées moyennant un minimum de formalités. Afin de remédier à cette préoccupation, des États imposent des amendes pour toute inscription ou annulation non autorisée. Cependant, l'introduction de tout mécanisme de protection dépend de l'opinion des États, suite à une analyse des coûts et des avantages, par rapport à la complexité et aux dépenses supplémentaires que les proscriptions de cette nature risquent d'imposer (voir A/CN.9/631, recommandations 70-73).

e) Registre centralisé et consolidé

20. Dans bon nombre d'États, les systèmes de registre sont décentralisés et multiples. Par exemple, les bureaux d'inscription cadastrale sont souvent organisés en fonction des régions, des départements ou des comtés. Certains registres d'immatriculation des véhicules automobiles sont également décentralisés de la même manière. En outre, dans bon nombre d'États, il existe plusieurs registres pour l'inscription des sûretés réelles mobilières, selon le type de bien (par exemple, matériel, créances ou stock), selon le constituant (par exemple, une personne physique, une société ou un indépendant) ou la nature de la sûreté (par exemple, une charge flottante, une hypothèque d'entreprise, une opération avec réserve de propriété ou un nantissement des titres sans dépossession). Ce genre de registre a eu tendance à se développer là où la base de l'enregistrement était le titre ou là où les États ont conçu de manière fragmentée différents modèles particuliers de sûretés réelles mobilières.

21. Lorsque les États adoptent un concept fonctionnel de la sûreté réelle mobilière, on voit se développer un encouragement marqué à centraliser et à consolider le système de registre. En effet, lorsque les règles essentielles applicables aux sûretés sont réunies au sein d'un régime réglementaire uniforme, il est plus efficace de reprendre toutes les inscriptions en un seul registre, indépendamment du mécanisme de sûreté mis en place, de la nature du constituant – personne morale ou personne physique - ou de la nature des biens grevés. En outre, même parmi les États qui conservent une diversité officielle dans les droits de financements d'acquisitions, (ce que le présent Guide dénomme approche non unitaire des droits liés au financement d'acquisitions, voir chapitre XII; A/CN.9/631/Add.9), beaucoup demandent l'inscription de ces droits multiples liés au financement dans le registre général des sûretés. Le développement de registres consolidés facilite également l'établissement d'un seul registre centralisé qui couvre l'ensemble de l'État. Idéalement, les fichiers devraient être conservés sous format électronique au sein d'une seule base de données centralisée pour chacun des pays. Dans les États qui conservent encore des archives régionales ou de districts séparées, il faut appliquer des règles complexes pour déterminer l'endroit approprié d'inscription au registre et pour traiter des conséquences du déplacement des biens ou du constituant. Alors qu'il est possible d'imaginer l'intégration de plusieurs registres décentralisés, les objectifs d'efficacité, d'accessibilité et de transparence du système d'inscription seront plus facilement atteints par la consolidation et la centralisation en un registre

au format électronique, du type recommandé dans le présent Guide (voir A/CN.9/631, recommandation 55, alinéa e)).

22. Dans bon nombre de systèmes existants, l'inscription d'avis se fait manuellement et le registre lui-même est sur papier. C'est alors que les États peuvent être légitimement concernés par l'égalité d'accès pour les utilisateurs se trouvant dans des endroits éloignés. Les techniques de communication modernes permettent néanmoins le transfert rapide d'avis soumis à une agence vers le registre central. Cela signifie qu'en instaurant des archives au format électronique, il est possible d'utiliser les bureaux locaux d'inscription comme points d'accès à un registre central tenu à jour. C'est pourquoi beaucoup d'États ont adopté les registres électroniques. Ceux-ci permettent en outre de définir des mécanismes pour accéder aux dossiers en ligne. Tant que les protocoles appropriés pour l'inscription et la recherche sont en place, l'accès au registre pourra se faire à partir de n'importe quel emplacement disposant de connexions Internet. Et même si le registre est conservé sous format électronique, il est toujours possible d'accepter les inscriptions sur papier. Dans de telles circonstances, il est uniquement nécessaire de retranscrire les informations soumises sur papier dans un fichier informatisé avec un index des noms. Cette transcription manuelle de données pourrait cependant augmenter le risque d'erreurs et la fiabilité du registre. Dans la mesure du possible, le registre devrait dès lors être conçu de sorte que les déposants des avis soient responsables de leur saisie électronique, selon un modèle d'inscription agréé.

f) Accès aux utilisateurs

23. Un des principaux objectifs de tout système de registre est de renforcer la certitude en matière de droits à la propriété. Récemment, cela a été le motif sous-jacent à la création d'un registre de sûretés. Un registre fonctionnant correctement permet aux réclamants concurrents, réels et potentiels (pour la définition de "réclamant concurrent" voir A/CN.9/631, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation, para. 19) de découvrir si une sûreté existe ou pourrait être constituée par rapport aux biens du constituant. Ces informations leur permettent de prendre des mesures pour se protéger contre le risque de priorité auxquels pourraient être sujets leurs droits éventuels ou contre l'incidence potentielle de toute sûreté sur leurs droits existants.

24. Afin de pouvoir atteindre cet objectif, les données d'un registre doivent normalement pouvoir être accessibles aux utilisateurs. Les États adoptent différentes positions quant à l'équilibre à atteindre entre la protection de la confidentialité des parties prenantes dans une convention constitutive de sûreté (tant pour les constituants que pour les créanciers garantis) et la communication d'informations à des tiers liées aux droits et sûretés grevant les biens que ceux-ci peuvent faire valoir par rapport aux biens du constituant. Les choix de la politique adoptée sont liés à trois questions: a) Qui a le droit d'effectuer des recherches dans les informations du registre? b) Quels critères peuvent être utilisés pour effectuer des recherches dans le registre? et c) comment le registre est-il structuré? Ces questions sont analysées tour à tour ci-dessous.

g) Conditions préalables pour effectuer une recherche

25. Les nombreuses approches visant à décider qui a le droit d'effectuer une recherche dans le registre peuvent se réduire à deux catégories principales. Certains

États réglementent explicitement et restreignent l'accès au registre afin de préserver la confidentialité ou la vie privée de la situation financière des parties. L'accès aux données du registre pour effectuer des recherches est limité aux personnes qui peuvent avancer une raison "légitime". La signification de "raison légitime" varie grandement d'État en État et les critères sont parfois définis de manière si étroite que la concurrence en matière de crédit pourrait être compromise. En outre, l'imposition de critères pour l'accès implique qu'une personne doit exercer un jugement quant à la légitimité de la recherche, une mesure qui ralentit le procédé et augmente les frais administratifs d'une recherche.

26. Dans d'autres États, et ce la plupart du temps dans ceux qui ont adopté un système de registre reposant sur l'inscription d'avis, une personne désirant effectuer une recherche dans le registre ne doit pas prouver un intérêt légitime ni avancer une raison pour l'exécution de cette recherche. L'objectif primordial dans ces États est d'assurer que les réclamants concurrents réels et éventuels peuvent avoir facilement et efficacement accès aux informations pertinentes. Dans ces États, il n'est pas nécessaire de restreindre l'accès au registre en vue de protéger la confidentialité des relations entre le constituant et le créancier garanti. La confidentialité est assurée par la limitation du nombre de détails concernant leurs activités qui apparaît dans les dossiers accessibles En effet, l'avis n'indique généralement que les noms des parties et une description des avoirs grevés et il ne mentionne ni les termes de la convention de constitution de sûreté ni le montant du crédit accordé ou qui reste dû. Afin d'éviter de grever le système de registre de frais et de délais inutiles lorsque seules des informations minimales apparaissent dans les données du registre, le présent Guide recommande que les personnes effectuant des recherches ne soient pas tenues de donner une "raison légitime", voire même simplement une raison, pour pouvoir utiliser le registre (voir A/CN.9/631, recommandation 55, alinéa g)).

h) Recherche par référence au constituant ou au créancier garanti

27. Des préoccupations en matière de confidentialité soulèvent également le problème de savoir si le registre public devrait être organisé afin de faciliter la recherche aux utilisateurs, par rapport au nom du constituant ou du créancier garanti. Dans certains États, la recherche dans les données du registre peut se faire en fonction du nom du créancier garanti. Ces États considèrent que, tant que la fonction de registre ne demande pas de gérer les archives de manière à permettre la recherche par référence au nom du créancier garanti, une telle recherche n'est pas considérée comme une utilisation illégitime des données. Ils considèrent également que, à des fins administratives internes, il est utile d'établir cette fonctionnalité technique de la recherche du fait qu'elle facilite le traitement volumineux des modifications apportées aux avis enregistrés dans les cas où le créancier garanti change de nom commercial ou fusionne avec une autre institution financière.

28. Dans d'autres États, la recherche par référence au nom du créancier garanti n'est pas possible. Ils visent ainsi à éviter les recherches systématiques en vue d'obtenir un profil des créanciers garantis et de leurs relations commerciales. Le nombre et le contenu des avis introduits par un organisme financier précis ou par tout autre créancier peut avoir une valeur marchande en tant que source d'une liste de clients d'un concurrent ou pour les sociétés qui cherchent à commercialiser des produits liés aux produits financiers ou autres. La récupération et la vente de ce genre d'informations sont contraires à l'objectif du registre, enfreindraient des

attentes commerciales raisonnables et pourraient même entraîner une perte de confiance des utilisateurs dans le système. C'est pour ces motifs que le Guide recommande de tenir un index des avis et de pouvoir uniquement les récupérer par le nom ou par tout autre élément identifiant du constituant (voir A/CN.9/631, recommandation 55, alinéa. h)).

29. Afin de remédier à ce souci majeur, certains États permettent d'indiquer dans l'avis enregistré le nom d'un dépositaire, d'un agent ou de tout autre représentant du créancier garanti (comme c'est souvent le cas dans des négociations de prêts syndiqués où seule la banque principale ou sa fiduciaire sont identifiées comme créancier garanti). Cela ne porte pas préjudice aux droits de tiers tant que la personne identifiée dans l'avis en tant que créancier garanti est effectivement autorisée à agir au nom du véritable créancier garanti dans toutes les communications ou litiges liés à la sûreté faisant l'objet de l'inscription. Il s'agit là de l'approche recommandée dans le Guide (voir A/CN.9/631, recommandation 58, alinéa a)).

i) Constituant comparé à l'index des biens

30. Les intérêts primaires d'un réclamant concurrent consistent à déterminer si un bien particulier d'un constituant est grevé d'une sûreté. C'est pour cette raison que les registres modernes sont structurés de façon à permettre aux personnes effectuant des recherches d'accéder aux informations, soit à partir du nom du constituant, soit à partir du bien proprement dit. Historiquement, les bureaux d'enregistrement cadastral étaient structurés et reprenaient un index par référence aux biens plutôt que par référence au constituant. Dans certains États, certains registres spécialisés de sûretés réelles mobilières sont structurés sur la base d'un système d'index des biens. Néanmoins, la majorité des États qui ont ouvert de tels registres (qu'il s'agisse de registres multiples ou consolidés et même de registres avec conservation de documents) organisent et indexent ces registres par référence au constituant de la sûreté.

31. Dans un régime reposant sur les avis, la constitution d'un index s'effectue généralement par référence à l'identité du constituant. Ces index simplifient énormément le processus d'inscription. Les créanciers garantis peuvent faire valoir l'opposabilité d'une sûreté à l'encontre de tiers même par rapport à tous les biens mobiliers du constituant existants et futurs et ce en procédant à une seule inscription. Ils ne doivent pas s'inquiéter de la mise à jour des données chaque fois que le constituant acquiert de nouveaux biens tant que ceux-ci s'intègrent à la description qui accompagne l'avis. Étant donné la recommandation dans le présent Guide, selon laquelle les États établissent des registres basés sur les avis, le premier mécanisme d'index pour l'inscription des sûretés au registre général doit être lié à l'identité du constituant (voir A/CN.9/631, recommandation 55, alinéa h). L'index par référence au constituant présente cependant un grand désavantage. Si les biens grevés de sûretés réelles mobilières font l'objet de transferts successifs non autorisés, les créanciers garantis éventuels et les acheteurs ne peuvent pas se protéger en effectuant des recherches en fonction du nom du propriétaire apparent immédiat. Comme l'index du système fait référence au constituant, la recherche ne révèlera aucune sûreté constituée par tout prédécesseur en titre.

32. Par exemple, le constituant vend les biens grevés de sûreté à un tiers qui, à son tour, les propose à la vente ou constitue une sûreté à leur sujet vis à vis d'une autre

partie. Dans l'hypothèse où l'autre partie n'a pas connaissance que les biens ont été acquis par le tiers au constituant d'origine, l'autre partie effectuera des recherches dans le registre uniquement par référence au nom du tiers. Comme la recherche ne révèlera aucune sûreté enregistrée, afin de découvrir tout l'éventail de sûretés dont peuvent être grevés les biens du constituant, le créancier garanti devra pouvoir déterminer la chaîne de propriété de ces biens. Pour le faire, il devra entreprendre son investigation sans l'aide du registre étant donné que, dans la plupart des cas, il n'y aura ni trace de la chaîne des propriétaires ni un système d'index qui permette la recherche par référence à un bien.

33. Bon nombre d'États tiennent cependant également des registres de propriété spécialisés pour certaines catégories de valeurs mobilières (par exemple, pour les navires, aéronefs et véhicules automoteurs) en plus des registres généraux de sûretés. Dans certains de ces registres, il est possible d'inscrire une sûreté aussi bien qu'un titre de propriété. Là où de tels registres sont opérationnels, le problème des sûretés cachées constituées par un prédécesseur en titre n'existe pas, étant donné qu'une description précise ou même un numéro de série est enregistré dans le champ approprié chaque fois que possible.

34. L'identification par numéro de série comporte néanmoins des désavantages, tout particulièrement lorsque des biens porteurs de numéros de série sont détenus sous forme de stock. Lorsque les biens munis d'un numéro de série sont soit du matériel soit des biens de consommation (pour la définition des "biens de consommation, voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation, para. 19) dans les mains du constituant, ils sont généralement traités de manière discrétionnaire tant par le constituant que par le créancier garanti. Cependant, si les biens grevés de sûretés sont conservés par le constituant à titre de stock, avec l'intention de les revendre, l'exigence de la description du numéro de série imposerait un fardeau d'inscription ingérable aux créanciers garantis. Ils devraient en effet inscrire chaque nouvel élément acquis par le constituant. Quelle que soit la situation, l'identification du numéro de série du stock est normalement inutile pour protéger les acheteurs et les preneurs. La plupart du temps, ils acquerront les avoirs grevés de sûreté dans le cours normal des activités du constituant et, dans ce cas, ils se libèreront de toute sûreté constituée par le vendeur de l'inventaire (voir A/CN.9/631, recommandations 86-88). En outre, la demande de l'inscription d'un numéro de série pour des éléments tenus en stock limite la possibilité d'un créancier garanti de faire valoir l'opposabilité à des tiers d'une sûreté sur des biens ayant reçu un numéro de série après leur acquisition au moyen d'une seule inscription. Dans ce cas, si l'avis enregistré doit reprendre le numéro de série, le créancier garanti devra déposer une modification de l'avis pour ajouter le nouveau numéro de série chaque fois que le constituant acquiert un élément supplémentaire. Pour ces raisons, les États qui tiennent un registre de propriété comme mécanisme d'enregistrement des sûretés sur ce genre de biens, ou qui prévoient un champ à remplir pour le numéro de série dans les données d'un système d'inscription d'avis, devraient limiter les demandes d'identification obligatoires du numéro de série aux cas dans lesquels le bien revêtu d'un numéro de série n'est pas considéré comme stock.

[*Note pour la Commission: La Commission pourrait envisager de refléter dans une recommandation la règle indiquée à la dernière phrase du paragraphe 34.*]

(j) Droits d'inscription et de recherche (consultation)

35. La logique fondamentale d'un système de registre général des sûretés consiste à augmenter la transparence et la certitude en matière de sûretés (le terme "sûreté" est défini ici par référence aux biens mobiliers; voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation paragraphe 19). Les systèmes de registres modernes ont dès lors été conçus pour encourager les parties à les utiliser afin d'inscrire les sûretés et pour effectuer des recherches sur toute sûreté préalable éventuelle. Il est vital pour le succès d'un système de registre de favoriser l'accès au crédit garanti à des frais raisonnables, les droits étant fixés à un montant qui facilite l'accès tout en permettant au système de récupérer son capital et ses frais de fonctionnement dans un délai raisonnable. Des droits d'inscription et de recherche excessifs, conçus pour procurer des revenus plutôt que pour supporter le coût de fonctionnement du système, sont semblables à un impôt pour les emprunteurs qui ne fait que réduire la disponibilité et augmenter les coûts du crédit. Par conséquent, ce Guide recommande que les droits demandés pour l'utilisation du registre ne dépassent pas les montants requis pour l'autofinancement du registre (voir A/CN.9/631, recommandation 55, alinéa i)).

(k) Modes d'accès au registre

36. Jusqu'à la fin du vingtième siècle, les données d'inscription devaient être conservées en format papier. Cependant, même dans les États qui demandent l'introduction de documents pour les opérations, ces données sont conservées sous format électronique, et ce de plus en plus souvent. De même, alors que certains États qui possèdent des registres reposant sur des avis permettent encore, voire exigent, que les demandes d'inscription soient introduites en format papier, la plupart d'entre eux prévoient l'archivage de ces données sous format électronique. En d'autres termes, l'arrivée du stockage numérique a facilité la conversion des données d'enregistrement en archives électroniques et a ainsi réduit le fardeau administratif des inscriptions au registre.

37. Les données électroniques présentent de nombreux avantages par rapport au système papier. Les dossiers prennent moins de place et sont plus faciles à consulter. La plupart des systèmes modernes autorisent la soumission électronique des inscriptions ainsi que la soumission électronique des demandes de recherche et la récupération par la même voie des résultats de ces recherches, ce qui facilite l'accès direct pour les clients. La plupart des systèmes modernes permettent également l'accès électronique direct pour modifier ou annuler une inscription, ce qui réduit nettement les frais de fonctionnement et d'entretien du système. Cela améliore également l'efficacité du processus d'inscription en plaçant le contrôle direct du moment de l'inscription dans les mains du créancier garanti. L'accès électronique direct élimine notamment tout délai entre le moment de la soumission d'un avis au conservateur du registre et la saisie réelle dans la base de données des informations contenues dans l'avis.

38. Dans certains États où les registres reposent sur des avis, l'accès électronique (soit à partir des installations du client soit à partir d'une agence du registre) est le seul mode d'accès disponible tant pour les inscriptions que pour les consultations. Comme les données à enregistrer sont fournies sous format électronique, aucun dossier papier n'est jamais créé. Un système de ce type, entièrement informatisé, place le poids de la responsabilité de la précision et de l'exactitude de la saisie des

données directement sur les épaules des personnes procédant à l'inscription. Il en résulte une réduction au minimum des frais de personnel et de fonctionnement du registre et l'élimination du risque que le personnel responsable de l'inscription commette une erreur dans la transcription des documents. D'autres États où les registres reposent sur des avis donnent aux clients le choix de soumettre des inscriptions ou des demandes de recherche sur papier à la réception ou par télécopie ou encore oralement par téléphone. Cependant, même dans ces États, la soumission électronique est de loin le mode qui prévaut pour la soumission de données et il est, dans la pratique, utilisé pour plus de 90 % des inscriptions. Le Guide recommande de mettre à la disposition de la clientèle du registre des modes d'accès multiples, du moins aux premiers stades de la mise en œuvre, afin de rassurer les utilisateurs qui ne sont pas familiarisés avec le système (voir A/CN.9/631, recommandation 55, alinéa (j)).

(l) Heures d'ouverture

39. Reconnaissant l'importance de l'accès aux utilisateurs, la plupart des États tiennent leurs registres de manière fiable et cohérente et ils coordonnent les heures d'accès en fonction des besoins de leur clientèle. Si le système admet un accès électronique direct, les jours et les heures d'ouverture ne sont pas importants dans la pratique, étant donné qu'on peut y avoir accès en permanence. C'est pourquoi le présent Guide recommande de concevoir le registre afin qu'on puisse y accéder continuellement, sauf en cas de maintenance programmée (voir A/CN.9/631, recommandation 55, alinéa (k)).

(m) Utilisation optimale de l'électronique

40. Les avantages d'un registre général des sûretés qui reconnaît les données d'inscription informatisées et accepte un accès électronique direct ont déjà été mis en évidence. Néanmoins, l'extension possible de l'informatisation peut varier dans plusieurs États en fonction de l'importance du capital de départ disponible, de l'accès aux compétences adéquates, du niveau de capacité informatique des utilisateurs potentiels, de la fiabilité de l'infrastructure de communications locale et de la probabilité que les bénéfices prévus soient suffisants pour pouvoir récupérer les frais financiers de l'établissement du système dans un délai raisonnable. Il est probable que tous les États ne pourront pas passer immédiatement à un système de registre entièrement informatisé. Néanmoins, même là où les États continuent d'utiliser des registres papiers, l'objectif global reste identique: rendre le processus d'inscription et de recherche le plus simple, transparent, efficace, le moins onéreux et le plus accessible possible. Acceptant le fait que les considérations pratiques qui viennent d'être mentionnées agiront sur la rapidité à laquelle les États pourront procéder à sa mise en application, le présent Guide recommande, dans la mesure du possible, de donner la préférence à un registre général informatisé des sûretés, avec un accès électronique direct (voir A/CN.9/631, recommandation 55, alinéa (l)).

3. Sécurité et intégrité des données du registre

a) Responsabilité de l'État dans le système

41. Au cours des années, les États ont adopté différentes approches par rapport à la gestion et au fonctionnement de systèmes conçus pour fournir des informations relatives aux sûretés réelles mobilières. Dans certains États, le système est

entièrement public et il est géré soit dans le cadre des opérations normales de l'administration soit comme une société nationale. Dans d'autres États, par contre, la responsabilité de gérer certains types de données publiques est déléguée aux représentants d'une profession précise (par exemple, les notaires). À la seule exception des États dans lesquels il n'existe aucun mécanisme public d'enregistrement des données et où des sociétés officieuses ou privées comblent le vide, le modèle de registre en tant que service public est à prendre en considération.

42. Cela ne signifie pas que le fonctionnement au quotidien du registre incombe aux fonctionnaires de l'administration. Dans bon nombre d'États, par exemple, ces opérations quotidiennes peuvent être déléguées à une société privée. Cela permet normalement d'assurer le fonctionnement efficace du registre et d'éviter d'imposer à l'État un fardeau supplémentaire de frais et de responsabilités. Afin de pouvoir garantir aux utilisateurs la fiabilité du registre, une autorité publique sera responsable de veiller à ce que le registre soit conforme au cadre légal correspondant (voir A/CN.9/631, recommandation 56, alinéa a)).

b) Enregistrement de l'identité du déposant

43. Dans certains États, lors d'une inscription au registre, le responsable peut demander l'identité du déposant et procéder à sa vérification. Le principal motif sous-jacent à cette approche est d'assurer une utilisation légitime des données. Son désavantage est qu'il risque d'augmenter le temps et les frais correspondant à une inscription, ainsi que le risque d'erreur et de responsabilité. Dans d'autres États, alors que le conservateur du registre peut demander au déposant de décliner son identité, il ne peut pas exiger une vérification de cette identité lors de l'inscription d'un avis. Cela signifie que la personne procédant à l'inscription ne doit pas être le créancier garanti. Cependant, afin d'éliminer les inscriptions non autorisées ou malveillantes, le conservateur du registre devra conserver en interne les données des personnes procédant à l'inscription et il demandera des preuves d'identité suffisantes à ce propos (en matière des droits pertinents du constituant, voir A/CN.9/631, recommandations 70-73). Cela ne devrait pas constituer un fardeau administratif excessif étant donné que la procédure de vérification peut être intégrée au processus de paiement. En outre, comme la plupart des personnes procédant à l'enregistrement seront des utilisateurs répétés, un code d'accès permanent et sécurisé pourra leur être attribué après l'ouverture d'un compte auprès du registre, ce qui éliminerait le besoin de répéter les procédures d'identification lors d'inscriptions ultérieures. Telle est l'approche recommandée dans le Guide (voir A/CN.9/631, recommandations 55, alinéa d) et 56, alinéa b)).

c) Droit du constituant à recevoir une copie de l'inscription enregistrée

44. Étant donné qu'une inscription sert à avertir que le constituant aurait pu constituer une sûreté par rapport à ses biens et en faveur d'un créancier, ce qui pourrait entraver sa capacité à recevoir d'autres crédits garantis, la plupart des États prévoient qu'un constituant nommé dans un avis enregistré a le droit de recevoir une copie de l'inscription ou de toute modification y apportée par le créancier garanti. Cela permet au constituant de vérifier l'exactitude des données reprises sur l'avis et, dans le cas d'inscriptions inexactes, non autorisées ou malveillantes, de faire valoir ses droits pour exiger la modification ou l'annulation de l'inscription (voir A/CN.9/631, recommandations 70-73).

45. Les États adoptent des positions différentes quant à savoir qui doit transmettre au constituant une copie de l'avis enregistré. Afin de fournir une protection optimale contre le risque d'inscriptions non autorisées, certains États placent cette tâche au niveau du système de registre proprement dit. Ainsi, lorsque l'inscription est frauduleuse, le constituant supposé découvrira la fraude alors qu'il est fort improbable qu'il la découvre si la tâche de transmettre une copie de l'avis incombe au créancier garanti. Cet avantage doit cependant être soupesé par rapport aux coûts et aux risques supplémentaires que ce fardeau imposerait au système de registre. En l'absence de preuve que les inscriptions non autorisées mettent gravement en danger l'intégrité du système d'un État particulier, une analyse des frais et des avantages propose de mettre l'obligation à charge du créancier garanti. Dans les cas où l'inscription est faite de bonne foi et est exacte, la demande au créancier garanti de transmettre une copie de l'inscription enregistrée ne doit pas être une condition de validité de l'inscription et pourrait même compliquer ou retarder la prise d'effet de ladite inscription. Cela est dû au fait qu'une telle défaillance n'affecte en aucun cas les droits des tiers qui consulteront le registre. C'est pourquoi, la plupart des états prévoient que le manquement du créancier garanti à son obligation ne peut donner lieu qu'à des pénalités administratives nominales et à la réparation de tout dommage causé au constituant par cette défaillance. Étant donné l'approche générale du présent Guide qui consiste à réduire au maximum les frais administratifs liés à l'enregistrement, il recommande que la responsabilité de fournir une copie de l'avis au constituant incombe au créancier garanti (voir A/CN.9/631, recommandation 56, alinéa c)).

d) Droit du créancier garanti à une copie des modifications apportées à l'inscription

46. Dans la plupart des États, un avis enregistré peut être annulé par le créancier garanti ou par le constituant et il peut être modifié par le créancier garanti ou cherché à être modifié par le constituant via des procédures judiciaires ou administratives sommaires (voir A/CN.9/631, recommandations 70 et 71). Afin de permettre au créancier garanti de vérifier la légitimité de l'annulation ou de la modification, le registre doit normalement transmettre rapidement une copie de toute modification apportée à un avis enregistré à la personne qui y est identifiée comme le créancier garanti. Cela ne devrait pas entraîner de risques ou des coûts excessifs pour le système de registre, étant donné qu'un mode efficace de communication électronique (par exemple, par courrier électronique) peut être adopté lors de l'ouverture initiale du compte du créancier garanti auprès du registre. En outre, s'il s'agit d'un système électronique, celui-ci peut être programmé pour transférer automatiquement une copie de toutes les modifications à un compte de courrier électronique spécifique sans nécessité d'intervention humaine (voir A/CN.9/631, recommandation 56, alinéa d)).

e) Confirmation rapide de l'inscription

47. Avant d'avancer des fonds en vertu d'une convention constitutive de sûreté, un créancier garanti s'attendra normalement à recevoir une confirmation selon laquelle son avis a bien été inscrit aux dossiers du registre et que les informations ont été enregistrées correctement. Les registres électroniques modernes sont conçus pour permettre au déposant d'obtenir une version imprimée ou électronique de l'inscription dès la saisie des données. Dans un registre au format papier, il y aura inévitablement un décalage entre le moment de la soumission de l'avis et la

confirmation qu'il a été inscrit dans les dossiers mais il convient de déployer tous les efforts possibles pour réduire ce délai au minimum (voir A/CN.9/631, recommandation 56, alinéa e)).

f) Intégrité des données et leur conservation

48. Tout système de registre, qu'il soit sur papier ou électronique, risque toujours d'être détruit par des événements imprévus. Normalement, il est très difficile de reconstruire un registre sur papier si les données physiques sont endommagées (par exemple, par des inondations ou par le feu). Peu d'États possèdent les ressources suffisantes pour pouvoir conserver des doubles des documents et les archiver à un endroit séparé. En outre, comme ces données doivent être introduites et indexées manuellement, il existe un risque permanent d'erreur. Cependant, lorsqu'un registre papier est archivé par voie électronique ou lorsque l'ensemble du registre est conservé sous format électronique, il est nettement plus facile d'assurer la préservation des données du registre. Les États disposant de registres électroniques conservent généralement une copie de sauvegarde des données du registre sur un serveur séparé, à un emplacement distinct. Cette copie de sauvegarde est généralement maintenue à jour par le biais d'une procédure séparée réalisée pendant la nuit en vue de pouvoir reconstruire le registre en cas de mauvais fonctionnement du système ou de destruction physique. Afin de s'assurer de pouvoir conserver l'intégrité du registre sans frais excessifs, le présent Guide recommande d'exécuter automatiquement une copie de sauvegarde des registres électroniques (voir A/CN.9/631, recommandation 56, alinéa f)).

4. Responsabilité en cas de pertes ou de dommages

49. Comme indiqué plus haut, un système de registre général de sûretés est géré par le secteur public dans le sens que, même si l'entretien du système peut être délégué au secteur privé, la dernière responsabilité de supervision incombe à un conservateur du registre désigné par le secteur public et à des fonctionnaires travaillant sous la supervision du responsable. C'est pour cette raison que la plupart des États ont énoncé des règles détaillées fixant les conditions dans lesquelles ils assument la responsabilité juridique pour toute perte ou dommage dus à des erreurs de personnel ou du système; ces règles fixent aussi la portée de la responsabilité qu'ils sont prêts à assumer; En théorie, des erreurs de personnel ou du système pourraient provoquer des pertes dans trois situations.

50. La première, qui peut surgir dans tout contexte de registre (par exemple, les registres de documents, les registres de propriété, les registres d'avis, les registres papier ou électroniques), se produit lorsqu'un employé ou un représentant du registre a prétendument donné des conseils ou des informations verbales incorrectes ou erronées. Certains États excluent même l'ensemble de leur responsabilité dans de telles circonstances. Dans les États qui, dans de telles circonstances, autorisent l'introduction d'un recours à l'encontre du registre, des qualifications et des restrictions strictes sont souvent d'application. Par exemple, dans certains États, la prétendue victime doit établir la mauvaise foi. Dans d'autres, la conduite de l'employé doit respecter la norme de responsabilité imposée par la législation générale en matière d'obligations défaillantes.

51. Le second domaine potentiel de responsabilité relève de pertes provoquées par une erreur ou une omission dans les informations saisies dans les dossiers du

registre. Il convient ici de faire une première distinction entre les registres d'avis et les registres de documents. Dans le premier cas, toutes les erreurs significatives seront sous la responsabilité de la personne qui soumet le document à l'inscription. La seule erreur de la personne chargée de l'inscription proviendrait d'une retranscription incorrecte des données d'identification dans l'index. Il faut attirer l'attention sur une autre différence entre les inscriptions sur papier et en format électronique. Si l'avis est soumis par voie électronique, la personne demandant l'inscription est responsable de la saisie directe des données de l'avis dans la base de données et supporte ainsi le risque d'erreurs ou d'omissions. Même si on imagine que le problème peut avoir été provoqué par un mauvais fonctionnement du système, les États excluent généralement la responsabilité pour défaillance du système dans le traitement d'une inscription ou pour inscription incorrecte. L'absence d'une version papier de l'avis enregistré rend toute prétention de mauvais fonctionnement du système impossible à prouver.

52. En cas d'utilisation d'un avis papier, la personne demandant l'inscription est, de même, responsable de l'exactitude des informations marquées sur l'avis. Néanmoins les régimes apportent généralement une solution pour les pertes ou dommages dus à une erreur commise par le personnel du registre dans la saisie des informations contenues sur l'avis papier lors de leur enregistrement dans la base de données du registre ou en cas de retranscription inexacte. Le risque d'erreur humaine survenant pendant la transposition et la récupération de données peut être nettement réduit par l'instauration de vérifications électroniques d'éditoriaux et en assurant le renvoi ponctuel au client d'une copie d'un avis enregistré ou du résultat d'une recherche.

53. Si l'erreur commise par le personnel du registre provient de la saisie d'informations inexactes, la personne ayant normalement droit à une compensation sera le tiers effectuant des recherches qui subit des pertes pour s'être fié aux informations erronées contenues dans l'avis enregistré. La position est différente si l'erreur vient du personnel du registre qui a simplement omis de rentrer dans le système les informations contenues sur l'avis papier. Le Guide recommande que l'inscription soit considérée comme valide uniquement lors de la saisie des données d'inscription dans la base de données, de façon à pouvoir être recherchée par des tiers (voir A/CN.9/631, recommandation 68). Il s'ensuit que, lorsqu'un avis papier n'a jamais été saisi dans le système, il ne devient jamais légalement valide et la personne risquant de subir des pertes sera le créancier garanti dont la sûreté n'a jamais légalement eu ses effets à l'encontre de tiers.

54. La troisième situation susceptible d'engendrer des pertes vient du registre qui donne un résultat de recherche contenant des informations erronées ou incomplètes. Dans ce cas, certains États reconnaissent la responsabilité pour pertes due à une erreur ou à une omission dans un résultat de recherche imprimé produit par le système de registre. Cependant, les problèmes de preuves interdisent la responsabilité lorsque le réclamant prétend qu'il y a erreur dans un résultat de recherche visualisé sur ordinateur ou imprimé dans les installations mêmes du client (voir notamment la Convention sur les Intérêts Internationaux et les Équipements mobiles).

55. Dans les cas limités où la responsabilité est reconnue, les États ont généralement tendance à élaborer des règles pour gérer la procédure d'introduction et de preuve d'un contentieux, la période de prescription pour l'introduction d'une

contestation et pour savoir si le montant à récupérer est plafonné. Afin de veiller à ce que les réclamations à l'encontre du registre ne mettent pas le système en faillite, les États ont pour habitude d'établir des régimes d'assurances destinés à couvrir toute perte. Lors de la couverture par une assurance privée, une petite somme est ajoutée aux frais d'inscription afin de couvrir la prime d'assurance. Lorsque le registre est auto-assuré, ce montant supplémentaire est versé sur un fond séparé destiné à couvrir tout paiement dû en cas d'aboutissement de contentieux en matière de responsabilité (voir A/CN.9/631, recommandation 57).

5. Teneur exigée de l'avis

56. Comme indiqué, il existe deux approches pour procéder à l'inscription. Dans certains États, les parties doivent présenter une copie de la Convention constitutive de sûreté. Il en résulte que toute personne autorisée à faire des recherches dans le registre peut ainsi obtenir des informations détaillées sur les relations commerciales existant entre le constituant et le créancier garanti. Dans d'autres États, le registre reprend simplement un avis de la convention éventuelle constitutive de sûreté, sans autres informations. La plupart des systèmes modernes, basés sur l'inscription d'avis, requièrent uniquement la présence des informations fondamentales suivantes dans l'avis enregistré: le nom ou autre élément identifiant le constituant et le créancier garanti, leurs adresses, une description des biens grevés par la sûreté et une déclaration de la durée de l'inscription. Chacun de ces éléments d'information est détaillé dans les sections suivantes du présent chapitre.

57. Il existe un point sur lequel l'approche est différente, même pour les États ayant adopté un système de registre avec avis: la question de savoir si l'avis doit mentionner le montant financier maximal qui peut être exigé en fonction de la sûreté couverte par l'avis. Dans certains États, il n'est pas considéré souhaitable de demander la mention soit du montant réel de l'obligation initiale garantie soit d'une somme représentant le montant maximal à concurrence duquel la sûreté peut être exercée. Le souci est que cette approche a) limiterait la quantité de crédit disponible pour le créancier garanti initial; b) donnerait lieu, de la part des créanciers garantis, à un gonflement du montant de l'obligation garantie, afin de couvrir des crédits futurs, qui immanquablement limiteraient la possibilité des constituants d'obtenir des crédits provenant d'autres sources; c) interférerait généralement avec la capacité des parties à garantir des obligations fluctuantes ou futures (comme c'est le cas pour les facilités de crédit renouvelables).

58. Bon nombre d'États demandent cependant que l'avis enregistré comprenne une déclaration du plafond garanti par la sûreté. Cette approche est destinée à faciliter au constituant l'accès à des financements garantis de créanciers ultérieurs dans des cas où la valeur des biens grevés par la sûreté enregistrée antérieurement dépasse le plafond indiqué dans l'avis. Cela repose sur l'hypothèse que le constituant peut obtenir des crédits d'autres sources, même si ce crédit est garanti par une sûreté inférieure en priorité à celle garantissant le crédit initialement accordé. Elle se base également sur l'hypothèse que le constituant aura suffisamment de pouvoir de négociation pour s'assurer que le premier créancier garanti ne gonfle pas le montant maximal lors de l'inscription. Dans certains États qui ont adopté cette approche, il en résulte que la priorité de la sûreté à laquelle se rapporte l'avis, est limitée au plafond indiqué dans ledit avis, par rapport à d'autres sûretés établies ultérieurement. Dans d'autres États, le montant maximal de l'obligation garantie

doit être déclaré, étant donné qu'il n'est pas permis de constituer de sûretés réelles mobilières sur des obligations futures. Le présent Guide reconnaît que les deux approches ont leur mérite et il recommande que les États adoptent l'approche la plus cohérente avec les pratiques en vigueur sur leur territoire (voir A/CN.9/631, recommandation 58).

6. Élément identifiant du constituant

a) Incidence d'une erreur dans l'élément identifiant du constituant sur l'efficacité de l'inscription

59. Comme indiqué plus haut, dans un registre général de sûretés moderne, les avis sont repris dans un index et les recherches s'effectuent par référence à l'élément identifiant du constituant (voir A/CN.9/631, recommandation 55, alinéa h)). Par conséquent, une référence à l'élément identifiant du constituant constitue un élément essentiel pour la validité de l'inscription. L'incidence d'une erreur dans l'élément identifiant du constituant sur l'efficacité d'un avis enregistré dépendra donc de la logique structurelle de ce système de registre précis. Certaines archives électroniques sont programmées pour ne retrouver que les correspondances exactes entre l'élément identifiant saisi par la personne effectuant la recherche et les éléments identifiant de la base de données. Dans de tels systèmes, la moindre erreur rend l'avis introuvable pour les personnes effectuant des recherches et qui utilisent l'identifiant correct du constituant. La conséquence d'une erreur est donc que la supposée inscription est nulle vis à vis de tiers.

60. Cependant, certains États ont mis en place un algorithme de recherche plus élaboré et les archives du registre sont organisées et indexées de manière à permettre à la personne qui effectue des recherches et qui entre un identifiant correct de retrouver des avis dont l'identifiant est proche mais non identique aux données saisies. De même, si l'utilisateur devait saisir un identifiant incorrect, le système retrouverait également un identifiant correct proche mais non identique à celui entré. L'adoption d'algorithmes de recherche plus élaborés par ces États permet de préserver la validité d'inscriptions qui, dans le cas contraire, s'avéreraient défaillantes. Il en résulte habituellement que l'inscription est considérée comme légalement efficace malgré l'erreur contenue si une recherche à l'aide de l'identifiant correct permet de retrouver l'avis déposé malgré une correspondance inexacte (voir A/CN.9/631, recommandation 59). Ce genre de système fonctionne uniquement si sa logique de recherche a été soigneusement conçue pour limiter les "correspondances proches" que la recherche affiche. En effet, si les personnes effectuant des recherches et qui entrent un identifiant correct se voient confrontées à un résultat qui donne un nombre excessif d'avis contenant des "correspondances proches", le poids de l'erreur du déposant initial serait inévitablement déplacé vers l'utilisateur, qui pourrait alors devoir mener un certain nombre d'enquêtes supplémentaires pour déterminer si une de ces correspondances peut être celle du constituant en question.

b) Correction de l'élément identifiant des personnes physiques

61. Comme une erreur dans l'identifiant du constituant pourrait rendre une inscription non valable, les États prennent généralement le plus grand soin à établir des règles juridiques claires en matière d'élément identifiant correct. Le nom du constituant est le critère le plus fréquent. Cependant, un État peut ne pas disposer de

règle universelle pour déterminer le nom légal correct d'une personne physique et le nom utilisé dans ses affaires commerciales quotidiennes ou dans sa vie sociale peut être différent de celui qui figure dans les documents officiels du constituant. Des changements de nom peuvent aussi s'être produits depuis la naissance suite au changement d'état civil ou à tout autre choix délibéré. Par conséquent, les réglementations ou règles administratives régissant le fonctionnement du registre doivent généralement prévoir des directives explicites pour savoir à quelles sources de documents officiels les déposants et les personnes effectuant des recherches doivent se fier en termes de nom du constituant.

62. Les documents qui seront considérés comme faisant autorité à ce sujet dépendront de la disponibilité et de la fiabilité des documents officiels délivrés par chaque État. Afin de pouvoir comprendre les constituants qui ne possèdent pas le document officiel de premier ordre adéquat et les constituants qui ne sont pas résidents ou ressortissants d'un État précis, il est nécessaire de fournir une hiérarchie des références alternatives (voir A/CN.9/631, recommandation 60). Il n'existe aucune formule universelle pour l'établissement de cette hiérarchie, étant donné qu'elle est tellement dépendante des ressources disponibles dans chaque État en ce qui concerne la fourniture d'identifiants fiables pour les personnes physiques. Ceci dit, le paragraphe suivant illustre l'application envisagée pour l'approche recommandée par le présent Guide.

63. Les États doivent prévoir que le nom d'un constituant-personne physique sera déterminé en fonction d'une hiérarchie de références: [[ETPU: veiller à ce que les tabulations soient correctes dans les alinéas ci-dessous]]

a) Si le constituant est né dans l'État concerné et que sa naissance a été inscrite auprès d'une autorité gouvernementale, son nom sera celui indiqué dans son certificat de naissance;

b) Si le constituant est né dans l'État concerné mais que sa naissance n'a pas été inscrite, son nom est:

i) Le nom figurant dans un passeport qui lui a été délivré par le Gouvernement de l'État concerné;

ii) Si le constituant ne possède pas de passeport, le nom indiqué dans une carte valable de sécurité sociale ou autre document d'identité délivré au constituant par le Gouvernement de l'État concerné;

iii) Si le constituant ne possède pas de passeport ni de carte d'identité nationale, le nom indiqué dans le passeport délivré par l'administration de l'État où il réside habituellement;

c) Si le constituant n'est pas né dans l'État concerné mais est citoyen de cet État, son nom sera celui qui apparaît sur son certificat de citoyenneté;

d) Si le constituant n'est pas né dans l'État concerné et n'est pas non plus citoyen de cet État, son nom sera:

i) Le nom repris sur un visa en cours de validité qui lui a été délivré par l'administration de l'État concerné;

ii) Si le constituant ne possède pas de visa en cours de validité, le nom indiqué dans un passeport valable qui lui a été délivré par l'administration de l'endroit où il réside habituellement;

iii) Si le constituant ne possède pas de visa en cours de validité ni de passeport valable, son nom sera celui apparaissant dans un acte/certificat de naissance ou dans tout document équivalent délivré par l'autorité gouvernementale chargée de l'inscription des naissances dans l'État où il est né;

e) Pour les cas non repris dans les règles précédentes, le nom du constituant sera celui indiqué dans un permis de conduire valable ou dans un certificat d'immatriculation d'un véhicule ou dans tout autre document officiel délivré au constituant par l'État concerné.

64. Si une recherche doit révéler que plusieurs constituants portent le même nom, la communication de l'adresse du constituant permettra généralement de résoudre le problème de l'identité pour les personnes effectuant des recherches. Dans les États où bon nombre de personnes ont le même nom, il peut s'avérer utile de demander des renseignements supplémentaires comme la date de naissance du constituant. Si un État a adopté un numéro d'identification pour ses ressortissants, ce numéro pourra également être utilisé, sous réserve des dispositions relatives aux politiques de respect de la vie privée et de la sécurité de l'État concerné et de la prescription d'un élément identifiant alternatif pour les constituants qui ne sont pas des ressortissants. Cependant, si des éléments identifiants additionnels ou supplémentaires sont requis, la loi devrait expliquer les conséquences pour la validité de l'inscription, si un seul élément est entré correctement.

c) Identifiant correct pour les personnes morales

65. Pour les constituants établis en société et autres personnes juridiques, l'élément identifiant, en vue d'une inscription et d'une recherche efficaces, est normalement le nom qui apparaît sur les statuts de la société. Ce nom peut généralement être vérifié en consultant les registres publics des sociétés et entités commerciales conservées par chaque État (voir A/CN.9/631, recommandation 61). Il est peu vraisemblable que des problèmes faisant intervenir des éléments identifiant semblables apparaissent, étant donné que les noms commerciaux doivent généralement être uniques pour être acceptés dans un registre de sociétés ou de commerce. Si les informations de ces archives et du registre de constitution de sûreté sont enregistrées au format électronique, il devrait être possible de proposer une passerelle commune aux deux bases de données pour simplifier le processus de vérification. Les États possédant des registres modernes cherchent à offrir un accès public rapide et efficace aux déposants et aux personnes effectuant des recherches.

d) Différence entre les personnes physiques et juridiques

66. Un déposant devra normalement signaler si le constituant est une "personne" ou une "personne physique" d'une part ou une "personne morale", d'autre part. Même si la terminologie peut varier, la ligne de division de base est fondamentalement la même. Il est essentiel de fournir une désignation précise car les deux catégories de constituants sont généralement sauvegardées dans des champs de recherches séparés ou dans des répertoires différents dans les dossiers du registre.

Ainsi, une recherche dans les dossiers des personnes morales ne permettra pas de retrouver une sûreté inscrite à l'encontre d'un constituant et l'inverse est également valable.

e) Incidence d'un changement de l'élément identifiant le constituant sur l'efficacité de l'inscription

67. Un changement ultérieur dans le nom du constituant et dans tout autre élément identifiant applicable (par exemple, suite à une fusion, une consolidation ou tout autre acte similaire par lequel la nouvelle société poursuit ses activités commerciales sous un autre nom) soulève des problèmes lorsqu'il s'agit de retrouver des avis préalables. L'élément identifiant le constituant est le principal critère de recherche et une recherche à l'aide du nouvel élément identifiant ne révèlera pas une sûreté inscrite sous l'ancien nom.

68. Dans bon nombre de systèmes juridiques, un créancier garanti qui omet de modifier l'avis déposé et ne communique pas le nouvel élément identifiant du constituant avant l'échéance d'un délai déterminé est subordonné aux créanciers garantis et aux acheteurs qui acquièrent des droits sur les avoirs grevés par la sûreté avant le dépôt de l'avis de modification. Le créancier garanti conserve toute priorité à laquelle il avait droit par rapport aux créanciers garantis et aux acheteurs qui ont acquis leurs droits avant le changement de nom. Cette approche reflète l'objectif de la demande de communication: protéger les tiers qui pourraient sinon se fier, à leur détriment, à une recherche "sans résultats" faite par rapport au nouveau nom du constituant. Le créancier garanti conserve toute priorité par rapport aux créanciers garantis et aux acheteurs qui acquièrent leurs droits sur les avoirs grevés par la sûreté pendant le délai spécifié uniquement si l'inscription est modifiée avant l'échéance de ladite période. En d'autres termes, le délai précisé n'offre qu'une protection conditionnelle en matière de perte de priorité (voir A/CN.9/631, recommandation 62**).**

f) Incidence du transfert d'un bien grevé sur l'efficacité de l'inscription

69. Comme pour le changement de l'élément identifiant du constituant d'origine, après un transfert par le constituant des biens grevés, une recherche sur le bénéficiaire du transfert, menée à bien par des tiers concernés par les biens grevés se trouvant en ses mains, ne révèlera pas la sûreté constituée par le demandeur du transfert. Bon nombre d'États ont suivi l'approche adoptée en cas de changement de nom du constituant. Le créancier garanti doit déposer une modification désignant le bénéficiaire du transfert comme constituant, et ce dans un délai déterminé après le transfert pour rester prioritaire par rapport aux créanciers garantis et aux acheteurs qui ont acquis des droits sur les biens grevés après leur transfert. Si la modification n'est pas déposée dans le délai précisé, le créancier garanti est subordonné aux créanciers garantis et acheteurs intervenant qui ont acquis leurs droits après le transfert et avant l'inscription de la modification (voir A/CN.9/631, recommandation 63).

7. Élément identifiant du créancier garanti

70. Le nom du créancier garanti n'est pas un critère repris dans l'index. Par conséquent, des erreurs d'inscription relatives à un créancier garanti n'entraînent pas le même risque d'induire en erreur des tiers effectuant des recherches et

n'impliqueront pas une annulation de l'avis. Cependant, l'avis comprend généralement le nom et l'adresse du créancier garanti de sorte que tout tiers finançant une opération peut contacter un créancier garanti du registre et, avec le consentement du constituant, obtenir des informations notamment sur le fait de savoir si les biens du constituant sont grevés par une sûreté, quels biens sont soumis à cette sûreté et quelles valeurs sont restées non grevées. La référence dans l'avis se rapportant au nom du créancier garanti fournit une preuve présomptive que le créancier garanti qui revendique ultérieurement une priorité sur base de l'avis est de fait la personne autorisée à le faire. Afin de veiller à la confidentialité ainsi qu'à l'identité du constituant, bon nombre de systèmes permettent que l'avis se réfère à un représentant du créancier garanti (voir A/CN.9/631, recommandation 58, alinéa b)). Les règles utilisées pour déterminer le nom correct d'un constituant peuvent également s'appliquer aux créanciers garantis.

8. Description des biens visés par un avis

71. En théorie, dans un système d'inscription d'avis, il n'existe pas de nécessité absolue d'identifier les biens grevés dans l'inscription étant donné que le simple avis indexé sous le nom du constituant est suffisant pour avertir les tiers finançant l'opération de l'existence éventuelle d'une sûreté. Cependant, l'absence de toute description dans l'avis pourrait entraver la capacité du constituant à vendre ou à constituer une sûreté sur des biens encore non grevés. Les acheteurs éventuels et les créanciers garantis risquent de demander une forme de protection (par exemple, une libération de la part du créancier garanti) avant d'entamer des opérations impliquant un bien du constituant. L'absence de description réduirait également la valeur des informations contenues dans le registre pour les administrateurs en cas d'insolvabilité et les créanciers en vertu d'un jugement. C'est pour ces raisons que le Guide recommande d'inclure une description des biens grevés dans l'avis enregistré (voir A/CN.9/631, recommandation 58, alinéa b)).

72. Même si une description des biens grevés est demandée, il n'est pas nécessaire de fournir une description détaillée, élément par élément. Les besoins d'information des personnes effectuant des recherches sont suffisamment satisfaits par une description générique (c'est-à-dire de tous les biens meubles corporels ou de toutes les créances) ou même une description globale (par exemple, tous les biens meubles actuels ou acquis après la date de constitution de la sûreté). Une description générique est de fait nécessaire pour assurer l'inscription d'une sûreté sur des biens acquis après sa constitution et sur des catégories de biens renouvelables comme les stocks ou les créances (voir A/CN.9/631, recommandation 64).

9. Inscription anticipée et avis unique pour plusieurs conventions constitutives de sûretés conclues entre les mêmes parties

73. Dans un système d'inscription d'avis, l'avis déposé est indépendant de la convention de constitution de sûreté. L'inscription de l'avis supprime dès lors tout obstacle pratique à une inscription anticipée et l'avis de constitution d'une sûreté peut dès lors être inscrit avant ou après la conclusion de la convention ou la constitution de la sûreté.

74. Une "inscription anticipée" sert plusieurs objectifs importants. Comme une sûreté ne peut être constituée sur un bien que lorsque le constituant le possède ou a des droits sur ce bien, toute autre règle exigerait l'inscription d'un nouvel avis

chaque fois que le constituant acquiert un nouveau bien. Cette règle est donc nécessaire pour faciliter le financement de biens acquis après la date de constitution de la sûreté. L'inscription anticipée permet également à un créancier garanti d'établir son rang de priorité par rapport à d'autres créanciers garantis, en vertu de la règle générale de priorité au premier inscrit. L'inscription anticipée évite également le risque d'annulation dans le cas où la convention de constitution de sûreté sous-jacente est techniquement défaillante au moment de l'inscription mais est corrigée par la suite ou lorsqu'il existe des incertitudes réelles quant au moment précis de la conclusion de la convention de constitution de la sûreté.

75. Un système d'inscription d'avis élimine également toute nécessité pratique d'une relation élément par élément entre l'inscription et la convention constitutive de sûreté. Par conséquent, l'inscription d'un seul avis est généralement suffisante pour assurer l'efficacité des sûretés vis à vis de tiers pour les biens décrits dans l'avis, que ces sûretés aient été constituées en vertu d'une seule convention ou de plusieurs conventions non liées conclues entre les mêmes parties (même si elles ont été conclues à des moments différents).

10. Durée et prorogation de l'inscription de l'avis

76. La durée des rapports de financement garanti peut varier considérablement. La souplesse nécessaire peut généralement s'obtenir en vertu d'une méthode parmi deux. La première consiste à autoriser les déposants à choisir personnellement la durée souhaitée de l'inscription avec le droit d'inscrire des prorogations le cas échéant. La seconde consiste à établir une durée fixe universelle pour le système (par exemple cinq ans) également accompagné du droit d'inscription d'extensions qui sortiront leurs effets automatiquement pour des périodes équivalentes supplémentaires. Dans un cas comme dans l'autre, la prorogation de l'inscription prendra effet lors du dépôt au registre d'un avis de modification, pour autant que celui-ci intervienne avant la caducité de l'avis (voir A/CN.9/631, recommandation 67).

77. Dans les dispositions de financement à moyen et à long terme, la première approche diminue le risque des créanciers garantis de perdre leur priorité suite au manquement, par inadvertance, d'inscrire une prorogation à temps. Dans les dispositions de financement à court terme, la seconde approche réduit le risque pour les constituants que les créanciers garantis inscrivent la sûreté pour une période excessive par excès de prudence. Afin d'encourager l'annulation à temps dans les systèmes qui ont opté pour la seconde approche, un État peut choisir de ne percevoir aucun droit pour l'inscription d'une annulation. Par contre, afin de décourager la sélection de périodes d'inscription excessives, les droits d'inscription peuvent être fonction d'un tarif progressif par rapport à la durée sélectionnée.

11. Moment où prend effet l'avis ou la modification

78. En règle générale, la priorité entre sûretés concurrentes rendues opposables à des tiers uniquement par voie de l'inscription dépendra de l'ordre d'inscription (voir A/CN.9/631, recommandation 78, alinéa a)). Ainsi, le moment auquel une inscription prend légalement effet est vital pour déterminer l'ordre de priorité parmi des sûretés concurrentes. Si la sûreté a déjà été constituée, le moment auquel l'inscription prend légalement effet peut également s'avérer critique pour la résolution de droits concurrents entre un créancier garanti et un acheteur ou un

preneur des biens grevés ou entre les créanciers non garantis du constituant et le représentant d'insolvabilité.

79. Dans un système qui autorise le dépôt d'avis sur papier auprès du registre (par opposition à la saisie électronique directe par la personne procédant à l'inscription) un laps de temps s'écoulera inévitablement entre le moment de réception de l'avis par le conservateur du registre et le moment où les informations contenues dans cet avis seront saisies dans les fichiers par le personnel du registre, pour devenir accessibles à des tiers. Ce décalage soulève la question de savoir quand l'inscription doit être considérée comme prenant légalement effet: au moment de la réception de l'avis sur papier par le conservateur du registre ou au moment où les informations contenues dans l'avis deviennent accessibles aux personnes effectuant des recherches.

80. Dans la résolution de ce problème, bon nombre de systèmes juridiques font supporter le risque de priorité créé par ce décalage de temps par le créancier garanti et non par des tiers effectuant des recherches. Par conséquent, le moment de prise d'effet de l'inscription doit correspondre au moment où elle est consultable (voir A/CN.9/631, recommandation 68). La fiabilité du registre serait en effet remise en cause si des personnes effectuant des recherches se trouvaient tenues par un avis qui n'est pas accessible aux utilisateurs. En toutes circonstances, le créancier garanti est mieux à même de se protéger que les tiers (par exemple en retenant le crédit jusqu'à ce que l'avis soit accessible) et la conception ainsi que le fonctionnement du registre devraient garantir des procédures d'inscription rapides et efficaces qui réduisent le délai au minimum.

81. Dans un système entièrement électronique qui ne demande pas d'intervention de la part du personnel du registre, la saisie de l'avis dans les fichiers et sa mise à disposition des utilisateurs sont presque simultanées et ce problème est fondamentalement éliminé.

12. Autorisation d'inscription

82. Normalement, l'inscription d'un avis ne prend pas effet tant que le constituant ne l'a pas autorisé par écrit. Cependant, pour éviter les retards, les frais et les erreurs, cette autorisation ne devra pas être prouvée au moment de l'inscription (voir A/CN.9/631, recommandation 55, alinéa d)). En tout cas, s'il n'y a pas d'autorisation, l'inscription n'est pas effective et le constituant peut demander son annulation par voie judiciaire ou administrative sommaire (alors que d'autres droits peuvent prévoir des amendes en cas d'inscriptions frauduleuses). Normalement, l'autorisation est accordée dans la convention constitutive de sûreté, expressément ou tacitement (voir A/CN.9/631, recommandation 69).

13. Annulation ou modification d'un avis

a) Annulation ou modification obligatoire

83. Pour des raisons de sécurité, bon nombre de systèmes juridiques prévoient que seul le créancier garanti jouit de l'autorité nécessaire pour annuler ou modifier une inscription. Néanmoins une inscription non autorisée peut exercer une influence préjudiciable sur la capacité de la personne désignée comme constituant dans l'avis à vendre ou à constituer une sûreté sur les biens décrits dans l'avis. Il est dès lors essentiel de veiller à ce que les avis soient annulés ou amendés rapidement s'il

n'existe aucune convention constitutive de sûreté ou si aucune n'est envisagée ou si la sûreté s'est éteinte à l'entière et finale satisfaction de l'obligation garantie ou si un avis déposé contient des informations non autorisées par le constituant (par exemple, la description des biens contenue dans l'avis peut être trop vague, elle peut inclure des éléments ou des catégories de biens qui ne font normalement pas l'objet d'une convention, réelle ou envisagée, constitutive de sûreté entre les parties).

84. Pour répondre à ce besoin, bon nombre de systèmes juridiques prévoient que le constituant a le droit d'envoyer une demande écrite au créancier garanti pour résilier ou modifier l'inscription afin qu'elle reflète l'état réel de leurs relations. Le créancier garanti est alors obligé de déposer un avis d'annulation ou de modification, selon le cas, dans un laps de temps spécifié (par exemple, 20 ou 30 jours) après réception de la demande. Si le créancier garanti manque à ses devoirs, le constituant est alors autorisé à forcer l'annulation ou la modification de l'avis par voie d'une procédure sommaire, administrative ou judiciaire (voir A/CN.9/631, recommandations 70 et 71). Dans certains États, à moins que le créancier garanti n'obtienne une ordonnance judiciaire contraire, son manquement à ses obligations autorise le constituant à demander au conservateur du registre une décharge ou une modification en lui avançant comme preuve que la demande a été introduite mais n'a pas été satisfaite; il en avertit ensuite le créancier garanti.

b) Expiration et archivage des avis annulés

85. Lorsqu'un avis inscrit est arrivé à échéance ou a été annulé, il est normalement rapidement retiré des archives accessibles du registre (le créancier garanti est tenu d'appliquer cette mesure; voir A/CN.9/631, recommandation 109, alinéa b)). Cependant, les informations communiquées dans l'avis échu ou annulé et le fait de sa caducité ou de son annulation sont conservés dans les archives de manière à pouvoir le retrouver ultérieurement, le cas échéant (voir A/CN.9/631, recommandation 72).

c) Modifications

86. Comme indiqué plus haut, une modification visant à signaler un changement ultérieur dans l'élément identifiant du constituant (que ce soit suite à un changement de nom ou à un transfert des biens grevés) est nécessaire pour conserver la priorité par rapport à des créanciers garantis et à des acheteurs ultérieurs. Paradoxalement, les systèmes juridiques prévoient qu'un créancier garanti a le droit, sans être obligé, de modifier un avis enregistré en cas de changement de l'identité du créancier garanti suite à une cession de l'obligation garantie. L'inscription d'un avis de modification est dans ce cas facultative, étant donné qu'un changement dans l'identité du créancier garanti, contrairement au changement dans l'identité du constituant, n'entrave pas la capacité de tiers effectuant des recherches à retrouver l'avis. Par conséquent, l'avis enregistré conserve son efficacité juridique, que la modification soit introduite ou non.

87. Bien qu'elle soit facultative, l'inscription d'un avis de cession est toujours plus prudente. Sa non-inscription laisse le cédant comme créancier garanti dans les fichiers et expose le cessionnaire au risque de ne pas recevoir les avis envoyés par des tiers; Elle laisse également au cédant le pouvoir légal de modifier les données de l'avis, par exemple celui de l'annuler ou de procéder à d'autres modifications inappropriées (voir A/CN.9/631, recommandation 73).

88. La situation est différente lorsque la sûreté réelle mobilière n'est pas inscrite ou n'est pas opposable à des tiers, de toute autre manière que ce soit, au moment de sa cession. Dans ce cas, le cessionnaire devra déposer un avis afin de la rendre opposable à des tiers. Il n'y a aucune raison pour que la sûreté ne puisse pas nommer le cessionnaire en tant que créancier garanti. En d'autres termes, il ne devrait pas être nécessaire de procéder à une première inscription au nom du créancier garanti initial.

89. Si les besoins de financement du constituant changent après la conclusion de la convention constitutive de sûreté initiale, le constituant peut convenir de créer une sûreté sur des biens supplémentaires. Dans l'intérêt de la souplesse, le système de registre peut autoriser la modification de la description de l'avis déposé pour ajouter les nouveaux biens grevés plutôt que de demander l'inscription d'un nouvel avis. Néanmoins, la modification ne sera effective par rapport aux nouveaux biens grevés qu'à partir de la date où elle est inscrite, avec comme résultat qu'elle ne peut pas porter préjudice aux droits que des tiers auraient acquis sur les biens supplémentaires avant son inscription.

90. La situation est différente lorsque la modification considère que les nouveaux biens sont les revenus des biens grevés à l'origine. Si la modification est effective avant l'échéance de la période applicable d'opposabilité automatique temporaire à des tiers, la sûreté sur les revenus sortira ses effets à l'encontre de tiers à compter de la date d'inscription de l'avis d'origine.

91. Si la description dans l'inscription d'origine couvre les biens acquis après la conclusion d'une convention constitutive de sûreté, il n'est normalement pas nécessaire de modifier l'inscription. Cependant, si le système adopte une inscription supplémentaire pour les biens porteurs de numéro de série et acquis après la conclusion de la convention, il sera nécessaire de modifier l'inscription afin qu'elle contienne les nouveaux numéros de série, de façon à rendre la sûreté qu'elle couvre opposable à des tiers.

92. Lorsqu'un créancier garanti convient de subordonner ou de soumettre une sûreté garantie au droit d'un autre créancier, en principe, l'inscription d'une modification ne devrait pas lui être demandé ou l'option de révéler cette subordination devrait être facultative étant donné qu'elle affecte uniquement la position des parties concernées dans les priorités, l'une vis à vis de l'autre.

B. Recommandations

[*Note à l'attention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que, du fait que toutes les recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties sont incluses dans le document A/CN.9/631, elles ne sont pas reproduites ici. Une fois leur texte définitif établi, elles seront reproduites à la fin de chaque chapitre.*]

A/CN.9/631/Add.4 [Original: anglais]

Note du Secrétariat sur les recommandations du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa douzième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

VII. Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur les droits de réclamants concurrents 1-120

A. Remarques générales 1-105

1. Le concept de priorité et son importance 1-11

2. Approches possibles pour déterminer le rang de priorité 12-25

a) Règles de priorité dans le pays où existe un système d'inscription 13-19

b) Priorité fondée sur la possession ou le contrôle 20-23

c) Autres règles de priorité 24-25

3. Portée de la priorité 26-33

4. Caractère indifférent de la connaissance de l'existence de la sûreté 34

5. Cession de rang 35-37

6. Priorité entre des sûretés sur les mêmes biens grevés 38-45

7. Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens à acquérir 46-47

8. Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit 48-51

9. Maintien de la priorité 52-53

10. Priorité d'une sûreté réelle mobilière inscrite dans un registre spécialisé ou annotée sur un certificat de propriété 54-55

11. Droit des acheteurs, des preneurs à bail et des titulaires de licence de biens grevés 56-78

a) Remarques générales 56-57

b) Droit des acheteurs 58-67

c) Droits des preneurs à bail 68-72

d) Droits des titulaires de licence 73-77

e) Droits des donataires 78

12. Priorité des créances privilégiées 79-82

13. Priorité des droits des créanciers judiciaires 83-91

14. Priorité des droits des personnes fournissant des services concernant un bien grevé 92-95

15. Priorité du droit de revendication d'un fournisseur 96-97

16. Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur un bien rattaché 98-101

17. Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur une masse ou un produit fini 102-105

a) Priorité des sûretés réelles mobilières sur les mêmes biens meubles corporels individualisés qui sont intégrés à une masse ou à un produit fini . . 103

b) Priorité des sûretés réelles mobilières sur différents biens meubles corporels individualisés qui sont intégrés à une masse ou à un produit fini . . 104

c) Priorité d'une sûreté réelle mobilière initialement constituée sur différents biens meubles corporels individualisés par rapport à une sûreté sur la masse ou le produit fini 105

B. Remarques sur des biens particuliers 106-120

1. Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable 107-109

2. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire 110-115

3. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant de l'argent 116

4. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant le produit d'un engagement de garantie indépendant 117-118

5. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un document négociable ou des biens meubles corporels représentés par un document négociable 119-120

C. Recommandations . . . . . .

VII. Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur les droits de réclamants concurrents

A. Remarques générales

1. Le concept de priorité et son importance

1. Dans un régime d'opérations garanties, le terme "priorité" désigne la mesure dans laquelle un créancier garanti ou autre peut obtenir l'avantage économique de sa sûreté sur un bien grevé par préférence à un réclamant concurrent (pour les définitions des termes "priorité" et "réclamant concurrent", voir Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation, par. [...]). Comme on le verra ci-après, seul l'un de ces réclamants concurrents doit être un créancier garanti du constituant. Tout autre réclamant concurrent peut être un autre créancier garanti du constituant ou le titulaire d'un autre type de droit réel, tel qu'un droit constitué par des sûretés légales (par exemple, un créancier privilégié) ou par un jugement (c'est-à-dire un créancier judiciaire), un acheteur, un preneur à bail ou preneur de

licence du bien grevé ou le représentant de l'insolvabilité dans le cadre de la procédure d'insolvabilité du constituant.

2. Des problèmes de priorité se posent en général lorsque le débiteur n'exécute pas l'obligation garantie et que la valeur des biens grevés n'est pas suffisante pour satisfaire cette obligation ainsi que celles qui sont dues à d'autres réclamants concurrents faisant valoir un droit sur ces biens. Dans de tels cas, la loi sur les opérations garanties doit déterminer comment la valeur économique des biens doit être répartie entre les réclamants concurrents. Un exemple typique est le cas où le constituant n'exécute pas son engagement sous forme d'emprunt envers un prêteur garanti par un bien du constituant, et lorsque le constituant a aussi constitué une sûreté réelle mobilière sur le même bien en faveur d'un autre prêteur pour garantir un prêt différent. Un autre exemple est le cas où le constituant manque à son obligation en vertu d'un prêt garanti par un de ses biens et qu'un créancier chirographaire du constituant a obtenu un jugement contre lui et pris des mesures en vertu du droit applicable pour obtenir un droit de propriété sur le même bien du fait de ce jugement.

3. Dans d'autres cas, l'application des règles de priorité conduira une personne à prendre le bien grevé libre de créances concurrentes. Un exemple typique est le cas où le constituant crée une sûreté réelle mobilière sur un bien grevé en faveur d'un prêteur et vend ensuite ce bien à un tiers. La loi sur les opérations garanties doit alors déterminer si l'acheteur devient propriétaire du bien libre de la sûreté réelle mobilière du prêteur. Un autre exemple est le cas où un constituant crée une sûreté réelle mobilière sur un bien grevé en faveur d'un prêteur et qu'il loue ou met sous licence par la suite ce bien à un tiers. La loi sur les opérations garanties doit alors déterminer si le preneur à bail ou le preneur de licence peut jouir de ses droits réels, en vertu de la location ou de la licence sur lesquels la sûreté du prêteur n'a aucune incidence.

4. Un élément essentiel d'un régime efficace en matière d'opérations garanties est que les sûretés réelles mobilières ont priorité sur les droits des créanciers chirographaires. Il est généralement admis que la priorité donnée aux créanciers garantis sur les créanciers chirographaires est nécessaire pour promouvoir l'offre de crédits garantis. Les créanciers chirographaires peuvent prendre d'autres mesures pour protéger leurs droits, par exemple suivre l'état des crédits, demander des intérêts de retard ou obtenir une décision judiciaire concernant leurs créances en cas de non-paiement. En outre, un crédit garanti peut accroître le fonds de roulement, ce dont profitent souvent les créanciers chirographaires, car la probabilité de remboursement de leurs créances non garanties augmente. En fait, les avances accordées au titre d'un crédit permanent sont souvent la source à partir de laquelle une entreprise paie ses créanciers chirographaires dans le cours normal de ses affaires. (voir chap. II, Champ d'application et autres règles générales, sect. F, Exemples de pratiques de financement visées, par. [...]).

5. Toutefois, dans tous les cas susmentionnés, la priorité n'est un problème que si les sûretés sont opposables aux tiers. Celles qui ne le sont pas ont le même rang de priorité les unes par rapport aux autres que par rapport aux droits des réclamants concurrents (y compris les créanciers chirographaires). Toutefois, les sûretés réelles mobilières qui ne sont pas opposables aux tiers sont opposables au constituant (voir A/CN.9/631, recommandation 31).

6. Le concept de priorité est au cœur de tout régime efficace en matière d'opérations garanties et il est largement admis que des règles de priorité efficaces sont nécessaires pour encourager l'offre de crédit garanti. Il y a à cela deux raisons principales. La première (comme on le verra au paragraphe 7 ci-dessous) est que, dans la mesure où les règles de priorité sont claires et aboutissent à des résultats prévisibles, les créanciers garantis potentiels sont à même de déterminer efficacement et avec un degré élevé de certitude, avant d'octroyer un crédit, quel rang de priorité occuperont leurs sûretés par rapport à celles des réclamants concurrents au cas où un conflit de priorité surviendrait. Ainsi, les règles de priorité servent non seulement à résoudre les conflits, mais également à encourager les créanciers potentiels à octroyer des crédits en leur permettant de prévoir comment un conflit de priorité potentiel sera résolu. À cet égard, l'existence de règles de priorité efficaces peut avoir un effet positif sur l'offre de crédit garanti et sur le coût de ce crédit. La deuxième raison (comme on le verra au paragraphe 8 ci-dessous) est que, lorsque le régime d'opérations garanties reconnaît la capacité d'un constituant de créer plusieurs sûretés réelles mobilières sur le même bien grevé, des règles de priorité efficaces encouragent les créanciers potentiels à octroyer des crédits garantis par la valeur excédentaire d'un bien déjà grevé d'une sûreté réelle mobilière en faveur d'autres créanciers, permettant ainsi aux constituants de mettre à profit toute la valeur de leurs biens pour obtenir plus de crédit, ce qui est l'un des grands objectifs de tout régime efficace en matière d'opérations garanties (voir chap. I, Principaux objectifs, sect. B).

7. S'agissant de la première raison indiquée ci-dessus, le plus important pour le créancier garanti est de savoir quel sera son rang en cas de réalisation de la sûreté dans le cadre et en-dehors de la procédure d'insolvabilité du constituant, en particulier lorsqu'il compte sur le bien grevé comme principale ou unique source de remboursement. En cas d'incertitude quant au rang de priorité de sa sûreté future au moment de décider s'il va ou non consentir le crédit, il tablera moins sur le bien grevé. Cette incertitude peut l'inciter à relever le coût du crédit ou à en réduire le montant pour tenir compte de la valeur inférieure qu'il attribue au bien, voire éventuellement à refuser purement et simplement le crédit. Afin de réduire au minimum cette incertitude, il est important que les lois sur les opérations garanties prévoient des règles de priorité claires conduisant à des résultats prévisibles qui soient également respectés par le droit de l'insolvabilité dans toute la mesure du possible (voir chap. XI, Insolvabilité, par. [...]).

8. S'agissant de la deuxième raison indiquée ci-dessus, il faut noter que les règles de priorité ont un impact positif supplémentaire sur l'offre de crédit garanti, étant donné que de nombreuses banques et autres institutions financières sont disposées à accorder un crédit sur la base de sûretés qui ne viennent pas au premier rang mais sont subordonnées à une ou à plusieurs sûretés ayant un rang de priorité supérieur, tant qu'elles estiment que les biens du constituant ont une valeur permettant de couvrir leurs sûretés et qu'elles peuvent établir clairement le rang de priorité inférieur de celles-ci. Par exemple, dans les pays qui reconnaissent une sûreté sur l'ensemble des biens (voir chap. II, Champ d'application et autres règles générales, sect. F, Exemples de pratiques de financement visées, par. [...]), le prêteur B peut être disposé à accorder un crédit à un constituant dont l'ensemble des biens sont grevés par une sûreté en faveur du prêteur A, tant qu'il est convaincu que la valeur desdits biens dépasse suffisamment le montant du prêt garanti par cette sûreté pour qu'il puisse envisager l'octroi supplémentaire d'un crédit. Un tel résultat a plus de

chances de se produire dans un pays ayant des règles de priorité claires qui permettent aux créanciers leur rang de priorité avec un degré élevé de certitude. En facilitant la constitution de sûretés multiples sur les mêmes biens, les règles de priorité permettent à un constituant d'optimiser l'utilisation de ses actifs pour obtenir un crédit.

9. Étant donné l'importance des règles de priorité, un régime moderne sur les opérations garanties incorpore généralement un ensemble de règles de priorité de portée étendue, couvrant un large éventail d'obligations garanties et de biens grevés existants et futurs, et fournissant les moyens de résoudre des conflits de priorités entre une grande diversité de réclamants concurrents. En outre, ces règles traitent généralement de l'impact sur la priorité de la méthode par laquelle la sûreté est rendue opposable aux tiers (par exemple, opposabilité automatique, inscription, possession ou prise de contrôle). Une loi sur les opérations garanties qui intègre des règles de priorité aussi précises et détaillées, par opposition à un ensemble de principes abstraits pouvant nécessiter une interprétation dans des cas particuliers, encourage les créanciers potentiels à accorder un crédit garanti en leur assurant, à un degré élevé, qu'ils peuvent prévoir comment les conflits de priorité potentiels seront résolus.

10. Compte tenu ce qui précède, le Guide définit un double objectif pour les dispositions relatives à la priorité d'une loi sur les opérations garanties (voir ci-dessous, section C, Recommandations, Objet).

11. Il importe de noter que, quelle que soit la règle de priorité en vigueur dans un État, elle ne jouera que dans la mesure où les règles de conflit de lois applicables l'admettent. Cette question est examinée au chapitre XIII, Conflit de lois (voir par. [...]).

2. Approches possibles pour déterminer le rang de priorité

12. Il y a diverses approches possibles pour déterminer le rang de priorité. Plusieurs d'entre elles peuvent coexister dans le même système juridique dans la mesure où elles peuvent s'appliquer à des types de conflits de priorité différents. La présente section décrit ces différentes approches, en indiquant dans chaque cas leurs avantages et leurs inconvénients dans le contexte d'un régime moderne sur les opérations garanties.

a) Règles de priorité dans le pays où existe un système d'inscription

13. Comme il a été dit plus haut, pour promouvoir efficacement l'offre de crédit garanti, il est important d'avoir des règles de priorité permettant aux créanciers de déterminer leur rang de priorité avec le plus haut degré de certitude au moment où ils octroient un crédit et aux constituants de mettre à profit toute la valeur de leurs biens pour obtenir du crédit. Comme le montre le chapitre V, Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière (par. [...]), et le chapitre VI, Le système de registre (voir par. [...]), l'un des meilleurs moyens d'apporter une telle certitude, est de recourir à un registre public.

14. Dans la plupart des pays où existe un système fiable d'inscription d'avis relatifs aux sûretés réelles mobilières, le rang de priorité est déterminé en fonction de l'ordre d'inscription de l'avis, la préférence étant donnée à la sûreté mentionnée dans le premier avis inscrit, (ce que l'on appelle souvent la "règle de la priorité en

fonction de l'ordre d'inscription"). Dans certains pays, cette règle s'applique même si une ou plusieurs des conditions requises pour la constitution d'une sûreté n'étaient pas remplies au moment de l'inscription, ce qui évite à un créancier d'avoir à consulter de nouveau le système d'inscription une fois qu'il a été satisfait à toutes les conditions pour la constitution de ses sûretés. Cette règle donne au créancier la certitude qu'une fois un avis de sûreté mobilière inscrit, aucun autre droit relatif à cet avis ne primera sa sûreté. Les autres créanciers existants ou potentiels sont également protégés, car l'avis inscrit les avertira de sûretés potentielles et ils peuvent alors prendre des dispositions pour se protéger (par exemple en demandant des garanties personnelles ou des sûretés de rang inférieur sur le même bien ou des sûretés de rang supérieur sur d'autres biens).

15. Nonobstant ce qui précède, certains États ont admis des exceptions limitées à la règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription. Par exemple, une sûreté réelle mobilière sur des biens de consommation est réputée être automatiquement opposable aux tiers dès sa constitution. Son rang de priorité est donc déterminé en fonction de sa date de constitution.

16. Dans d'autres États, tant que l'inscription a lieu dans un délai spécifié après la constitution d'une sûreté (ce que l'on appelle souvent le "délai de grâce"), la priorité sera déterminée selon l'ordre de constitution plutôt que selon l'inscription d'un avis relatif à la sûreté réelle mobilière. Ainsi, une sûreté constituée en premier, mais inscrite en second, peut primer une sûreté constituée en second mais inscrite en premier, à condition d'avoir été inscrite avant l'expiration du délai de grâce applicable.

17. Dans cette approche, étant donné qu'il est possible que sa sûreté inscrite soit subordonnée à une sûreté constituée antérieurement inscrite durant le délai de grâce, un créancier garanti futur ne peut se protéger qu'en retardant l'octroi du crédit au constituant jusqu'à l'expiration d'un délai de grâce applicable relatif à d'autres revendications potentielles. Ainsi, tant que le délai de grâce continue à courir, la date d'inscription n'est pas une indication fiable de rang de priorité d'un créancier, et il y a une grande incertitude qui n'existe pas dans les systèmes juridiques ne connaissant pas le délai de grâce.

18. Afin de ne pas compromettre la certitude apportée par la règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription, certains États limitent l'utilisation des délais de grâce à de rares cas, tels que: a) les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'une acquisition (approche unitaire) ou les droits liés au financement d'une acquisition (approche non unitaire); b) lorsque l'inscription avant ou en même temps que la constitution n'est pas possible sur le plan logistique; ou c) lorsque le délai entre constitution et inscription ne peut être réduit au minimum par le recours à l'inscription électronique ou à d'autres techniques d'inscription.

19. De nombreux États ont adopté une exception à la règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription pour les sûretés sur des types particuliers de biens comme les automobiles et les bateaux, également susceptibles d'être inscrits dans un registre spécialisé ou annotés sur un certificat de propriété. Par conséquent, une sûreté inscrite dans un de ces systèmes se voit souvent accorder la priorité sur une sûreté à l'égard de laquelle un avis a été inscrit antérieurement dans un registre général des sûretés. Cette approche s'explique par la nécessité de faire en sorte que les acheteurs des biens inscrits dans un registre spécialisé ou annotés sur un

certificat de propriété puissent se fier entièrement au registre pour évaluer la qualité du titre qu'ils acquièrent.

b) Priorité fondée sur la possession ou le contrôle

20. Comme on l'a vu aux chapitres IV, Constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties) (voir par. [...]) et V, Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière (voir par. [...]), les sûretés mobilières avec dépossession sont traditionnellement un élément important des législations sur les opérations garanties de la plupart des pays. C'est pourquoi, même dans certains pays appliquant la règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription, la priorité peut aussi être établie en fonction de la date à laquelle le créancier a obtenu la possession du bien grevé, sans aucune condition d'inscription d'un avis. Dans ces pays, la priorité est souvent donnée au créancier qui le premier, soit a déposé un avis de sûreté auprès du système d'inscription, soit a obtenu une sûreté par prise de possession.

21. Malgré son importance, la priorité fondée sur la possession comporte des inconvénients notables. Premièrement, elle est souvent commercialement irréalisable dans les cas où le constituant doit rester en possession des biens grevés afin de les utiliser pour l'exploitation de son entreprise. Deuxièmement, exiger du créancier garanti qu'il conserve la possession du bien grevé risque de lui imposer des charges administratives inopportunes. Troisièmement, du fait que, souvent, la possession n'est pas un acte public, le détenteur d'une sûreté rendue opposable par prise de possession aura la charge, dans de nombreux régimes juridiques, d'établir avec précision la date à laquelle il en a pris possession.

22. Malgré ces inconvénients, la priorité fondée sur la possession est commercialement utile pour certains types de biens grevés, tels que des instruments négociables (par exemple, un chèque, une lettre de change ou un billet à ordre; voir Introduction, section B, Terminologie et règles d'interprétation, par. [...]) ou des documents négociables (par exemple des connaissements ou des récépissés d'entrepôt; voir Introduction, section B, Terminologie et règles d'interprétation, par. [...]) dans lesquels la prise de possession par le créancier garanti peut lui permettre d'empêcher le constituant d'accomplir des actes de disposition du bien grevé interdits. D'après les lois de nombreux pays, la priorité d'une sûreté constituée sur des biens de ce type peut être établie par la possession ou par l'inscription. En outre, une sûreté rendue opposable par possession prime généralement une sûreté rendue opposable uniquement par inscription, même si l'inscription est intervenue en premier. Ce résultat est conforme aux attentes des parties dans le cas d'instruments négociables et de documents négociables, car les droits sur de tels biens sont traditionnellement transférés par la possession.

23. Dans certains États, le concept de possession a évolué vers celui, plus sophistiqué, de "contrôle", selon lequel un créancier garanti peut être considéré comme étant en possession d'un bien grevé s'il est capable, par contrat avec la personne détenant effectivement le bien, d'en contrôler la disposition. Dans ces États, le contrôle est reconnu comme une méthode permettant de rendre une sûreté réelle mobilière opposable. Pour certains types de biens, comme le produit d'un engagement de garantie indépendant, le contrôle peut être la méthode exclusive d'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière. Dans ce cas, la priorité n'est accordée à la sûreté réelle mobilière sur ce bien que si le créancier garanti est considéré comme ayant le contrôle du bien. Pour d'autres types de biens, tels que le droit au paiement

de fonds crédités sur un compte bancaire, l'opposabilité peut être fondée soit sur le contrôle, soit sur l'inscription au registre général des sûretés. Le système de priorité accorde alors généralement la priorité à la sûreté réelle mobilière rendue opposable par prise de contrôle plutôt qu'à une sûreté rendue opposable par une autre méthode.

c) Autres règles de priorité

24. Dans les pays où il n'existe pas de système d'inscription des sûretés, aussi bien l'opposabilité d'une sûreté que la priorité sont souvent fonction de la date de constitution de la sûreté. Bien que les sûretés sans dépossession y soient autorisées (souvent sous la forme de ventes avec réserve propriété, d'un transfert de propriété aux biens meubles corporels ou cession de créances à titre de garantie), les créanciers cherchent généralement à savoir s'il existe ou non des sûretés concurrentes, en s'en remettant aux dires du constituant ou aux informations disponibles sur le marché. Faute de système permettant de déterminer le rang de priorité des créanciers ayant des sûretés sur le même bien, il est difficile ou impossible pour le constituant de constituer plus d'une sûreté sur le même bien et par conséquent de mettre pleinement à profit la valeur de ses biens pour obtenir un crédit garanti. Toutefois, l'obligation garantie peut être cédée (par exemple, par le vendeur réservataire) avec le droit qui la garantit, mais cette approche entraîne souvent des coûts pour le vendeur qui sont répercutés sur l'acheteur final (outre le coût du financement initial d'acquisitions, pris en compte dans le prix des biens ou le taux d'intérêt du crédit).

25. Certains pays ont adopté une règle de priorité spéciale pour certains types de biens grevés. Dans certains d'entre eux, par exemple, l'opposabilité d'une sûreté constituée sur des créances de sommes d'argent et les revendications concurrentes sont fonction de la date à laquelle les débiteurs desdites créances reçoivent notification de l'existence de la sûreté. Toutefois, ce système n'est pas propice à la promotion du crédit garanti, pour un certain nombre de raisons. Premièrement, il ne permet pas au créancier de déterminer, avec un degré de certitude suffisant, au moment où il consent le crédit, s'il existe ou non des sûretés concurrentes sur les créances de sommes d'argent. Deuxièmement, il ne constitue pas un moyen efficace d'obtenir des sûretés sur des créances de sommes d'argent futures, car la notification de telles créances aux débiteurs n'est pas possible au moment de l'octroi initial du crédit, et elle doit donc leur être adressée à mesure que naissent lesdites créances (sauf si les créances de sommes d'argent futures doivent naître aux termes d'un contrat à long terme existant au moment où le crédit est accordé). Troisièmement, s'il y a un nombre important de débiteurs, la notification peut être coûteuse. Quatrièmement, de nombreux constituants ne tiennent peut-être pas à ce que leurs clients soient avisés directement de l'existence d'une sûreté sur leurs créances de sommes d'argent.

3. Portée de la priorité

26. Pour encourager les créanciers à accorder un crédit garanti, il est essentiel qu'ils puissent déterminer, au moment où ils s'y engagent, si le rang de priorité de leur sûreté réelle mobilière portera sur la totalité de l'obligation garantie qui leur est due ou sur une partie seulement. En particulier, ils doivent pouvoir déterminer si la priorité portera uniquement sur le crédit qu'ils accordent au moment de la conclusion de la convention constitutive de sûreté ou si elle s'étendra: a) aux

obligations qui naissent ensuite conformément aux clauses de la convention constitutive de sûreté (par exemple, les avances futures en vertu d'un accord de crédit permanent; ou b) aux obligations conditionnelles qui deviennent réelles dès la réalisation de la condition (par exemple, des obligations qui deviennent payables en vertu d'une garantie).

27. Dans certains pays, le même rang de priorité est accordé à la totalité de l'obligation garantie, quel que soit le moment où naît l'obligation. Selon cette approche, une sûreté réelle mobilière peut s'appliquer à l'ensemble des obligations monétaires et non monétaires garanties qui sont dues au créancier garanti, y compris le principal, les frais, les intérêts et les droits. Une priorité n'est pas modifiée par la date à laquelle une avance est consentie ou une autre obligation garantie par la sûreté est souscrite. Cela signifie qu'une sûreté peut garantir des avances futures au titre d'un crédit avec le même rang de priorité que les avances faites au titre d'un crédit au moment de la constitution de la sûreté.

28. Par exemple, dans le cas d'une formule en vertu de laquelle le prêteur est convenu le jour 1 d'accorder des avances au constituant de temps à autre pendant toute la durée de la formule – un an – garanties par une sûreté sur l'essentiel des biens du constituant, la sûreté réelle mobilière aura le même rang de priorité pour toutes les avances consenties, qu'elles l'aient été le jour 1, 35 ou 265.

29. Dans le cas d'un crédit accordé pour la fourniture de biens ou de services par tranches correspondant aux livraisons de biens ou de services, cette approche conduit à considérer que la totalité de la créance naît au moment où le contrat est conclu, et non à chaque fourniture de biens ou de services. La justification de cette approche est que c'est la plus économique (par exemple, le créancier garanti n'a pas besoin de déterminer le rang de priorité chaque fois qu'il accorde un crédit) et qu'elle limite au minimum le risque pour le constituant que les crédits consentis ultérieurement en vertu de la convention constitutive de sûreté soient interrompus si le créancier garanti estime qu'une avance future n'est pas prioritaire.

30. Dans d'autres pays, la priorité est limitée de deux manières différentes. Premièrement, elle peut être limitée au montant de la créance existant à la date de la constitution d'une sûreté. L'avantage de cette solution est que le rang de la créance peut ainsi (sans que ce soit toutefois automatique) correspondre aux attentes des parties à ce moment-là. Son inconvénient est qu'elle exige des créanciers une diligence accrue (il faudra par exemple rechercher les nouvelles inscriptions) ainsi que des accords et des inscriptions supplémentaires pour les montants de crédit consentis après la date de constitution d'une sûreté. Cela est particulièrement problématique dans le cas de crédits permanents, qui représentent l'un des moyens les plus efficaces de consentir un crédit garanti, puisque c'est ce type de crédit qui correspond le mieux aux besoins de financement du constituant (voir chap. II, Champ d'application et autres règles générales, sect. F, Exemples de pratiques de financement visées, par. [...]).

31. Dans d'autres pays encore, la priorité est limitée au montant maximum spécifié dans l'avis inscrit dans un registre public concernant la sûreté. La justification de cette approche est qu'elle encourage le financement subordonné en incitant les créanciers futurs de rang inférieur à accorder des crédits sur la base de la "valeur nette" des biens grevés (par exemple la valeur des biens grevés dépassant le montant maximum garanti par la sûreté réelle mobilière de rang supérieur visée dans

l'avis inscrit). Un argument militant contre cette approche est qu'elle n'incite simplement les créanciers garantis à majorer le chiffre indiqué dans l'avis inscrit pour y faire figurer un montant plus important que celui envisagé au moment de la convention constitutive de sûreté pour prendre en compte des avances futures imprévues (voir chap. VI, Le système de registre, par. [...]).

32. Dans d'autres pays encore, la priorité est accordée à tous les montants de crédit, même s'il a été accordé après la constitution de la sûreté, et pour toutes les obligations conditionnelles qui peuvent naître après la constitution de la sûreté, sans qu'il soit nécessaire de spécifier un montant maximum. Dans ces systèmes, une sûreté peut porter sur toutes les obligations monétaires et non monétaires garanties dues au créancier garanti et garanties par la sûreté, y compris le principal, les coûts, l'intérêt et les frais, ainsi que les obligations d'exécution et autres obligations conditionnelles. La priorité n'est pas affectée par la date à laquelle une avance ou une autre obligation garantie par la sûreté est faite ou contractée. Cela signifie qu'une sûreté peut garantir des avances futures dans le cadre d'un crédit avec le même rang de priorité que les avances faites au moment où la sûreté est constituée (voir A/CN.9/631, recommandations 74 et 76).

33. Le Guide recommande que la priorité d'une sûreté réelle mobilière s'applique à l'ensemble des obligations garanties dans la convention constitutive de sûreté. Toutefois, si un État considère que limiter le montant maximum de l'obligation garantie dans l'avis inscrit encouragera des prêts subordonnés, la priorité peut être limitée au montant maximum indiqué dans l'avis inscrit (voir A/CN.9/631, recommandation 74; pour la discussion d'une limitation possible de la priorité dans le cas de conflit de priorité avec un créancier judiciaire, voir par. 90 et 91 ci-dessous et recommandation 90).

4. Caractère indifférent de la connaissance de l'existence de la sûreté

34. Dans de nombreux systèmes juridiques, l'ordre de priorité en fonction de la date de l'inscription s'applique même si le créancier a acquis sa sûreté réelle mobilière en sachant qu'il existait une sûreté inscrite. Cette règle part généralement du principe qu'il est souvent difficile de prouver qu'une personne avait connaissance d'un fait précis à un moment précis. Cela est particulièrement vrai dans le cas d'une personne morale. Il en résulte que les règles de priorités qui dépendent de la connaissance des inscriptions peuvent rendre celles-ci sujettes à contestation et que le règlement des conflits se trouve compliqué, ce qui diminue la certitude quant au rang de priorité des créanciers garantis et réduit donc l'efficacité du système.

5. Cession de rang

35. Dans la plupart des pays, un créancier garanti peut à tout moment renoncer, unilatéralement ou conventionnellement, à sa sûreté réelle mobilière en faveur du droit d'un réclamant concurrent existant ou futur. Par exemple, le prêteur A titulaire d'une sûreté sur tous les biens existants et à venir d'un constituant pourrait autoriser le constituant à donner au prêteur B une sûreté de premier rang sur un bien particulier afin de pouvoir obtenir de ce dernier des moyens de financement supplémentaires sur la base de la valeur du bien. La reconnaissance de la validité de la subordination de sûretés correspond à une politique bien établie (voir, par

exemple, l'article 25 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances).

36. Toutefois, la subordination ne peut avoir d'incidence sur les droits d'un réclamant concurrent sans son accord. Ainsi, par exemple, un accord de cession de rang ne peut avoir d'incidences négatives sur la priorité d'un créancier garanti qui n'est pas partie à cet accord (voir A/CN.9/631, recommandation 77). Selon cette règle, il est essentiel que la priorité reconnue dans un accord de subordination continue à s'appliquer en cas d'insolvabilité du constituant. En fait, dans certains pays, il peut être nécessaire qu'une telle disposition figure dans la législation sur l'insolvabilité pour que les tribunaux puissent faire exécuter l'accord de subordination et pour que les représentants de l'insolvabilité puissent trancher les conflits de priorité entre parties à de tels accords sans s'exposer à une responsabilité civile (voir chap. XI, Insolvabilité, par. [...] et A/CN.9/631, recommandation 181).

37. La subordination de sûretés et d'autres droits réels sur des biens grevés ne signifie pas subordination des paiements avant défaillance, question qui relève du droit des contrats. Généralement, avant la défaillance et tant que le constituant paie les intérêts de l'emprunt ou de tout crédit reçu, le créancier garanti n'a pas le droit de réaliser sa sûreté et la priorité ne pose pas de problème. Ainsi, en l'absence d'accord contraire, il n'est pas interdit à un constituant de faire des paiements au titre des obligations garanties par des sûretés subordonnées (en ce qui concerne la priorité au cas où un réclamant subordonné reçoit le produit du recouvrement, de la vente ou autre disposition d'une créance grevée, voir chap. X, Droits après défaillance, par. [...]).

6. Priorité entre des sûretés sur les mêmes biens grevés

38. L'un des piliers d'un régime efficace sur les opérations garanties est la manière dont il résout les conflits de priorité entre des sûretés concurrentes sur les mêmes biens grevés. Il peut s'agir de sûretés rendues opposables par inscription, de sûretés rendues opposables par une autre méthode, ou d'une combinaison des unes et des autres.

39. Dans de nombreux systèmes juridiques ayant un registre général des sûretés, la priorité entre sûretés rendues opposables par inscription, sous réserve d'exceptions limitées (voir par. 45 ci-dessous), est déterminée en fonction de l'ordre d'inscription, quel que soit l'ordre de leur constitution, même si une ou plusieurs conditions requises pour la constitution d'une sûreté n'étaient pas remplies à ce moment-là (voir A/CN.9/631, recommandation 78, alinéa a)).

40. Cette approche peut être illustrée par les exemples suivants. Un constituant demande au créancier garanti 1 un prêt qui sera garanti par une sûreté réelle mobilière sur l'ensemble du matériel existant et futur du constituant (une sûreté réelle mobilière pouvant être rendue opposable par inscription d'un avis dans le registre général des sûretés). Le jour 1, le créancier garanti 1 fait une recherche dans le registre, qui confirme qu'aucun autre avis n'a été inscrit concernant les sûretés d'autres créanciers sur le matériel du constituant. Le jour 2, il conclut une convention constitutive de sûreté avec le constituant, dans laquelle il s'engage à accorder le prêt garanti demandé. Le jour 3, il inscrit l'avis concernant cette sûreté dans le registre général des sûretés mais n'accorde le prêt au constituant que le jour 5. Ainsi, la sûreté réelle mobilière du créancier garanti 1 a été constituée et est

devenue opposable le jour 5 (c'est-à-dire lorsque toutes les conditions de constitution et d'opposabilité ont été remplies). Toutefois, le jour 3, le constituant conclut une convention constitutive de sûreté avec le créancier garanti 2, prévoyant l'octroi d'un prêt devant être garanti par une sûreté réelle mobilière sur le matériel existant et futur du constituant, et le même jour, le créancier garanti 2 inscrit un avis concernant cette sûreté dans le registre général des sûretés et accorde le prêt au constituant. La sûreté réelle mobilière du créancier garanti 2 a donc été constituée et rendue opposable le jour 3. Selon l'approche du rang de priorité en fonction de l'ordre d'inscription décrite ci-dessus, la sûreté du créancier garanti 1 aurait priorité sur celle du créancier garanti 2, indépendamment du fait que la sûreté de ce dernier a été constituée et rendue opposable avant celle du premier.

41. Les principales justifications de cette approche sont les suivantes: a) encourager l'inscription anticipée (qui informe les tiers); et b) sécuriser les créanciers garantis en leur permettant de déterminer la priorité de leurs sûretés avant d'accorder un crédit. Dans l'exemple ci-dessus, si le créancier garanti 1 fait une recherche dans le registre le jour 2, après avoir inscrit son avis et constaté qu'il n'y en a pas d'autres concernant le bien grevé en question, il peut accorder son prêt le jour 5 en sachant avec certitude que sa sûreté aura priorité sur toute autre sûreté que le constituant pourra créer sur le bien grevé dans l'avenir, car la priorité de sa sûreté remonte au moment de l'inscription. En lui permettant d'atteindre ce degré de certitude, l'approche de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription peut être un facteur important de promotion du crédit garanti.

42. Cette certitude n'existerait pas dans une autre approche, adoptée dans certains pays, selon laquelle la priorité est accordée à la première sûreté réelle mobilière rendue opposable, car il y aurait toujours un risque qu'une autre sûreté puisse devenir opposable, et donc prioritaire, après que le créancier garanti 1 a conduit sa recherche dans le fichier mais avant qu'il accorde le prêt. Ce risque existerait quelle que soit la durée du délai.

43. En cas de conflit de priorité entre sûretés rendues opposables par des méthodes autres que l'inscription, la priorité est normalement accordée à celle qui a été rendue la première opposable (voir A/CN.9/631, recommandation 78, alinéa b)). Cette règle s'appliquerait par exemple lorsqu'une sûreté réelle mobilière sur un bien grevé particulier a été rendue opposable par prise de possession et qu'une autre sûreté sur le même bien a été rendue opposable automatiquement dès sa constitution. Dans le cas de sûretés assurant l'opposabilité par prise de possession, il n'y a pas besoin d'une règle pour établir l'ordre de priorité en fonction de la prise de possession, analogue à celle qui existe pour l'ordre de priorité en fonction de l'inscription, puisqu'un créancier garanti obtiendrait généralement la possession du bien grevé au moment où il accorde le crédit. En tout état de cause, une telle règle ne serait pas nécessaire pour les sûretés sur des instruments négociables ou des documents négociables, si leur possession donnait un droit supérieur à celui accordé par l'inscription (voir A/CN.9/631, recommandations 99 et 107).

44. Dans le cas de conflits de priorité entre des sûretés réelles mobilières rendues opposables par inscription et des sûretés réelles mobilières rendues opposables par d'autres méthodes, la priorité est accordée à la première sûreté inscrite ou rendue opposable, selon ce qui intervient en premier (voir A/CN.9/631, recommandation 78, alinéa c)). Cette règle représente un prolongement logique de la règle du premier inscrit, le registre permettant aux créanciers garantis d'avoir un

haut degré de certitude concernant la priorité de leurs sûretés. La règle encourage également l'utilisation du registre pour rendre les sûretés opposables.

45. Comme il est indiqué plus haut (voir par. 39), les règles de priorité examinées ici connaissent des exceptions limitées, qui correspondent à des règles de priorité spéciales pour certains types d'opérations ou de biens grevés, fondées sur des considérations de principe ou pratiques spéciales concernant ces opérations ou ces biens. Les types d'opérations ou des biens en question sont les suivants: a) sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition (approche unitaire) ou droit lié au financement d'une acquisition (approche non unitaire) (voir A/CN.9/631, recommandations 189 à 195, 198 et 199, dans le chap. XII, Droits liés au financement d'une acquisition sect. A et B respectivement); b) cas où une sûreté réelle mobilière est rendue opposable par inscription dans un registre spécialisé (comme c'est souvent le cas pour les navires ou les aéronefs) ou par annotation sur un certificat de propriété (comme c'est souvent le cas pour les véhicules automobiles) (voir A/CN.9/631, recommandations 83 et 84); c) cas où l'opposabilité des sûretés réelles mobilières sur les droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire ou sur le produit d'un engagement de garantie indépendant peut être assurée par prise de contrôle (voir A/CN.9/631, recommandations 101 et 105); d) cas où l'opposabilité de sûretés réelles mobilières grevant des instruments négociables ou documents négociables peut être assurée par prise de possession (voir A/CN.9/631, recommandations 99 et 107); e) cas de sûretés réelles mobilières grevant des biens rattachés (voir A/CN.9/631, recommandations 93 à 95); et f) situations où des sûretés réelles mobilières grèvent des masses de biens meubles corporels et des produits finis (voir A/CN.9/631, recommandations 96 à 98).

7. Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens à acquérir

46. Comme il est indiqué de façon plus détaillée au chapitre IV, Constitution d'une sûreté réelle mobilière (voir par. [...]), une sûreté peut, dans certains systèmes juridiques, être créée sur des biens que le constituant pourra acquérir à l'avenir ("biens à acquérir"). Il l'obtiendra alors automatiquement au moment où il acquerra les biens en question, sans avoir à prendre des mesures supplémentaires. Les coûts liés à la constitution de la sûreté sont ainsi réduits au minimum et les attentes des parties sont satisfaites. Cette pratique est particulièrement importante pour les stocks, qui sont acquis en permanence pour être revendus, pour les créances, qui sont recouvrées et naissent en permanence (voir chap. II, Champ d'application et autres règles générales, sect. F, Exemples de pratiques de financement visées, par. [...] et, dans une moindre mesure, pour le matériel qui est remplacé périodiquement dans le cours normal des affaires du constituant.

47. La reconnaissance de la constitution automatique d'une sûreté réelle mobilière sur des biens à acquérir sans nécessiter de mesures supplémentaires au moment où les biens sont créés soulève la question de savoir si la priorité doit être fonction de la date à laquelle la sûreté réelle mobilière est inscrite pour la première fois ou devient opposable ou de la date d'acquisition des biens par le constituant. Cette question est réglée différemment selon les systèmes juridiques. Certains adoptent une solution différente selon la nature du créancier réclamant un droit de préférence (la date d'inscription ou d'opposabilité étant retenue pour le classement par rapport aux autres créanciers titulaires d'une sûreté conventionnelle, et la date d'acquisition des biens par le constituant pour le classement par rapport à tous les autres

créanciers). Il est généralement admis que le moyen le plus efficace de promouvoir l'offre de crédit garanti est de retenir, pour déterminer le rang de priorité, la date d'inscription ou d'opposabilité plutôt que celle à laquelle le constituant acquiert des droits sur les biens (voir, par exemple, art. 8, par. 2 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances). Ainsi, les régimes efficaces en matière d'opérations garanties précisent qu'une sûreté sur des biens que le constituant acquerra dans l'avenir a le même rang de priorité qu'une sûreté sur des biens qu'il détient ou qui existent au moment où la sûreté est initialement inscrite ou rendue opposable aux tiers (voir A/CN.9/631, recommandation 79).

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

48. Si un créancier détient une sûreté sur le produit (pour la définition de "produit", voir Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation, par. [...]) la question est de savoir quel sera le rang de cette sûreté par rapport à celles d'autres réclamants concurrents. Peuvent figurer parmi ces derniers, entre autres, un autre créancier du constituant titulaire d'une sûreté sur le produit et un créancier du constituant qui a obtenu une sûreté judiciaire sur le produit ou la saisie de ce dernier.

49. Un bien constituant un produit pour un créancier garanti peut constituer un bien initialement grevé pour un autre créancier garanti. Par exemple, le créancier A peut détenir une sûreté sur l'ensemble des créances du constituant au titre de sa sûreté sur la totalité de ses stocks existants et futurs et sur le produit résultant de leur vente ou de leur disposition d'une autre manière, et le créancier B peut détenir une sûreté sur la totalité des créances existantes et futures du constituant à titre de garantie initiale. Si, par la suite, le constituant vend à crédit les stocks sur lesquels le créancier A détient une sûreté, les deux créanciers ont une sûreté sur la créance née de la vente: le créancier A sur la créance en tant que produit des stocks grevés et le créancier B sur la créance en tant que bien initialement grevé.

50. Ces règles peuvent varier selon la nature du réclamant concurrent. Lorsque celui-ci est un autre créancier garanti, les règles de priorité relatives au produit du bien initialement grevé peuvent se déduire de celles qui s'appliquent aux droits sur les biens initialement grevés. Dans un système juridique où, pour un bien donné, c'est la première sûreté ayant fait l'objet d'une inscription qui prime les sûretés d'un réclamant concurrent, on pourrait appliquer la même règle pour déterminer la priorité lorsque le bien initialement grevé a été transféré et que le créancier garanti se prévaut d'une sûreté sur le produit. Si la sûreté sur le bien initialement grevé a fait l'objet d'une inscription avant la sûreté du réclamant concurrent sur le produit, c'est elle qui pourrait avoir la priorité. (voir A/CN.9/631, recommandation 80).

51. Dans les cas où l'ordre de priorité de sûretés concurrentes sur le bien initialement grevé n'est pas déterminé par l'ordre d'inscription (par exemple lorsque les droits liés au financement d'une acquisition bénéficient d'un superprivilège,) il faudra déterminer séparément la règle de priorité devant s'appliquer au produit (voir chap. XII, Droits liés au financement d'une acquisition, par. [...]).

9. Maintien de la priorité

52. Dans les pays où l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière peut être établie par plusieurs méthodes (par exemple, automatiquement, par inscription, par prise de

possession ou par prise de contrôle), la question se pose de savoir si un créancier garanti ayant au départ établi la priorité de sa sûreté réelle mobilière par une méthode devrait être autorisé à changer de méthode sans perdre son rang de priorité initial. En principe, il n'y a pas de raison que, dans ce cas, une sûreté réelle mobilière perde son rang de priorité, à condition qu'elle ne soit inopposable à aucun moment par une méthode ou une autre.

53. Par exemple, si une sûreté sur un bien est rendue opposable par l'inscription et que le créancier garanti obtient ensuite la possession du bien alors que l'inscription est encore efficace, la sûreté reste opposable et la priorité remonte à la date de l'inscription. En revanche, si le créancier garanti obtient la possession du bien après l'inscription alors que celle-ci est devenue caduque parce que le délai a expiré ou pour une autre raison, la priorité de la sûreté remonte à la date de l'obtention de la possession (voir A/CN.9/631, recommandations 81 et 82; voir aussi les recommandations 47 et 48, qui énoncent que l'opposabilité est continue et si elle s'interrompt, elle remonte au moment où elle a été rétablie).

10. Priorité d'une sûreté réelle mobilière inscrite dans un registre spécialisé ou annotée sur un certificat de propriété

54. Dans de nombreux pays, une sûreté réelle mobilière ou un autre droit (tel que le droit d'un acheteur ou preneur à bail d'un bien grevé) peut être inscrit dans le registre général des sûretés ou dans un registre spécialisé, ou peut être annotée sur un certificat de propriété (voir A/CN.9/631, recommandation 39). La question dans ce cas est de savoir quel droit est prioritaire, entre la sûreté inscrite dans le registre général des sûretés, celle inscrite dans un registre spécialisé ou celle annotée sur un certificat de propriété.

55. Dans de nombreux pays, une sûreté réelle mobilière ou un autre droit inscrit dans un registre spécialisé ou annoté sur un certificat de propriété a la priorité sur une sûreté inscrite dans un registre général (voir A/CN.9/631, recommandation 83). La raison de cette approche est de permettre aux registres spécialisés d'atteindre efficacement leur objectif principal qui est de protéger les acheteurs des biens soumis à inscription sur un registre spécialisé. Selon cette règle, les acheteurs de ces biens peuvent avoir entièrement confiance en l'exhaustivité des enregistrements dans le système lorsqu'ils évaluent la qualité de la propriété qu'ils acquièrent.

11. Droit des acheteurs, des preneurs à bail et des titulaires de licence de biens grevés

a) Remarques générales

56. Lorsqu'un constituant vend des biens déjà grevés de sûretés, l'acheteur, le preneur à bail ou le titulaire de licence souhaite recevoir les biens libres de toute sûreté, tandis que le créancier garanti existant est soucieux de conserver sa sûreté sur les biens vendus (sous réserve de certaines exceptions; voir par. 59 ci-dessous). Il importe d'avoir des règles de priorité conciliant les intérêts des deux parties et de trouver un équilibre approprié. Si les droits d'un créancier garanti sur des biens particuliers sont menacés chaque fois que le constituant vend des biens grevés, la valeur de ces biens en tant que sûreté serait considérablement réduite et l'obtention de crédits garantis sur cette valeur serait compromise.

57. Le principe général est qu'un acheteur ou autre bénéficiaire du transfert prend un bien grevé sur lequel porte une sûreté réelle mobilière et les droits d'un preneur à

bail ou d'un titulaire de licence sont limités par une sûreté réelle mobilière (droit de suite; voir chap. V, Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière, par. [...]; voir aussi A/CN.9/631, recommandations 32 et 85). En d'autres termes, le créancier garanti peut suivre le bien entre les mains d'un acheteur ou autre bénéficiaire du transfert, preneur à bail ou titulaire de licence. Les exceptions à ce principe général pour chacun de ces trois types d'opérations sont examinées ci-dessous).

b) Droit des acheteurs

58. Comme il a déjà été mentionné (voir chap. V, Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière, par. [...]; et chap. IV, Constitution d'une sûreté réelle mobilière, par. [...]), lorsqu'un bien grevé est vendu, le créancier garanti conserve sa sûreté sur le bien initialement grevé et obtient en outre une sûreté réelle mobilière sur le produit de la vente. Dans ce cas, la question se pose de savoir si la sûreté sur le produit doit remplacer la sûreté sur le bien grevé. On fait parfois valoir qu'elle le devrait, selon le principe que le créancier garanti n'est pas lésé par la vente des biens libérés de sa sûreté à condition qu'il conserve une sûreté sur le produit de la vente. Toutefois, celle-ci ne le protégera pas nécessairement car le produit n'a souvent pas la même valeur pour lui que les biens initialement grevés. Dans de nombreux cas, le produit a peu de valeur, voire n'en a pas du tout, en tant que sûreté (par exemple, une créance qui ne peut être recouvrée). Dans d'autres cas, le créancier pourrait avoir des difficultés à identifier le produit et son droit sur ce dernier risque alors d'être illusoire. En outre, le produit, même s'il a de la valeur pour le créancier garanti, risque d'être dilapidé par le vendeur qui le reçoit, laissant le créancier démuni. Les systèmes juridiques ont adopté différentes règles pour concilier les intérêts des créanciers garantis et ceux des personnes achetant des biens grevés aux constituants non dépossédés. La position adoptée dans le Guide est que le créancier garanti devrait conserver sa sûreté sur le bien initialement grevé ainsi qu'une sûreté sur le produit de sa vente ou autre acte de disposition (voir A/CN.9/631, recommandations 18, 32, 40, 41 et 85). En tout état de cause, le créancier garanti ne peut recevoir plus que ce à quoi il a droit.

59. Toutefois, la plupart des États – et le Guide fait de même – admettent deux exceptions au principe général selon lequel une sûreté continue de grever le bien après son transfert. La première a trait aux situations où le créancier garanti autorise expressément la vente (voir A/CN.9/631, recommandation 86). Un créancier garanti peut autoriser cette vente, par exemple, parce que le produit est suffisant pour garantir le paiement de l'obligation garantie ou que le constituant offre d'autres biens en garantie. La deuxième exception a trait aux situations où l'on déduit l'autorisation du créancier garanti parce que les biens grevés sont de telle nature que la partie garantie s'attend qu'ils soient vendus libres de la sûreté, ou lorsqu'il est dans l'intérêt du créancier garanti qu'ils le soient (voir A/CN.9/631, recommandation 87). Les États ont formulé cette deuxième exception de diverses manières, comme il est indiqué dans les paragraphes ci-après.

i) Approche fondée sur le cours normal des affaires

60. Une approche adoptée dans de nombreux systèmes prévoit que la vente par le constituant de biens grevés constitués de stocks dans le cours normal de ses affaires entraînera l'extinction automatique de toutes les sûretés que le créancier garanti détient sur lesdits biens, sans qu'aucune autre action de la part de l'acheteur, du

vendeur ou du créancier garanti ne soit nécessaire. En revanche, lorsqu'une vente de stocks a lieu en dehors du cours normal des affaires du constituant ou lorsqu'elle porte sur un bien autre que des stocks, l'exception ne s'appliquera pas; cette vente n'éteint pas les sûretés et le créancier garanti peut en cas de défaillance de ce dernier réaliser sa sûreté sur les biens grevés qui se trouvent entre les mains de l'acheteur (à moins, bien sûr, qu'il n'ait consenti à la vente). Lorsque la convention constitutive de sûreté en dispose ainsi, la vente elle-même peut constituer une défaillance donnant au créancier garanti le droit de réaliser ses sûretés; dans le cas contraire, il ne peut le faire tant qu'il n'y a pas eu de défaillance (voir A/CN.9/631, recommandation 87, alinéa a)).

61. Selon cette approche, deux conditions doivent être remplies pour que le bien grevé soit vendu libre de la sûreté. La première est que le vendeur soit un professionnel vendant des biens du même genre. Autrement dit, le bien grevé ne peut être un bien que le vendeur ne vend pas habituellement. De plus, la vente ne peut être conclue d'une autre manière que la manière habituelle (par exemple, une vente par le vendeur en dehors de ses circuits de distribution traditionnels, ce qui serait le cas s'il ne vendait normalement qu'à des détaillants et que la vente en question s'adressait à un grossiste). La deuxième condition est que l'acheteur doit ignorer que la vente viole les droits d'un créancier garanti découlant d'une convention constitutive de sûreté (pour une règle d'interprétation concernant la "connaissance", voir Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation, par. [...]). Ce serait le cas par exemple si l'acheteur savait que la vente était interdite par les conditions de la convention constitutive de sûreté. D'un autre côté, la simple connaissance par l'acheteur du fait que le bien était grevé d'une sûreté serait insuffisante. Cette approche présente l'avantage de correspondre aux attentes commerciales voulant que le constituant vende ses stocks de marchandises (et qu'il doit effectivement vendre pour rester financièrement viable), et que les acheteurs des marchandises se les procurent libres de sûretés. Sans une telle exception au principe selon lequel la sûreté réelle mobilière est maintenue sur le bien entre les mains d'un acheteur, il serait très difficile pour un constituant de vendre des marchandises dans le cours normal de ses affaires car les acheteurs devraient faire des recherches sur d'éventuelles revendications sur les marchandises avant de les acheter. Cela aboutirait à d'importants coûts d'opérations et entraverait fortement le cours normal des opérations.

62. Cette règle constitue sans doute un moyen simple et transparent de déterminer si les biens sont vendus libres de toute sûreté. Par exemple, la vente de matériel par un distributeur à un fabricant qui l'utilisera dans son usine est de toute évidence une vente de stocks dans le cours normal des affaires du vendeur et l'acheteur devrait automatiquement prendre le matériel libéré de toutes sûretés constituées en faveur des créanciers du vendeur. Ce résultat correspond aux attentes de toutes les parties, et l'acheteur et tout créancier garanti du vendeur s'attendent à ce que la vente ait lieu afin de procurer des recettes au vendeur. Par contre, la vente par ce dernier de plusieurs machines à la fois à un autre fabricant n'entrerait probablement pas dans le cours normal des affaires.

63. En ce qui concerne les ventes réalisées en dehors du cours normal des affaires du constituant, à condition que la sûreté du créancier soit soumise à inscription dans un registre général de sûretés, l'acheteur peut se protéger en faisant une recherche

dans ledit registre pour déterminer si le bien qu'il achète est grevé et, dans l'affirmative, essayer d'obtenir du créancier garanti la mainlevée de la sûreté.

64. Dans certains pays, les acheteurs de biens grevés sont autorisés à prendre les biens libres de la sûreté, même lorsque l'opération est réalisée en dehors du cours normal des affaires du vendeur, si les biens correspondent à du matériel bon marché, pour la raison que, dans ces pays, la loi sur les opérations garanties n'autorise pas l'inscription d'une sûreté sur des articles bon marché ou bien parce que le coût de l'inscription est élevé par rapport à celui du bien, et il serait injuste de l'imposer à l'acheteur de l'article. En revanche, on peut faire valoir que si un article est vraiment bon marché, il est peu probable qu'un créancier garanti réalise sa sûreté contre le bien qui est entre les mains de l'acquéreur. En outre, le fait de déterminer quels articles sont suffisamment bon marché pour être ainsi exemptés conduirait à fixer des limites arbitraires et supposerait des révisions permanentes pour tenir compte des fluctuations de coût dues à l'inflation et à d'autres facteurs.

65. Dans certains pays qui ont un système d'inscription dans lequel on ne peut faire des recherches que d'après le nom du constituant, et non la désignation des biens grevés, un acquéreur qui achète les biens à un vendeur qui les a lui-même déjà achetés au constituant (un "acheteur éloigné") obtient les biens libres des sûretés consenties par le constituant. Cette règle se justifie par le fait qu'il serait difficile pour un acheteur éloigné de découvrir l'existence d'une sûreté consentie par un précédent propriétaire des biens grevés. Dans de nombreux cas, les acheteurs éloignés ignorent que le bien avait un propriétaire antérieur et, de ce fait, n'ont pas de raison de faire des recherches sur lui. Le problème, avec cette approche, est qu'elle compromet la fiabilité d'une sûreté réelle mobilière donnée par un vendeur, car il existe la possibilité que le bien soit vendu, à l'insu du créancier garanti, à un acheteur éloigné, soit de bonne foi, soit avec l'intention délibérée de retirer la sûreté. Toutefois, cet inconvénient est compensé par la politique en faveur de la protection des acheteurs. Pour cette raison, le Guide recommande que, si un acheteur de biens meubles corporels acquiert ces biens libres de la sûreté consentie par le vendeur, un acheteur éloigné les acquerra également libres de la sûreté (voir A/CN.9/631, recommandation 88).

66. Un inconvénient de la règle fondée sur le cours normal des affaires est qu'un acheteur ne saura peut-être pas toujours avec certitude (en particulier dans le commerce international) quelles activités pourraient s'inscrire dans le cours normal des affaires du vendeur. Un autre inconvénient éventuel serait que, si cette règle était appliquée uniquement aux ventes de stocks à l'exclusion d'autres biens, l'acheteur risquerait de ne pas savoir exactement si les biens qu'il acquiert sont considérés comme des stocks par le vendeur. Toutefois, il est à noter que, dans une relation acheteur-vendeur normale, les acheteurs sauront très probablement à quel type d'activité se livre le vendeur, et la règle fondée sur le cours normal des affaires serait alors celle qui correspond aux attentes des parties. Par conséquent, le nombre de cas où une telle confusion existe sont rares dans la pratique. Tout compte fait, les avantages de la règle fondée sur le cours normal des affaires l'emportent sur ses inconvénients. Cette règle facilite le commerce et permet aux créanciers garantis et aux acheteurs de protéger de manière efficace et économique leurs intérêts sans compromettre la promotion du crédit garanti (voir A/CN.9/631, recommandation 87, alinéa a)).

ii) Autres règles

67. De nombreux États ont adopté une approche différente pour déterminer si un acheteur de biens grevés devient propriétaire des biens libres de la sûreté constituée par le vendeur. Dans ces États, un acheteur obtient les biens libres de toute sûreté s'il les achète "de bonne foi" (autrement dit s'il n'a pas ou n'est pas censé avoir connaissance de l'existence des sûretés) et sans se préoccuper de savoir si la vente a été réalisée dans le cours normal des affaires du vendeur. On justifie cette règle notamment par le fait que la notion de "bonne foi" est connue de tous les systèmes juridiques et qu'elle a déjà été très souvent appliquée aux niveaux tant national qu'international. On fait également valoir qu'un acheteur devrait être présumé agir de bonne foi sauf preuve contraire. Toutefois, le problème, avec cette approche, est qu'elle se concentre sur un critère subjectif relatif à la disposition de l'acheteur (qui pose également des problèmes en matière de preuve) et non sur les attentes commerciales des parties concernées.

c) Droits des preneurs à bail

68. Des conflits de priorité naissent parfois entre le titulaire d'une sûreté sur un bien consentie par le propriétaire/bailleur du bien et qui est opposable et un preneur de ce bien. Dans ce contexte, la question n'est pas tant de savoir si le preneur à bail prend effectivement le bien libre de la sûreté dans le sens où celle-ci est interrompue, mais plutôt si la sûreté est sans incidence sur le droit du preneur à bail d'utiliser le bien loué selon les conditions énoncées dans le bail. Il s'agit donc surtout de déterminer si le détenteur d'une telle sûreté l'a réalisée, si le preneur pourrait néanmoins continuer d'utiliser le bien tant qu'il paie le loyer et respecte les conditions du bail. Le principe général examiné ci-dessus (voir par. 58) s'applique également ici. Le bien est, en principe, grevé de la sûreté réelle mobilière et le créancier garanti peut ainsi réaliser sa sûreté en cas de défaillance du constituant, même si cela a pour effet d'interrompre l'utilisation prévue par le bail du bien par le preneur.

69. Comme dans le cas d'acheteurs de biens meubles corporels grevés d'une sûreté antérieure, de nombreux pays admettent deux exceptions à ce principe général. Aucune de ces deux exceptions n'a pour effet d'éteindre la sûreté. Toutefois, pendant la durée du bail, le droit du créancier garanti est limité à celui du bailleur sur le bien et le preneur peut continuer à utiliser le bien de manière ininterrompue conformément aux conditions du bail.

70. La première exception correspond au cas où le créancier garanti a autorisé le constituant à conclure le bail sur lequel la sûreté n'a aucune incidence (voir A/CN.9/631, recommandation 86, alinéa b), sous-alinéa i).

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que le commentaire relatif à la question traitée dans la recommandation 86, alinéa b), ii) sera ajouté si elle décide que cet alinéa devrait être maintenu (voir A/CN.9/631, recommandation 86, alinéa b) ii), note.*]

71. La deuxième exception concerne les situations dans lesquelles le bailleur du bien est un professionnel louant des biens meubles corporels du même genre, le bail est conclu dans le cours normal des affaires du bailleur sans que le preneur ait connaissance du fait que le bail violait les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté (voir A/CN.9/631, recommandation 87, alinéa b)).

Il y aurait connaissance de la part du preneur si, par exemple, il savait que la convention constitutive de sûreté portant création de cette sûreté interdisait expressément au constituant de donner le bien à bail. En revanche, la simple connaissance de l'existence de la sûreté, attestée par un avis inscrit dans le système d'inscription des sûretés, ne serait pas suffisante pour empêcher le bailleur d'exercer ses droits. Cette exception est fondée sur des considérations de principe similaires à celles liées à l'exception analogue pour les ventes de biens dans le cours normal des affaires du vendeur (voir par. 66 ci-dessus).

72. Un régime efficace en matière d'opérations garanties doit aussi traiter de la question de la sous-location. Lorsqu'une sûreté réelle mobilière sur les biens accordée par le bailleur est réputée n'avoir aucune incidence sur les droits d'un preneur à bail de biens meubles corporels, on considère généralement qu'il est approprié qu'elle n'ait aucune incidence non plus sur les droits d'un sous-locataire (voir A/CN.9/631, recommandation 88).

d) Droits des titulaires de licence

73. Les questions exprimées ci-dessus se posent également dans le contexte de la mise sous licence de biens meubles incorporels grevés d'une sûreté réelle mobilière constituée par le donneur de licence, et le principe général applicable aux ventes et aux locations de biens meubles corporels s'applique aussi aux licences sur ce type de biens (voir A/CN.9/631, recommandation 85). Ainsi, si une sûreté sur un bien meuble incorporel est opposable, elle se maintiendra sur les biens aux mains du titulaire de la licence à moins que l'une des exceptions mentionnées ci-dessous ne s'applique (voir A/CN.9/631, recommandations 86 et 87).

74. La première exception concerne la situation où le créancier garanti a autorisé la licence (voir A/CN.9/631, recommandation 86, alinéa b) i)). Comme pour les ventes et les locations de biens meubles corporels, on estime généralement qu'il est injuste de pénaliser un titulaire de licence si le créancier garanti a consenti à la mise sous licence.

75. La deuxième exception (également analogue à des exceptions similaires concernant les ventes et les locations de biens meubles corporels) concerne la situation où il y a octroi d'une licence non exclusive sur des biens meubles incorporels, où le donneur de licence est un professionnel de la mise sous licence non exclusive de tels biens, où le bail est conclu dans le cours normal des affaires du donneur de licence et où le titulaire de la licence ignore que la licence viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté (voir A/CN.9/631, recommandation 87, alinéa c)). Comme pour les ventes et les locations de biens meubles corporels, on admet généralement qu'il y aurait connaissance de la part du titulaire de la licence si, par exemple, il savait que la convention constitutive de sûreté portant création de cette sûreté interdisait expressément au constituant d'accorder une licence sur ces biens. En revanche, la simple connaissance de l'existence de la sûreté, attestée par un avis inscrit dans le système d'inscription des sûretés, ne serait pas suffisante pour empêcher le titulaire de la licence d'exercer ses droits.

76. Il est important de noter que cette seconde exception ne concerne que les licences non exclusives sur des biens meubles incorporels et ne s'applique pas aux licences exclusives. Lorsqu'un constituant est un professionnel mettant sous licence

des biens meubles incorporels, un créancier garanti titulaire d'une sûreté sur les biens d'une manière générale s'attendra normalement à ce que son constituant octroie des licences non exclusives sur les biens afin de générer des recettes. En outre, il n'est pas raisonnable d'escompter que le titulaire d'une licence non exclusive fasse une recherche dans le registre général des sûretés pour savoir si des sûretés grèvent les biens mis sous licence. En revanche, une licence exclusive sur des biens meubles incorporels qui confère à son titulaire le droit exclusif d'utiliser les biens dans le monde entier, ou même sur un territoire spécifique, est généralement une opération négociée qui sort du cours normal des affaires du donneur de licence. Dans ce cas, il est raisonnable d'attendre du titulaire qu'il effectue une recherche dans le registre général des sûretés pour déterminer si les biens mis sous licence sont grevés d'une sûreté constituée par le donneur et qu'il obtienne une renonciation à la priorité appropriée.

77. Enfin, comme dans le cas des ventes et des locations de biens meubles corporels, un régime des opérations garanties doit traiter des sous-preneurs de licence. Et, comme dans le cas des ventes et des locations, il y a de solides arguments pour que, dans les situations où la loi considère qu'une sûreté réelle mobilière constituée par le donneur de licence initial n'a aucune incidence sur la licence elle-même, elle n'est aucune incidence non plus sur le sous-preneur (voir A/CN.9/631, recommandation 88).

e) Droits des donataires

78. La position de celui qui reçoit un bien grevé à titre de donation ("donataire") est quelque peu différente de celle d'un acheteur ou du bénéficiaire d'un transfert à titre onéreux. Comme le donataire n'a pas déboursé d'argent, il n'a pas de preuve objective pour invoquer la confiance légitime dans la propriété apparemment non grevée du constituant. Aussi, dans un conflit de priorité entre le donataire d'un bien et le détenteur d'une sûreté constituée par le donateur sur ce bien, il existe un argument solide en faveur de l'octroi de la priorité au créancier garanti, même dans les cas où la sûreté n'était pas par ailleurs opposable. En conséquence, la règle générale veut qu'une sûreté suive le bien entre les mains du bénéficiaire du transfert (voir A/CN.9/631, recommandation 85) et les seules exceptions admises concernent les bénéficiaires d'un transfert à titre onéreux, comme les acheteurs, les preneurs à bail ou les titulaires de licence (voir A/CN.9/631, recommandations 86 à 88).

12. Priorité des créances privilégiées

79. De nombreux systèmes juridiques, dans le souci d'atteindre un objectif social général (par exemple, la protection des recettes fiscales ou des salaires), donnent la priorité à certaines créances non garanties (dans le cadre, voire en dehors, d'une procédure d'insolvabilité) sur d'autres créances non garanties et, dans certains cas, sur des créances garanties (y compris des créances garanties antérieurement inscrites). Par exemple, pour protéger les créances salariales (salaires non versés) et fiscales (impôts non acquittés), certains systèmes juridiques leur donnent la priorité sur des sûretés qui existaient antérieurement. Les objectifs sociaux différant selon les pays, la nature précise des créances protégées (par exemple créances salariales ou d'un autre type) et la mesure dans laquelle la priorité leur est attribuée, diffèrent également.

80. L'avantage de privilégier certaines créances est la possibilité de poursuivre un objectif social. L'inconvénient éventuel est que ces types de privilèges peuvent proliférer au point d'entamer la certitude des créanciers existants et potentiels et de faire ainsi obstacle à l'offre de crédit garanti. En outre, même si un créancier existant ou potentiel peut en déterminer l'existence avec certitude, ces créances privilégiées (qu'elles naissent dans le cadre ou en dehors d'une procédure d'insolvabilité) auront des effets négatifs sur l'offre de crédit garanti et le coût du crédit. La raison en est que ces créances réduisant la valeur économique d'un bien pour les créanciers garantis, ceux-ci répercuteront généralement le fardeau économique qu'elles représentent sur le constituant en relevant les taux d'intérêt ou en déduisant leur montant estimé du crédit octroyé.

81. Pour éviter de décourager le crédit garanti, dont l'offre est également un objectif social, il faudrait soigneusement peser les divers objectifs sociaux avant de décider de privilégier telle ou telle créance. La tendance des législations modernes en matière de créances privilégiées est de les limiter et de ne les autoriser que lorsqu'il n'y a pas d'autre moyen efficace d'atteindre l'objectif social poursuivi et que le système juridique a déterminé que leur impact sur l'offre de crédit garanti est acceptable. Par exemple, certains systèmes juridiques protègent les recettes fiscales en incitant les dirigeants d'entreprise à régler rapidement leurs problèmes financiers sous peine d'être tenus personnellement responsables, et les créances salariales grâce à un fond public.

82. S'il existe des créances privilégiées, les lois qui en portent création devraient être suffisamment claires et transparentes pour qu'un créancier puisse en calculer par avance le montant potentiel et se protéger. Dans certains systèmes juridiques, cette clarté et cette transparence sont assurées par l'énumération de toutes les créances privilégiées dans une loi ou en annexe à la loi. D'autres systèmes exigent, à cette fin, que les créances privilégiées soient inscrites sur un registre public et ne leur accordent la priorité que sur les sûretés inscrites ultérieurement. Dans ces systèmes, la priorité est donnée aux sûretés qui sont inscrites avant les créances privilégiées dans la mesure où elles garantissent des obligations qui existent à la date où la créance privilégiée est inscrite ou qui naissent par la suite dans un délai spécifié, par exemple 45 à 60 jours après l'inscription des créances privilégiées, si les sûretés préexistantes garantissent l'engagement de fournir des avances futures. Toutefois, cette obligation d'inscription présente un inconvénient pour certaines créances privilégiées qui naissent immédiatement avant une procédure d'insolvabilité: il risque en effet d'être difficile d'en calculer le montant ou de les inscrire dans les délais. Le Guide cherche à établir un équilibre pour les créances privilégiées en recommandant non leur inscription, mais que la loi limite leur nombre et leur montant et que, dans la mesure où de telles créances existent, elles soient décrites dans la loi de manière claire et précise (voir A/CN.9/631, recommandation 89). Les créanciers garantis futurs peuvent ainsi déterminer l'éventualité de telles créances pour décider d'octroyer ou non un crédit garanti.

13. Priorité des droits des créanciers judiciaires

83. Dans certains systèmes juridiques, une sûreté réelle mobilière qui est opposable prime les droits d'un créancier chirographaire, à moins que ce dernier n'ait obtenu une décision judiciaire concernant sa créance et pris les mesures

prescrites par la loi pour faire exécuter la décision (telles que la saisie de certains biens ou l'enregistrement de la décision).

84. Les créanciers judiciaires se voient accorder cette priorité en reconnaissance des dispositions juridiques qu'ils ont prises pour recouvrer leurs créances, ce qui n'est pas injuste pour eux, car ils ont également le droit d'obtenir une décision judiciaire concernant leurs créances mais n'ont pas pris le temps ni investi l'argent nécessaires à cette fin. Toutefois, pour ne pas donner un pouvoir excessif aux créanciers judiciaires dans les systèmes juridiques où un seul créancier peut demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, les lois sur l'insolvabilité prévoient souvent que les sûretés créées par décision judiciaire obtenues pendant une période spécifiée antérieure à la procédure peuvent être annulées par le représentant de l'insolvabilité. Dans divers pays, le droit réel du créancier judiciaire s'éteint ou n'est pas reconnu dans la procédure d'insolvabilité du débiteur judiciaire.

85. Des régimes efficaces en matière d'opérations garanties règlent généralement ce type de conflit de priorité en cherchant soigneusement à établir un équilibre entre les intérêts du créancier judiciaire et ceux du créancier garanti. D'un côté, le créancier judiciaire a intérêt à savoir à un moment donné si la valeur non grevée des biens du constituant suffit pour faire exécuter le jugement. D'un autre côté, un argument solide en faveur de la protection des droits du créancier garanti est que ce dernier s'est expressément fondé sur sa sûreté pour octroyer le crédit.

86. De nombreux systèmes juridiques essaient d'atteindre cet équilibre en donnant la priorité à une sûreté réelle mobilière sur le droit réel d'un créancier judiciaire du moment qu'elle était opposable avant la naissance de ce droit réel (voir recommandation 90). Cette règle comporte une exception et deux limitations.

87. L'exception porte sur les droits liés au financement d'acquisitions sur des biens grevés autres que des stocks ou des biens de consommation. La priorité est accordée à ce type de droits même s'ils ne sont pas opposables au moment où le créancier judiciaire devient titulaire de droits sur les biens grevés, du moment que la sûreté est rendue opposable pendant le délai de grâce applicable prévu pour ces sûretés. La règle contraire créerait un risque inacceptable pour les fournisseurs de financement d'acquisitions ayant déjà octroyé un crédit avant que le créancier judiciaire n'obtienne son droit réel, et découragerait ainsi le financement d'acquisitions (voir A/CN.9/631, recommandation 194).

88. Les limitations concernent le montant du crédit qui se voit accorder la priorité. La première tient à la nécessité de protéger les créanciers garantis existants en les empêchant d'accorder des avances supplémentaires en se fondant sur la valeur des biens soumis aux droits du créancier judiciaire. Il devrait y avoir un mécanisme pour notifier aux créanciers l'existence de ces droits. Dans de nombreux pays qui ont un système d'inscription, cela se fait en soumettant ces droits à ce système. En l'absence d'un tel système, ou si les droits du créancier judiciaire n'y sont pas soumis, on peut exiger de ce dernier qu'il notifie aux créanciers garantis l'existence de la décision judiciaire. De plus, la loi peut prévoir que le créancier garanti existant conserve sa priorité pendant un certain délai (peut-être 45 à 60 jours) après l'inscription du droit du créancier judiciaire (ou après réception de l'avis), de manière qu'il puisse prendre des mesures pour protéger ses droits en conséquence. Plus le temps dont dispose un créancier garanti pour réagir à l'existence des droits

d'un créancier judiciaire est court et plus ces droits restent confidentiels, plus leur existence potentielle aura des répercussions néfastes sur l'offre et le coût des facilités de crédit qui permettent des avances futures.

89. Le Guide recommande que les créanciers garantis inscrits reçoivent notification et que la priorité de toute sûreté s'applique au crédit accordé par le créancier garanti pendant un certain nombre de jours (par exemple, 30 à 60) après réception de la notification de l'existence du droit du créancier judiciaire (voir A/CN.9/631, recommandation 90, alinéa a)). Bien que cette limitation oblige le créancier judiciaire à informer le créancier garanti de son droit, cette obligation n'est généralement pas trop lourde et dispense le créancier garanti de rechercher fréquemment des décisions judiciaires prononcées à l'encontre du constituant (ce qui serait une obligation bien plus lourde et coûteuse). L'existence du délai de grâce se justifie par le fait qu'il évite au créancier garanti bénéficiant d'un crédit permanent ou d'un autre mécanisme prévoyant l'octroi de crédits futurs d'avoir à interrompre immédiatement les prêts ou les autres crédits, ce qui pourrait mettre le constituant en difficulté ou même le contraindre à engager une procédure d'insolvabilité.

90. La deuxième limitation porte sur les avances futures. La priorité d'une sûreté réelle mobilière peut s'appliquer aux avances qui sont consenties même après que le créancier garanti a reçu notification des droits du créancier judiciaire à condition que l'avance ait fait l'objet, avant cet avis, d'un engagement irrévocable d'un montant déterminé ou pouvant être déterminé selon une formule spécifiée (voir A/CN.9/631, recommandation 90, alinéa b)). Une sûreté réelle mobilière garantissant un crédit n'ayant pas fait l'objet d'un engagement mais accordé avant que le créancier garanti reçoive notification des droits du créancier judiciaire n'est pas prioritaire au motif que le créancier judiciaire devrait être en mesure de déterminer à un moment donné si la valeur résiduelle du bien lui permettrait de faire exécuter le jugement.

91. La raison d'être de cette règle est qu'il serait injuste de priver un créancier garanti qui s'est irrévocablement engagé à accorder un crédit de la priorité qu'il escomptait en prenant son engagement. L'argument opposé est que, dans de nombreux mécanismes de crédit, l'existence d'une décision judiciaire constituerait un cas de défaillance permettant au créancier garanti de cesser d'accorder des crédits supplémentaires. Ce résultat serait toutefois injuste pour le constituant car la perte soudaine de crédit pourrait fort bien l'obliger à engager une procédure d'insolvabilité. En recommandant cette règle, le Guide résout ce conflit de priorité dans le sens de la poursuite de l'octroi du crédit en vertu d'un mécanisme de crédit irrévocable pour permettre au constituant de rester en activité (ce qui pourrait offrir au constituant les meilleures chances de rembourser toutes ses obligations).

14. Priorité des droits des personnes fournissant des services concernant un bien grevé

92. Dans certains systèmes juridiques, les créanciers qui ont fourni des services relatifs à des biens meubles corporels grevés ou qui les ont valorisés d'une manière ou d'une autre, par exemple en les entreposant, en les réparant ou en les transportant, obtiennent un droit réel sur ces biens pendant que ceux-ci sont en leur possession. Traiter les prestataires de services de cette manière a l'avantage de les

inciter à continuer à fournir des services et facilite l'entretien et la préservation des biens grevés.

93. Dans de nombreux pays, le droit réel accordé aux prestataires de services sur des biens en leur possession prime les autres sûretés grevant ces mêmes biens. Cette règle de priorité s'explique par le fait que les prestataires ne sont pas des bailleurs de fonds professionnels et devraient être dispensés d'avoir à faire des recherches dans le registre pour déterminer l'existence de sûretés concurrentes avant de fournir leurs services. En outre, la règle facilite des services comme les réparations et autres améliorations qui bénéficient souvent aux créanciers garantis.

94. La question se pose de savoir si la priorité accordée aux prestataires de services devrait être limitée à un certain montant ou reconnue seulement dans certaines circonstances. Une approche consiste à la limiter à un montant (par exemple, un mois de loyer dans le cas des propriétaires) et de ne reconnaître à ces droits un rang plus élevé que celui des sûretés antérieures qu'en cas de valorisation des biens profitant directement aux détenteurs de ces sûretés antérieures. Cette approche aurait l'avantage de ne pas limiter indûment les droits des créanciers garantis, mais l'inconvénient de ne pas protéger les prestataires de service qui n'auraient pas valorisé les biens et, en tout état de cause, le montant de la valeur qui a été ajoutée par les prestataires de service devrait être déterminé, ce qui risque d'ajouter des frais et de créer des conflits.

95. Une autre approche est de limiter la priorité des prestataires à la valeur raisonnable des services fournis. Ce serait un moyen de concilier de manière juste et efficace les intérêts divergents. Une protection raisonnable serait accordée aux prestataires de services et la question difficile de la preuve concernant la valeur relative des biens grevés avant et après la prestation de services se trouverait évitée (voir A/CN.9/631, recommandation 91).

15. Priorité du droit de revendication d'un fournisseur

96. Dans de nombreux systèmes juridiques, un fournisseur vendant des biens avec un crédit non garanti peut, en cas de défaillance ou d'insolvabilité financière de l'acheteur, se voir conférer par la loi le droit de revendiquer les biens auprès de l'acheteur dans un certain délai (dénommé "délai de revendication"). Si une procédure d'insolvabilité est ouverte à l'encontre de l'acheteur, la loi sur l'insolvabilité applicable déterminera la mesure dans laquelle les titulaires de droits de revendication devront arrêter leurs poursuites ou verront, d'une autre manière, leurs droits restreints (voir les recommandations 39 à 51 du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité).

97. Une question importante est de savoir si le droit de revendication portant sur des biens meubles corporels particuliers devrait primer une sûreté antérieure sur les mêmes biens. En d'autres termes, il s'agit de savoir si, au cas où les stocks de l'acheteur (y compris les biens qu'il revendique) sont grevés d'une sûreté opposable en faveur d'un créancier garanti, les biens revendiqués devraient être restitués au vendeur libres de ces sûretés. Dans certains pays, la revendication a un effet rétroactif, qui met le vendeur dans la position qui était la sienne avant la vente (c'est-à-dire détenant des biens qui n'étaient grevés d'aucune sûreté en faveur des créanciers de l'acheteur). Dans d'autres pays en revanche, les biens demeurent grevés des sûretés antérieures à condition que la sûreté soit devenue opposable

avant que le fournisseur n'exerce son droit de revendication, au motif que tout autre résultat serait injuste pour un créancier antérieur de l'acheteur qui s'était fié à l'existence de ces biens en accordant le crédit et serait également source d'incertitudes et découragerait ainsi le financement sur stocks (voir A/CN.9/631, recommandation 92).

16. Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur un bien rattaché

98. Dans la mesure où un régime des opérations garanties permet de constituer des sûretés réelles mobilières sur des biens rattachés à des biens immeubles (comme le recommande le présent Guide; voir A/CN.9/631, recommandation 22), il comprend des règles régissant la priorité relative d'un détenteur de sûretés sur un bien rattaché à un bien immeuble par rapport aux personnes qui sont titulaires de droits sur le bien immeuble concerné. Une préoccupation fondamentale de ces règles de priorité est d'éviter de porter inutilement atteinte aux principes bien établis du droit immobilier.

99. Ces règles de priorité traitent d'un certain nombre de conflits de priorité différents. Le premier est un conflit entre, d'une part, une sûreté réelle mobilière sur un bien rattaché (ou tout autre droit sur ce bien, tel que le droit d'un acheteur ou d'un preneur à bail) qui est constituée et rendue opposable en vertu du droit immobilier et, d'autre part, une sûreté réelle mobilière sur un bien rattaché qui est rendue opposable en vertu du régime des opérations garanties pour les biens meubles. Dans ce cas, en raison de la primauté du droit immobilier, la priorité est accordée à la sûreté constituée en vertu de ce droit (voir A/CN.9/631, recommandation 93).

100. Un deuxième conflit de priorité peut survenir entre: a) une sûreté réelle mobilière sur un bien grevé qui, soit est un bien rattaché à un bien immeuble au moment où la sûreté devient opposable, soit le devient ultérieurement; et b) une sûreté réelle mobilière sur le bien rattaché (ou un autre droit sur ce bien, tel que le droit d'un acheteur ou d'un bailleur) sur le bien immeuble concerné. Dans ce cas, la priorité est accordée au droit indiqué sous a) car les deux sûretés réelles mobilières concurrentes étant devenues opposables par inscription sur le registre immobilier, la priorité devrait être déterminée en fonction de leur ordre d'inscription afin de préserver la fiabilité du registre (voir A/CN.9/631, recommandation 94).

101. Les règles générales applicables à la priorité des sûretés réelles mobilières sur des biens meubles s'appliquent aux conflits de priorité entre des sûretés réelles mobilières sur des biens rattachés à des biens meubles. Une règle spéciale peut être nécessaire pour résoudre un conflit de priorité entre: a) une sûreté réelle mobilière sur un bien rattaché (ou tout autre droit sur un bien rattaché, tel que le droit d'un acheteur ou d'un preneur à bail) qui a été rendue opposable par inscription sur un registre spécialisé ou annotation sur un certificat de propriété; et b) une sûreté réelle mobilière ou un autre droit sur le bien meuble concerné qui est enregistrée ultérieurement. En général, la priorité est accordée au droit visé sous a) conformément au principe consistant à préserver l'intégrité des registres spécialisés et des systèmes d'annotation sur les certificats de propriété (voir A/CN.9/631, recommandation 95).

17. Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur une masse ou un produit fini

102. Il y a trois types de conflits de priorité potentiels qui nécessitent des règles spéciales. Si l'on prend l'exemple des ingrédients d'un gâteau, on peut distinguer: a) les conflits entre sûretés constituées sur les mêmes biens meubles corporels individualisés qui sont finalement intégrés à une masse ou à un produit fini (par exemple du sucre et du sucre); b) les conflits entre sûretés sur différents biens meubles corporels individualisés qui sont finalement intégrés à une masse ou à un produit fini (par exemple du sucre et de la farine); et c) les conflits entre une sûreté initialement constituée sur les biens meubles corporels distincts et une sûreté sur la masse ou sur le produit fini (par exemple, sucre et gâteau).

a) Priorité des sûretés réelles mobilières sur les mêmes biens meubles corporels individualisés qui sont intégrés à une masse ou à un produit fini

103. Les sûretés sur des biens meubles corporels individualisés qui sont mélangés ont les unes à l'égard des autres le même rang de priorité que celui qu'elles avaient sur les biens distincts. La raison de cette règle est que l'incorporation de biens dans une masse ou un produit fini ne devrait pas avoir d'incidence sur les droits respectifs des créanciers titulaires de sûretés concurrentes sur les différents biens meubles corporels individualisés (voir A/CN.9/631, recommandation 96). Cette règle se fonde sur le principe qu'un créancier garanti ne peut recevoir un montant supérieur à celui des biens meubles corporels immédiatement avant leur intégration dans la masse ou le produit fini (voir A/CN.9/631, recommandation 23).

b) Priorité des sûretés réelles mobilières sur différents biens meubles corporels individualisés qui sont intégrés à une masse ou à un produit fini

104. Si des sûretés sur différents biens meubles corporels individualisés qui seront finalement intégrés à une masse ou à produit fini se maintiennent sur la masse ou sur le produit fini, elles ont le même rang de priorité et la question est de déterminer la valeur relative des droits. Normalement, les créanciers garantis ont droit à une part de la valeur maximum totale de leurs sûretés sur la masse ou le produit fini en proportion de la valeur de leurs sûretés (voir A/CN.9/631, recommandation 97). Prenant l'exemple du gâteau, si la valeur du sucre est 2 et celle de la farine 5, alors que la valeur du gâteau est 6, les créanciers se verront attribuer 2/7 et 5/7 de 6, mais aucun des créanciers garantis ne recevra un montant supérieur à celui de son obligation garantie. En tout état de cause, si la valeur de la masse ou du produit fini est inférieure au montant des obligations garanties, il ne restera rien pour les créanciers chirographaires.

c) Priorité d'une sûreté réelle mobilière initialement constituée sur différents biens meubles corporels individualisés par rapport à une sûreté sur la masse ou le produit fini

105. Les sûretés réelles mobilières sur des biens meubles corporels individualisés ont la priorité sur toutes les sûretés sur la masse ou le produit fini qui s'étendent au futur bien uniquement si elles sont des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'une acquisition (voir A/CN.9/631, recommandation 98). Dans le cas contraire, les règles de priorité générales s'appliquent. Cette règle est destinée à promouvoir l'offre de crédit pour l'acquisition de biens meubles corporels sans lesquels il ne peut y avoir ni masse ni produit fini.

B. Remarques sur des biens particuliers

106. Cette section du commentaire examine les questions relatives aux sûretés réelles mobilières sur des types de biens qui nécessitent des règles de priorité spéciales. Les sûretés sur les types de biens auxquels les règles générales s'appliquent (par exemple, biens meubles corporels ou créances) font l'objet de la section A ci-dessus.

1. Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable

107. De nombreux pays ont adopté des règles de priorité spéciales pour les sûretés réelles mobilières sur des instruments négociables, comme les chèques, les lettres de change ou les billets à ordre (pour la définition d'un "instrument négociable", voir Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation, par. [...]). Ces règles reflètent l'importance du concept de négociabilité dans ces pays.

108. Comme on l'a vu ailleurs (voir chap. V, Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière, par. [...]), dans de nombreux pays les sûretés réelles mobilières sur des instruments négociables peuvent être rendues opposables par inscription sur le registre général des sûretés ou par transfert de la possession de l'instrument (voir A/CN.9/631, recommandation 38). Dans ces pays, la sûreté rendue opposable par transfert de la possession prime souvent celle rendue opposable par inscription, indépendamment du moment où l'inscription intervient (voir A/CN.9/631, recommandation 99). Cette règle se justifie par le fait qu'elle résout le conflit de priorité en faveur de la préservation de la négociabilité des instruments dans tous les cas.

109. Pour la même raison, la priorité est souvent accordée dans ces pays à un acheteur ou à une autre personne à qui l'instrument est transféré (dans une opération contractuelle) si cette personne est considérée comme un porteur protégé par la loi régissant les instruments négociables (pour une règle d'interprétation concernant l'expression "loi régissant les instruments négociables", voir Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation, par. [...]) ou prend possession de l'instrument négociable et fournit une prestation de bonne foi sans savoir que le transfert est effectué en violation des droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté (voir A/CN.9/631, recommandation 100). À cet égard, il convient de noter que la connaissance de l'existence d'une sûreté de la part de la personne à qui l'instrument a été transféré ne signifie pas en soi que cette personne n'a pas agi de bonne foi.

2. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire

110. Un régime global pour les priorités règle généralement un certain nombre de conflits de priorité différents relatifs aux sûretés réelles mobilières sur les droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire (pour une définition du "compte bancaire", voir Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation, par. [...]). Un type de conflit concerne une sûreté réelle mobilière rendue opposable par prise de contrôle et une sûreté réelle mobilière rendue opposable par une autre méthode. Dans cette situation, de nombreux pays accordent la priorité à la sûreté réelle mobilière rendue opposable par prise de contrôle, ce qui facilite les opérations

financières qui font appel à des fonds crédités sur un compte bancaire et évite aux créanciers garantis de faire des recherches dans le registre général des sûretés (voir A/CN.9/631, recommandation 101, première phrase). D'une certaine façon, un accord de contrôle remplit dans cette situation le rôle d'un registre spécialisé des sûretés.

111. Un autre type de conflit de priorité concerne deux sûretés dont chacune est rendue opposable par prise de contrôle. Dans ce cas, la logique est d'accorder la priorité à la sûreté qui a été rendue opposable la première (voir A/CN.9/631, recommandation 101, deuxième phrase). Ce conflit se produira rarement dans les faits car il est improbable qu'une banque dépositaire conclue sciemment plusieurs accords de contrôle portant sur le même compte bancaire en l'absence d'accord entre les deux créanciers garantis sur la manière dont la priorité sera déterminée.

112. Un troisième type de conflit de priorité concerne la situation où l'un des créanciers garantis est la banque dépositaire elle-même. Dans ce cas, il existe un argument solide pour accorder la priorité à la banque dépositaire (voir A/CN.9/631, recommandation 101, troisième phrase), car cette dernière aura généralement gain de cause dans une telle situation, ne serait-ce qu'en raison de son droit à compensation découlant du droit des opérations non garanties, et une règle de priorité qui avantage la banque permet dans ce cas de résoudre le conflit dans les limites du régime des opérations garanties sans avoir recours à une autre loi. Si une autre règle était adoptée, les banques dépositaires seraient réticentes à conclure des accords de contrôle et, en tout état de cause, un créancier garanti pourrait obtenir un accord de cession de rang de la banque avant de décider d'accorder le crédit.

113. Les pays qui adoptent cette règle de priorité prévoient souvent une exception pour le cas où le conflit de priorité se produit entre la banque dépositaire et un créancier garanti qui obtient le contrôle du compte bancaire en devenant client de la banque dépositaire, et adoptent une règle qui accorde la priorité au client. Cette approche s'explique par le fait que, en acceptant le créancier garanti concurrent comme client, la banque dépositaire consent en fait à déclasser sa créance. En outre, elle perdrait souvent son droit à compensation dans cette situation car il n'y aurait pas de réciprocité entre elle et le constituant puisque le compte bancaire n'est pas au nom de ce dernier.

114. Un quatrième type de conflit concerne une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire et tout droit à compensation que la banque dépositaire peut détenir à l'encontre du constituant-client. Pour éviter de nuire à la relation entre la banque et son client, les lois sur les opérations garanties donnent la priorité au droit à compensation de la banque dépositaire (voir A/CN.9/631, recommandation 102).

115. Un cinquième type de conflit de priorité concerne une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire et le bénéficiaire du transfert de fonds du compte bancaire effectué par le constituant. Dans cette situation, un argument de principe solide en faveur de la libre négociabilité des fonds milite pour une règle qui accorde la priorité au bénéficiaire du transfert pour autant qu'il n'ait pas agi en collusion avec le titulaire du compte bancaire pour priver le créancier garanti de sa sûreté. Ainsi, si le bénéficiaire du transfert prend les fonds en sachant que le transfert est effectué en violation de la sûreté conformément à la convention constitutive de sûreté, il prend les fonds grevés de la sûreté. Le

terme “transfert de fonds” recouvre divers transferts, y compris par chèque et par voie électronique (voir A/CN.9/631, recommandation 103).

3. Priorité d’une sûreté réelle mobilière grevant de l’argent

116. Afin de maximiser la négociabilité de l’argent, de nombreux régimes des opérations garanties permettent au bénéficiaire d’un transfert de prendre l’argent libre des créances d’autres personnes, y compris des titulaires de sûretés réelles mobilières valables grevant l’argent (pour la définition du terme “argent”, voir Introduction, sect. B, Terminologie et règles d’interprétation, par. [...]). Pour ce qui est des bénéficiaires d’un transfert de fonds depuis un compte bancaire, la seule exception à cette règle de priorité concerne la situation où le bénéficiaire s’est entendu avec le titulaire du compte pour priver le créancier garanti de ses droits (par exemple, si le bénéficiaire sait que le transfert d’argent se fait en violation de la convention constitutive de sûreté conclue entre le titulaire du compte et la partie garantie. En revanche, la seule connaissance de l’existence de la sûreté n’empêche pas le bénéficiaire du transfert d’exercer ses droits en vertu de cette règle (voir A/CN.9/631, recommandation 104).

4. Priorité d’une sûreté réelle mobilière grevant le produit d’un engagement de garantie indépendant

117. Comme il a déjà été mentionné (voir chap. V, Opposabilité d’une sûreté réelle mobilière, voir par. [...]), une sûreté réelle mobilière sur le produit d’un engagement de garantie indépendant est rendue opposable uniquement par prise de contrôle. La méthode classique de prise de contrôle étant l’obtention d’une acceptation, dans le cas où il y a plusieurs payeurs potentiels (par exemple le garant/émetteur, le confirmateur et plusieurs personnes désignées), le contrôle est obtenu uniquement à l’égard de chaque garant/émetteur, confirmateur ou personne désignée qui ont donné une acceptation. La règle de priorité se concentre donc normalement sur la personne qui est le payeur.

118. Normalement, une sûreté réelle mobilière sur le produit d’un engagement de garantie indépendant qui a été rendue opposable par prise de contrôle a, à l’égard d’un garant/émetteur, d’un confirmateur ou d’une personne désignée ayant fourni une prestation au titre de l’engagement de garantie indépendant, priorité sur toutes les autres sûretés qui ont, à l’égard de cette personne, été rendues opposables par une méthode autre que la prise de contrôle. Comme dans le cas des comptes bancaires (voir par. 110 ci-dessus), cette règle se fonde sur la nécessité de faciliter les opérations impliquant des engagements de garantie indépendants en dispensant les parties de la nécessité de faire des recherches dans le registre général des sûretés. Toutefois, entre deux sûretés rendues opposables par acceptation, la priorité est accordée à celle qui est acceptée en premier (voir A/CN.9/631, recommandation 105).

5. Priorité d’une sûreté réelle mobilière grevant un document négociable ou des biens meubles corporels représentés par un document négociable

119. Les régimes efficaces en matière d’opérations garanties efficaces ont généralement des règles qui traitent d’au moins deux conflits de priorité concernant des documents négociables, comme les récépissés d’entrepôt et les connaissements (pour la définition du “document négociable”, voir Introduction, sect. B,

Terminologie et règles d'interprétation, par. [...]). Le premier est un conflit entre le détenteur d'une sûreté réelle mobilière grevant un document négociable ou les biens meubles corporels représentés par ce dernier et une personne à laquelle ce document a été dûment transmis. Afin de préserver la négociabilité conformément au droit des opérations non garanties, la priorité est généralement accordée au bénéficiaire du transfert du document (voir A/CN.9/631, recommandation 106).

120. Le deuxième est un conflit entre le détenteur d'une sûreté sur les biens meubles corporels représentés par le document négociable qui découle d'une sûreté sur le document négociable et le détenteur d'une sûreté sur les biens meubles corporels résultant d'une autre méthode (par exemple, la constitution d'une sûreté directement sur les biens). Ce type de conflit peut survenir dans deux situations distinctes. La première, lorsque la sûreté sur les biens a été constituée alors que ces derniers étaient représentés par le document négociable. Il y a dans ce cas un argument fort en faveur de l'octroi de la priorité au détenteur de la sûreté grevant le document (voir A/CN.9/631, recommandation 107). La deuxième, lorsque la sûreté sur les biens est devenue opposable avant que les biens ne soient représentés par le document négociable. Dans ce cas, il est juste d'accorder la priorité à cette sûreté.

C. Recommandations

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que, du fait que toutes les recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties sont incluses dans le document A/CN.9/631, elles ne sont pas reproduites ici. Une fois leur texte définitif établi, elles seront reproduites à la fin de chaque chapitre.*]

A/CN.9/631/Add.5 [Original: anglais]

Note du Secrétariat sur les recommandations du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa douzième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
VIII.	Droits et obligations des parties	1-69
	A. Remarques générales	1-58
	1. Introduction	1-6
	2. Autonomie des parties	7-12
	3. Règles impératives sur les droits et obligations avant défaillance	13-32
	a) Remarques générales	13-20
	b) Obligation de conserver les biens grevés	21-27
	c) Obligation de restituer le bien grevé et de faire radier l'avis	28-32
	4. Règles non impératives relatives sur les droits et obligations avant défaillance	33-39
	5. Règles non impératives typiques régissant les droits et obligations avant défaillance	40-58
	a) Remarques générales	40-42
	b) Sûretés avec dépossession	43-51
	c) Sûretés sans dépossession	52-56
	d) Sûretés réelles mobilières avec dépossession et sans dépossession	57-58
	B. Remarques sur des biens particuliers	59-69
	C. Recommandations	

VIII. Droits et obligations des parties

A. Remarques générales

1. Introduction

1. Une convention constitutive de sûreté exprime l'accord passé entre le constituant et le créancier garanti. Son contenu varie selon les besoins et les souhaits des parties. En règle générale, ses clauses portent sur trois éléments principaux. Tout d'abord, la convention comporte un certain nombre de dispositions qui sont exigées pour la constitution d'une sûreté. Celles-ci concernent par exemple l'identification du bien grevé et de l'obligation garantie (pour la définition des termes "bien grevé" et "obligation garantie", voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation). Au chapitre IV (Constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties)), le présent Guide recommande que les conditions de forme pour l'établissement d'une convention produisant ses effets entre les parties soient réduites au minimum et faciles à satisfaire (voir A/CN.9/631, recommandations 12 à 14).

2. Ensuite, la convention constitutive de sûreté comprend habituellement un certain nombre de dispositions précisant quels seront les droits et les obligations des parties une fois qu'elle aura pris effet entre celles-ci. Nombre de ces dispositions ont trait aux conséquences d'une défaillance du constituant ou d'un manquement par le créancier garanti à l'une de ses obligations. Souvent, les faits constitutifs d'une défaillance du constituant et les moyens dont dispose le créancier garanti pour faire appliquer les dispositions de la convention sont énumérés en détail. Les conséquences importantes que la réalisation peut avoir pour les droits des tiers ont généralement amené les États à énoncer de manière assez précise un ensemble de règles impératives régissant la défaillance et la réalisation (voir chap. X, Droits après défaillance). Néanmoins, les dispositions de la convention relatives aux droits et moyens contractuels du créancier régiront la relation entre les parties dès qu'il y a défaillance si elles ne sont pas contraires à ces règles impératives ou si elles n'ont pas fait l'objet d'une renonciation de la part du constituant après la défaillance (voir A/CN.9/631, recommandation 130) ou de la part du créancier garanti à un moment quelconque (voir A/CN.9/631, recommandation 131).

3. Enfin, les conventions constitutives de sûreté comportent généralement un certain nombre d'autres dispositions destinées à réglementer la relation entre les parties après la constitution mais avant la défaillance. Ainsi, pour que les opérations garanties soient efficaces et prévisibles, il faut souvent ajouter des clauses détaillées sur des aspects particuliers de l'opération concernée. De nombreux États encouragent activement les parties à façonner elles-mêmes les dispositions qui correspondent à leurs propres besoins. Cependant, ces mêmes États tiennent également à poser certaines règles impératives régissant les droits et les obligations avant défaillance (en particulier lorsque les droits des tiers peuvent intervenir). Toutefois, afin que les constituants et les créanciers garantis bénéficient d'une plus grande souplesse pour élaborer leur convention "sur mesure", ils limitent généralement ces règles impératives au minimum.

4. Le fait que les États se refusent généralement à établir un ensemble exhaustif de règles impératives régissant la relation entre les parties avant défaillance ne

signifie par pour autant qu'ils ne souhaitent pas offrir aux constituants et aux créanciers garantis des orientations sur la question. En effet, beaucoup d'entre eux adoptent un nombre plus ou moins important d'autres règles non impératives (supplétives) prévoyant dans le détail les droits et obligations des parties avant défaillance si celles-ci ne les ont pas précisés dans leur convention constitutive de sûreté. Le présent chapitre ne traite pas l'ensemble des situations dans lesquelles les États pourraient, s'ils le souhaitent, élaborer de telles règles, mais propose plutôt une simple liste indicative et non exhaustive des règles non impératives sur les droits et obligations des parties avant défaillance que l'on rencontre fréquemment dans les législations nationales actuelles.

5. La discussion ci-après porte sur trois principaux points. Le premier, examiné dans la section A.2, concerne le principe de l'autonomie des parties et la mesure dans laquelle celles-ci devraient être libres de façonner les dispositions de leur convention (si l'on considère que cette dernière satisfait aux conditions de fond et de forme exigées pour la constitution d'une sûreté). Le deuxième, analysé à la section A.3, concerne les règles impératives qui devraient régir les droits et obligations des constituants et des créanciers garantis avant défaillance. Le troisième, qui fait l'objet des sections A.4 et A.5, concerne le type et le nombre de règles non impératives qui pourraient figurer dans une législation moderne relative aux opérations garanties afin de tenir compte des nouveautés et évolutions dans ce genre d'opérations.

6. La section B du présent chapitre examine les différentes règles impératives et non impératives concernant les droits et obligations avant défaillance qui pourraient être envisagées pour certains types de biens et d'opérations. Enfin, la section C du chapitre présente une série de recommandations.

2. Autonomie des parties

7. Au chapitre II (Champ d'application et autres règles générales), le Guide pose le principe de l'autonomie des parties qui est l'un des piliers de son approche fondamentale (voir A/CN.9/631, recommandation 8). L'idée centrale est que, à moins qu'un État n'en dispose autrement, le créancier garanti et le constituant devraient être libres de façonner leur convention constitutive de sûreté comme ils l'entendent. Si l'autonomie des parties confère aux fournisseurs de crédit une grande latitude pour déterminer la teneur de la convention, la possibilité pour les créanciers garantis et les constituants de structurer leur opération et de répartir les droits et obligations avant défaillance de la manière la mieux adaptée à leurs objectifs devrait normalement permettre aux constituants de bénéficier d'un accès plus large au crédit garanti.

8. Le principe de l'autonomie des parties comporte deux dimensions distinctes lorsqu'il s'applique aux droits et obligations avant défaillance. La première concerne les États: si ceux-ci devraient être libres d'adopter des règles impératives destinées à régir la relation entre les parties, ces règles devraient être limitées en nombre et leur portée clairement précisée. La deuxième concerne le constituant et le créancier garanti: toute convention dérogeant aux règles non impératives ou les modifiant n'oblige que les parties et n'a aucune incidence sur les droits des tiers.

9. Les lois, qu'il s'agisse de celles sur les opérations garanties ou d'autres, limitent parfois l'autonomie des parties par des règles impératives. Ainsi, de

nombreux États ont fortement réglementé les opérations de consommateurs, limitant souvent strictement la possibilité pour les créanciers garantis et les constituants de concevoir leur propre régime de droits et d'obligations avant défaillance. Par exemple, une règle interdit aux créanciers garantis de restreindre le droit des consommateurs-constituants à vendre les biens grevés ou à en disposer. De même, de nombreux États posent des limites lorsque des biens qualifiés de "biens de famille" ou de "biens communs" sont en jeu. Une règle, par exemple, interdit aux créanciers garantis de limiter l'utilisation que peuvent faire les constituants de ces "biens de famille".

10. Outre ces règles impératives applicables à certains constituants et à certains biens, il est fréquent que les États imposent différentes règles impératives de nature plus générale. Ces règles figurent habituellement dans les lois créant le régime d'opérations garanties et, comme on l'a vu, ont trait le plus souvent à la défaillance et à la réalisation. Certaines concernent cependant aussi les droits et obligations avant défaillance. Elles sont examinées à la section suivante du présent chapitre.

11. L'autonomie des parties étant le principe fondamental, le créancier garanti et le constituant énonceront généralement en détail un certain nombre d'éléments structurant leur convention. Ils préciseront le plus souvent au moins six points relatifs à leurs droits et obligations avant défaillance:

a) Ils s'entendront sur les biens qui seront grevés et sur les conditions dans lesquelles des biens non grevés à l'origine peuvent le devenir ultérieurement;

b) Ils définiront l'obligation qui sera garantie et prévoiront les obligations futures susceptibles d'être garanties dans le cadre de la convention;

c) Ils s'efforceront de préciser ce que le constituant peut et ne peut pas faire des biens grevés (notamment le droit de les utiliser, de les transformer, d'en percevoir les fruits et d'en disposer);

d) Ils préciseront si, quand et comment le créancier peut prendre possession des biens grevés avant défaillance, ainsi que ses droits à l'égard des biens grevés en sa possession;

e) Ils formuleront un ensemble de déclarations, garanties et obligations sur lesquelles le constituant s'engage; et

f) Ils définiront les faits constitutifs de la défaillance (essentiellement celle du constituant, mais aussi celle du créancier garanti).

12. C'est dans ce contexte d'autonomie des parties et compte tenu de sa portée habituelle telle que définie dans la convention constitutive de sûreté que devraient être interprétées les différentes règles impératives et non impératives.

3. Règles impératives sur les droits et obligations avant défaillance

a) Remarques générales

13. On trouve des règles impératives relatives aux droits et obligations des parties avant défaillance aussi bien dans les lois sur les opérations garanties que dans d'autres lois. Ces règles relèvent en général de trois grandes catégories. La première, qui figure habituellement dans les législations sur la protection des consommateurs ou sur les biens de famille, est d'une portée et d'une application très

particulières. Le présent Guide reconnaît l'importance que les États peuvent attacher à ces questions (voir chap. II, Champ d'application et autres règles générales). Cependant, afin de tirer le meilleur parti, sur le plan économique, du régime des opérations garanties, ils devraient préciser clairement la portée de ces limites à la liberté des parties d'adapter les droits et obligations avant défaillance à leurs besoins et à leurs souhaits.

14. La deuxième catégorie de règles porte sur les éléments de fond que les parties peuvent inclure dans leur convention. Ces règles sont généralement conçues comme des limites générales aux droits des créanciers garantis. Elles peuvent varier énormément d'un État à l'autre. Par exemple, certains États s'efforcent d'empêcher le créancier d'abuser de sa puissance économique et d'obtenir une sûreté trop importante par rapport à l'obligation garantie en adoptant des règles qui lui imposent de libérer les biens qui ne sont plus nécessaires pour garantir le reste de la dette. De même, certains États ne permettent pas aux créanciers de restreindre le droit d'un constituant à utiliser ou à transformer les biens grevés si cette utilisation ou cette transformation est conforme à la nature et à la destination des biens.

15. En raison de l'importance qu'il attache au principe de l'autonomie des parties, le Guide estime que les États ne devraient généralement pas adopter de règles impératives sur la relation avant défaillance restreignant le nombre ou la nature des obligations que les créanciers garantis et les constituants peuvent exiger les uns des autres. Cependant, les préoccupations évoquées plus haut sont souvent fondées et, selon la nature particulière de leur économie, les États peuvent ressentir le besoin de réglementer de manière plus stricte certains aspects de cette relation. Dans ce cas, il découle cependant du principe de l'autonomie des parties que ces règles impératives devraient a) être formulées de façon claire et restreinte; et b), comme les règles analogues relatives à la relation après défaillance, reposer sur des motifs d'ordre public reconnus tels que la bonne foi, la loyauté commerciale et le comportement "commercialement raisonnable" (voir A/CN.9/631, recommandations 128 et 129).

16. Une troisième catégorie de règles impératives vise à empêcher que les objectifs fondamentaux du régime d'opérations garanties soient détournés. Les États mettent généralement en place des règles de ce type pour imposer des obligations minimums à la partie qui est en possession ou a le contrôle des biens grevés. Par exemple, l'objet de la sûreté étant de fournir au créancier le droit prioritaire, en cas de défaillance, d'exiger le paiement sur la valeur des biens grevés, il serait conforme à la logique de l'institution que le constituant assume l'obligation de ne pas dilapider les biens ou d'éviter toute détérioration des biens autre que celle liée à une utilisation normale.

17. Les règles imposant au constituant et, lorsqu'il est en possession des biens grevés, au créancier garanti, de prendre raisonnablement soin de ces biens, et plus généralement les règles destinées à préserver la valeur des biens grevés, visent à inciter les parties à une convention constitutive de sûreté à se conduire de manière responsable. Ce type de règles n'a cependant pas le même impact que les règles de protection du consommateur ou les règles impératives énonçant les éléments de fond d'une convention constitutive de sûreté. Ces dernières doivent être respectées pour que la sûreté elle-même soit créée et ne peuvent être écartées ni au moment de la négociation de la convention ni ultérieurement.

18. Il ne peut être dérogé aux règles impératives fixant les droits et obligations avant défaillance (ni à aucune autre règle impérative) dans la convention constitutive de sûreté. Les parties ne peuvent, par exemple, écarter par contrat leur obligation de prendre raisonnablement soin des biens grevés. Cela ne les empêche pas toujours, cependant, de renoncer à se prévaloir d'un manquement à cette obligation une fois le manquement survenu. De nombreux États prévoient que le créancier garanti peut ultérieurement libérer le constituant de ses obligations avant défaillance ou renoncer à se prévaloir de tout manquement de la part du constituant (y compris d'un manquement aux obligations imposées par des règles impératives). En revanche, compte tenu du rapport de forces habituel entre les parties, nombre de ces mêmes États prévoient également que le constituant ne peut libérer le créancier garanti d'aucune obligation imposée par des règles impératives.

19. Les règles impératives sur la relation avant défaillance recommandées dans le présent Guide visent des objectifs généraux qui sont conformes à ce qui a été défini comme étant les principes essentiels d'un régime efficace d'opérations garanties. Elles fixent des droits et obligations avant défaillance qui a) encouragent les parties en possession des biens grevés à en préserver la valeur avant défaillance; et b) garantissent qu'une fois l'obligation payée, le constituant recouvrera l'utilisation et la jouissance pleines et entières des biens précédemment grevés.

20. Le chapitre XII (Droits liés au financement d'acquisitions) du présent Guide envisage que certains États puissent choisir de conserver la réserve de propriété et le crédit-bail en tant que formes indépendantes de droits liés au financement d'acquisitions. Dans ce cas, le vendeur bénéficie non pas d'une sûreté réelle mobilière, mais plutôt d'un droit de propriété sur le bien vendu jusqu'au paiement complet du prix d'achat (pour la définition des termes "sûreté réelle mobilière", "droit lié au financement d'une acquisition", "réserve de propriété" et "crédit-bail", voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation). Pour cette raison, même si les objectifs économiques fondamentaux de l'opération sont identiques à ceux d'une sûreté réelle mobilière ordinaire, les règles impératives relatives aux droits et obligations des parties avant défaillance (le vendeur qui reste propriétaire et l'acheteur qui est en possession du bien mais n'a qu'un droit de propriété éventuel) devront être formulées de manière légèrement différente. Ces adaptations nécessaires sont examinées au chapitre XII, section A.8.

b) Obligation de conserver les biens grevés

21. Le bien grevé est l'un des principaux éléments assurant au créancier le remboursement de l'obligation garantie. C'est aussi un bien que le constituant espère et souhaite normalement continuer d'utiliser librement une fois le prêt ou le crédit remboursé. Ils ont donc l'un comme l'autre intérêt à en préserver la valeur.

22. Le plus souvent, la personne qui est en possession du bien grevé sera la mieux placée pour en assurer la conservation. Cela explique pourquoi les États font normalement peser sur elle l'obligation de prendre raisonnablement soin du bien. Ce n'est qu'exceptionnellement, et presque toujours dans le cas de biens meubles incorporels, qu'une personne n'ayant pas la possession symbolique du bien grevé pourrait être la mieux placée pour en prendre soin. L'objectif étant de répartir équitablement l'obligation de prendre soin des biens grevés et d'inciter les parties à en préserver la valeur, il importe peu que ces biens soient en la possession du

constituant ou du créancier garanti. Les devoirs impératifs incombant à la personne en possession des biens devraient être identiques dans les deux cas.

23. La teneur précise de cette obligation peut varier considérablement selon la nature du bien grevé. Dans le cas de biens meubles corporels, la partie en possession est avant tout tenue à leur conservation matérielle (pour la définition des termes "biens meubles corporels" et "biens meubles incorporels", voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation). Lorsqu'il s'agit de biens corporels inanimés, elle serait tenue en particulier de les maintenir en bon état et de ne pas les utiliser dans un but différent de leur usage normal compte tenu des circonstances. Par exemple, s'il s'agit d'une machine, la partie qui est en sa possession et l'utilise ne doit pas la laisser dehors sous la pluie et doit en assurer l'entretien régulier. Si une sûreté est prise sur un véhicule destiné au transport de passagers, la personne qui se trouve en sa possession ne peut l'utiliser comme une camionnette à des fins commerciales.

24. Dans le cas de biens corporels vivants comme des animaux, l'obligation devrait être la même. Il ne suffit pas simplement de maintenir l'animal en vie. La personne en possession doit veiller à ce qu'il soit bien nourri et maintenu en bonne santé (par exemple à ce qu'il reçoive des soins vétérinaires suffisants). Lorsque l'animal nécessite un entretien particulier pour que sa valeur soit préservée (par exemple un exercice adapté pour un cheval de course, une traite régulière pour une vache), l'obligation de soin comprend aussi cet entretien. Enfin, comme pour le matériel, l'animal ne peut pas non plus être utilisé dans un but anormal. Ainsi, on ne saurait utiliser un taureau primé dont la valeur repose dans le prix des saillies comme bête de somme.

25. Si le bien grevé est un bien meuble corporel, tel qu'un droit au paiement d'une somme d'argent représenté par un instrument négociable, l'obligation de soin comprendra indiscutablement la conservation matérielle du document. En pareil cas, cependant, elle consistera en outre à prendre les mesures nécessaires pour maintenir ou préserver les droits du constituant à l'encontre des signataires antérieurs liés par l'instrument (par exemple présenter l'instrument, faire dresser protêt si la loi l'exige, ou encore notifier le refus). Il peut également incomber à la personne en possession d'un instrument négociable d'en préserver la valeur en prenant certaines mesures contre les personnes tenues au paiement à titre subsidiaire (par exemple les garants). Lorsque le bien corporel est un document négociable, là encore, la personne en possession doit conserver matériellement le document. De plus, si celui-ci est limité dans le temps, elle doit le présenter avant sa date d'expiration pour demander la remise matérielle des biens qu'il représente.

26. Si le bien grevé est un bien meuble incorporel, il est plus difficile de fixer l'obligation de soin raisonnable par rapport à la personne en possession du bien. Généralement, le bien en question est un simple droit contractuel à recevoir un paiement. Le caractère de l'obligation de conservation en pareil cas est examiné plus loin à la section B. Lorsque le bien grevé est un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, un bien de propriété intellectuelle ou le produit d'un engagement de garantie indépendant, les États prévoient généralement les droits et obligations respectifs des parties à l'opération dans une législation spéciale régissant ce type de biens particulier.

27. Compte tenu de ce qui précède, le présent Guide recommande aux États d'adopter une règle impérative générale sur la relation avant défaillance visant à assurer une répartition équitable de l'obligation de prendre soin des biens grevés et à inciter les parties en possession à en préserver la valeur (voir A/CN.9/631, recommandation 109, al. a)).

c) Obligation de restituer le bien grevé et de faire radier l'avis

28. L'objectif central d'une sûreté est d'accroître les chances que le constituant rembourse toute obligation due au créancier garanti. Une sûreté n'est ni un moyen d'exproprier le constituant d'un excédent de valeur ni un transfert déguisé du bien au créancier. Aussi, la plupart des États adoptent-ils des règles impératives régissant les obligations du créancier garanti une fois que l'obligation garantie a été payée en totalité et qu'il a été mis fin à l'ensemble des engagements de crédit. Ces obligations sont de deux types: certaines concernent la restitution au constituant des biens grevés dans le cas où le créancier garanti était en possession desdits biens pendant la durée de la convention, d'autres visent à garantir que les droits du constituant sur ces biens sont libres de tout droit réel résiduel.

29. Le présent Guide envisage la possibilité que les créanciers garantis rendent leurs droits opposables en prenant possession du bien grevé (voir A/CN.9/631, recommandation 35). En outre, même si la possession par le créancier n'est pas utilisée par le créancier pour rendre la sûreté opposable, les constituants peuvent, compte tenu du principe de l'autonomie des parties, consentir à ce que les créanciers garantis prennent possession de leurs biens au moment de la constitution de la sûreté ou ultérieurement, même s'ils ne sont pas défaillants. Dans les deux cas, toutefois, la possession du créancier garanti est fondée sur la convention entre les parties et est liée aux objectifs particuliers de celle-ci. C'est pourquoi, la plupart des États adoptent des règles impératives régissant les obligations du créancier garanti qui est en possession ou a le contrôle des biens grevés une fois que l'obligation garantie a été remboursée ou qu'il a été mis fin à tout engagement d'octroyer d'autres crédits.

30. L'objectif d'une sûreté étant de garantir l'exécution d'une obligation, le constituant devrait pouvoir, une fois cette obligation exécutée, recouvrer soit la possession des biens grevés, soit l'accès sans restriction à ces biens, soit les deux, d'où l'obligation formelle faite par de nombreux États au créancier garanti de lui restituer les biens grevés dès le complet paiement de l'obligation garantie (et la fin de tous les engagements de crédit). Il incombe au créancier de remettre les biens grevés et non au constituant de les réclamer ou les reprendre. De même, lorsque le créancier garanti a conclu un accord de contrôle avec une institution de dépôt, de nombreux États exigent qu'il informe expressément le dépositaire que l'accord de contrôle n'a plus d'effet. Ces deux exigences ont pour but de garantir que le constituant acquière automatiquement le libre usage des biens grevés une fois que l'obligation garantie a été payée en totalité et qu'il a été mis fin à l'ensemble des engagements de crédit.

31. Certains États considèrent que le créancier doit également entreprendre des démarches actives pour que le constituant soit placé dans la même position que celle qu'il occupait avant la constitution de la sûreté. Dans le cas de biens meubles incorporels, il serait tenu d'aviser tout tiers débiteur (par exemple le débiteur d'une créance) que l'obligation garantie a été payée en totalité et que le constituant est de

nouveau fondé à recevoir paiement de la créance (pour la définition des termes "créance" et "débiteur de la créance", voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation). De manière plus générale, certains États font obligation aux créanciers garantis de libérer les biens grevés et de veiller à ce que la sûreté soit radiée du registre correspondant. Ainsi, par exemple, lorsque les inscriptions ne sont pas automatiquement supprimées d'un registre donné, les créanciers sont souvent tenus, à l'expiration d'une période relativement courte, de demander au registre leur radiation. De même, lorsque la sûreté a fait l'objet d'une annotation sur un certificat de propriété, certains États imposent au créancier garanti de veiller à ce que cette annotation soit retirée du certificat. Le point commun à ces différentes exigences est que le créancier garanti doit prendre toutes les mesures nécessaires pour qu'aucun tiers ne puisse penser que les biens du constituant font encore potentiellement l'objet de sa sûreté.

32. La règle impérative que le présent Guide recommande d'adopter pour régir la relation entre les parties une fois l'obligation garantie payée reflète ces considérations dans une large mesure. Son objectif premier est d'assurer que le constituant recouvre l'usage et la jouissance complets du bien précédemment grevé et puisse effectivement réaliser avec des tiers des opérations relatives à ce bien (voir A/CN.9/631, recommandation 109, al. b)).

4. Règles non impératives relatives sur les droits et obligations avant défaillance

33. Outre différentes règles impératives régissant les droits et obligations des parties avant défaillance, la plupart des États établissent un ensemble de règles non impératives plus ou moins nombreuses sur ces mêmes questions. Ces règles applicables "sauf convention contraire des parties" sont appelées différemment d'un État à l'autre (par exemple *jus dispositivum*, lois supplétives, *normas supletorias*, règles non impératives, règles par défaut). Elles ont toutefois une particularité commune: elles ont vocation à s'appliquer automatiquement sauf à prouver que les parties avaient l'intention de les écarter ou de les modifier.

34. Différents motifs sont invoqués pour justifier ces règles non impératives. Certains États les utilisent pour protéger les parties les plus faibles. D'autres les considèrent comme des règles qui reflètent simplement les conditions d'une convention que les parties auraient elles-mêmes négociées si leur attention s'était portée sur ces points particuliers. Dans le présent Guide, on estime que ces règles non impératives se justifient véritablement par le fait qu'elles peuvent être utilisées pour promouvoir des objectifs généraux conformes à la logique d'un régime d'opérations garanties. Il n'est pas difficile de trouver des exemples de règles non impératives fondées sur ce motif. Dans de nombreux États, la loi dispose que, sauf convention contraire des parties, le constituant déposera toute somme obtenue d'une assurance en raison de la perte du bien grevé sur un compte de dépôt contrôlé par le créancier garanti, ou que, toujours à moins d'une convention contraire entre les parties, les recettes générées par le bien grevé peuvent être conservées par le créancier garanti pendant la durée de la convention constitutive de sûreté, de manière à être affectées, en cas de défaillance, au paiement de l'obligation garantie. Compte tenu de cet objectif général, il y a au moins quatre raisons pour lesquelles les États pourraient choisir de mettre en place un ensemble de règles non impératives.

35. Premièrement, en répartissant les droits et les obligations entre le créancier garanti et le constituant de la manière dont ils auraient eux-mêmes très vraisemblablement convenu, et compte tenu des objectifs fondamentaux d'un régime d'opérations garanties, un ensemble de règles non impératives contribue à réduire le coût des opérations, car il évite aux parties d'avoir à négocier et à rédiger de nouvelles dispositions dans la mesure où il apporte déjà une solution satisfaisante. Les règles non impératives jouent ici un rôle de clauses tacites ou supplétives (c'est-à-dire applicables en l'absence de convention contraire) qui, à moins qu'une intention différente n'ait été exprimée dans la convention constitutive de sûreté, sont réputées en faire partie intégrante. Un exemple de clause tacite serait la règle permettant à un créancier garanti en possession du bien grevé de conserver toutes les recettes qu'il génère et de les affecter directement au paiement de l'obligation garantie.

36. Deuxièmement, même les parties les plus avisées et les plus expérimentées n'ont pas une connaissance infaillible de l'avenir. Quel que soit le soin qu'elles aient mis à rédiger la convention, des imprévus se produiront. Pour parer à la nécessité d'une décision judiciaire ou arbitrale destinée à combler ces lacunes lorsqu'elles se présentent et à réduire le nombre de litiges potentiels, les États prévoient généralement des règles d'interprétation. Ces règles non impératives renvoient les parties à d'autres principes juridiques plus généraux auxquels il peut être fait appel pour résoudre les problèmes imprévus. Un exemple de règle de ce type prévoit que le constituant reste titulaire du droit principal (qu'il s'agisse du droit de propriété, d'un droit réel moindre ou d'un droit personnel) sur lequel la sûreté a été prise. Ainsi, pour faire face à n'importe quel événement imprévu, les parties peuvent commencer par se référer au principe selon lequel l'exercice de tout droit n'ayant pas expressément été attribué au créancier garanti reste réservé au constituant.

37. Troisièmement, le fait de prévoir dans la loi un ensemble relativement complet de droits et d'obligations des parties avant défaillance accroît l'efficacité et la prévisibilité en attirant l'attention des parties sur les points qu'elles devraient examiner lors de la négociation de leur convention. Un ensemble de règles supplétives qu'elles peuvent choisir d'écarter peut servir d'outil d'aide à la rédaction en leur fournissant une liste récapitulative de questions qu'elles souhaiteront peut-être aborder au moment de la finalisation de la convention. Même lorsqu'elles décident de modifier ces règles non impératives afin de mieux réaliser leurs objectifs, le fait de les avoir prises en considération garantit que ces questions ont été examinées et n'ont pas été oubliées par inadvertance.

38. Enfin, les règles non impératives permettent au principe de l'autonomie des parties de fonctionner de manière très efficace. Cet avantage est particulièrement évident dans les opérations à long terme et autres opérations spéculatives, dans lesquelles les parties ne peuvent anticiper toutes les éventualités. Ces règles permettent une plus grande souplesse et réduisent les coûts d'exécution. En considérant la convention comme complète en elle-même, par exemple, et en imposant aux parties de formaliser toutes les modifications qu'elles y apporteront par la suite, on ne fait qu'accroître le coût de l'opération pour le constituant.

39. Les avantages de laisser les parties définir leur relation à l'aide d'un ensemble de règles non impératives sont largement reconnus par de nombreux systèmes juridiques internes (voir par exemple articles 2736 à 2742 du Code Civil du Québec

(Canada) et articles 9-207 à 9-210 du Code de commerce uniforme des États-Unis), par les organisations proposant des lois types régionales (par exemple article 15 de la Loi-modèle sur les sûretés (Model Law on Secured Transactions) de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) et article 33 de la Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières de l'Organisation des États américains (OEA)) et par les conventions internationales relatives à la vente internationale (à savoir article 6 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises)[1] ou à certains aspects des opérations garanties sur les biens meubles (par exemple article 11, par. 1, de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international[2] (ci-après, "Convention des Nations Unies sur la cession") et article 15 de la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles de l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit)).

5. Règles non impératives typiques régissant les droits et obligations avant défaillance

a) Remarques générales

40. Le présent chapitre ne traite pas de toutes les situations dans lesquelles les États pourraient souhaiter élaborer des règles non impératives. Il n'aborde pas, par exemple, la question des règles non impératives qui pourraient être mises en place s'agissant des clauses fondamentales exigées pour la constitution de la sûreté (par exemple les éléments minimums devant figurer dans la convention constitutive). Ces règles remplissent une fonction différente, et leur opportunité, leur portée et leur teneur relèveraient donc de considérations de principe différentes. Pour la même raison, ce chapitre n'aborde pas non plus la question des règles non impératives destinées à régir les droits et obligations des parties après défaillance. Celles-ci sont examinées au chapitre X (Droits après défaillance).

41. Les règles non impératives examinées dans la présente section sont celles qui portent sur les droits et obligations des parties avant défaillance. Étant donné qu'elles reflètent généralement les besoins, les pratiques et les politiques respectifs des États, leur configuration varie énormément. Un certain nombre d'entre elles sont cependant communes à de nombreuses législations nationales actuelles. Elles viennent compléter les règles impératives relatives aux droits et obligations des personnes en possession des biens grevés.

42. Comme les règles impératives, ces règles non impératives visent à inciter ceux qui ont le contrôle et la garde des biens grevés à se comporter de manière responsable. Les États les organisent donc selon que les biens grevés sont en la possession du créancier garanti ou du constituant. Toutefois, certaines règles non impératives ont vocation à s'appliquer que la sûreté soit avec ou sans dépossession. Ces trois possibilités sont envisagées ci-après.

b) Sûretés avec dépossession

43. Comme on l'a vu plus haut, de nombreux États ont adopté des règles impératives imposant aux créanciers garantis en possession des biens grevés d'en

---

[1] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.12.
[2] Ibid., numéro de vente: F.04.V.14.

prendre raisonnablement soin, de les conserver et de les entretenir. Généralement, le créancier garanti est également tenu de faire effectuer toutes les réparations nécessaires pour maintenir les biens grevés en bon état. La teneur essentielle de ces règles impératives a déjà été expliquée. En outre, certains États adoptent un ensemble de règles non impératives imposant aux créanciers d'autres obligations de soin, en particulier lorsque les biens grevés génèrent des fruits civils et naturels ou d'autres sortes de revenus. Les paragraphes ci-après portent sur les règles non impératives de ce type les plus fréquentes.

44. S'agissant de l'obligation fondamentale de soin et de conservation, de nombreux États imposent expressément au créancier garanti, dans le cas de biens meubles corporels, de veiller à ce que les biens grevés restent clairement identifiables. S'il s'agit de biens fongibles mélangés à d'autres biens de même nature, cette obligation devient une obligation de conserver la même quantité de biens de même qualité et de même valeur que ceux initialement grevés. De plus, lorsque l'entretien nécessite des mesures dépassant les capacités du créancier, les États lui imposent souvent d'en aviser le constituant et, si nécessaire, de permettre à celui-ci de reprendre temporairement possession des biens pour les réparer, en prendre soin ou les conserver, ou encore en préserver la valeur.

45. Lorsque le bien grevé est un instrument représentant le droit du constituant au paiement d'une somme d'argent, l'obligation de soin incombant au créancier garanti ne se limite pas à la conservation matérielle du document. De nombreux États imposent au créancier garanti de prendre les mesures nécessaires pour maintenir ou protéger les droits du constituant à l'encontre des signataires antérieurs liés par l'instrument négociable ou tenus à titre subsidiaire, et permettent aussi soit au constituant soit au créancier garanti de demander l'exécution judiciaire de l'obligation de paiement.

46. Une autre règle non impérative (corollaire de l'obligation du créancier garanti en possession du bien grevé d'en prendre soin) consiste à permettre au créancier garanti d'être remboursé des dépenses raisonnables nécessaires à la conservation du bien et d'inclure ces dépenses dans l'obligation garantie. De nombreux États lui permettent également d'utiliser ou d'exploiter raisonnablement le bien grevé (voir A/CN.9/631, recommandation 108). En contrepartie, le créancier garanti doit permettre au constituant d'inspecter le bien grevé à tout moment raisonnable et sera tenu de verser des dommages-intérêts pour toute détérioration du bien autre que celle liée à un usage normal.

47. Le créancier garanti étant en possession du bien grevé, il sera le plus souvent le mieux placé pour en percevoir le produit monétaire (recettes ou fruits civils) ou non monétaire (fruits naturels inclus dans la définition du produit, voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation). Pour cette raison, il est fréquent que les États adoptent une règle non impérative selon laquelle le produit monétaire et le produit non monétaire sont recouvrés par le créancier garanti en possession. Le constituant étant normalement en mesure de retirer le meilleur prix des fruits naturels du bien grevé (par exemple du lait d'un troupeau de vaches, des œufs d'un poulailler, de la laine d'un troupeau de moutons), les États prévoient habituellement que le créancier garanti doit lui remettre les fruits afin qu'il puisse en disposer. En revanche, lorsque les fruits découlent d'une augmentation naturelle du nombre d'animaux, par exemple, une règle non

impérative fréquente veut que les progénitures soient automatiquement grevées et détenues par le créancier dans les mêmes conditions.

48. Lorsque le produit est monétaire, il n'est guère logique d'obliger le créancier, après l'avoir perçu, à le remettre au constituant. La règle non impérative habituelle est que le créancier garanti peut soit affecter le produit en espèces au remboursement de l'obligation garantie, soit le conserver sur un compte distinct à titre de sûreté supplémentaire. Ce principe s'applique que l'argent reçu soit des intérêts, un mélange d'intérêts et de capital, ou un dividende en actions. Certains États permettent même au créancier de vendre les actions supplémentaires reçues à titre de dividende ou de les conserver (comme les petits des animaux) à titre de bien grevé supplémentaire.

49. S'agissant du droit de disposition, on observe une grande diversité dans la manière dont les États adoptent des règles non impératives. En tout état de cause, le créancier garanti ne peut pas dilapider le bien grevé. Cependant, certains États prévoient qu'il peut céder l'obligation garantie et la sûreté, c'est-à-dire qu'il peut transférer la possession du bien grevé à la personne à laquelle il cède l'obligation garantie. Certains États prévoient également que le créancier garanti peut constituer une sûreté sur le bien grevé pour garantir sa propre dette ("renantissement du bien grevé") du moment qu'il n'est pas porté atteinte au droit du constituant de recouvrer les biens après avoir payé l'obligation garantie. Ces conventions de renantissement sont souvent limitées aux actions, obligations et autres instruments détenus sur un compte de valeurs mobilières, mais dans certains États, les créanciers peuvent renantir des biens meubles corporels tels que diamants, métaux précieux et œuvres d'art. Cependant, de nombreux États interdisent au créancier garanti en possession de renantir les biens grevés, même s'il peut le faire sans porter atteinte au droit du constituant de recouvrer ses biens une fois l'obligation garantie exécutée.

50. Le risque de perte ou de détérioration des biens est normalement lié à la propriété et non à la possession. Néanmoins, de nombreux États prévoient que lorsque les biens grevés en possession du créancier garanti sont détruits ou subissent une détérioration anormale, le créancier est présumé fautif et doit réparer le préjudice. Cependant, la même règle non impérative prévoit généralement que le créancier n'est pas responsable du préjudice s'il peut démontrer que la perte ou la détérioration sont intervenues sans qu'il ait commis de faute. Étant donné qu'il sera toujours de l'intérêt du créancier garanti de veiller au maintien de la valeur des biens grevés, de nombreux États prévoient qu'il a un intérêt assurable. S'il assure les biens contre la perte ou le dommage, quelles qu'en soient les causes, il est fondé à ajouter le coût de l'assurance à l'obligation garantie.

51. Cette dernière règle est un exemple particulier d'un principe plus général adopté en tant que règle non impérative dans de nombreux États et recommandé par le présent Guide: les dépenses raisonnables engagées par le créancier garanti dans l'exécution de son obligation de prendre raisonnablement soin des biens grevés dont il a la garde peuvent être mises à la charge du constituant et sont automatiquement ajoutées à l'obligation garantie (voir A/CN.9/631, recommandation 108, al. a)). Le paiement d'impôts, les factures de réparation et les frais de stockage sont des exemples de ces dépenses raisonnables dont le paiement incombe en définitive au constituant.

c) Sûretés sans dépossession

52. L'un des objectifs principaux d'un régime d'opérations garanties efficace est d'inciter le constituant demeurant en possession des biens grevés à se conduire de manière responsable. Le maintien de la valeur des biens grevés avant défaillance va dans le sens de cet objectif. Cependant, les principes qui sous-tendent les règles non impératives applicables aux sûretés sans dépossession visent également à maximiser le potentiel économique des biens grevés. En particulier, le fait d'encourager l'utilisation et l'exploitation des biens grevés est un moyen de faciliter la production de recettes et le remboursement de l'obligation garantie par le constituant.

53. Pour cette raison, la plupart des États prévoient que le constituant en possession ne renonce pas aux prérogatives générales liées au droit de propriété du simple fait qu'une sûreté a été constituée. Sauf convention contraire entre les parties, il peut utiliser, mélanger et transformer les biens grevés avec d'autres biens de manière raisonnable et conforme, d'une part, à leur nature et à leur destination et, d'autre part, aux objectifs de la convention constitutive de sûreté. En pareil cas, le créancier garanti devrait avoir le droit de surveiller les conditions dans lesquelles les biens grevés sont conservés, utilisés et transformés par le constituant en possession, et d'inspecter les biens à tout moment raisonnable (voir A/CN.9/631, recommandation 108, al. b)). L'obligation de soin incombant au constituant en possession comprend celle de faire correctement assurer les biens et de payer les impôts sans retard. S'il engage lui-même ces dépenses alors que le constituant demeure en possession des biens, le créancier garanti a le droit d'être remboursé par celui-ci et peut ajouter ces dépenses à l'obligation garantie.

54. Si les biens grevés en possession du constituant génèrent des revenus, dans la mesure où la sûreté du créancier s'étend aux revenus ou aux recettes desdits biens, le constituant peut aussi être obligé de tenir des livres appropriés et de rendre raisonnablement des comptes concernant la disposition et la gestion de ce produit. Ses obligations particulières dans le cas de biens meubles incorporels (par exemple comptes bancaires, redevances d'exploitation d'un brevet, droits d'auteur ou marques), notamment son droit au paiement sous forme de créances, sont examinées à la prochaine section.

55. De nombreux États disposent actuellement d'une règle empêchant que les fruits et les recettes (par opposition au produit d'actes de disposition au sens strict) soient de nouveau automatiquement grevés en vertu de la convention constitutive de sûreté. À l'inverse, le présent Guide prévoit qu'une sûreté s'étend à tous les produits générés par le bien grevé. Ainsi, sauf convention contraire, toute augmentation de la valeur des biens grevés ou tout bénéfice tiré de ceux-ci lorsqu'ils se trouvent en possession du constituant sont automatiquement grevés par la sûreté, que ces biens additionnels soient considérés comme des fruits civils ou naturels ou comme un produit. Si les fruits sont en nature (par exemple augmentation du nombre d'animaux ou encore dividendes en actions), le constituant peut les utiliser et les exploiter dans les mêmes conditions que les biens initialement grevés. Lorsqu'il s'agit de produits agricoles (lait, œufs, laine ...), la plupart des États prévoient que le constituant peut les vendre et que les droits du créancier garanti peuvent être revendiqués sur le produit ainsi obtenu. Lorsque les fruits civils sont des recettes, la sûreté s'étend à ces recettes tant qu'elles restent identifiables. Cependant, en règle générale, le constituant ne recueille pas seulement les fruits et les recettes, il en dispose également dans le cours normal de ses affaires sans être soumis à la sûreté.

56. L'obligation de conserver le bien grevé implique normalement que le constituant en possession est responsable de la perte ou la détérioration, que celle-ci soit causée par sa faute ou résulte d'un événement fortuit. En principe, le constituant ne peut disposer des biens grevés sans l'autorisation du créancier garanti. S'il le fait, l'acheteur prendra le bien sous réserve de la sûreté. Par exception, cependant, le constituant peut disposer des biens grevés libres de la sûreté s'il s'agit de stocks ou de biens de consommation et s'il les vend dans le cours normal de ses affaires (voir A/CN.9/631, recommandation 87). Malgré cette limite à la disposition, comme le constituant conserve normalement le plein usage du bien grevé, la plupart des États adoptent des règles non impératives l'autorisant à constituer des sûretés supplémentaires sur des biens déjà grevés, leurs fruits et leurs recettes, et le produit de leur disposition.

d) Sûretés réelles mobilières avec dépossession et sans dépossession

57. Outre les droits conférés et les obligations imposées expressément aux créanciers garantis et aux constituants parce qu'ils sont en possession des biens grevés, il existe deux règles non impératives fréquentes applicables tant au créancier garanti en possession (dans le cas des sûretés avec dépossession) qu'au constituant en possession (dans le cas des sûretés sans dépossession). La première est un corollaire de l'idée selon laquelle les parties en possession devraient maintenir la valeur des biens grevés. Si celle-ci venait à diminuer de manière significative pour des raisons qui étaient imprévisibles au moment de la conclusion de la convention constitutive de sûreté, et qui ne sont imputables à aucune négligence de la partie en possession, certains États prévoient que le constituant devra apporter des sûretés supplémentaires pour compenser cette dépréciation imprévue. Ces États ont généralement d'autres règles qui limitent la possibilité pour les créanciers de prendre des sûretés trop importantes (c'est-à-dire de prendre une sûreté sur des biens dont la valeur est nettement plus élevée que celle des obligations garanties). On part alors du principe que, en contrepartie de cette limite, le créancier garanti devrait pouvoir exiger du constituant qu'il apporte d'autres biens en garantie si la valeur du bien grevé chutait fortement. De plus, cette règle est souvent étendue à la dépréciation normale des biens grevés due à l'usure ou aux conditions du marché, dès lors qu'elle atteint un pourcentage important de la valeur initiale des biens.

58. Une deuxième règle non impérative fréquente a trait au droit du créancier garanti de céder à la fois l'obligation garantie et la sûreté qui y est attachée. En l'absence de convention contraire, un créancier garanti peut librement effectuer une telle cession (voir, par exemple, article 10 de la Convention des Nations Unies sur la cession et recommandation 26 du document A/CN.9/631). Certains États prévoient même qu'il peut le faire même en dépit de limitations contractuelles à la cession (voir article 9, par. 1, de la Convention des Nations Unies sur la cession et recommandation 25 du document A/CN.9/631). Lorsque le créancier garanti est en possession du bien grevé, il peut également, par voie de conséquence, transférer cette possession au nouveau créancier garanti. En tout état de cause, le cessionnaire de l'obligation garantie ne peut acquérir à l'égard du constituant ou du bien grevé de droits supérieurs à ceux dont pourrait se prévaloir le cédant.

B. Remarques sur des biens particuliers

59. La plupart des règles impératives et non impératives relatives aux droits et obligations des parties avant défaillance ont trait à la manière dont les prérogatives et devoirs liés au droit de propriété sont répartis entre le constituant et le créancier garanti. Les plus importants sont: a) l'obligation, invariablement assignée à la partie en possession du bien grevé, d'en prendre soin, de l'entretenir et de faire le nécessaire pour en préserver la valeur; b) le droit d'utiliser, de transformer, de mélanger et de fabriquer le bien grevé; c) le droit de recueillir les fruits, recettes et produits générés par le bien et de les utiliser; et d) le droit de nantir ou renantir le bien grevé ou d'en disposer, sous réserve ou non de la sûreté.

60. Ces règles envisagent les cas où le bien grevé est un bien meuble corporel. Néanmoins, au chapitre III (Approches fondamentales en matière de sûretés), le présent Guide reconnaît l'importance des biens meubles incorporels et, en particulier, des droits au paiement en tant que biens grevables. Si certaines catégories de biens incorporels sont exclues du Guide (à savoir les valeurs mobilières, voir A/CN.9/631, recommandation 4), il s'applique à nombre d'autres types de biens incorporels, notamment les créances contractuelles et non contractuelles, les droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire et le produit d'un engagement de garantie indépendant (voir A/CN.9/631, recommandation 2, al. a)).

61. La constitution d'une sûreté sur un droit à paiement concerne forcément des parties autres que le constituant et le créancier garanti, et bien évidemment le débiteur de la créance. C'est pourquoi, les États ont élaboré des règles détaillées sur les droits et obligations des parties et des tiers, que le droit à paiement soit attaché à un bien corporel (par exemple, un instrument ou un document négociable) ou incorporel (par exemple, une créance, des droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, le produit d'un engagement de garantie indépendant). La plupart des règles relatives à la relation entre le constituant et le créancier garanti d'une part, et aux débiteurs de l'obligation (désignés dans le Guide par l'expression "tiers débiteurs"), d'autre part, sont impératives. D'autres, en revanche, ne le sont pas. Les droits et obligations des tiers débiteurs sont présentés en détail au chapitre IX.

62. Le présent chapitre porte sur les droits et obligations entre le cédant et le cessionnaire avant défaillance. Conformément au principe de l'autonomie des parties, la plupart des États considèrent que ce sont les parties elles-mêmes qui devraient déterminer leurs droits et obligations réciproques avant défaillance. Aussi la majorité des règles relatives à ces droits et obligations sont-elles non impératives. Les articles 11 à 14 de la Convention des Nations Unies sur la cession posent toutefois un certain nombre de règles impératives pour le cas des cessions internationales.

63. Le principe de base dans ce domaine peut être énoncé de manière succincte et est généralement présent dans la législation nationale de la plupart des États. Selon ce principe, puisque la convention constitutive de sûreté peut porter sur une relation en cours entre les parties, celles-ci devraient, à moins d'en décider autrement, être liées par leurs propres habitudes et usages. Le présent Guide part de l'idée que la convention entre les parties est la source première de leurs droits et obligations

réciproques et qu'en l'absence d'accord contraire, elles sont également liées par leurs propres habitudes et usages établis (voir A/CN.9/631, recommandation 110).

64. Certains des aspects les plus importants de la convention entre le cédant et le cessionnaire ont trait aux garanties que le premier donne au second. En temps normal, il est présumé que a) le cédant a le droit de céder la créance; b) la créance n'a pas déjà été cédée; et c) le débiteur de la créance ne peut opposer au cédant aucune exception ni aucun droit à compensation. En d'autres termes, si le cédant a des doutes sur l'un quelconque de ces points, il doit le mentionner expressément dans la convention, ou déclarer expressément qu'il ne garantit rien à cet égard. En tout état de cause, parallèlement aux obligations du constituant à l'égard des biens corporels avant défaillance, le cédant doit prendre toutes les mesures raisonnables nécessaires à la préservation de la valeur de la créance. Il doit de ce fait continuer de veiller à conserver le droit de recouvrer la créance. Par ailleurs, à moins d'une mention expresse contraire de sa part, le cédant est présumé ne pas garantir que le débiteur de la créance puisse effectivement payer. Ces différentes obligations sont énoncées sous forme de règles non impératives dans la législation nationale de la plupart des États et font l'objet d'une recommandation en ce sens dans le présent Guide (voir A/CN.9/631, recommandation 111).

65. La valeur de la créance cédée étant constituée par le paiement qu'effectue le débiteur de l'obligation, et le débiteur de la créance n'étant obligé de payer le cessionnaire que s'il a connaissance des droits de ce dernier (voir A/CN.9/631, recommandations 114 et 115), il importe de donner au cessionnaire tous les moyens lui permettant de porter la cession à la connaissance du débiteur. De nombreux États prévoient donc que soit le cédant soit le cessionnaire, peut notifier la cession au débiteur et lui donner des instructions relatives à la manière dont le paiement doit être effectué. Néanmoins, pour éviter que des instructions contradictoires ne soient données, seul le cessionnaire peut normalement, une fois la cession notifiée, indiquer au débiteur le mode et le lieu de paiement.

66. Il peut, bien sûr, se trouver des situations dans lesquelles le cédant et le cessionnaire (ou l'un des deux seulement) ne souhaitent pas que le débiteur de la créance ait connaissance de la cession. Ce souhait peut être lié aux caractéristiques particulières de l'activité concernée ou aux conditions économiques générales. Pour cette raison, les États prévoient habituellement que le cédant et le cessionnaire peuvent convenir de différer la notification de la cession au débiteur de la créance. Tant que cette notification n'est pas intervenue, le débiteur continuera de payer le cédant conformément à la convention qui les lie ou à toute instruction de paiement ultérieure. Le manquement de la part d'une des parties (généralement le cessionnaire) à une obligation de ne pas notifier la cession ne devrait pas nuire au débiteur de la créance. Ce dernier peut payer conformément aux instructions données et être libéré de sa dette à hauteur des montants ainsi versés (voir A/CN.9/631, recommandation 116). Néanmoins, de nombreux États prévoient également que, sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, un tel manquement peut faire naître une responsabilité pour tout préjudice en résultant. Le présent Guide recommande que ces principes généraux s'appliquent à la notification de la cession au débiteur de la créance (voir A/CN.9/631, recommandation 112).

67. La sûreté portant en fait sur le droit au paiement, il importe de préciser l'effet de tout paiement fait par le débiteur de la créance, soit au cédant soit au cessionnaire, sur leurs droits respectifs. De nombreux États ont adopté des règles

non impératives destinées à régir l'effet des paiements effectués de bonne foi qui n'étaient pas forcément conformes à l'intention du cédant ou du cessionnaire. Il est possible, par exemple, même si le débiteur de la créance n'a pas été avisé de la cession, que le paiement soit fait dans les mains du cessionnaire. Étant donné l'objectif de la sûreté sur la créance, il est plus efficace de permettre au cessionnaire de conserver ce paiement en l'affectant au règlement de l'obligation du cédant. De même, si le paiement est fait dans les mains du cédant postérieurement à la cession, et là encore indépendamment de la question de savoir si le débiteur de la créance avait été avisé de la cession, le cédant devrait être tenu de remettre le paiement reçu au cessionnaire. Pareillement, une fois le débiteur avisé, si l'obligation de paiement consiste en partie à restituer un bien au cédant, les États prévoient souvent que ce bien doit être remis au cessionnaire. Dans tous ces cas, cependant, les règles adoptées par de nombreux États sont non impératives et le cédant et le cessionnaire pourraient donc adopter une solution différente dans leur convention.

68. En cas de cessions multiples de la créance, le débiteur peut recevoir de multiples notifications et ne pas savoir quel cessionnaire est le plus fondé à recevoir paiement. Il arrive alors qu'il paie de bonne foi dans les mains d'un cessionnaire ayant un rang de priorité moins élevé. En pareil cas, les États prévoient généralement que le cessionnaire de rang plus élevé ne doit pas être privé de ses droits à obtenir paiement et, lorsque l'obligation de paiement comprend la restitution de biens au cédant, à recevoir également lesdits biens. Cependant, le cessionnaire ne peut en tout état de cause conserver le paiement qu'à hauteur de ses droits sur la créance, de sorte que si le débiteur effectue un paiement supérieur au montant du solde de sa dette envers le cédant, le cessionnaire doit remettre le surplus à la personne à laquelle il revient (le cessionnaire de rang immédiatement inférieur ou le cédant selon le cas). Conformément à son approche générale en matière de répartition des droits et obligations entre le cédant et le cessionnaire avant défaillance, le présent Guide recommande que ces principes généraux régissent les cas où le paiement a été fait de bonne foi dans les mains d'une personne qui n'était pas en réalité fondée à le recevoir (voir A/CN.9/631, recommandation 113).

69. Ces règles non impératives relatives aux droits et obligations avant défaillance des cédants et des cessionnaires de biens meubles incorporels contribuent à structurer la relation qui les lie. À bien des égards, elles constituent un bon exemple de ce à quoi sont destinées des règles non impératives, ce qui explique qu'elles soient explicitement mentionnées dans la législation nationale de nombreux États. C'est aussi pour cette raison que le présent Guide recommande de les faire figurer dans toute loi relative aux opérations garanties, afin de favoriser l'efficacité de la cession et du recouvrement de créances, tout en permettant aux cédants et aux cessionnaires de structurer leurs propres opérations de manière différente afin qu'elles correspondent à leurs propres besoins et à leurs propres souhaits.

C. Recommandations

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

A/CN.9/631/Add.6 [Original: anglais]

Note du Secrétariat sur les recommandations du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa douzième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

IX. Droits et obligations des tiers débiteurs 1-35

A. Remarques générales 1-35

1. Introduction 1-3

2. Incidence d'une sûreté réelle mobilière sur les obligations d'un tiers débiteur . . . 4-35

a) Incidence générale 4-5

b) Incidence d'une sûreté réelle mobilière sur les obligations du débiteur d'une créance 6-16

c) Incidence d'une sûreté réelle mobilière sur les obligations du débiteur dans le cadre d'un instrument négociable 17-21

d) Incidence d'une sûreté réelle mobilière sur les obligations de la banque dépositaire 22-28

e) Incidence d'une sûreté réelle mobilière sur les obligations d'un garant/émetteur, d'un confirmateur ou d'une personne désignée dans le cadre d'un engagement de garantie indépendant 29-33

f) Incidence d'une sûreté réelle mobilière sur les obligations de l'émetteur ou d'un autre débiteur dans le cadre d'un document négociable 34-35

B. Recommandations . . . . . .

IX. Droits et obligations des tiers débiteurs

A. Remarques générales

1. Introduction

1. Lorsque le bien grevé dans une opération garantie consiste en un droit à l'égard d'un tiers, l'opération est nécessairement plus complexe que lorsqu'il s'agit d'un objet simple tel qu'un matériel. Les droits à l'égard de tiers peuvent être des "créances", des "instruments négociables", des "documents négociables", "des droits au produit d'un engagement de garantie indépendant" ou des "droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire" (pour les définitions de ces

termes, voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation). Si ces droits présentent des différences importantes, ils partagent une caractéristique fondamentale commune: la valeur du bien grevé est le droit d'obtenir l'exécution d'une obligation par un tiers débiteur.

2. Selon la nature du droit à l'égard d'un tiers que constitue le bien grevé, le tiers débiteur est désigné dans le présent Guide par des termes différents. Par exemple, lorsque le droit est une créance, il est appelé "débiteur de la créance" et, lorsque l'obligation donne un droit au produit d'un engagement de garantie indépendant, il est appelé "garant/émetteur, confirmateur ou autre personne désignée" (pour les définitions de ces termes, voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation).

3. Lorsque le bien grevé est un droit à l'égard d'un tiers débiteur, l'opération garantie affecte non seulement le constituant et le créancier garanti mais aussi ce tiers débiteur. C'est pourquoi les lois prévoient généralement une protection appropriée pour que le tiers débiteur ne soit pas pénalisé du fait, notamment, qu'il n'est pas partie à l'opération garantie. Cette protection ne devrait pas toutefois rendre inutilement contraignante la constitution de sûretés réelles mobilières sur des droits à l'égard de tiers débiteurs, étant donné que les sûretés facilitent l'octroi de crédit par le créancier garanti au constituant, et donc par ce dernier au tiers débiteur.

2. Incidence d'une sûreté réelle mobilière sur les obligations d'un tiers débiteur

a) Incidence générale

4. On admet généralement qu'il serait inapproprié qu'une sûreté réelle mobilière sur un droit à l'exécution d'une obligation par un tiers débiteur modifie la nature ou l'ampleur de cette obligation. L'article 15 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international[1] ("Convention des Nations Unies sur la cession"), par exemple, n'autorise les modifications de l'obligation que si elles concernent l'identité de la personne à laquelle le paiement est dû (et, dans certaines limites, l'adresse ou le compte auxquels le paiement doit être effectué; voir par. 8 ci-dessous). Ce principe est également applicable aux tiers débiteurs pour les droits autres que les créances (comme ceux mentionnés plus haut).

5. Lorsqu'un instrument négociable ou un document négociable atteste un droit à l'égard du tiers débiteur, le principe susmentionné est déjà consacré dans une législation, bien établie dans la plupart des États, qui précise l'effet d'une cession sur l'obligation du débiteur (la "loi régissant les instruments négociables" est plus large que le "droit des instruments négociables"; voir A/CN.9/631/Add.1, par. […]). Il n'est donc pas nécessaire que la loi sur les opérations garanties énonce de nouveau ces règles et le Guide renvoie généralement à cette législation établie pour donner effet au principe. Une protection semblable est prévue par la loi régissant les comptes bancaires ainsi que par la loi et la pratique régissant les engagements de garantie indépendants auxquels le Guide renvoie également.

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

b) Incidence d'une sûreté réelle mobilière sur les obligations du débiteur d'une créance

6. Si l'incidence d'une sûreté réelle mobilière sur le débiteur dans le cadre d'un instrument négociable ou d'un document négociable est bien établie dans la plupart des États, ce n'est pas toujours le cas lorsque la sûreté porte sur une créance. C'est pourquoi le présent Guide traite de façon assez détaillée l'incidence d'une sûreté sur l'obligation du débiteur d'une créance. Ses principes sont inspirés pour l'essentiel des règles analogues de la Convention des Nations Unies sur la cession.

7. Conformément à l'approche de la Convention des Nations Unies sur la cession, le Guide vise non seulement les sûretés réelles mobilières sur des créances mais aussi les transferts purs et simples et les transferts à titre de garantie (voir A/CN.9/631, recommandation 3; pour la définition des termes "cession", "cédant", "cessionnaire" et de termes voisins, voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation). La discussion vise donc le débiteur de la créance dans des opérations où la créance fait l'objet d'un transfert pur et simple ou a été utilisée en tant que bien grevé (dans le cadre d'une cession pure et simple à des fins de garantie ou d'une cession à titre de garantie).

8. La Convention des Nations Unies sur la cession prévoit, à quelques exceptions près, que la cession d'une créance n'a pas d'incidences sur les droits et obligations du débiteur de la créance à moins que ce dernier n'y consente. Ne sont autorisées que les modifications concernant la personne, l'adresse ou le compte auxquels le débiteur de la créance doit effectuer le paiement. Pour éviter que de telles modifications ne mettent le débiteur en difficulté, la Convention des Nations Unies sur la cession empêche que la cession, ou toute instruction au débiteur de la créance dans le cadre de cette dernière, n'entraîne de changements de la personne, de l'adresse ou du compte auxquels le paiement est dû ou encore de la monnaie du paiement ou de l'État dans lequel le paiement doit être effectué, sauf à le remplacer par l'État dans lequel le débiteur de la créance est situé (voir art. 15 de la Convention des Nations Unies sur la cession et A/CN.9/631, recommandation 114).

9. Lorsque la cession d'une créance est un transfert pur et simple, la propriété du droit d'obtenir exécution par le débiteur de la créance a changé, mais cela ne signifie pas nécessairement que la partie à laquelle le paiement doit être effectué change aussi car, dans de nombreux cas, le cessionnaire conclut avec le cédant un accord de service ou un arrangement semblable en vertu duquel le second obtient exécution au nom du premier.

10. De même, lorsque la cession d'une créance implique la constitution d'une sûreté réelle mobilière, cela ne signifie pas non plus nécessairement que la partie à laquelle le paiement doit être effectué changera. Dans certains cas, l'arrangement entre le cédant et le cessionnaire voudra que le paiement soit effectué au cédant (au moins avant toute défaillance de sa part) et, dans d'autres, au cessionnaire.

11. Étant donné que le débiteur de la créance ne sera libéré de son obligation que si le paiement est effectué à la bonne partie (et ne le sera peut-être pas dans le cas contraire), il a évidemment intérêt à connaître l'identité de la partie à laquelle le paiement doit être effectué. Ainsi, de nombreux systèmes juridiques le protègent en lui permettant d'effectuer un paiement libératoire conformément au contrat initial jusqu'à ce qu'il ait reçu notification de la cession et de tout changement concomitant de la personne ou de l'adresse auxquelles le paiement devrait être

effectué. Ce principe offre une protection importante au débiteur de la créance car on ne pourra considérer qu'il n'est pas libéré par le paiement au seul motif qu'il l'a effectué à une partie qui n'était plus le créancier, même s'il n'avait pas connaissance du changement (voir art. 17, par. 1, de la Convention des Nations Unies sur la cession et A/CN.9/631, recommandation 116, al. a)).

12. En revanche, une fois que le débiteur de la créance a été avisé de la cession et de toutes nouvelles instructions de paiement, il est approprié d'exiger de lui qu'il effectue le paiement conformément à la cession et aux instructions (sous réserve de la limite indiquée au paragraphe 8, selon laquelle les instructions ne peuvent modifier la monnaie du paiement ni l'État dans lequel le paiement doit être effectué à moins que le nouvel État soit celui dans lequel le débiteur de la créance est situé). Ce principe est capital pour assurer la viabilité économique du financement par cession de créances. Si le débiteur de la créance gardait la possibilité de payer le cédant, cela pourrait priver le cessionnaire de la valeur de la cession, notamment si le cédant se trouvait en difficulté financière (voir art. 17, par. 2, de la Convention des Nations Unies sur la cession et A/CN.9/631, recommandation 116, al. b)).

13. Comme il a été indiqué plus haut, il serait inapproprié que la cession d'une créance modifie la nature ou l'ampleur de l'obligation du débiteur. Il s'ensuit notamment que la cession ne devrait pas priver le débiteur de la créance, sans son consentement, des exceptions et des droits à compensation qu'il aurait pu opposer au cédant en l'absence de cession (voir art. 18 de la Convention des Nations Unies sur la cession et A/CN.9/631, recommandation 117).

14. Ce principe ne devrait cependant pas empêcher le débiteur de la créance de s'engager à ne pas opposer à un cessionnaire les exceptions et les droits à compensation qu'il aurait autrement pu opposer au cédant. Un tel engagement a pour effet de conférer à la créance la même "négociabilité" que celle qui permet à des "porteurs légitimes" ou à des "acheteurs protégés" de demander l'exécution d'instruments négociables sans se soucier d'exceptions ou de droits à compensation (pour la signification du terme "porteur protégé", voir par exemple l'article 29 de la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux[2]). Étant donné que la créance aurait pu être incorporée dans un billet à ordre ou un instrument négociable similaire, avec le consentement du débiteur, il n'y a aucune raison d'empêcher celui-ci de convenir d'obtenir le même résultat que celui qui aurait été produit par l'utilisation du billet à ordre ou de l'instrument négociable (voir A/CN.9/631, recommandation 118, al. a)). Cependant, dans la plupart des États, comme dans la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux, certaines exceptions peuvent être opposées même à un porteur légitime ou à un acheteur protégé (voir par exemple, le paragraphe 1 de l'article 30 de la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux). Le même résultat devrait s'ensuivre dans le cas d'un engagement de ne pas opposer d'exceptions au cessionnaire d'une créance (voir art. 19, par. 2, de la Convention des Nations Unies sur la cession et A/CN.9/631, recommandation 118, al. b)).

[2] Ibid., numéro de vente: F.95.V.16.

15. Lorsqu'une créance est créée contractuellement, il est possible que son débiteur convienne avec le créancier de modifier les termes de l'obligation. Si elle fait l'objet d'une cession, il faut déterminer l'incidence de la modification sur les droits du cessionnaire. Si la modification intervient avant la cession, le droit cédé au cessionnaire est la créance initiale telle qu'elle a été modifiée par convention entre le débiteur et le créancier. Si la modification intervient après la cession, mais avant que le débiteur ait pris connaissance de cette dernière, il est compréhensible qu'il estime que l'accord de modification a été conclu avec le créancier et qu'il est donc valable. En conséquence, les systèmes juridiques prévoient généralement qu'une telle modification produit effet à l'égard du cessionnaire (voir, par exemple, art. 20, par. 1, de la Convention des Nations Unies sur la cession et A/CN.9/631, recommandation 119, al. a)).

16. Si la convention portant modification des termes de la créance est conclue entre le débiteur de la créance et le cédant après la cession et après que le débiteur en a été avisé, la modification est généralement sans effet à moins que le cessionnaire n'y consente car, à ce stade, le droit du cessionnaire sur la créance a déjà été établi et serait autrement modifié sans son consentement. Certains systèmes juridiques prévoient toutefois des exceptions limitées à cette règle d'invalidité. Par exemple, si le droit au paiement de la créance n'a pas encore été pleinement acquis du fait d'une exécution incomplète de l'obligation et si le contrat initial autorise les modifications, une modification peut produire effet à l'égard du cessionnaire. Dans certains cas, par exemple lorsque le contrat initial régit une relation à long terme entre le débiteur et le créancier et que des modifications interviennent fréquemment, le cessionnaire peut s'attendre à des modifications raisonnables dans le cours normal des affaires, même après la cession. En conséquence, certains systèmes juridiques prévoient qu'une modification à laquelle un cessionnaire raisonnable consentirait produit effet à l'égard du cessionnaire, même si elle intervient après que le débiteur a pris connaissance de la cession, pour autant que la créance n'ait pas encore été pleinement acquise par exécution (voir art. 20, par. 2, de la Convention des Nations Unies sur la cession et A/CN.9/631, recommandation 119, al. b)).

c) Incidence d'une sûreté réelle mobilière sur les obligations du débiteur dans le cadre d'un instrument négociable

17. Dans la plupart des États, la loi régissant les instruments négociables est bien établie et prévoit des règles claires sur l'incidence du transfert d'un instrument sur les obligations des parties à ce dernier. D'une façon générale, l'application de ces règles est maintenue dans le contexte des sûretés réelles mobilières grevant des instruments négociables (voir A/CN.9/631, recommandation 121).

18. Ainsi, par exemple, le créancier garanti ne peut obtenir paiement d'un instrument négociable que conformément aux termes dudit instrument. Même si le constituant a manqué à son obligation à l'égard du créancier garanti, ce dernier ne peut demander l'exécution de l'instrument négociable au débiteur que si le paiement est dû en vertu de l'instrument. Par exemple, si un instrument négociable n'est payable qu'à une certaine échéance, le créancier garanti ne peut en exiger le paiement avant cette échéance que dans la mesure énoncée dans les termes de l'instrument lui-même.

19. En outre, le créancier garanti, sauf convention contraire du débiteur, ne peut obtenir paiement de l'instrument négociable que conformément à la loi régissant les

instruments négociables. Normalement, cette loi prévoit qu'il doit en être porteur, en d'autres termes être en sa possession avec tout endossement nécessaire. Sinon, le débiteur ne peut être assuré d'être libéré de l'instrument négociable par le paiement du créancier garanti. C'est pourquoi la loi régissant les instruments négociables permet souvent au débiteur d'insister pour ne payer que le porteur de l'instrument négociable. Dans certains systèmes juridiques toutefois, une personne à laquelle le porteur a transféré l'instrument peut en demander exécution s'il en a la possession.

20. En vertu de la loi régissant les instruments négociables, le créancier peut ou non être soumis aux droits et exceptions du débiteur dans le cadre de l'instrument. Si le créancier garanti est un porteur protégé de l'instrument négociable, il est en droit de demander l'exécution de ce dernier libre de certains droits et exceptions du débiteur. Il s'agit des droits et exceptions dits "personnels", tels que les droits et exceptions contractuels classiques que le débiteur aurait pu opposer au porteur précédent. En revanche, le créancier garanti, même en tant qu'acheteur protégé, reste soumis aux exceptions dites "réelles" du débiteur, telles que l'incapacité juridique, le dol, ou la libération dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité.

21. Si le créancier garanti est un porteur de l'instrument négociable, mais non un porteur protégé, bien qu'il ait le droit d'obtenir paiement de l'instrument négociable, il est généralement soumis aux droits et aux exceptions que le débiteur aurait pu opposer à un porteur antérieur, y compris à tous les droits et exceptions "personnels", à moins que la partie responsable dans le cadre de l'instrument négociable ait effectivement renoncé à son droit d'opposer ces droits et exceptions, soit dans l'instrument négociable lui-même soit par convention distincte avec le créancier garanti.

d) Incidence d'une sûreté réelle mobilière sur les obligations de la banque dépositaire

22. Dans les systèmes juridiques où une sûreté réelle mobilière ne peut être constituée sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire qu'avec le consentement de ladite banque, celle-ci n'est aucunement tenue de donner son consentement. Dans ceux où le consentement de la banque n'est pas exigé, ses droits et obligations ne peuvent néanmoins être affectés sans son consentement (voir A/CN.9/631, recommandation 122, al. a)). Cela se justifie dans l'un et l'autre cas eu égard au rôle capital des banques dans les systèmes de paiement et à la nécessité d'éviter d'empiéter sur la loi et la pratique bancaires.

23. Si de telles obligations ne sont pas imposées à une banque dépositaire et que les droits et obligations d'une telle banque ne sont pas modifiés sans son consentement, c'est pour éviter qu'elle ne soit exposée à des risques inconsidérés qu'elle n'est pas en mesure de gérer en l'absence de garanties appropriées. La banque dépositaire est exposée à d'importants risques opérationnels, du fait qu'elle débite ou crédite des comptes bancaires quotidiennement, les fonds crédités l'étant souvent à titre provisoire, et supposant parfois d'autres opérations avec ses clients. Ces risques sont aggravés par le risque juridique que constitue le non-respect, par la banque dépositaire, dans ses opérations ordinaires, des lois relatives aux instruments négociables et aux transferts de crédits et d'autres réglementations relatives aux systèmes de paiement, ainsi que par le risque que constitue le non-respect de certaines obligations imposées à la banque dépositaire en vertu d'autres lois, telles que les lois relatives à la confidentialité des opérations avec les clients. De plus, la

banque dépositaire est généralement exposée à des risques découlant de dispositions réglementaires en vertu de lois et réglementations destinées à assurer sa sûreté et sa solidité. Enfin, la banque dépositaire est aussi exposée aux risques qu'entraîne pour sa réputation le choix des clients avec lesquels elle accepte de réaliser des opérations.

24. L'expérience des États où le consentement de la banque dépositaire est requis pour imposer des obligations nouvelles ou modifiées montre que les parties sont souvent en mesure de négocier des arrangements satisfaisants de telle sorte que la banque soit assurée de gérer les risques compte tenu de la nature de l'opération et du client.

25. Pour éviter en particulier toute atteinte aux droits à compensation de la banque dépositaire à l'égard du titulaire d'un compte, les systèmes juridiques qui permettent à la banque dépositaire d'obtenir une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire auprès d'elle prévoient qu'elle conserve tous droits à compensation qu'elle pourrait détenir en vertu d'une loi autre que la loi sur les opérations garanties (voir A/CN.9/631, recommandation 122, al. b)).

26. Ces mêmes principes s'appliquent à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire. Par exemple, dans les systèmes juridiques qui font référence à la notion de "contrôle" en ce qui concerne l'opposabilité d'une telle sûreté, des règles appropriées sont prévues pour préserver la confidentialité de la relation entre la banque et son client (pour la définition du terme "contrôle", voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation) Ces règles prévoient par exemple que la banque n'est nullement tenue de répondre aux demandes d'informations de personnes souhaitant savoir si un accord de contrôle existe ou si le titulaire du compte conserve le droit de disposer des fonds crédités sur son compte (voir A/CN.9/631, recommandation 123, al. b)).

27. Dans les systèmes juridiques où la sûreté réelle mobilière sur un compte bancaire est rendue opposable par l'inscription d'un avis sur un registre public ou par reconnaissance de la part de la banque dépositaire, l'inscription ou la reconnaissance peut ou non imposer à la banque dépositaire l'obligation de suivre les instructions du créancier garanti concernant les fonds qui sont sur le compte. Si une banque dépositaire n'est pas tenue par les lois applicables d'un État particulier à une telle obligation, le créancier garanti aura généralement le droit, lors de la réalisation de la sûreté, d'obtenir les fonds qui sont sur le compte bancaire si le client-constituant a donné ordre à la banque dépositaire de suivre les instructions du créancier concernant les fonds ou si la banque dépositaire est convenue avec ce dernier de le faire. En l'absence de telles instructions ou d'un tel accord, le créancier garanti peut être contraint de réaliser la sûreté sur le compte bancaire en recourant à une procédure judiciaire pour obtenir une décision du tribunal enjoignant à la banque dépositaire de lui remettre les fonds crédités sur le compte.

28. Dans les systèmes juridiques où la banque dépositaire peut négocier sa position favorable en matière de priorité avec le titulaire du compte bancaire et ses créanciers, elle n'est nullement tenue de subordonner ses droits à la sûreté d'un autre créancier du titulaire du compte. Même si, pour faciliter la constitution, l'opposabilité, la priorité et la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un droit

au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, le créancier garanti est prêt à devenir le client de la banque dépositaire pour ce qui est du compte bancaire, cette dernière n'est pas tenue de l'accepter en tant que client.

e) Incidence d'une sûreté réelle mobilière sur les obligations d'un garant/émetteur, d'un confirmateur ou d'une personne désignée dans le cadre d'un engagement de garantie indépendant

29. Les droits et obligations du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée dans le cadre d'un engagement de garantie indépendant sont assez bien établis dans la loi et la pratique régissant ce type d'engagement (pour les définitions de ces termes, voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation). Cette loi et cette pratique très élaborées ont renforcé l'utilité des engagements de garantie indépendants, notamment dans le commerce international. En conséquence, dans l'élaboration de la loi sur les opérations garanties en la matière, il faudrait prendre grand soin de ne pas empiéter sur ces mécanismes commerciaux utiles.

30. Pour cela, il est utile de faire la distinction entre l'engagement de garantie indépendant lui-même et le droit du bénéficiaire d'un tel engagement de recevoir un paiement (ou un autre article de valeur) dû par le garant/émetteur ou la personne désignée. S'il est délicat de prévoir une sûreté réelle mobilière sur le premier sans compromettre l'utilité de l'engagement, une sûreté sur le second présenterait moins de risques car elle ne concernerait que le droit du bénéficiaire et n'aurait pas d'incidences pour le garant/émetteur, le confirmateur ou une personne désignée.

31. Le Guide recommande des règles qui facilitent l'utilisation à titre de garantie du droit au produit d'un engagement de garantie indépendant, mais sous certaines conditions strictes visant à éviter les effets négatifs pour les garants/émetteurs, les confirmateurs ou les personnes désignées (et, par voie de conséquence, sur l'utilité des engagements de garantie indépendants).

32. Un principe fondamental veut que les droits du créancier garanti sur le produit d'un engagement de garantie indépendant soient soumis aux droits que la loi et la pratique régissant les engagements de garantie indépendants confèrent au garant/émetteur, au confirmateur ou à une personne désignée. De même, pour éviter de compromettre le caractère indépendant de l'engagement, le bénéficiaire d'un transfert acquiert généralement l'engagement sans être affecté par une sûreté réelle mobilière de l'auteur du transfert grevant le produit de cet engagement. Pour la même raison, si le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée détient une sûreté sur le produit d'un engagement de garantie indépendant, ses droits indépendants ne sont pas lésés (voir A/CN.9/631, recommandation 124).

33. Selon un principe tout aussi important, un garant/émetteur, un confirmateur ou une personne désignée ne devrait pas être tenu de payer une personne autre qu'un confirmateur, une personne désignée, un bénéficiaire désigné, un bénéficiaire accepté du transfert de l'engagement de garantie indépendant ou un cessionnaire accepté du produit d'un engagement de garantie indépendant (voir A/CN.9/631, recommandation 125). Si le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée accepte un créancier garanti ou un bénéficiaire du transfert du produit de l'engagement de garantie indépendant, ces derniers peuvent opposer leurs droits à la

personne ayant donné l'acceptation, le caractère indépendant de l'engagement n'étant pas compromis (voir A/CN.9/631, recommandation 126).

f) Incidence d'une sûreté réelle mobilière sur les obligations de l'émetteur ou d'un autre débiteur dans le cadre d'un document négociable

34. Dans la plupart des États, la loi régissant les documents négociables est bien établie et prévoit des règles claires quant à l'incidence du transfert d'un document sur les obligations des parties à ce document. D'une façon générale, l'application de ces règles est maintenue dans le contexte des sûretés réelles mobilières grevant des documents négociables (voir A/CN.9/631, recommandation 127).

35. Cela signifie, entre autres, que le droit d'un créancier garanti de réaliser une sûreté réelle mobilière sur un document négociable et, par conséquent, sur les biens meubles corporels représentés par ce document est limité par la loi régissant les documents négociables qui veut que ces biens soient entre les mains de l'émetteur ou d'un autre débiteur dans le cadre de ce document, et que l'obligation de l'émetteur ou du débiteur de remettre les biens n'ait effet qu'à l'égard du destinataire ou de tout porteur ultérieur. Ainsi, si le document négociable n'a pas été transféré au créancier garanti conformément à la loi régissant les documents négociables, l'émetteur ou autre débiteur n'aura aucune obligation de remettre les biens au créancier garanti. En pareil cas, ce dernier devra peut-être saisir un tribunal pour faire ordonner que le document lui soit transféré à lui-même (ou à une personne désignée par lui) ou pour faire ordonner à l'émetteur ou à un autre débiteur de lui remettre les biens meubles corporels ou de les remettre à une autre personne désignée par lui.

B. Recommandations

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que, du fait que toutes les recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties sont incluses dans le document A/CN.9/631, elles ne sont pas reproduites ici. Une fois leur texte définitif établi, elles seront reproduites à la fin de chaque chapitre.*]

A/CN.9/631/Add.7 [Original: anglais]

Note du Secrétariat sur les recommandations du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa douzième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes	*Page*
X. Droits après défaillance	1-99	
A. Remarques générales	1-69	
1. Introduction	1-9	
2. Principes généraux de réalisation	10-25	
a) Généralités	10	
b) Nécessité d'une défaillance avant la réalisation	11-13	
c) Supervision judiciaire de la réalisation	14-16	
d) Bonne foi et caractère commercialement raisonnable	17	
e) Liberté des parties de convenir de la procédure de réalisation	18-19	
f) Réalisation judiciaire et extrajudiciaire	20-23	
g) Portée des droits opposables du créancier garanti	24-25	
3. Étapes procédurales précédant la réalisation et droits du constituant	26-40	
a) Généralités	26	
b) Notification de l'intention de procéder à une réalisation extrajudiciaire	27-34	
c) Libération des biens grevés et régularisation de l'inexécution de l'obligation garantie	35-39	
d) Autorisation donnée au constituant de disposer des biens grevés	40	
4. Réalisation extrajudiciaire des droits du créancier garanti	41-60	
a) Généralités	41	
b) Appréhension des biens grevés entre les mains du constituant	42-47	
c) Vente ou autre mode de disposition des biens grevés	48-50	
d) Attribution des biens grevés à titre d'exécution de l'obligation garantie	51-55	
e) Gestion et vente d'une entreprise	56-58	
f) Cumul des voies de droit	59-60	

5. Effets de la réalisation 61-69
a) Le constituant, le créancier garanti et les tiers 61-62
b) Autres parties 63-65
c) Allocation du produit de la disposition 66-68
d) Caractère définitif 69
B. Remarques sur des biens particuliers 70-99
1. Généralités 70-71
2. Réalisation d'une sûreté sur une créance 72-76
3. Réalisation en cas de transfert pur et simple d'une créance 77-79
4. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable 80-82
5. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire 83-86
6. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant 87-88
7. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable 89-90
8. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un produit 91-92
9. Réalisation d'une sûreté sur un bien rattaché à un bien meuble, une masse ou un produit fini 93-94
10. Articulation entre le régime de réalisation des sûretés mobilières et le régime de réalisation des sûretés immobilières 95-99
C. Recommandations . . . . . .

X. Droits après défaillance

A. Remarques générales

1. Introduction

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

Sur le montant de la vente, le créancier judiciaire recevra paiement de sa créance résiduelle à l'égard du débiteur judiciaire.

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

3. Quelle que soit la raison, même après un ou plusieurs paiements non effectués, il est dans l'intérêt des deux parties à une convention constitutive de sûreté, et des tiers en général, que le constituant rattrape ces paiements et continue volontairement de s'acquitter de l'obligation promise. La procédure de réalisation forcée est souvent moins efficace qu'une exécution volontaire, parce que a) elle coûte cher; b) elle prend du temps; c) le résultat n'est pas toujours certain; et d) les conséquences à long terme pour les constituants et les tiers sont souvent catastrophiques. C'est pourquoi de nombreux États encouragent activement les parties à une convention constitutive de sûreté à prendre, alors qu'elle est en vigueur, des mesures pour éviter un défaut d'exécution qui pourrait conduire à une réalisation forcée. C'est aussi pour cela que les créanciers garantis surveillent souvent de près les activités commerciales de leurs constituants. Par exemple, ils examinent périodiquement les livres comptables, inspectent les biens grevés et prennent contact avec les constituants qui montrent des signes de difficultés financières. Les constituants qui ont du mal à remplir leurs obligations coopèrent généralement avec leurs créanciers garantis pour trouver des moyens de prévenir et de surmonter ces difficultés. Dans certains cas, le constituant peut demander l'assistance du créancier garanti pour élaborer un nouveau plan d'activité. Dans d'autres, le constituant et un créancier individuel, ou le constituant et tout son groupe de créanciers peuvent tenter ensemble de modifier certains aspects de leurs conventions.

4. Il existe de nombreux types de convention de réaménagement des dettes. Parfois, les parties concluent un "concordat" ou un arrangement de "restructuration", qui prolonge le délai de paiement, modifie d'une autre manière l'obligation du constituant ou augmente ou réduit les biens grevés qui garantissent ces obligations. Deux facteurs juridiques principaux pèsent sur les négociations visant à parvenir à un concordat: a) le droit du créancier garanti de réaliser ses sûretés sur les biens grevés si le constituant ne s'acquitte pas de l'obligation

garantie; et b) la possibilité qu'une procédure d'insolvabilité soit engagée par ou contre le constituant.

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

6. Au cœur d'un régime d'opérations garanties se trouve le droit du créancier garanti de compter sur le montant susceptible d'être tiré de la vente des biens grevés pour se rembourser. Les mécanismes de réalisation permettant aux créanciers de prévoir exactement ce qu'il leur en coûtera en temps et en argent de vendre les biens grevés et le produit probable du processus de réalisation auront un impact considérable sur l'offre de crédit et le coût du crédit. Un régime d'opérations garanties devrait, par conséquent, comporter des règles de fond et de procédure à la fois efficaces, économiques et prévisibles pour la réalisation d'une sûreté après la défaillance d'un constituant. Du fait que la réalisation a une incidence directe sur les droits des tiers, les règles devraient aussi prévoir des mesures de protection raisonnables pour les droits du constituant et d'autres personnes ayant un droit sur les biens grevés, ainsi que des autres créanciers du constituant.

7. La maximisation du montant retiré de la vente des biens grevés profite à toutes les parties intéressées. Le créancier garanti bénéficie de la réduction éventuelle du montant résiduel pouvant être dû par le constituant en tant qu'obligation non garantie après affectation du produit de la réalisation des biens grevés au paiement du solde de l'obligation garantie. Le constituant et ses autres créanciers, quant à eux, bénéficient d'une dette résiduelle moindre ou d'un excédent de fonds plus important.

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

9. La réalisation de sûretés réelles mobilières sur des créances de sommes d'argent, des instruments négociables, des fonds crédités sur un compte bancaire et le produit d'un engagement de garantie indépendant ne s'intègre pas facilement dans les procédures générales de réalisation des biens meubles corporels (pour les définitions de ces termes, voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation). Il en résulte que de nombreux États ont des règles particulières sur la réalisation des biens meubles incorporels, des créances de

sommes d'argent et de divers autres droits au paiement. Ces situations particulières sont examinées dans les sections B.1 à B.5 du présent chapitre. En outre, du fait que les biens meubles corporels peuvent parfois être rattachés à d'autres biens meubles ou immeubles, ou peuvent être mélangés ou fabriqués, il est nécessaire de modifier le régime général pour régir la réalisation de biens rattachés et de sûretés grevant une masse ou un produit fini. Les types de modifications, qui pourraient être nécessaires pour une réalisation efficace des biens rattachés et des sûretés grevant une masse ou un produit fini, sont examinés dans les sections B.6 à B.9. Le chapitre se termine, à la section C, par une série de recommandations.

2. Principes généraux de réalisation

a) Généralités

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

b) Nécessité d'une défaillance avant la réalisation

11. Une sûreté garantit l'exécution par un constituant (ou dans le cas d'un tiers constituant, l'exécution par un débiteur) d'une obligation envers le créancier garanti. Ainsi, dans le cas standard, la sûreté devient réalisable dès qu'il y a défaut de paiement de l'obligation garantie de la part du constituant. Il existe toutefois un certain nombre d'autres "événements de défaillance" qui sont généralement énoncés dans la convention constitutive de sûreté. N'importe lequel de ces événements, à moins que le créancier garanti y ait renoncé, suffit pour constituer une défaillance et autoriser ainsi une réalisation forcée de la sûreté. En d'autres termes, la convention conclue entre les parties et le droit général des obligations déterminent si le constituant est défaillant et le moment où la procédure de réalisation peut être engagée. Le droit général des obligations détermine aussi généralement si un avis formel de défaillance doit être adressé au débiteur et, dans l'affirmative, quel en est le contenu.

12. Parfois, il y a défaillance non pas parce qu'un paiement n'a pas été effectué, mais parce qu'un autre créancier ou bien saisit les biens grevés en vertu d'un jugement, ou bien cherche à réaliser sa propre sûreté. De nombreux États prévoient qu'exception faite de toute stipulation dans la convention constitutive de sûreté, la saisie de biens grevés par tout autre créancier constitue une défaillance en vertu de toutes les conventions constitutives de sûreté qui grèvent les biens saisis. Ce raisonnement répond à un souci d'efficacité. Dans la mesure où les biens grevés garantissent le paiement du créancier, chaque fois qu'ils font l'objet d'une procédure judiciaire, celui-ci devrait pouvoir intervenir pour protéger ses droits.

Dans ces cas, les règles de procédure donnent souvent aux autres créanciers le droit d'obtenir la disposition forcée des biens grevés. Le créancier garanti s'appuiera sur les mêmes règles de procédure relatives à l'intervention dans de telles actions judiciaires et procédures de réalisation en vue de protéger ses droits et son rang de priorité.

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

c) Supervision judiciaire de la réalisation

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

15. Il ne s'agit pas d'imposer des procédures judiciaires inutiles aux créanciers garantis, mais plutôt de permettre aux constituants et aux autres parties intéressées de veiller au respect des procédures impératives après défaillance (voir A/CN.9/631, recommandation [141]). Par conséquent, pour que la contestation de la réalisation par le constituant puisse être traitée rapidement et à moindres frais, de nombreux États, en pareil cas, remplacent les règles normales de la procédure civile par une procédure judiciaire accélérée (voir A/CN.9/631, recommandation [137]). Par exemple, on peut n'accorder aux constituants et aux autres parties intéressées qu'un temps limité pour présenter des contestations ou opposer une exception. D'autres États permettent aux constituants de contester les allégations du créancier garanti sur ces points même après le commencement de la réalisation, ou lors de la répartition du produit de la réalisation, ou lorsque le créancier garanti cherche à recouvrer la différence entre le montant de la créance et le produit de la réalisation

si celui-ci est insuffisant. D'autres États encore permettent aux constituants d'obtenir non seulement des dommages-intérêts compensatoires, mais aussi des dommages-intérêts punitifs, s'il est prouvé que le créancier garanti, soit n'avait pas le droit de réaliser sa sûreté, soit l'avait réalisée pour un montant supérieur au montant effectivement dû.

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

d) Bonne foi et caractère commercialement raisonnable

17. La réalisation d'une sûreté a des conséquences graves pour les constituants, les débiteurs et les tiers intéressés. Pour cette raison, de nombreux États imposent spécifiquement aux créanciers garantis, lorsqu'ils exercent leurs droits, l'obligation générale et absolue d'agir de bonne foi et de suivre des normes commercialement raisonnables. Étant donné l'importance de cette obligation, ces États prévoient aussi que le créancier garanti et le constituant ne peuvent à aucun moment y renoncer ou la modifier (voir A/CN.9/631, recommandations 128 et 129). En outre, comme indiqué, un créancier garanti qui manque aux obligations qui lui incombent en matière de réalisation est responsable à l'égard des personnes lésées de tout dommage causé par sa défaillance. Ainsi, si un créancier garanti n'agit pas d'une façon commercialement raisonnable lorsqu'il dispose des biens grevés et que, de ce fait, il retire de cette réalisation un montant moindre que s'il avait agi d'une façon commercialement raisonnable, il est redevable de la différence à toute personne lésée (voir A/CN.9/631, recommandation [133]).

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

18. Les États imposent généralement très peu d'obligations avant défaillance aux parties à une convention constitutive de sûreté (voir chapitre VIII, droits et obligations des parties). Dans le contexte de la réalisation après défaillance, une question clef est donc de savoir s'il faudrait appliquer une politique similaire, en d'autres termes, dans quelle mesure le créancier garanti et le constituant devraient être autorisés à déroger, soit à la loi pour réaliser la sûreté, soit à leurs droits contractuels respectifs, énoncés dans la convention constitutive de sûreté. Certains États considèrent que la procédure de réalisation relève de la loi impérative qui n'est pas susceptible de dérogation conventionnelle. Dans d'autres États, les parties sont autorisées à déroger à la loi à condition de ne pas porter atteinte à l'ordre public, aux priorités et aux droits des tiers (en particulier en cas d'insolvabilité). Dans d'autres États encore, l'accent est mis sur des mécanismes de réalisation efficaces dans lesquels la réalisation judiciaire n'est pas la procédure exclusive ou principale.

Par conséquent, même s'il y a des limites au droit du créancier garanti et du constituant de s'entendre dans leur convention constitutive de sûreté pour déroger à la loi (parce que la liberté de déroger à la loi peut faire l'objet d'abus lors de la conclusion de la convention constitutive de sûreté), ces États les autorisent à modifier leurs droits au titre de la convention constitutive de sûreté ou à y déroger après une défaillance.

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

f) Réalisation judiciaire et extrajudiciaire

20. En vertu d'un principe général du droit régissant les relations entre débiteur et créancier, la plupart des États exigent une réalisation judiciaire des créances. Les créanciers doivent poursuivre leurs débiteurs, obtenir un jugement, puis faire appel à d'autres agents ou autorités publics (huissiers de justice, notaires ou police) pour réaliser leurs sûretés. Pour protéger le constituant et les autres parties ayant des droits sur les biens grevés, certains États imposent une obligation similaire aux créanciers garantis, en leur demandant de faire appel exclusivement aux tribunaux ou à d'autres autorités publiques pour réaliser leurs sûretés. Cependant, la procédure judiciaire pouvant être lente et coûteuse, elle a souvent peu de chances de dégager le montant maximum possible lors de la disposition des biens vendus. En outre, du fait que les frais liés à la réalisation seront inclus dans le coût de l'opération de financement, une procédure inefficace aura un impact négatif sur l'offre et le coût du crédit.

21. Pour faciliter le crédit garanti, certains États exigent seulement une intervention préalable minimale des autorités publiques, telles que tribunaux, huissiers ou police, dans le processus de réalisation. Par exemple, le créancier garanti peut être tenu de demander à un tribunal de rendre une ordonnance de remise en possession, ce que le tribunal fait sans entendre les parties. Dans d'autres cas, une fois en possession du bien, le créancier garanti peut le vendre directement sans intervention du tribunal, à condition qu'il fasse appel à un huissier assermenté pour gérer le processus conformément aux procédures prescrites. Cette approche, moins formelle, se justifie par le fait qu'il est souvent plus souple, plus rapide et moins coûteux de laisser le créancier garanti ou un tiers de confiance prendre possession

des biens et en disposer que de laisser les autorités publiques prendre en main la procédure. Un système bien conçu peut offrir une protection au constituant et aux autres personnes ayant intérêt à ce que le montant qui sera retiré de la vente des biens grevés soit le plus élevé possible, tout en permettant de réaliser au mieux les biens grevés. En outre, le fait de savoir que le tribunal peut facilement intervenir suffit souvent comme incitation à coopérer et à se conduire de manière raisonnable et évite donc de le saisir.

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

23. Même dans les États où un créancier garanti est autorisé à agir sans intervention officielle, il a aussi le droit normalement de saisir les tribunaux pour réaliser sa sûreté. En outre, du fait qu'une sûreté est constituée pour accroître la probabilité qu'un créancier reçoive le paiement d'une obligation garantie, la réalisation après défaillance d'une sûreté ne devrait pas empêcher un créancier garanti de tenter de demander l'exécution de l'obligation garantie selon la procédure judiciaire ordinaire (voir A/CN.9/631, recommandation 139). Un certain nombre de raisons peuvent inciter un créancier garanti à choisir l'une ou l'autre de ces options de préférence à la réalisation extrajudiciaire. Il souhaitera peut-être éviter le risque de voir ses actes contestés par la suite ou il peut parvenir à la conclusion qu'il devra de toute façon demander l'ouverture d'une procédure judiciaire pour recouvrer une partie de sa créance car il s'attend à ce que le produit de la réalisation soit insuffisant. De fait, de nombreux États encouragent les créanciers garantis à saisir les tribunaux en prévoyant une procédure de réalisation moins coûteuse et plus rapide. Ils peuvent par exemple autoriser la réalisation d'une sûreté dans le cadre d'une procédure comportant uniquement la preuve par déclaration sous serment. Ils peuvent aussi prévoir que l'audition doit avoir lieu, que les contestations soient réglées et qu'une décision soit rendue dans un délai très court (72 heures par exemple). Certains États vont même plus loin et autorisent un créancier garanti qui a obtenu un jugement à disposer des biens grevés sans suivre la procédure de saisie et

de vente officielle. Enfin, la plupart des États prévoient que ces recours sont cumulatifs. Un créancier garanti qui choisit la voie judiciaire peut changer d'avis et choisir ensuite la voie extrajudiciaire pour réaliser ses sûretés dans la mesure où l'exercice d'un droit ne rend pas impossible l'exercice d'un autre droit (voir A/CN.9/631, recommandation 138).

g) Portée des droits opposables du créancier garanti

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

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

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

3. Étapes procédurales précédant la réalisation et droits du constituant

a) Généralités

26. Les États sont tenus d'élaborer des mécanismes procéduraux pour faciliter la réalisation effective et efficace par le créancier garanti et la protection des droits du constituant et des tiers ayant un droit sur les biens grevés, que le créancier garanti: a) doive ou non obtenir un jugement par la voie régulière, demander à un agent public de saisir les biens grevés et de les vendre aux enchères; ou b) ait ou non accès à une procédure judiciaire accélérée pour faire reconnaître la défaillance du débiteur et pouvoir alors demander immédiatement à un agent public de saisir et vendre les biens grevés; ou c) soit ou non fondé à exercer ses droits sans procédure judiciaire. Ces mécanismes sont destinés à assurer un équilibre entre des droits concurrents après défaillance, mais avant l'exercice effectif des voies de droit du

créancier garanti. C'est pourquoi les États prévoient habituellement qu'ils s'appliquent indépendamment de la voie de droit choisie par le créancier garanti, y compris par conséquent si le créancier garanti: a) saisit et vend les biens grevés en privé, en affectant le produit de la vente au remboursement de l'obligation non réglée; b) accepte le bien grevé en paiement de l'obligation garantie; ou c) prend possession d'une entreprise qu'il gère pour payer l'obligation garantie.

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

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

28. La nécessité reconnue de notifier la disposition extrajudiciaire place les États devant un choix fondamental. Dans certains États, un créancier garanti doit notifier préalablement son intention de procéder à une réalisation extrajudiciaire avant même de chercher à obtenir la possession des biens grevés. Autrement dit, il doit adresser au constituant (et aussi, généralement, aux tiers ayant des droits sur les biens grevés) une notification écrite spécifiant la défaillance, les biens grevés, son intention de demander la possession des biens, le délai avant lequel le constituant doit, soit remédier à la défaillance, soit céder les biens (en général entre 15 et 20 jours) et, souvent, la voie de droit particulière qu'il entend suivre pour en disposer. Dans d'autres États, le moment de la notification est différé, et sa teneur matérielle est souvent moins détaillée. Par exemple, le créancier garanti n'est pas tenu de notifier à l'avance son intention de prendre possession des biens grevés, mais il est en droit d'en prendre immédiatement possession dès qu'il avise formellement le constituant de la défaillance. Une fois en possession des biens grevés, toutefois, il ne peut généralement pas en disposer sans informer à l'avance (en général 15 à 20 jours) le constituant et les tiers intéressés du mode et des modalités de disposition qu'il envisage si le constituant ne remédie pas entre-temps à la défaillance.

29. Ces deux approches comportent des avantages et des inconvénients. Le principal avantage d'un régime exigeant que le créancier garanti notifie à l'avance son intention de réaliser et de prendre possession des biens grevés est qu'il attire l'attention du constituant et du débiteur sur la nécessité de protéger leurs droits sur les biens grevés (le débiteur saura inéluctablement qu'il est défaillant, mais peut-être pas le tiers constituant). Cela peut impliquer, par exemple, de contester la réalisation, de remédier à la défaillance du débiteur ou de chercher des acheteurs potentiels pour les biens grevés. Une notification aux autres parties intéressées

permet à ces dernières de suivre la réalisation ultérieure de la sûreté par le créancier garanti, de contester la réalisation ou, si c'est dans leur intérêt, de remédier à la défaillance et, s'il s'agit de créanciers garantis dont les sûretés sont prioritaires (et que le constituant est défaillant également à leur égard), de participer à la procédure de réalisation ou de la prendre en main. Les inconvénients de ce type de notification comprennent son coût, le fait que le créancier garanti doive peut-être choisir une voie de droit avant d'inspecter de près les biens grevés, et la possibilité qu'elle donne à un constituant non coopératif de mettre les biens grevés hors de portée du créancier et le risque que d'autres créanciers se précipitent pour faire valoir leurs droits sur les biens de l'entreprise du constituant et gênent la procédure de disposition. De plus, si les exigences de forme et de fond relatives aux notifications ne sont pas claires et simples, il y a un risque de non-respect "technique", débouchant sur une procédure judiciaire, avec les frais et retards que cela comporte.

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

31. Indépendamment de l'approche suivie, les États doivent aussi décider quelles autres notifications peuvent être requises lorsqu'un créancier garanti cherche à réaliser sa sûreté réelle mobilière par des voies extrajudiciaires. De nombreux États qui exigent une notification préalable de l'intention de disposer des biens grevés n'exigent pas en revanche un avis distinct de défaillance ni une notification ultérieure de la réalisation extrajudiciaire. L'idée est qu'une notification unique remplira toutes les fonctions. D'autres États, qui acceptent que la notification de la méthode de réalisation extrajudiciaire suivie soit adressée après la prise de possession des biens grevés par le créancier, exigent néanmoins un avis formel de défaillance préalable à la prise de possession. Étant donné que l'objectif et le contenu de la notification préalable de l'intention de procéder à une réalisation, et ceux de la notification postérieure à la prise de possession de la réalisation extrajudiciaire, se recoupent largement, les États qui exigent la première, n'exigent jamais la seconde. Afin de tenir compte des intérêts de toutes les parties, le présent Guide recommande qu'un créancier garanti puisse prendre possession des biens grevés sans saisir de tribunal, sous réserve que le constituant ait consenti à une réalisation extrajudiciaire dans la convention constitutive de sûreté, qu'au moment où le créancier garanti cherche à obtenir la possession, le constituant ne s'y oppose pas, et que le créancier garanti ait avisé le constituant de la défaillance et de son intention de chercher à obtenir la possession sans saisir de tribunal (voir A/CN.9/631, recommandation 143).

32. En ce qui concerne les autres situations dans lesquelles une notification peut être nécessaire, les États spécifient généralement avec grand soin le contenu minimal de l'avis, la façon dont il doit être donné et les personnes à qui il doit l'être, en plus du moment où il doit être donné. De nombreux États distinguent entre notification au débiteur, notification au constituant lorsque celui-ci n'est pas le débiteur, notification aux autres créanciers et notification aux autorités publiques ou au public en général. Une analyse coût-avantages permettra de déterminer si le

créancier garanti devrait être tenu d'adresser une notification écrite préalable à d'autres personnes que le débiteur, le constituant et les autres créanciers garantis connus (à savoir ceux qui ont inscrit leurs droits ou ont informé d'une autre façon le créancier garanti qui se propose de disposer des biens grevés). Certains États prévoient que la notification doit uniquement être adressée au constituant et aux autres créanciers garantis ayant inscrit leurs droits, mais que dans ce cas elle soit enregistrée et qu'ensuite, le conservateur du registre soit tenu de la transmettre à tous ceux qui ont inscrit leurs droits sur les biens grevés.

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

34. Plusieurs approches permettent de trouver le bon équilibre entre la nécessité de faire en sorte que la notification apporte suffisamment d'informations aux parties intéressées pour leur permettre de décider en connaissance de cause comment protéger leurs droits, et la nécessité d'une réalisation rapide et peu coûteuse. Certains États imposent une lourde charge à leurs créanciers garantis, tant pour ce qui est du moment que du contenu de la notification. D'autres n'ont que des prescriptions minimales. Le présent Guide recommande que la notification soit normalement donnée avant que le créancier garanti ne commence la réalisation (voir A/CN.9/631, recommandation 145), et que des règles prévoient qu'elle soit donnée de manière efficace, rapide et fiable (voir A/CN.9/631, recommandation 146), mais que les États aient la liberté de déterminer la manière dont elle doit être donnée et son contenu spécifique (voir A/CN.9/631, recommandation 147).

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

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

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

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

38. La régularisation de l'inexécution de l'obligation garantie est très différente de la libération des biens grevés, et elle est généralement plus circonscrite. Elle consiste à remédier à la défaillance en question (par exemple payer les mensualités non acquittées, les intérêts courus et les frais de réalisation déjà supportés), mais n'a autrement aucun effet sur l'obligation d'exécution du constituant, ni sur la sûreté réelle mobilière. L'obligation dont l'exécution est rétablie reste opposable en vertu des conditions dont les parties sont convenues et continue d'être garantie par les biens grevés.

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

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

d) Autorisation donnée au constituant de disposer des biens grevés

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

4. Réalisation extrajudiciaire des droits du créancier garanti

a) Généralités

41. Lorsqu'un créancier garanti choisit de faire exécuter la convention constitutive de sûreté par voie judiciaire, après obtention d'un jugement, les règles normales de procédure civile relatives au processus de réalisation après jugement s'appliquent. En général, cela signifie que des agents publics ou des autorités publiques (par exemple huissiers de justice, notaires ou police) prendront possession des biens grevés pour les mettre en vente. La procédure est légèrement différente lorsque le créancier garanti a pris les mesures nécessaires pour l'ouverture d'une procédure de réalisation et choisit d'exercer ses droits par voie extrajudiciaire. Comme aucun agent public n'intervient, le créancier garanti souhaitera normalement, et devra généralement, obtenir la possession ou le contrôle des biens grevés pour procéder à la réalisation. Les États ont adopté des approches différentes, qu'il s'agisse du droit du créancier garanti d'obtenir la possession et le contrôle des biens (par opposition à la remise des biens grevés à un huissier de justice) ou, si la possession directe du créancier est autorisée, des mécanismes procéduraux qui doivent être appliqués à cet effet.

b) Appréhension des biens grevés entre les mains du constituant

42. Avant la défaillance, le constituant est généralement en possession des biens grevés. Parfois, cependant, il aura déjà transféré la possession au créancier garanti, soit au moment où la sûreté prend effet entre eux (voir A/CN.9/631, recommandation 14), soit plus tard, comme moyen de rendre la sûreté opposable

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

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

44. Le droit du créancier garanti à la possession s'accompagne du droit de décider exactement comment cette possession doit être exercée. Parfois, les créanciers garantis prennent personnellement possession des biens grevés contre lesquels la procédure a été ouverte, mais ce n'est pas le cas le plus fréquent. Ils peuvent, par exemple, remettre les biens en question à un tribunal ou à un agent nommé par l'État ou par le tribunal. Plus souvent, ils les confient à un tiers dépositaire qu'ils désignent, ou (surtout lorsqu'il y a une opération de fabrication) ils nomment un gestionnaire qui ira dans les locaux du constituant pour prendre le contrôle des biens grevés. Lorsque les biens sont déjà entre les mains d'un tiers qui n'agit pas pour leur compte, mais qui a été informé de la convention constitutive de sûreté, les créanciers garantis peuvent simplement l'informer que la convention est devenue opposable est que le constituant n'a plus le droit de conserver la possession des biens grevés, de les contrôler ou d'en disposer.

45. Les États considèrent généralement que la prise de possession est une étape importante dans la procédure de réalisation et imposent des règles de procédure précises aux créanciers qui réclament la possession. Autrement dit, bien que le créancier garanti puisse avoir un droit automatique à la possession, la manière de procéder est réglementée. En général, trois approches sont possibles pour élaborer les mécanismes procéduraux permettant aux créanciers garantis qui n'ont pas la possession des biens de les soustraire au contrôle du constituant. Dans certains États, le créancier garanti ne peut obtenir la possession que par une décision judiciaire, soit à la suite d'une procédure engagée par une seule des parties, soit plus

souvent, à la suite d'une audition. Dans d'autres États, aucune décision judiciaire n'est requise, mais le constituant doit avoir autorisé le créancier à obtenir la possession par voie extrajudiciaire dans la convention constitutive de sûreté, et le créancier doit lui notifier à l'avance (habituellement 10 ou 20 jours) son intention de réclamer la possession et de réaliser le bien. Enfin, dans quelques États, le créancier est habilité à réclamer et à prendre possession sans saisir un tribunal, et sans avoir à informer préalablement le constituant de son intention, sous réserve que le constituant l'ait autorisé à le faire dans la convention constitutive de sûreté. Toutefois, même dans ces pays, le créancier n'a pas un droit absolu d'obtenir la possession par voie extrajudiciaire. Il y a toujours un risque que le créancier abuse de ses droits en menaçant le constituant, en l'intimidant, en portant atteinte à l'ordre public ou en réclamant les biens grevés sous de faux prétextes. C'est pourquoi la plupart de ces États subordonnent tout acte du créancier visant à obtenir la possession à l'obligation pour ce dernier de ne pas troubler l'ordre public. Si le constituant résiste, il faut une décision judiciaire de mise en possession. Les États qui autorisent la prise de possession extrajudiciaire par le créancier sous réserve qu'une notification ait été faite 10 ou 20 jours auparavant adoptent aussi généralement cette approche et exigent une décision judiciaire s'il y a un risque de perturbation de l'ordre public quand le créancier cherche à obtenir la possession après expiration du délai.

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

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

constitutive de sûreté, et qu'il ne s'oppose pas au moment où le créancier cherche à obtenir la possession, le créancier n'a pas besoin de notifier son intention de prendre possession et de disposer des biens (voir A/CN.9/631, recommandation 145).

c) Vente ou autre mode de disposition des biens grevés

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

49. Le plus souvent, les garanties procédurales par lesquelles les États contrôlent les actions des créanciers garantis concernent les renseignements à donner dans la notification qui doit être adressée au constituant et aux tiers qui ont un droit sur les biens grevés. En principe, les types de renseignements requis devraient être identiques, que les États optent pour une notification préalable ou postérieure à la prise de possession. Ainsi, par exemple, les États demandent souvent aux créanciers d'indiquer la méthode de publicité à utiliser pour un acte de disposition proposé, la date, l'heure et l'endroit de la vente, si celle-ci se fera par enchère publique ou par offre, si les biens seront vendus individuellement, par lot ou d'un seul tenant, et si la disposition inclut les locations, licences ou permis qui leur sont associés, le cas échéant. L'objectif devrait être de maximiser le montant retiré de la réalisation des biens grevés, sans porter atteinte aux revendications et moyens de défense légitimes du constituant et d'autres personnes. C'est la raison pour laquelle même les États qui exigent généralement des notifications détaillées ne le font pas lorsque les biens grevés sont destinés à être vendus sur un marché public reconnu. Dans de tels cas, c'est le marché qui fixe la valeur des biens, et il n'est pas possible d'obtenir un prix supérieur en adoptant et en notifiant un autre mode de vente (voir A/CN.9/631, recommandation 145).

50. Du fait qu'une disposition extrajudiciaire de biens grevés a le même caractère définitif qu'une vente contrôlée par un tribunal, la plupart des États non seulement imposent des règles relativement détaillées quant au contenu de la notification et au délai qui doit s'écouler avant que la vente puisse avoir lieu, mais encore autorisent les parties intéressées à s'opposer au moment et aux modalités de l'acte de disposition proposé. Habituellement, il existe des procédures accélérées spéciales pour que les objections puissent être rapidement entendues et prises en considération (voir A/CN.9/631, recommandations 137 et 141). En règle générale,

c'est lorsque le créancier procédant à la réalisation a le plus de souplesse quant au moment et à la méthode de disposition que le coût de la réalisation est le plus bas, la réalisation la plus rapide et le produit reçu le plus élevé. Pour ces raisons, le présent Guide recommande de la souplesse pour les créanciers garantis, et seulement le strict minimum de renseignements nécessaires dans la notification pour informer les parties de la réalisation et de la nécessité de protéger leurs intérêts s'ils le souhaitent (voir A/CN.9/631, recommandations 146 et 147).

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

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

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

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

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

55. Les États devraient imposer ou non une ou plusieurs de ces prescriptions, en particulier l'intervention préalable d'un tribunal, en fonction de leur évaluation des coûts et des avantages de chacune d'entre elles. Conformément à l'objectif général, qui est de bénéficier d'une souplesse maximale pour obtenir la valeur la plus élevée possible lors de la réalisation des biens grevés, le présent Guide recommande que le créancier garanti ou le constituant puisse proposer à l'autre que les biens soient attribués à titre d'exécution de l'obligation garantie (voir A/CN.9/631, recommandations 148 et 151). De même, pour assurer que toutes les parties comprennent toutes les implications de la proposition, il recommande qu'une notification adéquate de l'intention du créancier garanti soit donnée au constituant et aux tiers, et qu'elle indique non seulement les biens qui peuvent être attribués à titre d'exécution, mais aussi le montant dû à la date d'envoi de la notification, le montant de l'obligation dont l'exécution est proposée par la prise en paiement du bien grevé, et un délai relativement court à l'expiration duquel la proposition sera réputée avoir été acceptée (voir A/CN.9/631, recommandation 149). L'idée est qu'il est plus efficace et moins coûteux, pour fournir les informations pertinentes aux parties intéressées, de demander au créancier garanti d'indiquer sa propre évaluation des biens grevés, que de prévoir une évaluation indépendante. Il est supposé aussi que, une fois qu'ils ont été informés de la proposition du créancier garanti, le constituant ou les tiers sont en mesure d'en mesurer le caractère raisonnable. C'est pourquoi le présent Guide recommande également que le constituant ou des tiers qui s'opposent à la proposition aient le droit d'exiger du créancier qu'il abandonne cette démarche et procède plutôt à une vente à des fins de disposition (voir A/CN.9/631, recommandation 150).

e) Gestion et vente d'une entreprise

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

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

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

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

f) Cumul des voies de droit

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

réalisation permettra probablement d'obtenir la valeur la plus élevée pour les biens grevés, et il recommande que les créanciers garantis soient autorisés à cumuler les voies de droit judiciaires et extrajudiciaires (voir A/CN.9/631, recommandation 138).

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

5. Effets de la réalisation

a) Le constituant, le créancier garanti et les tiers

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

62. Cependant, comme on l'a vu, il arrive que le créancier garanti prenne le bien grevé en paiement de l'obligation garantie. Tous les États n'adoptent pas des règles

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

b) Autres parties

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

64. Lorsqu'un créancier garanti prend les biens grevés en paiement de l'obligation garantie, les États prévoient généralement qu'il acquiert les biens dans les mêmes

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

65. Le créancier garanti de rang supérieur voudra souvent prendre le contrôle d'un processus de réalisation commencé par un autre créancier (que ce soit dans le cadre d'une procédure de réalisation ou simplement en exerçant une sûreté). Les États prévoient généralement le droit de le faire dans leur législation sur les opérations garanties, mais certains ne permettent pas aux créanciers garantis de procéder à une réalisation extrajudiciaire une fois qu'un créancier judiciaire (qu'il s'agisse d'un créancier chirographaire ou d'un créancier garanti, qui peut lui aussi avoir intenté une action devant les tribunaux) a saisi les biens grevés. Lorsque les États accordent à un créancier garanti le droit de prendre le contrôle d'un processus de réalisation commencé par un créancier judiciaire, ils lui imposent souvent d'exercer ce droit dans un certain délai (à savoir avant que les enchères commencent) et de rembourser au créancier judiciaire les dépenses que celui-ci a engagées jusqu'alors aux fins de la réalisation. Afin de maximiser l'efficacité de la réalisation des sûretés, le présent Guide recommande d'accorder au créancier garanti de rang supérieur à celui du créancier garanti procédant à la réalisation le droit de prendre le contrôle de la réalisation commencée tant par d'autres créanciers garantis par voie extrajudiciaire que par des créanciers judiciaires (voir A/CN.9/631, recommandation 156).

c) Allocation du produit de la disposition

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

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

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

d) Caractère définitif

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

B. Remarques sur des biens particuliers

1. Généralités

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

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

2. Réalisation d'une sûreté sur une créance

72. Lorsqu'une sûreté est constituée sur une créance, le bien grevé est le droit du constituant de recevoir le paiement du débiteur de la créance (pour la définition des termes "créance", "cession", "cédant", "cessionnaire" et "débiteur de la créance", voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation). S'il serait certes possible en théorie d'exiger du cessionnaire qu'il réalise la cession en saisissant la créance et en la vendant ou en la conservant en paiement de l'obligation garantie, mais ce serait un moyen lourd et inefficace de réaliser la valeur économique du bien. C'est la raison pour laquelle la plupart des États qui permettent aux créanciers de constituer une sûreté sur leurs créances et autres droits donnent la possibilité au cessionnaire de percevoir le paiement

directement auprès du débiteur de la créance dès lors que le cédant est défaillant. Cela suppose deux conditions essentielles: premièrement, que le cédant sache que le cessionnaire procède à la réalisation (soit après défaillance, soit en accord avec le constituant avant défaillance), et, deuxièmement, que le débiteur de la créance sache qu'il doit à partir de cet instant effectuer les paiements entre les mains du cessionnaire.

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

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

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

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

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

77. Le présent Guide s'applique aux transferts purs et simples de créances ainsi qu'aux sûretés sur les créances (voir A/CN.9/631, recommandation 3). Toutefois,

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

78. Les possibilités de recours contre le cédant en cas de non-recouvrement des créances ayant fait l'objet d'un transfert pur et simple découlent généralement du fait que le cédant a garanti tout ou partie du paiement des créances par leur débiteur. Elles peuvent aussi naître d'autres accords fonctionnellement équivalents, comme lorsque: a) le cédant accepte de racheter une créance vendue au cessionnaire si le débiteur de la créance ne paie pas; ou b) le cédant accepte simplement de payer toute différence entre le prix d'achat d'un ensemble de créances de sommes d'argent et le produit effectif du recouvrement de ces créances lorsque celui-ci est insuffisant.

79. Lorsque l'on parle de possibilité de se retourner contre le cédant en cas de "non-recouvrement", on ne vise ici que le cas où le débiteur de la créance ne paie pas pour des raisons de crédit (par exemple l'incapacité financière de payer). Par conséquent, le non-paiement par le débiteur de la créance de biens corporels ou de services au motif que ceux-ci sont de mauvaise qualité ou que le cédant ne respecte pas les spécifications fournies ne constituerait pas un cas de non-recouvrement. En revanche, en cas de non-paiement pour des raisons de crédit, les règles régissant normalement le recouvrement de créances et la réalisation de la sûreté s'appliqueraient (voir A/CN.9/631, recommandations 163 et 164).

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

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

81. Lorsqu'une sûreté est constituée sur un instrument négociable, les créanciers garantis, normalement en ont la possession ou le contrôle. En cas de défaillance du constituant, de nombreux États permettent au créancier garanti de procéder au recouvrement ou de réaliser par un autre moyen leur sûreté sur l'instrument. Ils peuvent par exemple le présenter pour en demander le paiement ou même, si la

défaillance intervient avant l'échéance de l'instrument, le vendre à un tiers et affecter le produit obtenu au paiement de l'obligation du constituant. Le raisonnement est que la négociabilité de l'instrument serait compromise si le créancier garanti était obligé de se conformer d'accomplir toutes les formalités requises, soit pour vendre l'instrument, soit pour l'accepter en paiement de l'obligation garantie. Conformément à ces pratiques, le présent Guide ne recommande pas que soient imposées d'autres formalités quelles qu'elles soient après la défaillance aux créanciers garantis procédant à la réalisation (voir A/CN.9/631, recommandation 165).

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

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

83. De nombreux États envisagent la possibilité de constituer une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire (pour la définition de ce terme et des termes connexes, voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation). Dans une convention de compte entre une banque et un déposant, la banque est généralement considérée comme le débiteur du déposant et a l'obligation de lui payer tout ou partie du dépôt sur demande. Le droit bancaire étant étroitement lié à des pratiques commerciales importantes dans les États, le présent Guide recommande de s'y conformer et prévoit aussi des garanties supplémentaires pour les banques dont les déposants peuvent avoir constitué des sûretés sur leurs droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire (voir A/CN.9/631, recommandations 33, 50, 101, 102, 122 et 123). Par exemple, même si un déposant a conclu une convention de sûreté avec un créancier, la banque dépositaire: a) a les mêmes droits et obligations à l'égard du déposant; b) a les mêmes droits à compensation; c) n'est tenue de payer aucune autre personne que celle qui a le contrôle du compte; et d) n'est pas tenue de répondre aux demandes d'informations (voir A/CN.9/631, recommandations 122 et 123).

84. Dans de nombreux États, si le bien grevé est un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, le créancier garanti peut procéder au recouvrement ou exercer d'une autre manière son droit au paiement des fonds après la défaillance, ou même avant s'il en est ainsi convenu avec le constituant. La réalisation intervient normalement lorsque le créancier garanti demande à la banque de transférer les fonds sur son propre compte, ou de recouvrer d'une autre manière les sommes créditées sur le compte. Le raisonnement est que le bien grevé est le droit de recevoir paiement des fonds crédités sur le compte, et qu'il serait inefficace que le créancier garanti soit tenu de procéder à la réalisation en prenant possession des biens et en accomplissant les formalités applicables à la vente de biens grevés ou en les acceptant en paiement de l'obligation garantie. Conformément à l'objectif

consistant à renforcer la souplesse et l'efficacité de la réalisation, le présent Guide recommande que les créanciers procédant à la réalisation d'une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire puissent le faire en recouvrant les fonds qui sont sur le compte (voir A/CN.9/631, recommandation 167).

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

86. Bien souvent, le créancier garanti est en fait la banque dépositaire elle-même. En pareil cas, un processus de réalisation formel faisant intervenir un acte spécifique de recouvrement et d'affectation des fonds au remboursement de l'obligation garantie serait superflu. En cas de défaillance, une banque dépositaire agissant en qualité de créancier garanti exerce normalement son droit à compensation pour affecter les fonds présents sur le compte directement au paiement de l'obligation garantie non acquittée. Conformément à cette pratique, le présent Guide recommande qu'aucune sûreté que pourrait détenir la banque dépositaire sur le droit au paiement de fonds crédités sur le compte n'ait d'incidence sur la réalisation de ses droits à compensation (voir A/CN.9/631, recommandations 27 et 122 alinéa b)).

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

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

88. La pratique générale des États est d'autoriser le créancier garanti dont la sûreté porte sur le produit d'un engagement de garantie indépendant à procéder au

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

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

89. De nombreux États autorisent les constituants à créer une sûreté sur un document négociable (pour la définition de ce terme et des termes connexes, voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation). Le présent Guide recommande une pratique semblable (voir A/CN.9/631, recommandations 2 alinéa a) et 29). Le document négociable représente le bien meuble corporel qui y est décrit, et permet à son porteur de revendiquer ce bien auprès de l'émetteur. Normalement, les créanciers garantis réalisent leur sûreté en présentant le document à l'émetteur et en revendiquant le bien. Des règles spéciales peuvent toutefois s'appliquer pour protéger les droits de certaines personnes en vertu de la législation régissant les documents négociables, et le présent Guide suit ces règles spéciales (voir A/CN.9/631, recommandation 127).

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

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

91. Dans le cours normal des activités d'une entreprise, les biens meubles corporels tels que les stocks sont destinés à être vendus. En tout état de cause, si le constituant vend les biens grevés (notamment avec l'autorisation du créancier garanti, auquel cas la sûreté ne suit pas les biens grevés; voir A/CN.9/631, recommandation 86 alinéa a)), le produit de la vente est substitué aux biens (pour la définition du terme "produit", voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation). Par conséquent, de nombreux États prévoient qu'une sûreté sur un bien corporel est automatiquement transférée au produit de sa disposition. D'autres États ne prévoient pas de tel transfert, ou exigent

que la sûreté indique expressément sur quels produits elle portera. Le présent Guide recommande que les créanciers garantis aient le droit d'exercer leur sûreté sur le produit des biens grevés et sur le produit d'un produit (voir A/CN.9/631, recommandations 40 et 41). De plus, à la différence de beaucoup d'États, qui limitent le concept de produit aux biens venant remplacer le bien grevé, le présent Guide considère comme produit tout ce que rapporte le bien, y compris les fruits et les revenus qu'il génère et le croît des animaux et l'accroissement naturel des végétaux.

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

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être envisager d'ajouter une recommandation relative à la réalisation sur des sûretés sur le produit indiquant expressément que lorsque le produit est celui d'une catégorie de biens particulière (créances, par exemple), la réalisation devrait suivre les règles applicables à cette catégorie de biens.*]

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

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

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

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

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

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

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

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

meubles. Bien que le présent Guide ne formule aucune recommandation expresse à cet égard, du fait que le régime de réalisation présuppose l'existence distincte de biens meubles corporels, c'est implicitement le résultat obtenu.

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

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

99. La réalisation de sûretés sur des biens rattachés à des biens immeubles devient plus complexe encore lorsque le créancier garanti a pris un droit réel sur un bien immeuble et une sûreté sur un bien meuble devenu un bien rattaché audit bien immeuble. En pareil cas, la plupart des États permettent au créancier de réaliser la sûreté de plusieurs façons: il peut réaliser la sûreté sur le bien rattaché et le droit réel sur le reste de l'immeuble, ou encore réaliser le droit réel sur l'ensemble de l'immeuble, y compris le bien rattaché. Dans le premier cas, ses droits devront être

prioritaires par rapport à tous les autres droits sur le bien immeuble (voir A/CN.9/631, recommandation 172). Dans le deuxième cas, ils seront déterminés par le régime de priorité régissant les biens immeubles (voir A/CN.9/631, recommandation 161 alinéa b)).

C. Recommandations

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

A/CN.9/631/Add.8 [Original: anglais]

Note du Secrétariat sur les recommandations du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa douzième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
XI.	Insolvabilité	1-76
	A. Remarques générales	1-76
	1. Introduction	1-3
	2. Terminologie	4-9
	3. Principes généraux applicables aux sûretés dans les procédures d'insolvabilité	10
	4. Loi applicable dans la procédure d'insolvabilité	11-15
	a) Effets de l'insolvabilité: *lex fori concursus*	12-13
	b) Exceptions à la *lex fori concursus*	14-15
	5. Traitement des actifs grevés	16-35
	a) Identification des actifs qui font l'objet de la procédure d'insolvabilité	17-23
	b) Protection de la masse grâce à l'arrêt des poursuites	24-32
	c) Utilisation et disposition des actifs grevés	33-35
	6. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure	36-37
	7. Traitement des contrats	38-41
	a) Clauses de résiliation automatique et de déchéance du terme	38-40
	b) Continuation ou rejet des contrats	41
	8. Action en annulation	42-43
	9. Participation de créanciers garantis à la procédure d'insolvabilité	44-45
	10. Procédure de redressement	46-54
	a) Approbation d'un plan de redressement	46-50
	b) Évaluation des actifs grevés	51-54
	11. Procédure de redressement accélérée	55-56
	12. Traitement des créances garanties	57-59
	13. Classement des créances garanties	60-65

14. Opérations de financement d'acquisitions 66-72

a) Biens grevés d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de leur acquisition (approche unitaire) 67

b) Biens soumis à un droit lié au financement de son acquisition (approche non unitaire) 68-72

15. Créances ayant fait l'objet d'un transfert pur et simple avant l'ouverture de la procédure 73-76

B. Recommandations . . . . . .

XI. Insolvabilité

A. Remarques générales

1. Introduction

1. Les lois sur les opérations garanties et les lois sur l'insolvabilité portent sur des points et ont des objectifs différents, dont certains peuvent se recouper lorsque les sûretés régies par une loi sur les opérations garanties sont affectées par l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Une loi sur les opérations garanties vise à promouvoir le crédit garanti, c'est-à-dire un crédit à coût réduit, la sûreté réduisant le risque de non-paiement au créancier garanti ("défaillance"). Elle permet aux débiteurs de tirer parti de toute la valeur de leurs actifs, de développer leur entreprise et d'éviter la défaillance. En cas de défaillance d'un débiteur, elle vise à s'assurer que la valeur des actifs grevés protège le créancier garanti. Elle s'intéresse essentiellement à l'exercice effectif du droit qu'a chaque créancier de maximiser, si les obligations dues ne sont pas exécutées, la probabilité que la valeur économique des actifs grevés soit réalisée de manière à satisfaire ces obligations. Une loi sur l'insolvabilité, en revanche, porte principalement sur des questions commerciales et économiques collectives. Elle vise à maximiser les sommes recouvrées par l'ensemble des créanciers, premièrement en empêchant que ces derniers ne se précipitent pour faire valoir chacun ses droits sur les actifs d'un débiteur commun, deuxièmement en facilitant le redressement des entreprises commerciales viables et la liquidation de celles qui ne le sont pas. C'est pourquoi elle peut affecter les droits des créanciers garantis. Ainsi, les droits qu'a un créancier garanti de réaliser sa sûreté peuvent être différés à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

2. Étant donné que la modification d'une loi peut entraîner, pour les parties concernées par l'autre loi, des coûts d'opération et d'exécution imprévus et créer une tension entre les deux lois, le législateur qui révise une loi existante ou en met en place une nouvelle dans le domaine soit de l'insolvabilité, soit des opérations garanties devra s'assurer que le texte nouveau ou révisé tient dûment compte de toute loi existante ou proposée dans l'autre domaine. Dans certains cas, la révision de l'une de ces lois peut faire apparaître la nécessité de réviser la loi ou d'en adopter une nouvelle dans l'autre domaine. En tout état de cause, dans la mesure où une loi sur l'insolvabilité a des effets sur les droits des créanciers garantis, ces effets

devraient résulter de politiques bien conçues et être clairement spécifiés dans cette loi.

3. Les effets qu'a sur les sûretés l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sont décrits en détail, pour ce qui concerne le droit de l'insolvabilité, dans le *Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité* (ci-après dénommé "*Guide sur l'insolvabilité*") que la CNUDCI a adopté le 25 juin 2004[1]. Le présent chapitre a pour but de mettre en évidence, à la section A, certains des principaux points d'intersection entre une loi sur l'insolvabilité et une loi sur les opérations garanties. C'est pourquoi les recommandations du *Guide sur l'insolvabilité* qui ont un rapport particulier avec les sûretés sont reprises dans le présent guide. Pour une analyse plus complète, toutefois, des effets que peut avoir l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sur les sûretés, il faudrait lire le présent chapitre en parallèle avec les commentaires et recommandations du *Guide sur l'insolvabilité*. Le présent chapitre comporte aussi plusieurs recommandations supplémentaires portant sur des questions abordées dans le *Guide sur l'insolvabilité*, où elles n'ont cependant pas fait l'objet de recommandations. Toutes les recommandations figurent à la section B.

2. Terminologie

4. Le *Guide sur l'insolvabilité* et le présent guide emploient un certain nombre de termes qui ont été définis (voir le *Guide sur l'insolvabilité*, Introduction, Glossaire, et le présent guide, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation). La section B du présent chapitre, qui contient les recommandations, contient également quelques définitions reprises du *Guide sur l'insolvabilité*, utiles pour comprendre les recommandations de ce dernier. Pour mieux comprendre les recommandations du *Guide sur l'insolvabilité*, on se reportera aux autres définitions qui y figurent.

5. Certains termes définis dans le *Guide sur l'insolvabilité* ne le sont pas à nouveau dans le présent guide, où ils ont donc le même sens que dans le *Guide sur l'insolvabilité*. Cependant, comme le présent chapitre porte, à la différence du *Guide sur l'insolvabilité*, sur des questions liées aux sûretés, les termes redéfinis dans le présent guide ont le sens qui leur est donné ici (à l'exception des par. [8] et [9] ci-dessous).

6. Ainsi, le terme "sûreté réelle mobilière" (ci-après "sûreté"), tel qu'il est employé dans le présent chapitre, a le sens qui lui est donné dans le présent guide, la définition du *Guide sur l'insolvabilité* étant plus large puisque le terme "sûreté réelle" y désigne plus généralement un "droit sur un actif garantissant le paiement ou autre exécution d'une ou de plusieurs obligations" et peut donc englober les sûretés sur les biens immeubles et les sûretés non conventionnelles qui ne sont pas couvertes par la définition du présent guide (voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation).

---

[1] La décision de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et la résolution de l'Assemblée générale (résolution 59/40 du 2 décembre 2004) figurent dans le *Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.10), annexe II. Ce guide, dont l'annexe III reprend la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et le Guide pour son incorporation, peut être consulté à l'adresse www.uncitral.org.

7. De même, le terme “priorité”, tel qu’il est employé dans le présent chapitre, a le sens qui lui est donné dans le présent guide, la définition du *Guide sur l’insolvabilité* étant plus restreinte puisqu’elle ne concerne que la priorité des créances dans le contexte de l’insolvabilité (“droit d’une créance de primer une autre créance, lorsque ce droit naît par l’effet de la loi”). Dans le présent guide, le terme “priorité” désigne “le droit d’une personne d’obtenir l’avantage économique de sa sûreté réelle mobilière sur un bien grevé par préférence à un réclamant concurrent” (voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d’interprétation). Dans le présent chapitre, pour évoquer la “priorité” dans une procédure d’insolvabilité, on emploie le terme “classement des créances” (voir, par exemple, par. [60] à [65] ci-après).

8. Dans le présent guide, le terme “débiteur” est défini comme désignant la personne qui doit exécuter l’obligation garantie. Comme cette définition ne fonctionnerait pas bien dans le présent chapitre, le terme “débiteur” y a le sens que lui donne le *Guide sur l’insolvabilité* et désigne donc une personne qui remplit les conditions d’ouverture d’une procédure d’insolvabilité (voir *Guide sur l’insolvabilité*, deuxième partie, chap. I, par. 1 à 11, et recommandation 8).

9. En outre, comme d’autres chapitres du présent guide emploient le terme “constituant” (personne qui constitue une sûreté) plutôt que “débiteur” (personne qui doit exécuter l’obligation garantie), ce dernier terme, tel qu’il est employé dans le présent chapitre, doit être interprété comme désignant le “constituant” dans les cas où le constituant est une personne autre que celle qui doit exécuter l’obligation garantie. Cette façon de procéder est nécessaire puisque ce n’est qu’en cas d’insolvabilité du tiers constituant que le créancier garanti a un droit réel sur les actifs grevés. En cas d’insolvabilité du débiteur non constituant, le créancier est un créancier chirographaire titulaire d’une créance non garantie contre ce débiteur.

3. Principes généraux applicables aux sûretés dans les procédures d’insolvabilité

10. Selon le *Guide sur l’insolvabilité*, la loi sur l’insolvabilité devrait reconnaître en principe, s’agissant de la sûreté et des droits qu’a le créancier garanti après défaillance, la constitution, l’opposabilité et la priorité instituées par la loi sur les opérations garanties (voir les recommandations 179 et 180 du présent guide). Aux fins, toutefois, de la procédure d’insolvabilité, il se peut qu’il faille, à l’ouverture de cette procédure, modifier ou affecter les droits qu’a le créancier garanti en dehors de celle-ci. Il est souhaitable, dans ce cas, qu’une loi sur l’insolvabilité prévoie également des protections appropriées pour le créancier garanti. Ce qui importe, pour l’offre de crédit garanti, c’est que la loi sur l’insolvabilité contienne des règles claires quant aux effets que la procédure d’insolvabilité a sur les droits du créancier garanti, de façon que ce dernier puisse quantifier les risques associés à l’insolvabilité et en tenir compte pour accorder ou non un crédit, et à quelles conditions.

4. Loi applicable dans la procédure d’insolvabilité

11. Il peut être difficile de déterminer la loi applicable à la constitution, à l’opposabilité et à la priorité de la sûreté et des droits qu’a le créancier garanti après défaillance lorsque la procédure d’insolvabilité est ouverte dans un État et que certains des actifs ou créanciers du débiteur se trouvent dans un autre État, ou lorsque des procédures sont ouvertes dans deux États différents du fait de la nature

multinationale de l'entreprise du débiteur. Dans un cas comme dans l'autre, ce seraient les règles générales du droit international privé applicables en dehors de ces procédures qui régiraient ces questions. Cela ressort clairement de la recommandation 30 du *Guide sur l'insolvabilité*, selon laquelle l'État où une procédure d'insolvabilité est ouverte (c'est-à-dire l'État du for) devrait appliquer ses règles de droit international privé pour déterminer la loi qui régit des questions telles que la constitution, l'opposabilité ou la priorité d'une sûreté et des droits qu'a le créancier garanti après défaillance en dehors des procédures d'insolvabilité (voir aussi la recommandation 173 du présent guide).

a) Effets de l'insolvabilité: *lex fori concursus*

12. Une fois déterminées, conformément à la loi autre que la loi sur l'insolvabilité qui s'applique en dehors des procédures d'insolvabilité en vertu des règles de droit international privé de l'État du for, la constitution, l'opposabilité et la priorité de la sûreté et des droits qu'a le créancier garanti après défaillance, il se pose une deuxième question, qui concerne les effets qu'a l'ouverture de procédures d'insolvabilité sur les sûretés: la réalisation de la sûreté est-elle suspendue, la sûreté sera-t-elle reconnue dans la procédure et, dans l'affirmative, quel sera son rang relatif? Le problème, dans cette deuxième phase, tient à la détermination de la loi applicable à ces effets de l'insolvabilité. Il est généralement admis que la loi sur l'insolvabilité de l'État où est ouverte la procédure d'insolvabilité (*lex fori concursus*) s'applique à l'ouverture, au déroulement, à l'administration et à la conclusion de cette procédure (aux "effets de l'insolvabilité"). C'est qui ce ressort de la recommandation 31 du *Guide sur l'insolvabilité*.

13. Des problèmes peuvent survenir lorsque la loi sur l'insolvabilité qui régit le rang de la sûreté modifie la priorité relative que celle-ci aurait en vertu de la loi sur les opérations garanties. Les catégories de créances qui, en vertu de la loi sur l'insolvabilité, primeraient, lors de la répartition, une sûreté dans une procédure d'insolvabilité sont habituellement régies par la *lex fori concursus*. Au moment de définir ces catégories de créances dans la loi sur l'insolvabilité, il faudrait examiner la loi sur les opérations garanties en ce qui concerne la constitution, l'opposabilité, la priorité et la réalisation de la sûreté avant d'étudier la mesure dans laquelle, le cas échéant, le rang de priorité de la sûreté devrait être affecté par l'ouverture et l'administration d'une procédure d'insolvabilité.

b) Exceptions à la *lex fori concursus*

14. Si les effets qu'a la procédure d'insolvabilité sur les sûretés sont habituellement régis par la *lex fori concursus*, certains États n'en ont pas moins adopté des exceptions. Ainsi, tel État du for peut s'en remettre, pour ce qui est des effets de l'insolvabilité sur les sûretés sur des biens rattachés à des biens immeubles, à la loi sur l'insolvabilité de l'État dans lequel les biens immeubles sont situés (*lex rei sitae*). Le *Guide sur l'insolvabilité* traite de ces exceptions plus en détail (voir deuxième partie, chap. I, par. 85 à 90), mais ne recommande pas d'appliquer la *lex rei sitae* aux effets de l'insolvabilité sur des biens rattachés à des biens immeubles, voire, généralement, à des biens meubles. Au lieu de cela, il recommande, d'une manière générale, que toutes exceptions à l'applicabilité de la *lex fori concursus* aux effets de l'insolvabilité soient limitées en nombre et

clairement énoncées dans la loi sur l'insolvabilité (voir *Guide sur l'insolvabilité*, recommandation 34 et deuxième partie, chap. I, par. 88).

15. La question de la loi sur l'insolvabilité qui s'applique est encore plus compliquée lorsque le débiteur fait l'objet de procédures concurrentes ouvertes dans différents États. Dans ce cas, le tribunal où une procédure est en cours peut s'en remettre au droit de l'insolvabilité de l'État où une autre procédure est en cours pour ce qui est des effets de l'insolvabilité sur une sûreté attachée à un actif grevé situé dans cet autre État.

5. Traitement des actifs grevés

16. Une sûreté peut être affectée, après l'ouverture d'une procédure, par les dispositions de la loi sur l'insolvabilité qui définissent le champ ou traitent d'une autre manière, par exemple, des actifs du débiteur qui font l'objet de la procédure d'insolvabilité, de l'arrêt ou de la suspension des poursuites engagées contre le débiteur, du financement postérieur à l'ouverture de la procédure, de l'annulation des opérations qui ont eu lieu avant l'ouverture de la procédure, de l'approbation du plan de redressement et du rang de priorité des créances.

a) Identification des actifs qui font l'objet de la procédure d'insolvabilité

17. L'identification des actifs du débiteur qui feront l'objet de la procédure d'insolvabilité est déterminante pour la bonne conduite de cette dernière. Les actifs dont le représentant de l'insolvabilité a le contrôle et qui font l'objet de la procédure constituent la "masse" (voir la définition des "actifs du débiteur" à la section B ci-après). Ainsi, la masse constituée à l'ouverture de la procédure comprendra, en règle générale, l'ensemble des biens et droits du débiteur, notamment les droits sur des biens, corporels (meubles ou immeubles) ou incorporels, où qu'ils se trouvent (dans le pays ou à l'étranger), et qu'ils soient en sa possession ou non au moment de l'ouverture de la procédure. Elle engloberait normalement les droits du débiteur sur des actifs grevés, ainsi que les actifs acquis par le débiteur ou le représentant de l'insolvabilité après l'ouverture de la procédure et les actifs recouvrés au moyen d'une action en annulation.

i) Actifs grevés

18. Le fait d'inclure dans la masse les droits du débiteur sur des actifs grevés peut aider non seulement à garantir le traitement équitable des créanciers qui se trouvent dans la même situation, mais également à atteindre les objectifs de la procédure d'insolvabilité lorsque, par exemple, les actifs en question sont essentiels pour le redressement du débiteur ou la vente de son entreprise en vue de la poursuite de l'activité. Le *Guide sur l'insolvabilité* examine les actifs du débiteur qui entrent dans la masse (ainsi que ceux qui en sont exclus) et les effets qu'a l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sur les actifs grevés. Il souligne, en particulier, qu'il importe, pour le succès du redressement, d'inclure dans la masse les droits du débiteur sur des actifs grevés et sur des actifs appartenant à des tiers (voir *Guide sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chap. II, par. 7 à 9) et de suspendre, à l'ouverture, certaines actions vis-à-vis de sûretés (voir *Guide sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chap. II, par. 36 à 40, 56, 57 et 59 à 69, et recommandation 46 et par. [25] et [26] ci-après).

ii) Actifs acquis après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité

19. Selon les recommandations du *Guide sur l'insolvabilité* (voir recommandation 35, alinéa b)), un actif acquis par le débiteur après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité entre généralement dans la masse de l'insolvabilité.

20. Par conséquent, même si le créancier garanti peut être titulaire d'une sûreté sur des actifs futurs du débiteur, cette sûreté ne devrait pas s'étendre aux actifs acquis par ce dernier après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (voir aussi la recommandation 176 du présent guide). Si la sûreté s'étendait généralement à ces actifs, le créancier garanti bénéficierait injustement, sans accorder de crédit supplémentaire au débiteur, de l'accroissement, découlant de l'acquisition d'actifs par le débiteur après l'ouverture de la procédure, des actifs grevés susceptibles d'être disponibles pour satisfaire l'obligation garantie. À l'inverse, d'autres créanciers de la masse seraient injustement lésés si les actifs non grevés de cette masse étaient utilisés après l'ouverture de la procédure pour acquérir des actifs supplémentaires sur lesquels la sûreté du créancier garanti porterait automatiquement et qui serviraient à satisfaire l'obligation garantie.

21. Toutefois, si l'actif acquis par le débiteur après l'ouverture de la procédure est le produit d'un actif sur lequel le créancier garanti détenait une sûreté opposable avant l'ouverture de la procédure (ou rendue opposable après l'ouverture de la procédure mais pendant un délai de grâce), la sûreté devrait s'étendre à ce produit (voir recommandation 177 du présent guide). Dans le cas contraire, le créancier garanti n'obtiendrait pas l'avantage de sa sûreté sur un actif grevé dont il est disposé ou sur lequel il est reçu paiement après l'ouverture de la procédure et serait, compte tenu de ce risque, moins disposé à accorder au débiteur des crédits à des taux abordables, même si les perspectives d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité étaient inexistantes.

22. On pourrait, pour illustrer ces points, donner un exemple. Soit un créancier garanti titulaire d'une sûreté non annulable sur l'ensemble des stocks existants et futurs du débiteur. Après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, le débiteur vend un bien immeuble qui n'est grevé d'aucune sûreté et utilise le produit en espèces de la vente pour acheter des stocks. La sûreté ne devrait pas s'étendre à ces stocks postérieurs à l'ouverture de la procédure. Le créancier garanti n'a accordé aucun crédit qui serait adossé à une sûreté sur les nouveaux stocks. En étendant la sûreté aux nouveaux stocks, on léserait les autres créanciers de la masse puisque le bien immeuble, actif non grevé qui aurait autrement pu servir à rembourser les créances de ces créanciers, aurait servi à accroître les actifs disponibles pour satisfaire l'obligation garantie. Il en résulterait que la valeur des stocks supplémentaires serait moins susceptible d'être disponible pour rembourser les créances des autres créanciers alors même qu'elle découlerait d'un bien immeuble qui aurait été pleinement disponible à cette fin.

23. Par contre, si les nouveaux stocks étaient acquis grâce au produit en espèces de la vente, par le débiteur, de stocks qui existaient à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et sur lesquels le créancier garanti détenait une sûreté non annulable, cette dernière devrait s'étendre aux stocks acquis après l'ouverture de la procédure. Avant l'ouverture, le créancier garanti avait accordé au débiteur un crédit adossé à une sûreté sur des stocks que le débiteur a vendus ensuite, après l'ouverture. Les

nouveaux stocks remplacent en fait les stocks vendus. Le créancier garanti n'est pas injustement favorisé et les autres créanciers ne sont pas injustement lésés.

b) Protection de la masse grâce à l'arrêt des poursuites

24. Une loi efficace sur l'insolvabilité a deux grands objectifs: s'assurer que la valeur de la masse de l'insolvabilité ne subit aucune dépréciation due aux actions des diverses parties et permettre que la masse soit administrée d'une manière équitable et ordonnée. Nombre de lois y parviennent en imposant un arrêt qui empêche les créanciers d'engager des actions individuelles ou collectives pour recouvrer leurs créances ou exercer toute voie de droit ou mener toute procédure contre le débiteur ou les actifs de la masse, et qui suspend toute action de ce type qui pourrait être pendante. Lorsque l'arrêt s'applique à compter de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, il peut être complété par des mesures provisoires ordonnées par le tribunal pour protéger les actifs du débiteur et l'intérêt collectif des créanciers entre le moment où la demande d'ouverture de la procédure est déposée et celui où le tribunal y donne suite. Le *Guide sur l'insolvabilité* examine en détail le champ des actions auxquelles un arrêt impératif ou provisoire des poursuites s'applique (voir *Guide sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chap. II, par. 30 à 40); le moment à partir duquel s'applique l'arrêt des poursuites et la durée (y compris la prorogation) de l'arrêt (voir deuxième partie, chap. II, par. 41 à 53 et 58); et les mesures destinées à protéger les intérêts des créanciers garantis (voir deuxième partie, chap. II, par. 59 à 69).

i) Portée de l'arrêt des poursuites

25. Certains États font porter l'arrêt sur toutes les actions engagées contre le débiteur, qu'elles soient judiciaires ou non, y compris celles engagées par des créanciers garantis et des tiers propriétaires. L'arrêt s'étend habituellement aux actions tendant à la réalisation d'une sûreté par prise de possession et vente, location ou autre mode de disposition des actifs grevés (ou par un autre moyen de réalisation exposé au chapitre X, Droits après défaillance, du présent guide). Il s'étend aussi aux actions tendant à constituer une sûreté ou à rendre une sûreté opposable. Certaines lois sur l'insolvabilité opèrent une distinction entre liquidation et redressement pour ce qui concerne l'application et la durée de l'arrêt des actions engagées par des créanciers garantis ou des tiers propriétaires. Un nombre croissant de lois sur l'insolvabilité reconnaissent que, si le fait de limiter la réalisation des sûretés risque d'influer négativement sur le coût du crédit et l'offre de crédit, le fait d'exclure les actions engagées par les créanciers garantis de la portée de l'arrêt pourrait contrarier les objectifs fondamentaux de la procédure d'insolvabilité. Cela est particulièrement vrai en cas de redressement, puisqu'il est bien souvent indispensable que le débiteur puisse continuer à utiliser des actifs grevés pour faire fonctionner et, par conséquent, redresser l'entreprise. Tous les effets néfastes que l'arrêt est susceptible d'avoir peuvent être atténués par des mesures visant à protéger la valeur économique des actifs grevés contre toute dépréciation (voir par. 29 à 31 ci-après).

26. Si une sûreté est opposable au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, il faut exclure de la portée de l'arrêt toute action que le créancier garanti pourrait devoir engager pour qu'elle reste opposable. Ainsi, la loi sur les opérations garanties pourrait prévoir un délai de grâce pour l'inscription de

certaines sûretés, comme les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions, sur le registre général des sûretés (voir la recommandation 189, al. b), du présent guide); en règle générale, l'arrêt ne devrait pas avoir d'incidences sur l'inscription au cours d'un tel délai de grâce (même si ce dernier expire après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité).

ii) Durée de l'arrêt

27. Dans les procédures de redressement, sous réserve des mesures de protection décrites ci-dessous, il est souhaitable que l'arrêt s'applique aux créanciers garantis pendant une période suffisante pour assurer la bonne administration du redressement et empêcher que des actifs grevés ne soient soustraits de la masse avant que la manière de les traiter ne soit décidée et qu'un plan approprié ne soit approuvé.

28. Il est également souhaitable que l'arrêt s'applique aux créanciers garantis dans les procédures de liquidation, en particulier pour permettre la vente de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité. L'arrêt pourrait s'appliquer pendant une courte période (30 à 60 jours, par exemple), clairement indiquée dans la loi sur l'insolvabilité et prorogeable dans certaines circonstances, mais il pourrait aussi s'appliquer pendant toute la procédure de liquidation sous réserve du prononcé, par le tribunal, de son aménagement dans certaines circonstances (voir *Guide sur l'insolvabilité*, recommandation 49).

iii) Protection des créanciers garantis

29. Une loi sur l'insolvabilité devrait prévoir des mesures destinées à protéger les créanciers garantis titulaires de sûretés dont la valeur économique pâtit de l'arrêt. Ces mesures pourraient prendre la forme d'un aménagement de l'arrêt des poursuites ou d'une libération des actifs grevés. Même en l'absence de demande d'aménagement de l'arrêt, une loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'un créancier garanti a le droit d'être protégé contre la dépréciation des actifs grevés et que le tribunal peut prononcer les mesures de protection appropriées (voir *Guide sur l'insolvabilité*, recommandation 50).

30. Les motifs d'aménagement de l'arrêt ou de libération de l'actif grevé pourraient comprendre les cas où, par exemple, cet actif n'est pas nécessaire à un éventuel redressement ou à une éventuelle vente de l'entreprise débitrice; sa valeur diminue du fait de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et le créancier garanti n'est pas protégé contre cette diminution; et, dans le cas d'un redressement, aucun plan n'a été approuvé dans tout délai applicable. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient également qu'une fois l'aménagement accordé et l'arrêt levé vis-à-vis d'actifs grevés donnés, ces actifs peuvent être remis au créancier garanti. Le créancier garanti pourrait alors réaliser sa sûreté conformément à la loi (autre que la loi sur l'insolvabilité) applicable. Tout excédent restant après paiement de l'obligation garantie entrerait dans la masse.

31. Au centre de la protection contre la dépréciation se trouve le mécanisme qui permet de déterminer à la fois la valeur des actifs grevés et le moment de leur évaluation, selon l'optique dans laquelle cela doit être déterminé. Il peut être nécessaire d'évaluer l'actif à différents moments de la procédure d'insolvabilité, par exemple à l'ouverture puis au cours de la procédure, ou seulement au cours de la procédure. La question de la base sur laquelle cette évaluation devrait être faite (par

exemple, valeur d'exploitation ou valeur de liquidation) se pose également. La valeur d'un actif grevé peut, au moins dans le premier cas, être déterminée d'un commun accord entre les parties avant l'ouverture de la procédure ou peut devoir l'être par le tribunal sur la base de certains éléments (étude des marchés, situation du marché et témoignages d'experts, notamment).

32. Le *Guide sur l'insolvabilité* examine le moment de l'évaluation et différents mécanismes d'évaluation (voir *Guide sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chap. II, par. 66 à 68).

c) Utilisation et disposition des actifs grevés

33. Les créanciers garantis seront intéressés par la manière dont les actifs grevés sont traités après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et, en particulier, par l'utilisation et la disposition de ces actifs.

34. Lorsque les droits du débiteur sur des actifs grevés entrent dans la masse de l'insolvabilité, leur traitement dépend de ce dont la loi sur l'insolvabilité dispose en ce qui concerne, par exemple, l'application de l'arrêt, la constitution d'une nouvelle sûreté sur ces actifs, leur utilisation au cours de la procédure d'insolvabilité, leur vente ou disposition, la renonciation à ces actifs et la vente des actifs grevés libres de toute sûreté. Certaines lois sur l'insolvabilité, par exemple, prévoient que seul le représentant de l'insolvabilité peut disposer des actifs grevés en cas de liquidation ou de redressement. D'autres prévoient que son pouvoir de disposer des actifs grevés en cas de liquidation est limité dans le temps et qu'à l'expiration de la période fixée, le créancier garanti peut exercer ses droits.

35. Le *Guide sur l'insolvabilité* examine les conditions dans lesquelles des actifs grevés libres de toute sûreté peuvent être vendus (par exemple, le fait que la sûreté sur un actif doive s'étendre au produit de la vente de cet actif) et les mesures de protection dont doivent bénéficier les créanciers garantis qui ont des droits sur des actifs grevés qui sont ainsi vendus, notamment l'obligation d'aviser ces créanciers de tout projet de vente ou autre acte de disposition des actifs grevés et de leur donner la possibilité de s'y opposer (voir *Guide sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chap. II, par. 74 à 89).

6. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure

36. Dans les procédures de liquidation et de redressement, un représentant de l'insolvabilité peut demander à disposer de fonds pour continuer à faire fonctionner l'entreprise. Les actifs liquides de la masse, espèces ou autres actifs convertibles en espèces (tels que le produit attendu de créances liquides) et libres de toute sûreté antérieure opposable, peuvent ne pas suffire à couvrir les dépenses prévues. Si les actifs liquides non grevés ou la trésorerie attendue sont insuffisants, le représentant de l'insolvabilité doit obtenir des fonds auprès de tiers. Ces derniers, qui sont souvent les prêteurs qui ont accordé un crédit au débiteur avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, ne seront, en règle générale, disposés à accorder le crédit nécessaire que s'ils reçoivent l'assurance (sous forme de créance prioritaire ou de sûreté prioritaire sur les actifs de la masse) qu'ils seront remboursés.

37. Pour tous ces arrangements de financement (ci-après dénommés collectivement "financement postérieur à l'ouverture de la procédure"), il est essentiel que les droits qu'ont les créanciers garantis antérieurs à l'ouverture de la

procédure de recevoir la valeur économique des actifs grevés soient dûment protégés contre la dépréciation (à condition que la sûreté ait été opposable avant l'ouverture de la procédure ou après l'ouverture, mais au cours du délai de grâce). Alors que certains pays autorisent, dans des cas limités, pour garantir un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, la constitution d'une sûreté primant une sûreté antérieure, la constitution de cette sûreté (parfois dénommée "privilège") ne devrait être permise que lorsque certaines conditions sont remplies, notamment le fait que les droits qu'ont les créanciers garantis antérieurs à l'ouverture de la procédure de recevoir la valeur économique des actifs grevés soient dûment protégés contre la dépréciation. La question du financement postérieur à l'ouverture de la procédure est examinée en détail dans la deuxième partie, chap. II, par. 94 à 107, du *Guide sur l'insolvabilité*.

7. Traitement des contrats

a) Clauses de résiliation automatique et de déchéance du terme

38. Les parties à des conventions constitutives de sûretés ont intérêt, pour le traitement en cas d'insolvabilité, à disposer de clauses qui définissent les cas de défaut d'exécution donnant lieu à la résiliation automatique ou à la déchéance du terme dans le cadre de la convention. Certaines lois sur l'insolvabilité autorisent l'annulation de ce type de clause à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, mais cette façon de procéder ne s'est pas encore généralisée. L'incapacité de porter atteinte de cette manière aux principes généraux du droit des contrats peut toutefois rendre impossible le redressement lorsque le contrat porte, par exemple, sur un actif nécessaire au redressement ou à la cession de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité.

39. On peut contrebalancer les effets négatifs de l'annulation de ce type de clause en prévoyant le dédommagement des créanciers pouvant démontrer qu'ils ont subi un préjudice ou une perte en raison de la continuation du contrat après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. On pourrait en outre inclure une exception à une annulation générale de ces clauses pour certains types de contrats. La loi sur l'insolvabilité pourrait prévoir, par exemple, qu'une telle clause ne rend pas inopposable ni n'invalide une clause contractuelle libérant un créancier d'une obligation de consentir un prêt ou d'octroyer un crédit ou d'autres facilités financières au profit du débiteur après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

40. Toutefois, si la clause contractuelle en question porte sur l'obligation qu'a la partie non visée par la procédure d'insolvabilité d'accorder un crédit supplémentaire ou d'autres facilités financières au débiteur, l'autre partie devrait être libérée de cette obligation. Il ne serait pas équitable d'exiger un crédit supplémentaire d'une partie insolvable lorsque les chances de remboursement sont considérablement réduites. Il serait particulièrement inéquitable d'exiger l'octroi de crédits après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité si, comme cela est décrit au paragraphe [20], aucun actif grevé supplémentaire n'est accordé après l'ouverture au créancier garanti. L'obligation d'accorder des crédits supplémentaires diffère d'autres obligations contractuelles où l'autre partie peut escompter le recouvrement des créances par le débiteur ou par son représentant de l'insolvabilité ou prendre des dispositions à cet effet (voir la recommandation 178 du présent Guide).

b) Continuation ou rejet des contrats

41. Les lois sur l'insolvabilité adoptent des solutions différentes en ce qui concerne la poursuite de l'exécution ou le rejet des contrats. Le *Guide sur l'insolvabilité* aborde un certain nombre de questions liées au traitement des contrats à l'ouverture de la procédure, y compris les procédures qui visent à déterminer s'il convient de poursuivre l'exécution des contrats ou de les rejeter, le traitement des contrats lorsque le débiteur est défaillant à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, les effets de la poursuite de l'exécution ou du rejet, les crédits-bails, la cession de contrats, les types de contrat pour lesquels des exceptions peuvent être exigées et les contrats postérieurs à l'ouverture de la procédure (voir *Guide sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chap. II, par. 108 à 147). En tout état de cause, ce qui importe, pour un créancier garanti, c'est que le rejet d'une convention constitutive de sûreté ne met pas fin ni ne porte atteinte aux obligations garanties déjà souscrites, ni n'éteint la sûreté, et que les contrats financiers et les engagements de crédit sont fréquemment exclus du champ d'application des lois sur l'insolvabilité qui régissent le traitement des contrats de manière plus générale (voir *Guide sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chap. II, par. 208 à 215).

8. Action en annulation

42. Comme mentionné ci-dessus, la loi sur l'insolvabilité reconnaît en principe l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière; c'est une question de droit des opérations garanties. Dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité, néanmoins, la sûreté peut être annulée pour les mêmes motifs que ceux invoqués pour toute autre opération. Ainsi, l'opération peut être annulée au motif qu'il s'agit d'une opération préférentielle, d'une opération à prix sous-évalué ou d'une opération qui vise à faire échouer, à entraver ou à retarder le recouvrement des créances. Autrement, le débiteur pourrait grever ses actifs pour privilégier un créancier sur les autres à la veille de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou, sans obtenir la valeur correspondante, nuire à d'autres créanciers. Le *Guide sur l'insolvabilité* examine les types d'opérations susceptibles d'annulation, la période suspecte, la conduite de l'action en annulation et la responsabilité des autres parties à une opération annulée (voir deuxième partie, chap. II, par. 148 à 203).

43. Parmi les sûretés réelles mobilières susceptibles d'annulation, on peut citer, par exemple, une sûreté constituée peu de temps avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité pour garantir une dette antérieure; une sûreté pour laquelle une ou plusieurs des mesures requises pour la rendre opposable ont été prises après sa constitution et après l'expiration de tout délai de grâce applicable (voir la recommandation 189 b) du présent Guide), mais pendant la période suspecte; et l'acceptation d'un bien grevé à titre d'exécution intégrale ou partielle des obligations garanties (voir la recommandation 148 du présent Guide) à un prix nettement inférieur à sa valeur réelle.

9. Participation de créanciers garantis à la procédure d'insolvabilité

44. Lorsque des actifs grevés font partie de la masse de l'insolvabilité et que les droits des créanciers garantis sont affectés par la procédure d'insolvabilité, ces créanciers devraient avoir le droit de participer à la procédure d'insolvabilité. Dans certains cas, l'étendue du droit qu'a un créancier garanti de se prononcer par vote sur certaines questions peut dépendre de la mesure dans laquelle l'obligation

garantie excède la valeur de l'actif grevé. Le degré de participation peut être prescrit par une loi sur l'insolvabilité et cette participation peut notamment consister à voter sur des points spécifiés par la loi, comme la sélection (et la révocation) du représentant de l'insolvabilité, l'approbation d'un plan de redressement et la vente d'actifs en dehors du cours normal des affaires.

45. Le *Guide sur l'insolvabilité* examine d'une manière générale les questions liées à la participation des créanciers et les mécanismes qui peuvent être utilisés pour faciliter cette participation (voir deuxième partie, chap. III, par. 75 à 115).

10. Procédure de redressement

a) Approbation d'un plan de redressement

46. La question de savoir si un créancier garanti a le droit de participer à l'approbation d'un plan de redressement dépendra de la manière dont la loi sur l'insolvabilité traite les créanciers garantis et, en particulier, de la mesure dans laquelle le plan de redressement peut modifier ou porter atteinte à leurs sûretés. La valeur de l'actif grevé par rapport à la créance permettra de déterminer si le créancier participe en tant que créancier garanti ou chirographaire.

47. Lorsqu'un plan de redressement propose de porter atteinte aux droits de créanciers garantis ou de les modifier, ces derniers devraient avoir la possibilité de se prononcer par vote sur l'approbation de ce plan. À cet effet, certaines lois sur l'insolvabilité classent les créanciers, y compris les créanciers garantis, en fonction de la nature de leurs droits et intérêts. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient que les créanciers garantis votent ensemble en tant que catégorie distincte de celle des créanciers chirographaires; d'autres prévoient que chaque créancier garanti constitue une catégorie en soi. Le *Guide sur l'insolvabilité* examine la procédure de redressement de manière relativement détaillée (voir *Guide sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chap. IV, par. 26 à 75), y compris le vote des créanciers garantis (voir *Guide sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chap. IV, par. [38] à [44]).

48. Lorsque les créanciers garantis participent à la procédure d'approbation, la question se pose de savoir s'ils sont liés par le plan même s'ils s'y sont opposés ou se sont abstenus. Lorsque les créanciers garantis votent par catégorie, certaines lois sur l'insolvabilité prévoient que si la majorité requise dans une catégorie vote l'approbation du plan, les membres de cette catégorie qui n'ont pas approuvé le plan seront liés par ce dernier, sous réserve de certaines protections (ils recevront, par exemple, au moins autant dans le cadre du plan que ce qu'ils auraient reçu en cas de liquidation ou seront, dans un certain délai, désintéressés à hauteur de la valeur de leur sûreté réelle majorée d'intérêts au taux du marché). D'autres lois habilitent le tribunal à arrêter que les créanciers garantis sont liés par le plan, sous réserve qu'il soit convaincu que certaines conditions (le fait, par exemple, que les sûretés sont suffisamment protégées et que la situation des créanciers garantis ne se détériorera pas d'avantage par l'effet du plan) sont remplies. D'autres lois, encore, prévoient qu'on ne peut imposer le plan aux créanciers garantis ou à la catégorie de créanciers garantis sans leur consentement.

49. Plusieurs exemples illustrent la façon dont on peut, dans un plan de redressement, préserver la valeur économique des sûretés, même si elles sont affectées ou modifiées par ce plan. Si le plan prévoit, à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie, un versement en espèces à un créancier garanti, ce

versement ou, s'il est échelonné, sa valeur actualisée ne devraient pas être inférieurs à ce que le créancier garanti aurait reçu en cas de liquidation. Pour déterminer cette valeur, il faudra tenir compte de l'utilisation de ces biens et des objectifs de l'évaluation. Une telle évaluation se fondera non seulement sur la valeur de liquidation stricte de l'actif, mais aussi sur sa valeur d'exploitation. Ainsi, si le débiteur reste en possession du bien et continue de l'utiliser dans le cadre du plan de redressement en vue de la poursuite de l'activité ou s'il vend l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité, cette valeur devra être fixée par rapport à la valeur d'exploitation plutôt qu'à celle du bien considéré séparément.

50. Si le plan oblige le créancier garanti à libérer une partie des actifs grevés, il pourra également prévoir la possibilité de soumettre à la sûreté du créancier garanti des actifs de remplacement d'une valeur au moins égale, à moins qu'en disposant des actifs grevés restants, le créancier garanti puisse se rembourser intégralement.

b) Évaluation des actifs grevés

51. Les recommandations 49 c) ii), 50, 51 b), 54 a), 58 d), 59 c) et 67 c) du *Guide sur l'insolvabilité* prévoient, de manière générale, la protection de la valeur des actifs grevés dans les procédures d'insolvabilité. La recommandation 152 b) prévoit que chaque créancier, y compris un créancier garanti, recevra au moins autant dans le cadre d'un plan homologué par un tribunal que ce qu'il aurait reçu en cas de liquidation. Les questions à prendre en compte pour déterminer la valeur des actifs grevés sont examinées dans le *Guide sur l'insolvabilité* (voir *Guide sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chap. II, par. 66 à 69, et le par. 31 ci-dessus).

52. Pour déterminer la valeur de liquidation des actifs grevés dans une procédure de redressement (aux fins de l'application de la recommandation 152 b) du *Guide sur l'insolvabilité*), il faudra tenir compte de l'utilisation des actifs grevés et des objectifs de l'évaluation. La valeur de liquidation des actifs pourra se fonder sur leur valeur d'exploitation (voir la recommandation 183 du présent Guide).

53. Ainsi, si le débiteur reste en possession des actifs grevés ou en dispose dans le cadre de la vente de son entreprise en vue de la poursuite de l'activité, la valeur d'exploitation des actifs grevés qu'il conserve, si elle est supérieure à la valeur de liquidation des actifs grevés distincts qui ne sont pas utilisés en vue de la poursuite de l'activité, représente peut-être mieux la véritable valeur des actifs grevés compte tenu de l'utilisation qui sera faite de ces derniers.

54. La valeur d'exploitation pourra en outre être celle sur laquelle le créancier s'est fondé pour accorder un crédit au débiteur avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Le créancier garanti pourra avoir accordé un crédit sur la base des actifs grevés utilisés dans l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité et générant les bénéfices nécessaires au remboursement du créancier garanti.

11. Procédure de redressement accélérée

55. Ces dernières années, une attention particulière a été accordée à l'élaboration d'une procédure de redressement accélérée (procédure ouverte pour donner effet à un plan négocié et convenu par les créanciers concernés lors de négociations volontaires de restructuration qui ont eu lieu avant l'ouverture de la procédure, lorsque la loi sur l'insolvabilité autorise le tribunal à accélérer la conduite de cette procédure). Les négociations volontaires de restructuration menées avant

l'ouverture de la procédure concernent généralement les créanciers, y compris des créanciers garantis, dont la participation est requise pour garantir un redressement efficace ou dont les droits seront affectés par le redressement.

56. Les règles procédurales applicables à la procédure de redressement accélérée prévoiraient pour l'essentiel les mêmes garanties et les mêmes protections que celles applicables aux procédures de redressement ordinaires contrôlées par un tribunal. Étant donné, toutefois, que le plan de redressement a déjà été négocié et convenu par la majorité requise des créanciers lors de l'ouverture de la procédure accélérée, plusieurs des dispositions procédurales d'une loi sur l'insolvabilité qui porterait sur la procédure ordinaire contrôlée par un tribunal pourront être modifiées ou ne pas s'appliquer (voir *Guide sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chap. IV, par. 87 à 92).

12. Traitement des créances garanties

57. C'est essentiellement au sujet des créanciers garantis que se pose la question de savoir si la déclaration de créances doit ou non être exigée. Dans les lois sur l'insolvabilité qui n'incluent pas les actifs grevés dans la masse de l'insolvabilité et qui autorisent les créanciers garantis à réaliser librement leur sûreté réelle sur ces actifs, ces créanciers peuvent être dispensés de l'obligation de déclarer leur créance dans la mesure où celle-ci sera couverte par la valeur de vente de l'actif grevé (voir *Guide sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chap. V).

58. Une autre approche exige des créanciers garantis qu'ils déclarent une créance d'un montant correspondant à la valeur totale de leur sûreté réelle, qu'une partie de leur créance soit ou non chirographaire. Cette obligation ne vaut, dans certaines lois, que pour les détenteurs de certains types de sûreté réelle, tels que les charges flottantes, les actes de vente ou les hypothèques mobilières. Certaines lois sur l'insolvabilité autorisent aussi les créanciers garantis à remettre leur sûreté au représentant de l'insolvabilité et à déclarer une créance d'un montant correspondant à la valeur totale de la sûreté. L'obligation de déclaration imposée aux créanciers garantis a pour but de renseigner le représentant de l'insolvabilité sur l'existence de toutes les créances, sur l'étendue de l'obligation garantie et sur la description des actifs grevés. Quelle que soit la solution retenue, il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité énonce des règles claires sur le traitement des créanciers garantis en matière de déclaration de créances.

59. Lorsque le montant de la créance ne peut être déterminé, ou ne l'a pas été, au moment de la déclaration, de nombreuses lois sur l'insolvabilité autorisent l'admission provisoire de la créance, sous réserve que lui soit attribuée une valeur fictive. La détermination de la valeur d'une telle créance soulève un certain nombre de questions, comme celle de savoir à quelle date la valeur doit être déterminée et si elle doit être liquide (auquel cas elle devra être examinée par un tribunal) ou estimative (auquel cas le représentant de l'insolvabilité, le tribunal ou quelque autre personne désignée à cet effet pourrait se charger de la déterminer). Lorsqu'un tribunal est tenu de trancher, une question connexe est de savoir quel tribunal sera compétent (le tribunal de l'insolvabilité ou autre) et quel effet tout retard dans la décision aura sur la conduite de la procédure d'insolvabilité. Pour ce qui est du moment de l'évaluation, de nombreuses lois sur l'insolvabilité exigent que ce soit la date effective de l'ouverture de la procédure (voir *Guide sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chap. V, par. 38).

13. Classement des créances garanties

60. Une loi sur les opérations garanties fixe l'ordre de priorité des sûretés par rapport aux droits des réclamants concurrents (pour la définition des termes "réclamants concurrents" et "priorité", voir le document A/CN.9/631, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation), des créanciers judiciaires qui détiennent une sûreté réelle mobilière et des acheteurs de biens grevés. De nombreuses lois sur l'insolvabilité reconnaissent la priorité des sûretés avant l'insolvabilité et classent les créances garanties avant les frais d'administration et les autres créances (créances fiscales ou créances salariales, par exemple). Lorsque, cependant, le représentant de l'insolvabilité a dépensé les ressources non grevées de la masse pour maintenir ou préserver la valeur des actifs grevés, ces dépenses pourront se voir attribuer un rang de priorité plus élevé que les créances garanties et être, en conséquence, recouvrées du produit de la vente d'actifs grevés ou de la valeur qui leur est attribuée (voir la recommandation 182 du présent Guide).

61. D'autres lois classent les créances garanties après les frais d'administration et d'autres créances spécifiées (généralement non garanties) (créances salariales et fiscales, par exemple) ou limitent le montant auquel une créance garantie se verra accorder un rang de priorité plus élevé à un certain pourcentage de cette dernière.

62. L'octroi d'un rang de priorité plus élevé à certaines créances non garanties, qui se fonde souvent sur des considérations de politique sociale, a des répercussions sur l'offre et sur le coût du crédit garanti. On limite parfois le montant que recouvre un créancier garanti sur la valeur des actifs grevés en cas de sûreté constituée sur la totalité des actifs du débiteur afin d'accorder une certaine protection aux créanciers chirographaires (souvent à hauteur d'un montant limité).

63. Selon une autre approche, les créanciers garantis postérieurs à l'ouverture de la procédure pourront avoir la priorité sur des créanciers garantis antérieurs à celle-ci (voir par. 36 et 37 ci-dessus) à condition que les droits des créanciers antérieurs puissent être protégés.

64. Dans les situations où la loi sur l'insolvabilité confère des privilèges particuliers à certains types de créances auxquelles elle accorde la priorité sur les créances garanties (privilège pour le paiement d'une créance fiscale ou autres créances non garanties, par exemple), il est souhaitable de limiter au minimum ces privilèges, et de les énoncer ou de les mentionner clairement dans la loi sur l'insolvabilité (voir la recommandation 180 du présent Guide). Ainsi, le régime de l'insolvabilité sera transparent et prévisible pour ce qui est de son impact sur les créanciers, et les créanciers garantis pourront évaluer plus précisément les risques auxquels ils s'exposent. Ces questions sont examinées plus avant dans le *Guide sur l'insolvabilité* (deuxième partie, chapitre V, par. 51 à 79).

65. Comme on l'a vu plus haut, la loi sur l'insolvabilité respecte en général la priorité des sûretés antérieures à l'ouverture de la procédure (lorsque la sûreté a été rendue opposable avant l'ouverture de la procédure ou après, mais pendant un délai de grâce), sous réserve des privilèges dont pourraient bénéficier d'autres créances en vertu de la loi sur l'insolvabilité. Il en va de même pour la priorité des sûretés établie par cession de rang (modification du rang de priorité d'une sûreté par accord de cession de rang, arrêt du tribunal ou, même, décision unilatérale; voir la recommandation 181 du présent Guide). Le déclassement ne devrait toutefois pas avoir pour effet d'accorder à un créancier garanti un rang supérieur à celui qui lui

aurait été normalement accordé en tant que créancier particulier ou que membre d'une classe de créanciers garantis en vertu de la loi applicable. Cela signifie que si des créanciers garantis A, B et C se classent de sorte que A est premier, B est deuxième et C est troisième, et A renonce à sa priorité en faveur de C, B ne bénéficiera pas d'un rang de priorité supérieur à celui que A aurait eu pour recouvrer le montant de sa créance. Cela signifie en outre qu'un créancier garanti qui obtiendrait une cession de rang d'un créancier garanti appartenant à une classe ne pourrait bénéficier d'un rang de priorité supérieur au rang de cette classe.

14. Opérations de financement d'acquisitions

66. Le traitement, en cas d'insolvabilité, des sûretés et autres droits en garantie de l'exécution d'une obligation est le principal souci des créanciers d'un acheteur, d'un preneur à bail ou d'un emprunteur. Ce traitement peut varier considérablement en fonction des caractéristiques de tout droit particulier. D'une manière générale, mais non universelle, dans les systèmes juridiques qui ne considèrent pas les opérations assorties de clauses de réserve de propriété et les crédits-bails comme des sûretés, les contrats de vente assortis d'une clause de réserve de propriété ou les crédits-bails sont soumis, en cas d'insolvabilité de l'acheteur ou du preneur à bail, aux règles qui régissent les contrats partiellement exécutés (en d'autres termes, ils sont traités comme une modalité de transfert de la propriété).

a) Biens grevés d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de leur acquisition (approche unitaire)

67. Dans les États qui intègrent dans leur loi sur les opérations garanties toutes les formes de droits liés au financement d'acquisitions, les opérations assorties de clauses de réserve de propriété et les crédits-bails sont traités, dans le cas d'une procédure d'insolvabilité visant le débiteur, de la même manière qu'une sûreté non liée à une acquisition, en tenant compte de toute priorité spéciale qu'accorde à la sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition la loi autre que la loi sur l'insolvabilité (voir la recommandation 174 – approche unitaire – du présent Guide). Il s'ensuit que les dispositions du *Guide sur l'insolvabilité* applicables aux sûretés s'appliqueraient aux sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'une acquisition (pour une définition des termes "sûreté", "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition", "réserve de propriété" et "crédit-bail", ainsi que d'autres termes pertinents, voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation).

b) Biens soumis à un droit lié au financement de son acquisition (approche non unitaire)

68. La conséquence observée au paragraphe [67] se produit également dans certains États qui traitent séparément les opérations assorties de clauses de réserve de propriété et les crédits-bails, mais les soumettent, ainsi que les arrangements similaires, aux mêmes règles que celles applicables aux sûretés réelles mobilières non liées à des acquisitions, tout en reconnaissant tout rang de priorité spécial qu'accorde aux sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'une acquisition la loi autre que la loi sur l'insolvabilité (recommandation 174 (alternative A) – approche non unitaire – du présent Guide).

69. Lorsque la sûreté en garantie du paiement d'une acquisition est traitée de la même façon qu'une sûreté ordinaire (autre qu'une sûreté en garantie du paiement d'une acquisition), le représentant de l'insolvabilité peut normalement utiliser, vendre ou louer les actifs grevés à condition de donner au créancier garanti des actifs de remplacement ou de protéger contre toute dépréciation la valeur de la sûreté que ce créancier détient sur les biens. Dans de telles situations, toute partie des obligations garanties qui dépasse la valeur de la sûreté que le créancier garanti détient sur les biens est traitée comme une créance chirographaire ordinaire et lors du redressement du constituant, la créance du créancier garanti peut, jusqu'à concurrence de la valeur de la sûreté, être réaménagée (comme dans le cas des sûretés autres que celles constituées en garantie du prix d'achat) avec, notamment, une échéance, un échéancier et un taux d'intérêt différents.

70. Lorsque les opérations assorties de clauses de réserve de propriété et les crédits-bails sont considérés comme des contrats partiellement exécutés (ou comme une modalité de transfert de la propriété), le représentant de l'insolvabilité a le droit, pendant une période déterminée et s'il le souhaite et en a la possibilité, d'exécuter le contrat a) en s'acquittant du solde impayé du prix et en intégrant les biens à la masse; ou b) en continuant de verser les loyers dus. Dans certains cas, le représentant de l'insolvabilité peut céder le contrat, assorti du droit d'utiliser les biens (ce qui, dans le cas d'un contrat-bail, requiert le consentement du bailleur), à un tiers. Il peut, également, rejeter le contrat, restituer les biens et réclamer le remboursement de la partie du prix d'achat payée par l'acheteur, moyennant une déduction pour dépréciation et utilisation avant la procédure d'insolvabilité. Dans le cas d'un crédit-bail, le représentant de l'insolvabilité peut annuler le reste du bail et restituer les biens au bailleur. Toutefois, si les biens sont indispensables pour assurer le succès du redressement de l'acheteur, le représentant de l'insolvabilité ne pourra, dans la pratique, que choisir la première possibilité (exécution du contrat comme convenu). La nécessité d'exécuter le contrat comme convenu (et de conserver, par exemple, du matériel utile, même si sa valeur est inférieure à son prix) pourra obliger le représentant de l'insolvabilité à utiliser, pour financer cette exécution, d'autres actifs de la masse au détriment d'autres aspects du redressement du constituant (voir la recommandation 174 (variante B) – approche non unitaire – du présent Guide).

71. Lorsque la réserve de propriété et des arrangements similaires tels que le crédit-bail sont considérés comme des contrats partiellement exécutés (ou des modalités de transfert de la propriété), le vendeur réservataire et le crédit-bailleur voient leurs droits renforcés au détriment d'autres créanciers de la procédure d'insolvabilité. L'exercice de ces droits peut faire échouer certains redressements, entraîner ainsi, éventuellement, des suppressions d'emploi et empêcher d'autres créanciers de la masse de l'insolvabilité de recouvrer leurs créances. Un État qui étudiera le traitement à appliquer à la réserve de propriété, au crédit-bail et à d'autres mécanismes similaires dans les procédures d'insolvabilité devra donc se demander si sa politique visant à encourager la fabrication, la fourniture et le financement de matériel ou de stocks grâce au renforcement des droits des vendeurs réservataires et des crédits-bailleurs doit l'emporter sur sa politique visant à favoriser les procédures de redressement ou lui être subordonnée.

72. En tout état de cause, qu'un droit lié au financement d'une acquisition soit traité, dans la procédure d'insolvabilité, conformément aux règles applicables aux

sûretés ou conformément à celles applicables aux contrats et aux actifs appartenant à des tiers, tous les droits liés au financement d'une acquisition devraient être soumis aux effets de l'insolvabilité spécifiés dans le *Guide sur l'insolvabilité*. Dans les deux types d'approche non unitaire, on pourra noter que le *Guide sur l'insolvabilité* recommande souvent d'appliquer le même traitement aux titulaires de sûretés et d'actifs appartenant à des tiers, notamment ceux énoncés dans la recommandation 88 du Guide (application de pouvoirs d'annulation, notamment aux sûretés et aux droits liés au financement d'une acquisition qui ne sont pas opposables, que ce soit par inscription d'un avis dans un registre général des sûretés ou par une autre méthode); la recommandation 35 (inclusion des droits du débiteur sur les actifs grevés et les actifs soumis à un droit lié au financement de leur acquisition dans les actifs constituant la masse de l'insolvabilité); les recommandations 39 à 51 (application de mesures provisoires, arrêt des poursuites relatives aux actifs grevés et aux actifs en garantie du financement de leur acquisition, et aménagement de l'arrêt des poursuites); la recommandation 52 (utilisation et disposition des actifs de la masse (y compris les actifs grevés et les droits et intérêts du débiteur sur les actifs en garantie du financement d'acquisitions); la recommandation 54 (utilisation d'actifs appartenant à des tiers); et les recommandations 69 à 86 (traitement des contrats). La note de bas de page 6 afférente à la recommandation 35 du *Guide sur l'insolvabilité*, rédigée avant l'achèvement du présent Guide, devait être interprétée comme s'appliquant à tous les droits liés au financement d'acquisitions déterminés conformément à la loi applicable en l'espèce, qu'ils soient ou non fondés sur la propriété.

15. Créances ayant fait l'objet d'un transfert pur et simple avant l'ouverture de la procédure

73. Un transfert pur et simple d'une créance (en d'autres termes, un transfert qui n'est pas effectué à des fins de garantie) entre dans le champ d'application du présent Guide (voir sa recommandation 3); le terme "sûreté réelle mobilière" désigne notamment un transfert pur et simple d'une créance (voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation). Lorsqu'il mentionne le transfert pur et simple, le Guide est sans incidence sur l'application des règles énoncées dans une loi autre que celle relative à l'insolvabilité qui permettraient de requalifier en transfert à des fins de garantie une opération que les parties auraient désignée comme étant un transfert pur et simple En cas de requalification, le transfert ne serait pas, aux fins du Guide, considéré comme pur et simple.

74. Si une sûreté consentie par le débiteur avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité dont il fera l'objet est traitée, conformément à une loi autre que celle relative à l'insolvabilité, comme un transfert pur et simple de créance, la loi sur l'insolvabilité devrait traiter ce transfert de la même manière que le transfert de tout autre bien du débiteur avant l'ouverture de la procédure s'il est considéré comme un transfert pur et simple par cette autre loi et exclure de la masse de l'insolvabilité du débiteur le bien transféré purement et simplement avant que ne commence la procédure d'insolvabilité (voir, de manière générale, le *Guide sur l'insolvabilité*, recommandation 35 a)).

75. Toutefois, comme tout transfert pur et simple d'un autre bien effectué par le débiteur avant l'ouverture de la procédure et, de fait, toute autre opération réalisée

avant la procédure, le transfert pur et simple de la créance est soumis aux règles d'annulation prévues dans la loi sur l'insolvabilité (voir *Guide sur l'insolvabilité*, recommandation 88). Par exemple, le transfert peut être annulé et la créance incluse dans la masse de l'insolvabilité si: a) le transfert n'était pas opposable au moment de l'ouverture de la procédure; b) il peut être annulé conformément aux règles d'annulation de la loi sur l'insolvabilité concernant les opérations à prix sous-évalué; ou c) le transfert a eu lieu à une certaine date, mais n'a été rendu opposable qu'après expiration du délai de grâce et pendant la période suspecte, conformément aux règles d'annulation de la loi sur l'insolvabilité concernant les transferts suspects.

76. Si la créance n'est pas dans la masse de l'insolvabilité et n'y entre pas conformément aux règles d'annulation de la loi sur l'insolvabilité, alors, du fait que le bénéficiaire du transfert est le véritable propriétaire de la créance, tout arrêt des poursuites découlant de la loi sur l'insolvabilité ne devrait généralement pas s'appliquer au recouvrement de la créance par le bénéficiaire et la loi sur l'insolvabilité ne devrait pas, de manière générale, s'appliquer à la créance ni à son recouvrement par le bénéficiaire. Cependant, si, dans un contrat ayant effet au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, le débiteur a été chargé par le bénéficiaire du transfert de recouvrer la créance pour lui, tout arrêt des poursuites applicable en ce qui concerne les contrats conclus avec le débiteur (et donc applicable à ce contrat en particulier) empêcherait, du fait et en dépit du droit de propriété du bénéficiaire sur la créance, le bénéficiaire de recouvrer la créance ou d'intervenir dans ce contrat d'une autre manière jusqu'à la mainlevée de l'arrêt des poursuites concernant ce contrat ou le rejet de ce contrat par le débiteur (voir la recommandation 175 du présent Guide).

B. Recommandations

[*Note à la Commission: La Commission voudra peut-être noter qu'étant donné que le document A/CN.9/631 contient un texte consolidé des recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties, ces recommandations ne sont pas reproduites dans le présent document. Lorsqu'elles seront finalisées, elles seront reproduites à la fin de chaque chapitre.*]

A/CN.9/631/Add.9 [Original: anglais]

Note du Secrétariat sur les recommandations du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa douzième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

XII. Droits liés au financement d'acquisitions 1-172

A. Remarques générales 1-172

1. Introduction 1-10

a) Signification des opérations de financement d'acquisitions. 1-4

b) Diversité des opérations de financement d'acquisitions. 5-9

c) Plan du chapitre 10

2. Contexte commercial. 11-34

a) Généralités 11-16

b) Vente avec réserve de propriété et opérations similaires 17-23

c) Crédits-bails et opérations de location-vente 24-27

d) Opérations garanties par le vendeur. 28-30

e) Financement d'acquisitions par des prêteurs. 31-34

3. Méthodes de financement de l'acquisition de biens meubles corporels . . . 35-50

a) Généralités 35-37

b) Méthodes favorisant l'offre de crédit d'acquisition par le vendeur. . . 38-42

c) Méthodes encourageant l'offre de crédit d'acquisition par le vendeur et le prêteur 43-46

d) Méthodes fondées sur le concept pleinement intégré de sûreté réelle mobilière "en garantie du prix d'achat". 47-50

4. Choix fondamentaux 51-73

a) Généralités 51-55

b) L'équivalence fonctionnelle, concept générique de financement d'acquisitions. 56-63

c) Approches unitaire et non unitaire de l'équivalence fonctionnelle . . . 67-73

5. Constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties) . . . 74-83

6. Opposabilité aux tiers 84-100

a) Généralités 84-91

b) Opposabilité aux tiers des opérations de financement d'acquisitions portant sur du matériel ou des stocks 92-94

c) Délai de grâce pour l'inscription de certaines opérations de financement d'acquisitions 95-96

d) Exceptions à l'inscription pour les opérations de consommateurs . . . 97-100

7. Priorité sur les droits des réclamants concurrents 101-152

a) Généralités 101

b) Position prioritaire des parties et des créanciers garantis qui financent l'acquisition 102-108

c) Priorité des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions et des droits liés au financement d'acquisitions par rapport aux sûretés préexistantes sur des biens corporels autres que des stocks ou des biens de consommation 109-113

d) Priorité des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions et des droits liés au financement d'acquisitions par rapport aux sûretés préexistantes sur des stocks futurs 114-118

e) Priorité des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions et des droits liés au financement d'acquisitions sur les sûretés préexistantes sur des biens de consommation 119-121

f) Priorité des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions et des droits liés au financement d'acquisitions sur les droits des créanciers judiciaires 122-123

g) Priorité des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions et des droits liés au financement d'acquisitions sur des biens rattachés et des masses ou des produits 124-128

h) Priorité des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions et des droits liés au financement d'acquisitions sur des biens rattachés à des biens immeubles 129-131

i) Priorité en cas de concurrence entre des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions et/ou des droits liés au financement d'acquisitions 132-138

j) Opérations multiples de financement d'acquisitions 139-142

k) Priorité des parties finançant l'acquisition sur les produits de biens corporels autres que des stocks ou des biens de consommation 143-147

l) Priorité des parties finançant l'acquisition sur le produit des stocks . . 148-152

8. Droits et obligations des parties avant défaillance 153-157

9. Droits des parties après défaillance 158-166

10. Droit international privé 167-168

11. Transition 169-172

B. Recommandations . . . . . .

XII. Droits liés au financement d'acquisitions

A. Remarques générales

1. Introduction

a) Signification des opérations de financement d'acquisitions

1. L'achat et la vente de biens meubles corporels (pour la définition du terme "biens meubles corporels", voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation) sont un élément essentiel de l'activité de nombreuses entreprises. Parfois, cela consiste à acquérir des matières premières, puis à les transformer et à les vendre. D'autre fois, cela consiste à acheter des stocks en gros pour les distribuer à des détaillants ou pour les revendre au détail. Pour de nombreuses entreprises, en outre, l'extraction et la transformation de matières premières ou l'emmagasinage et la distribution de stocks exigent d'investir d'importantes sommes dans des équipements coûteux. Le plus souvent, ces matières premières, stocks et équipements sont achetés à crédit.

2. Lorsqu'une entreprise acquiert à crédit la propriété (ou titre) ou le droit d'utiliser, de transformer des matières premières, des stocks ou des équipements ou d'en disposer et propose, en garantie du crédit consenti, des droits sur les biens acquis, elle pratique une forme particulière d'opération garantie, que le présent guide appelle opération de financement d'acquisition. Le droit que le vendeur ou créancier conserve ou obtient sur les biens fournis à l'acheteur ou constituant peut être appelé, en fonction de ses caractéristiques, "droit lié au financement d'une acquisition" ou "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition" (pour la définition des termes "constituant", "droit lié au financement d'une acquisition" et "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition", voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation).

3. Pour de nombreuses entreprises, les opérations de financement d'acquisitions sont l'une des principales sources de crédit. À de nombreux égards, elles sont comparables aux opérations garanties ordinaires décrites dans les précédentes sections du présent guide. À d'autres égards, cependant, elles présentent des caractéristiques particulières qui ont conduit les États à prévoir des règles spéciales dans plusieurs situations. Le présent chapitre examine la façon dont les États pourraient mettre en place un régime efficace qui régisse tous les types d'opération de financement d'acquisition.

4. En raison du nombre et de la diversité des opérations de financement d'acquisitions en usage aujourd'hui, il importe de préciser comment le présent guide

utilise ce terme. Il y a opération de financement d'acquisition lorsqu'une personne peut revendiquer un droit réel sur des biens meubles corporels pour garantir l'obligation qu'a une autre personne de rembourser toute fraction non payée du prix d'achat (ou sa valeur économique), que ce droit soit en faveur d'un vendeur, d'un crédit-bailleur ou d'un prêteur. Une opération dans le cadre de laquelle un vendeur conserve des droits réels sur les biens vendus à cet effet est également une opération de financement d'acquisition. Les éléments clefs d'une opération de financement d'acquisition sont: a) le crédit est accordé dans le but spécifique de permettre à l'acheteur d'acquérir un bien meuble corporel; et b) les droits liés au financement d'acquisitions qui sont conservés ou les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions qui sont revendiquées sont en rapport direct avec les biens acquis.

b) Diversité des opérations de financement d'acquisitions

5. Comme cela est noté au chapitre III (Approches fondamentales en matière de sûretés) du présent guide, les États ont mis au point un large éventail de mécanismes juridiques qui permettent à ceux qui accordent un crédit de s'assurer le remboursement de l'obligation contractée par leur débiteur. Tandis que seuls certains sont traditionnellement appelés sûretés réelles mobilières, tous ont pour fonction économique de garantir l'obligation de remboursement.

6. Une diversité similaire – sinon plus grande – de mécanismes juridiques s'offre généralement à ceux (souvent vendeurs) qui financent l'acquisition de biens meubles corporels par un acheteur. Un vendeur, par exemple, qui reste propriétaire des biens vendus jusqu'à ce que l'acheteur ait payé intégralement le prix d'achat (vendeur avec réserve de propriété) accorde à son acheteur un crédit et finance, par conséquent, l'acquisition de ces biens par l'acheteur. Le droit de réserve de propriété (pour la définition du terme "droit de réserve de propriété", voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation) n'est que l'un des mécanismes qui s'offrent aux vendeurs. Un vendeur peut également transférer la propriété à un acheteur étant entendu que cette propriété s'éteindra rétroactivement si l'acheteur ne rembourse pas le prix d'achat convenu (la vente s'effectue sous "condition résolutoire"); ou un vendeur peut transférer la propriété à un acheteur tout en constituant une sûreté réelle mobilière sur les biens vendus.

7. Les vendeurs ne sont que l'une des catégories de fournisseurs de financements qui peuvent accorder un crédit à une personne pour lui permettre d'acquérir un bien meuble corporel. Les prêteurs peuvent également accorder un crédit à un acheteur pour lui permettre spécifiquement d'acheter des biens à un vendeur. Étant donné que les vendeurs et les prêteurs peuvent tous deux accorder à des acheteurs un crédit pour leur permettre d'acquérir des biens meubles corporels, il se peut que plusieurs personnes revendiquent, sur les mêmes biens, un droit lié au financement de l'acquisition ou une sûreté réelle mobilière constituée en garantie du paiement de l'acquisition.

8. Une autre forme, enfin, d'opération de financement d'une acquisition peut même ne comprendre aucun contrat de vente. Un crédit-bailleur qui loue des biens meubles corporels à un preneur à bail à des conditions équivalentes à celles d'une vente à crédit fournit de la même façon un financement qui permet au preneur à bail d'utiliser ces biens de la même manière que s'il les possédait, même si la propriété

ne passe jamais du crédit-bailleur au preneur à bail. Comme dans le cas des vendeurs, il existe différentes façons dont les crédit-bailleurs peuvent structurer le contrat de façon à créer un crédit-bail, c'est-à-dire un crédit qui permet au preneur à bail d'acquérir l'équivalent économique ou la propriété des biens loués (pour la définition du terme "crédit-bail", voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation).

9. Ainsi également, un prêteur qui accorde un crédit à un preneur à bail pour lui permettre de payer les montants échus d'une location peut, en fonction des conditions du crédit, être un créancier garanti finançant l'acquisition qui possède des droits sur les biens loués. Si le crédit accordé permet effectivement au preneur à bail de conclure le contrat de crédit-bail avec le crédit-bailleur, le prêteur finance l'utilisation (et l'acquisition fictive) de ces biens par le preneur à bail.

c) Plan du chapitre

10. Le présent chapitre examine, à la section A.2, le contexte commercial des opérations actuelles de financement d'acquisitions et, à la section A.3, les diverses méthodes de financement d'acquisitions qui ont été adoptées à ce jour dans différents systèmes juridiques. La section A.4 énonce les choix politiques cruciaux que doivent faire les États qui promulguent une législation destinée à régir les divers types d'opération de financement d'acquisitions. Le reste du chapitre examine ensuite comment les multiples éléments d'un régime des opérations garanties traités dans d'autres chapitres du présent guide s'appliquent dans le cas spécifique du financement d'acquisitions. Sont examinés, à la section A.5, la constitution de tels mécanismes entre les parties, à la section A.6, l'opposabilité de ces mécanismes, à la section A.7, la priorité sur les droits de réclamants concurrents, à la section A.8, les droits et obligations des parties avant défaillance, à la section A.9, les droits des parties après défaillance, à la section A.10, le droit international privé, et à la section A.11, les questions liées à la transition. Le chapitre conclut, à la section B, par une série de recommandations spécifiques.

2. Contexte commercial

a) Généralités

11. Les paragraphes d'ouverture du présent chapitre ont résumé plusieurs façons différentes dont un acheteur peut financer l'acquisition de biens meubles corporels tels que du matériel et des stocks. La présente section examine plus en détail le contexte commercial de ces diverses opérations et leur fonctionnement effectif.

12. Une première distinction à opérer, lorsqu'on envisage l'achat et la vente de biens meubles corporels dans un contexte commercial, est celle qui existe entre les ventes au comptant et celles à crédit. Parfois, les acheteurs ont assez de liquidités pour acheter à la fois du matériel et des stocks au comptant. Généralement, cependant, les entreprises commerciales acquièrent une partie importante de leurs matières premières, de leurs stocks et de leur matériel à crédit.

13. Il existe, globalement, deux types de crédit de financement d'acquisitions. Dans un cas, un acheteur peut simplement emprunter le prix d'achat à un tiers sans apporter de garantie. Par exemple, l'opération de vente peut, tout en s'effectuant elle-même au comptant, être financée par une ligne générale de crédit émise par le prêteur principal de l'entreprise. Cette méthode est simple, mais la cote de crédit ou

la réputation de l'acheteur risque de limiter l'offre de crédit ou de rendre prohibitif le coût de ce crédit tiers. Dans l'autre cas, un acheteur peut convenir avec un vendeur d'acheter les biens à des conditions de crédit qui lui permettent d'effectuer le paiement (éventuellement en plusieurs versements) après la vente. Dans ce cas, le vendeur transfère la possession et la propriété des biens à l'acheteur et est payé du prix d'achat soit en un seul versement ultérieur, soit en versements réguliers. Cette méthode, bien entendu, ne diffère pas réellement d'un financement par des tiers, à ceci près que c'est maintenant le vendeur, et non plus un financeur tiers, qui assume le risque de non-paiement. Souvent, les vendeurs sont réticents à assumer un tel risque sans garanties.

14. Dans la pratique, par conséquent, nombre d'acheteurs constatent qu'il est nécessaire d'accorder une certaine forme de sécurité s'ils veulent acquérir des biens meubles corporels à crédit. L'acheteur pourra parfaitement constituer une sûreté sur d'autres de ses biens. Pour garantir le remboursement d'un prêt destiné à acquérir des stocks ou des matières premières, par exemple, une entreprise constituera une sûreté sur son usine ou sur son entrepôt. Généralement, cependant, le bien le plus évident sur lequel l'acheteur puisse constituer une sûreté – et souvent le seul dont il dispose – est le bien en train d'être acquis.

15. Les biens en cours d'acquisition peuvent servir à garantir un crédit de financement d'acquisitions de différentes manières. Dans certains systèmes juridiques, par exemple, les vendeurs jouissent de droits spéciaux qui les autorisent automatiquement à annuler la vente et à récupérer les biens vendus si l'acheteur ne paie pas le prix d'achat dans un délai donné après la livraison. De même, d'autres systèmes juridiques accordent aux vendeurs un droit automatique de revendiquer une priorité ou un privilège dans la distribution du produit d'une vente des biens qu'ils ont vendus. Souvent, cependant, la sûreté que revendique une partie qui finance l'acquisition ne naît pas par l'effet de la loi, mais résulte d'une convention entre le vendeur ou le prêteur et l'acheteur.

16. La sûreté qu'un acheteur constitue par convention sur des biens qu'il acquiert pour garantir le paiement du prix d'achat peut prendre de nombreuses formes. Par exemple, l'acheteur peut officiellement accorder une sûreté grevant les biens à un financeur tiers, il peut officiellement accorder cette sûreté au vendeur, ou l'acheteur et le vendeur peuvent convenir d'un autre mécanisme juridique qui, sans revêtir la forme d'une sûreté, sera son équivalent économique. Ce mécanisme pourra être a) l'utilisation de la propriété des biens pour garantir le paiement (généralement, mais pas toujours, par une opération de vente avec réserve de propriété); et b) le recours à un bail de plus longue durée (généralement par une opération de crédit-bail).

b) Vente avec réserve de propriété et opérations similaires

17. Pour satisfaire le besoin de crédit de son client, un fournisseur de stocks et de matériel peut lui remettre les biens en vertu d'une convention par laquelle la propriété de ces biens vendus ne passera à l'acheteur que lorsque le prix d'achat aura été payé intégralement. Souvent, la convention est conclue entre le vendeur et l'acheteur sans intermédiaire. Parfois, cependant, le vendeur peut vendre les biens au comptant à une institution financière ou à un autre prêteur, qui peut ensuite vendre les biens à l'acheteur en vertu d'une convention qui lui permet de rester propriétaire des biens jusqu'au paiement intégral du prix d'achat.

18. Il existe de nombreuses façons dont les acheteurs et les vendeurs peuvent structurer une convention par laquelle le vendeur reste propriétaire des biens vendus jusqu'à leur paiement intégral (conventions de réserve de propriété). Le mécanisme de réserve de propriété est très couramment utilisé. Dans cette opération, le droit que détient un vendeur sur des biens meubles corporels n'est transféré à l'acheteur que lorsque la fraction non payée du prix d'achat a été pleinement remboursée. L'acheteur obtient généralement la possession immédiate des biens, mais le vendeur en reste le propriétaire jusqu'au paiement du prix d'achat.

19. Les ventes avec réserve de propriété sont parfois appelées ventes sous condition. Généralement, cependant, dans les opérations appelées "ventes sous condition", ce qui est conditionnel, ce n'est pas la vente (le contrat de vente ne dépend pas de la survenue d'un événement non lié à la vente elle-même), mais le transfert de propriété vers l'acheteur. Le vendeur reste propriétaire des biens jusqu'à ce que l'acheteur ait intégralement remboursé le prix d'achat ou respecté toute autre clause du contrat de vente.

20. Il existe, bien entendu, d'autres types d'opération dans lesquels un vendeur utilise la propriété des biens vendus comme garantie du prix d'achat. Parfois, par exemple, sa réserve de propriété prend la forme d'une vente à terme, le transfert n'intervenant qu'à l'échéance indiquée. À l'occasion, un vendeur transférera effectivement la propriété à un acheteur au moment de la vente, étant entendu que ce droit s'éteindra rétroactivement s'il ne rembourse pas le prix d'achat convenu conformément au contrat.

21. Dans chacun de ces cas, l'élément clef est le fait que le vendeur qui consent à repousser le paiement intégral est protégé soit par le retardement du transfert de la propriété des biens à l'acheteur, soit – moins fréquemment – par la soumission du transfert de propriété au droit qu'a le vendeur d'en redevenir propriétaire si l'acheteur ne paie pas. Les opérations les plus fréquentes (opérations avec réserve de propriété) peuvent, dans certains États, être assorties de clauses qui accroissent grandement leur utilité en tant que mécanisme de financement d'acquisitions. Ainsi, par exemple, les parties peuvent être autorisées à convenir d'une clause "d'intégralité des sommes" ou "de compte courant". En vertu de ces clauses, le vendeur reste propriétaire des biens vendus jusqu'à ce que toutes les dettes que l'acheteur a contractées à son égard (et pas seulement celles nées du contrat de vente en question) soient acquittées.

22. Dans certains États, en outre, les parties sont autorisées à ajouter des clauses de "produits" en vertu desquelles le vendeur soit devient propriétaire des produits fabriqués à partir des biens dont il a conservé la propriété, soit est réputé détenir une sûreté sur ces produits. De même, certains États prévoient des clauses de "produit" (pour la définition du terme "produit", voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation) en vertu desquelles le vendeur peut revendiquer soit la propriété du produit généré par la vente des biens dont il est resté propriétaire, soit une sûreté sur ce produit (pour le traitement du produit en cas de sûretés ordinaires, voir A/CN.9/631, recommandations 18 à 20).

23. Souvent, cependant, la loi applicable limite strictement le champ de la réserve de propriété. Dans de nombreux États, ce droit ne peut être revendiqué a) que sur les biens vendus (ni sur le produit, ni sur les biens de remplacement); b) que tant que les biens demeurent dans leur état initial (non modifiés par la transformation);

c) que pour obtenir le prix de vente des biens; ou d) que lorsque les trois conditions ci-dessus sont réunies.

c) Crédits-bails et opérations de location-vente

24. Un fournisseur peut également recourir à la location pour permettre à des entreprises d'acquérir l'usage de biens sans avoir à en payer le prix d'achat au comptant. Un fournisseur de matériel, par exemple, peut louer un article à une entreprise, qui en prend possession et verse des loyers mensuels. Dans ce type d'accord, le fournisseur reste nécessairement (en tant que crédit-bailleur) propriétaire du matériel, le preneur à bail se contentant de régler les loyers à leur échéance.

25. Dans certains cas, le contrat de location est structuré de façon à obtenir l'équivalent fonctionnel d'une vente à tempérament. Le bail, par exemple, peut correspondre à la durée de vie du matériel vendu, durée au terme de laquelle le preneur devient automatiquement propriétaire; il peut aussi correspondre à la durée de vie du matériel sans que le preneur ait l'obligation d'acheter ce dernier. Dans d'autres cas, le bail peut être inférieur à la durée de vie du matériel mais, à l'échéance du bail, le preneur a la possibilité d'acheter le matériel à un prix nominal. Compte tenu de leurs objectifs et effets économiques, ces divers types de mécanisme sont souvent appelés crédits-bails (pour la définition du terme "crédit-bail", voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation).

26. Les opérations de location-vente reposent sur un principe similaire. Pour commencer, généralement, le preneur à bail (loueur-acheteur) choisit le matériel chez le fournisseur (loueur-vendeur). Il demande ensuite à une société de crédit-bail (généralement une institution financière ou l'une de ses filiales) d'acheter le matériel au comptant et de le lui louer. Comme dans un crédit-bail ordinaire, très souvent, le bail couvre la durée de vie du matériel; à l'échéance de ce bail, le preneur devient automatiquement propriétaire ou a la possibilité d'acheter le matériel pour un montant nominal.

27. Que le contrat de crédit-bail soit un arrangement bipartite entre un crédit-bailleur et un preneur à bail ou un arrangement tripartite de location-vente, l'opération prend la forme d'une location. La réalité économique, cependant, est que le preneur à bail paie le prix d'achat fictif du matériel en plusieurs versements, tandis que le crédit-bailleur reste le propriétaire jusqu'au paiement intégral. En fonction de la nature du matériel, les baux peuvent aller de quelques mois à plusieurs années et les articles loués peuvent aller de matériel très onéreux tel que des aéronefs à du matériel de plus faible valeur tel que des ordinateurs. Généralement, les modalités de location sont adaptées aux besoins de liquidités du preneur à bail, au régime fiscal de l'État et à d'autres besoins du crédit-bailleur et du preneur à bail.

d) Opérations garanties par le vendeur

28. Dans de nombreux États, aujourd'hui, on dispose de plusieurs autres moyens juridiques de garantir l'exécution des obligations de paiement de l'acheteur. Certains d'entre eux, nous l'avons vu, naissent par l'effet de la loi. Dans certains États, par exemple, le vendeur de biens meubles corporels se voit accorder un

"privilège" de haut rang ou une "créance privilégiée" sur les sommes générées par une vente forcée des biens qu'il a vendus. Que la vente forcée soit le fait du vendeur qui a lui-même obtenu un jugement contre l'acheteur, d'un créancier judiciaire de l'acheteur ou d'un créancier garanti qui fait valoir une sûreté sur les biens, le vendeur peut revendiquer son statut de créancier privilégié. Ce droit prioritaire, de surcroît, se voit souvent accorder un rang qui est supérieur même à celui de créanciers garantis contractuels.

29. Dans certains États, un vendeur a également le droit de refuser de livrer des biens meubles corporels à un acheteur qui n'est pas disposé à payer le prix à la livraison. Parfois, ce droit est prorogé comme droit de revendication pendant une courte période (30 jours, par exemple) après la livraison des biens. Aucun de ces droits, cependant, n'est particulièrement efficace comme droit lié au financement d'une acquisition car tous deux présupposent généralement une vente au comptant et non à crédit.

30. Récemment, plusieurs États ont également modifié leur législation pour permettre à un vendeur de prendre par convention une sûreté réelle mobilière sans dépossession sur les biens vendus. Ce type de sûreté n'existe généralement que dans les États qui ont également décidé de permettre aux prêteurs de prendre des sûretés sans dépossession sur des biens meubles corporels. La sûreté du vendeur est identique, par la forme, à celle que peut prendre un prêteur ordinaire, mais bénéficie d'un avantage particulier: le vendeur qui prend une telle sûreté peut généralement revendiquer un rang de priorité supérieur à celui de tout autre créancier garanti qui fait valoir des droits accordés par l'acheteur sur ces biens.

e) Financement d'acquisitions par des prêteurs

31. Dans de nombreuses économies modernes, ce ne sont pas les vendeurs et les crédit-bailleurs, mais les prêteurs qui occupent une grande partie du marché du financement d'acquisitions. Autrefois, il n'était pas possible, pour les prêteurs, d'obtenir directement des droits de priorité particuliers sur des biens dont ils avaient financé l'acquisition. Même lorsque l'argent avancé à l'acheteur avait spécifiquement pour but de financer l'achat de biens et était effectivement utilisé à cet effet, le prêteur qui prenait une sûreté sur les biens acquis était considéré être un créancier garanti soumis aux règles de priorité qui régissent les sûretés réelles mobilières. De ce fait, le prêteur qui finançait une acquisition avait un rang inférieur à celui d'un prêteur garanti préexistant qui détenait une sûreté sur les biens acquis par un acheteur ultérieurement.

32. La seule façon, pour les prêteurs, d'obtenir le statut privilégié des vendeurs et des crédit-bailleurs était d'acquérir leurs droits. Ainsi, par exemple, lorsqu'un vendeur conservait la propriété de biens pour en garantir le paiement par l'acheteur, les prêteurs payaient parfois directement le prix d'achat au vendeur pour se faire céder le droit à paiement découlant du contrat de vente, ainsi que le droit de réserve de propriété du vendeur. De même, lorsque la loi permettait aux vendeurs de prendre par convention, sur les biens vendus, une sûreté assortie d'une priorité spéciale, le prêteur pouvait acheter cette sûreté. Enfin, lorsque le droit lié au financement d'une acquisition naissait d'un crédit-bail, le prêteur achetait parfois le contrat de location au crédit-bailleur. La forme particulière de transaction dite location-vente est une adaptation moderne de cette technique ancienne.

33. Aujourd'hui, cependant, de nombreux États permettent aux prêteurs qui consentent un crédit destiné à aider un débiteur à acheter des biens meubles corporels d'acquérir, pour leur propre compte, une sûreté prioritaire sur ces biens. Autrement dit, dans certains États, il est maintenant possible, pour les prêteurs, d'accéder directement à un statut privilégié auquel ils ne pouvaient auparavant accéder qu'en achetant le droit prioritaire accordé par un acheteur à un vendeur. Dans ces États, néanmoins, les prêteurs qui aident financièrement une entreprise à acheter des biens meubles corporels ne pourront pas tous revendiquer une sûreté garantissant le paiement de l'acquisition. Le prêteur qui consent le crédit doit le faire pour permettre à l'acheteur d'acquérir les biens, le crédit doit effectivement être utilisé à cet effet et le droit ne peut être revendiqué que sur les biens ainsi acquis.

34. Bien que ce type de sûreté détenue par un prêteur en garantie du paiement d'une acquisition existe dans plusieurs États, l'idée selon laquelle un prêteur pourrait directement acquérir une sûreté prioritaire sur des biens dont il finance l'acquisition n'est pas largement acceptée. En effet, la plupart des États qui permettent aux vendeurs de garantir le prix d'achat des biens qu'ils vendent par un mécanisme distinct de réserve de propriété ne permettent pas aux prêteurs de revendiquer des sûretés prioritaires garantissant le paiement d'acquisitions. Généralement, seuls les vendeurs eux-mêmes ont la possibilité de revendiquer de telles sûretés, ce qu'ils peuvent faire en lieu et place d'une réserve de propriété.

3. Méthodes de financement de l'acquisition de biens meubles corporels

a) Généralités

35. Par le passé, les États ont adopté, pour réglementer les opérations de financement de l'acquisition de biens meubles corporels, des méthodes très diverses. Comme nous l'avons vu, cependant, l'objectif était généralement de protéger les droits des vendeurs. Jusqu'à une date récente, de surcroît, il n'était pas possible, dans de nombreux États, d'accorder des sûretés sans dépossession sur des biens meubles corporels, même à un vendeur. C'est ce qui explique que la technique de réserve de propriété se soit développée dans la pratique quotidienne aussi bien dans les pays de droit romano-germanique que dans ceux de *common law*. Certains États ont promulgué une législation incorporant et réglementant cette technique de financement d'acquisitions. Le plus souvent, cependant, elle a résulté de l'évolution des pratiques contractuelles de vente de biens meubles corporels, évolution que les tribunaux ont admise, puis intégrée.

36. Les conditions et effets de la réserve de propriété, élément du droit des ventes qui touche spécifiquement aux aspects réels de l'opération, varient largement d'un État à l'autre. Ces différences sont souvent le produit de l'histoire et des pratiques contractuelles spécifiques adoptées en fonction du régime juridique de chaque État. De nombreux régimes, par conséquent, ne résultent pas d'une analyse approfondie qu'aurait effectuée le corps législatif de la finalité économique de régimes applicables aux opérations garanties en général ou au financement d'acquisitions en particulier.

37. Dans certains États, il existe une réelle tension entre le droit du crédit garanti et les pratiques commerciales. Parfois, ces pratiques se développent précisément pour passer outre les règles juridiques. À ce titre, elles sont rarement conformes aux

principes énoncés dans la législation de l'État ou à ce que le secteur commercial adopterait si le régime juridique était conçu pour promouvoir un crédit garanti efficace. Dans ce secteur d'activité économique, par conséquent, la législation s'est souvent développée sans méthode. De nouveaux types de contrat et de nouvelles clauses ajoutées à des types de contrat connus sont inventés au coup par coup, au fil des besoins, faute d'un régime pleinement développé qui régirait les opérations de financement d'acquisitions.

b) Méthodes favorisant l'offre de crédit d'acquisition par le vendeur

38. Dans de nombreux États, aujourd'hui, la réserve de propriété et ses équivalents économiques proposés uniquement aux vendeurs sont les principaux ou les seuls mécanismes qui garantissent le paiement d'une acquisition lorsque l'acheteur prend possession des biens. Parfois, les droits du vendeur sont réglementés par un code civil ou code de commerce, qui prévoit différents mécanismes. Souvent, cependant, la réglementation naît du fait que les vendeurs se voient accorder des droits par une loi ou par des règles que des juges édictent en ce qui concerne diverses opérations qui assument, indépendamment de leur nom, des fonctions de garantie.

39. La méthode qui traite les vendeurs comme principale source de financement d'acquisitions se fonde parfois sur une décision politique qui vise à protéger les petits et moyens fournisseurs de biens meubles corporels à crédit contre les grandes institutions financières. Elle prend acte de l'importance que les petites et moyennes entreprises (fabricants et distributeurs) revêtent pour l'économie nationale et de la position dominante que les grandes institutions financières occupent sur le marché du crédit. Dans ces États, divers arguments sont avancés pour justifier le fait que l'on accorde un traitement spécial aux vendeurs qui financent l'acquisition de biens par leurs acheteurs. L'un d'eux est que pour accroître leurs ventes, les fournisseurs ont intérêt à proposer un crédit à faible taux. Un autre est que le coût de ce crédit est abordable, car de nombreux fournisseurs ne réclament pas d'intérêts avant la défaillance. Enfin, comme les fournisseurs seront généralement plusieurs à vouloir vendre des biens à l'acheteur, celui-ci se verra proposer des prix compétitifs.

40. Un État qui envisage de réformer sa législation sur les opérations garanties devra étudier de près ces arguments. Certains pourront se justifier, d'autres non. Par exemple, le fait qu'un fournisseur vende des biens avec réserve de propriété ne signifie pas nécessairement que le crédit qu'il consent sera gratuit pour l'acheteur. Pour obtenir les fonds à rétrocéder, le fournisseur doit lui-même acquitter un coût. Lorsqu'il ne réclame aucun intérêt avant la défaillance, le fournisseur inclut le coût de son crédit dans le prix des biens qu'il vend.

41. Même lorsqu'un État désireux de promouvoir la fabrication et la fourniture de biens meubles corporels souhaite inciter les vendeurs à octroyer du crédit, il ne doit pas le faire au point que d'autres parties ne puissent plus proposer, à des fins d'acquisition, des financements compétitifs. De la même façon que la concurrence entre vendeurs réduit généralement les prix pour les acheteurs, la concurrence entre fournisseurs de crédit réduira vraisemblablement le coût de ce dernier pour les emprunteurs. Outre qu'elle permettra aux acheteurs d'emprunter aux taux les plus abordables, elle donnera probablement naissance à d'autres sources de crédit, qui permettront aux acheteurs de payer leurs vendeurs. Ces nouvelles sources de crédit, enfin, accroîtront l'aptitude des clients à acheter des biens meubles corporels sans

que les vendeurs aient eux-mêmes à fournir un financement à tous leurs acheteurs potentiels.

42. Les obstacles juridiques qui empêchent les prêteurs autres que les vendeurs et les crédit-bailleurs de consentir directement du crédit d'acquisition à des acheteurs ou qui exigent de ces prêteurs qu'ils n'accordent du crédit que par l'intermédiaire du vendeur ou du crédit-bailleur (en se faisant céder la réserve de propriété ou le contrat de location) sont inefficaces à d'autres égards. Ce qui est très important, c'est qu'en ne traitant le financement d'acquisitions que sous l'angle de la protection des droits réels des vendeurs et des crédit-bailleurs, on risque en fait de réduire l'efficacité des droits revendiqués par ces derniers. De nombreux régimes actuels d'opérations garanties offrent aux créanciers garantis un certain nombre de droits qui souvent n'étaient pas ou pas toujours proposés aux vendeurs qui utilisent la réserve de propriété pour garantir leurs créances. Il s'agit, par exemple, des droits automatiques de revendiquer un droit sur des produits fabriqués à partir des biens sur lesquels une sûreté a été prise, de revendiquer un droit sur tout produit généré par la vente des biens grevés, ou d'utiliser la sûreté pour garantir tous les montants que l'acheteur peut devoir au vendeur.

c) Méthodes encourageant l'offre de crédit d'acquisition par le vendeur et le prêteur

43. En partie pour accroître l'éventail de ceux qui peuvent financer une acquisition et en partie pour permettre aux vendeurs de disposer d'une panoplie complète de droits dont disposaient auparavant les prêteurs qui prenaient des sûretés ordinaires, de nombreux États ont modifié leur régime de financement d'acquisitions de façon à encourager l'offre de crédit par le vendeur et le prêteur. Pour mener à bien cette réforme, on a adopté différentes méthodes.

44. Dans certains États qui continuent d'accorder aux vendeurs, en matière d'acquisition, des droits spéciaux reposant sur une réserve de propriété, les vendeurs réservataires peuvent maintenant étendre leurs droits par contrat en introduisant, par exemple, des clauses de produit (souvent appelées clauses de "réserve de propriété étendue") dans le contrat de vente. Certains États, encore, permettent aux vendeurs avec réserve de propriété d'inclure, pour étendre leurs droits, non seulement des clauses de produit, mais aussi des clauses de produits et des clauses d'intégralité des sommes. Enfin, certains systèmes juridiques reconnaissent le droit futur que détient un acheteur sur les biens acquis dans le cadre d'une vente avec réserve de propriété et permettent à l'acheteur d'accorder, sur les biens, une sûreté de rang inférieur à un autre créancier. Néanmoins, dans la plupart des États qui continuent d'accorder aux vendeurs des droits spéciaux reposant sur une réserve de propriété, seule la réserve simple est traitée comme un mécanisme de transfert de propriété; les réserves plus complexes soit ne sont pas reconnues, soit sont traitées comme donnant naissance à des sûretés.

45. Certains États ont réformé leur législation sur les opérations garanties pour permettre aux vendeurs de prendre des sûretés privilégiées en garantie du paiement d'acquisitions, mais continuent de permettre que la réserve de propriété, les crédits-bails et des mécanismes similaires coexistent comme opérations distinctes de financement d'acquisitions. Dans ces systèmes, les divers mécanismes par lesquels la propriété est utilisée pour garantir l'obligation d'un acheteur sont cependant généralement réglementés, essentiellement, par les mêmes règles que celles qui

régissent les sûretés prises par un vendeur en garantie du paiement d'acquisitions. D'autres États, encore, continuent d'accorder aux vendeurs, parallèlement aux sûretés réelles mobilières qui garantissent le paiement d'acquisitions, les droits traditionnels liés au financement de ces dernières tout en permettant également aux prêteurs de revendiquer des sûretés sur les biens vendus. Pour éviter toute coordination imparfaite des divers types de financement, ces États vont souvent plus loin, intégrant toutes ces opérations dans l'ensemble de règles qui régit les sûretés de manière générale.

46. Cette dernière méthode se fonde sur une décision politique qui vise à traiter, autant que possible, de manière égale toutes les opérations utilisées pour financer l'acquisition de biens meubles corporels. On suppose qu'en créant des possibilités égales pour tous les fournisseurs de crédit, on accroîtra la concurrence entre eux, ce qui augmentera le volume de crédit disponible et réduira son coût. Néanmoins, les États qui continuent de permettre aux vendeurs de prendre des sûretés reposant sur une réserve de propriété et des sûretés garantissant le paiement d'acquisitions ne permettent généralement pas aux prêteurs qui financent l'acquisition de biens meubles corporels d'accéder au statut privilégié des vendeurs et des crédit-bailleurs. Pour ce faire, ils doivent encore acheter ce statut privilégié à des vendeurs ou à des crédit-bailleurs. Ces types de régime modernisé intègrent donc les droits des vendeurs et des crédit-bailleurs dans le régime des opérations garanties et facilitent ainsi le financement sur la sûreté de l'acheteur ou le droit futur du crédit-bailleur sans permettre, toutefois, aux autres prêteurs de revendiquer directement une sûreté de premier rang sur les biens achetés.

d) Méthodes fondées sur le concept pleinement intégré de sûreté réelle mobilière "en garantie du prix d'achat"

47. Certains États sont allés encore plus loin. Ils ont adopté, pour le financement d'acquisitions, non seulement une méthode qui tente d'encourager l'offre de crédit par le vendeur et le prêteur, mais aussi des régimes qui traitent de manière égale tous les fournisseurs de crédit, les prêteurs pouvant non seulement prendre des sûretés sur des biens achetés, mais aussi acquérir le droit privilégié qu'ont les vendeurs de prendre des sûretés sur les biens qu'ils vendent. Dans ces régimes, par conséquent, des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions peuvent être prises de la même façon par des vendeurs, des crédit-bailleurs, des prêteurs et d'autres fournisseurs de crédit. À des fins de réglementation, les divers droits que possèdent les propriétaires en matière de financement d'acquisitions (réserve de propriété, crédit-bail et mécanismes similaires) sont a) pleinement intégrés dans un type fonctionnel unique de sûreté; et b) traités de la même façon que les sûretés traditionnelles que peuvent prendre les prêteurs en garantie du paiement d'une acquisition. Dans de nombreux États qui ont adopté cette méthode, ces diverses sûretés sont regroupées sous l'appellation de sûreté réelle mobilière "en garantie du prix d'achat".

48. Dans les États qui ont adopté le concept de sûreté réelle mobilière "en garantie du prix d'achat", deux principes importants régissent son application. Premièrement, cette sûreté, appelée, dans le Guide, "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition", est un concept générique. Il s'applique donc à toute opération par laquelle un prêteur fournit à une personne un crédit qui doit lui permettre d'acheter des biens meubles corporels et prend sur les biens

achetés une sûreté qui garantira le remboursement du crédit. Deuxièmement, la sûreté réelle mobilière en garantie du prix d'achat est un type de sûreté. Par conséquent, sauf lorsque les circonstances particulières d'un financement d'acquisition obligent à appliquer une règle spéciale, toutes les règles applicables aux sûretés en général s'appliquent également aux sûretés qui garantissent le paiement d'acquisitions.

49. Dans les États qui ont adopté le concept pleinement intégré de sûreté réelle mobilière "en garantie du prix d'achat", les principales caractéristiques d'une "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition" (selon la terminologie du Guide) sont les suivantes:

a) La sûreté peut être prise non seulement par les fournisseurs de biens, mais aussi par d'autres fournisseurs de crédit, y compris les prêteurs et les crédit-bailleurs;

b) Le créancier garanti qui finance l'acquisition reçoit, à des fins de garantie, une sûreté, qu'il reste ou non propriétaire des biens acquis;

c) L'acheteur peut proposer à d'autres créanciers une sûreté de rang inférieur sur les mêmes biens et utiliser ainsi la pleine valeur de ses biens pour obtenir un crédit, ce qui favorise la mobilisation de capitaux dans l'économie;

d) Le créancier garanti qui finance l'acquisition doit, comme les autres créanciers garantis, inscrire sa sûreté dans un registre général pour établir sa priorité sur les réclamants concurrents et informer les tiers qu'un autre créancier revendique une sûreté sur les mêmes biens;

e) Une fois inscrite au registre général, la sûreté est opposable;

f) Lorsqu'elle est inscrite peu de temps après la livraison des biens à l'acheteur, la sûreté qui garantit le paiement de l'acquisition a priorité sur le détenteur d'une sûreté judiciaire ou sur l'administrateur de l'insolvabilité de l'acheteur entre le moment de la livraison des biens à l'acheteur et l'inscription de la sûreté;

g) Lorsque les biens sont du matériel et que la sûreté qui garantit le paiement de l'acquisition est inscrite peu de temps après la livraison du matériel à l'acheteur, cette sûreté a priorité sur celle d'un créancier garanti préexistant qui posséderait une sûreté sur le futur matériel de l'acheteur;

h) Lorsque les biens sont des stocks et qu'avant que ces stocks ne soient livrés à l'acheteur, le créancier garanti qui finance l'acquisition inscrit la sûreté dans le registre général et informe un créancier garanti préexistant qui possède, sur les futurs stocks de l'acheteur, une sûreté inscrite sur le registre général qu'il revendique une sûreté de rang supérieur sur les stocks, la sûreté qui garantit le paiement de l'acquisition a priorité sur celle du créancier garanti préexistant; et

i) S'il est vendeur ou crédit-bailleur, le créancier garanti qui finance l'acquisition peut, dans le cadre ou en dehors d'une procédure d'insolvabilité, opposer ses sûretés de la même façon que tout autre créancier garanti et ne possède aucun autre droit de réalisation.

50. Ces dernières décennies, plusieurs États ont adopté ce concept pleinement intégré de sûreté réelle mobilière garantissant le paiement d'une acquisition. Cette

tendance peut également s'observer au niveau international. Par exemple, la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles de l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) régit l'opposabilité des réserves de propriété et des crédits-bails par des règles distinctes, mais similaires quant au fond à celles qui régissent les sûretés. Elle étend ainsi au-delà des sûretés le registre international qui y est prévu pour englober les réserves de propriété et les crédits-bails. De surcroît, en vertu de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international[1], les mêmes règles s'appliquent a) aux cessions de sûretés; b) aux cessions pures et simples effectuées à des fins de garantie; et c) aux cessions pures et simples (voir art. 2, alinéa a)), ce qui évite d'établir une distinction entre les sûretés et les mécanismes de transfert de propriété. L'article 22 de la Convention, en effet, vise expressément divers conflits de priorité, y compris un conflit naissant entre un cessionnaire de créances et un créancier du cédant dont les réserves de propriété sur des biens s'étendent aux créances nées de la vente de ces biens (pour la définition des termes "propriété" et "réclamant concurrent", voir art. 5, alinéas g) et m), de la Convention). La Loi-modèle sur les sûretés de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement, la Loi-type interaméricaine relative aux sûretés mobilières de l'Organisation des États américains et le *Guide sur les registres de biens meubles* de la Banque asiatique de développement suivent la même approche des droits liés au financement d'acquisitions.

4. Choix fondamentaux

a) Généralités

51. Le chapitre III du présent Guide examine les concepts fondamentaux de sûreté que pourrait adopter un État qui envisage de réformer globalement sa législation sur les opérations garanties. Il pose notamment la question de savoir comment traiter les opérations qui remplissent la fonction économique d'une opération garantie, mais s'effectuent en utilisant la propriété de biens pour garantir le paiement intégral de la créance du prêteur. Cette question se pose aussi bien dans le contexte d'une insolvabilité qu'en dehors.

52. De nombreux États, aujourd'hui, maintiennent, dans toutes les situations, diverses formes de mécanisme de financement. De ce fait, ils reconnaissent à la fois les sûretés et des mécanismes traditionnels tels que les hypothèques et les ventes avec droit de rachat lorsque des prêteurs transfèrent la propriété des biens d'un emprunteur pour garantir l'exécution d'une obligation. D'autres États maintiennent cette diversité formelle hors des contextes d'insolvabilité. Dans leur régime d'insolvabilité, en revanche, ils qualifient de sûretés les opérations où la propriété est utilisée pour garantir le paiement d'une créance. Dans ces États, toutes les opérations qui remplissent le rôle économique d'une sûreté sont traitées comme étant, à des fins de garantie, fonctionnellement équivalentes.

53. D'autres États ont adopté ce concept d'"équivalence fonctionnelle", qu'ils appliquent aussi bien dans le contexte d'une insolvabilité qu'en dehors. Ils reconnaissent la spécificité de ces divers types de mécanisme et continuent de permettre aux vendeurs de pratiquer la réserve de propriété ou la vente sous

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

condition résolutoire, et aux prêteurs de réaliser des opérations d'hypothèque ou de vente avec droit de rachat. Pour bien coordonner, cependant, ces diverses opérations afin de les traiter le plus également possible, ces États les soumettent toutes, quelle que soit leur appellation, à un cadre de règles qui produit des équivalents fonctionnels. Certains États, enfin, vont au bout de cette logique et adoptent ce qu'on pourrait appeler une approche "unitaire". Leur régime d'opérations garanties qualifie de sûreté les diverses opérations qui remplissent, quelle que soit leur forme, la fonction économique d'une sûreté et les nomme expressément "sûretés" (pour la définition du terme "sûreté", voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation).

54. Le présent Guide recommande aux États d'adopter à la fois une "équivalence fonctionnelle" et une approche "unitaire" des opérations garanties non liées à une acquisition. Toutes les opérations où des droits réels, y compris la propriété, sont utilisés pour garantir une obligation de remboursement ordinaire contractée par un emprunteur envers un prêteur devraient être traitées comme des sûretés et identifiées comme telles, aussi bien dans le contexte d'une insolvabilité qu'en dehors (voir A/CN.9/631, recommandation 11). Le Guide parle d'approche "unitaire et fonctionnelle". Comme l'explique le chapitre III, l'approche unitaire et fonctionnelle présente principalement deux avantages: a) elle encourage de façon plus évidente la concurrence entre fournisseurs de crédit pour ce qui est des prix et est donc plus à même d'accroître l'offre de crédit bon marché; et b) elle permet mieux de choisir des principes législatifs en fonction de leur efficacité comparative.

55. Cela étant dit, il en va un peu différemment lorsque l'obligation garantie est le paiement du prix d'achat d'un bien meuble corporel (c'est-à-dire lorsqu'il y a opération de financement d'acquisition). L'argument invoqué à l'appui d'un traitement égal de tous les prêteurs, quelle que soit la forme de l'opération de crédit, ne s'applique pas automatiquement aux situations de financement d'acquisition, les parties n'étant pas uniquement des prêteurs. Elles sont également des vendeurs. Pour savoir, par conséquent, s'ils doivent adopter l'approche unitaire et fonctionnelle, les États devront déterminer a) s'il faudrait que la logique des opérations garanties l'emporte sur celle du droit des ventes et de la location (ou, plutôt, celle du droit de la propriété) lorsque des vendeurs et des crédit-bailleurs utilisent ces opérations pour garantir le paiement du prix d'achat de biens meubles corporels (ou son équivalent économique); ou b) s'il faudrait que la logique du crédit-bail et de la vente l'emporte, comme principe fondamental d'organisation, sur celle des opérations garanties.

b) L'équivalence fonctionnelle, concept générique de financement d'acquisitions

56. Au chapitre III, le présent Guide note que bien qu'étroitement liés, les principes d'"équivalence fonctionnelle" et de "caractérisation unitaire" sont indépendants. L'égalité pour ce qui est de proposer du crédit est le principal objectif que les États devraient viser lorsqu'ils réformeront leur législation sur les opérations garanties, tant en général qu'en ce qui concerne le financement d'acquisitions. Cet objectif est double: premièrement, veiller, dans toute la mesure possible, à ce que tous les types de prêteur puissent consentir à des entreprises un crédit qui leur permette d'acquérir du matériel et des stocks; deuxièmement, veiller, dans toute la mesure possible, à ce que ces prêteurs soient soumis à des règles juridiques qui les traitent sur un pied d'égalité.

57. L'idée d'un traitement égal de tous les fournisseurs de crédit d'acquisition est résumée dans l'expression "équivalence fonctionnelle". L'adoption, par les États, du principe d'équivalence fonctionnelle peut se justifier par des motifs économiques et juridiques. Dans les économies de marché, l'instauration d'une égalité des fournisseurs de crédit renforcera la concurrence entre ces derniers, ce qui accroîtra le volume de crédit disponible et réduira son coût. Il n'existe aucune raison économique impérative à ce que le fabricant ou le distributeur de biens meubles corporels possède un monopole sur l'offre de crédit aux acheteurs. Une fois accepté le principe selon lequel les prêteurs devraient pouvoir procurer du crédit d'acquisition à des acheteurs, il ne faudrait pas que le régime applicable crée des incitations pour l'un ou l'autre des sous-groupes. La façon la plus efficace de veiller à ce que l'offre de crédit se fonde uniquement sur les conditions proposées par le prêteur est de fixer des règles juridiques qui les traitent tous de manière fonctionnellement équivalente.

58. Autrement dit, il faudrait que les acheteurs puissent rechercher la meilleure offre possible pour satisfaire leur besoin de crédit d'acquisition. Ils devraient pouvoir négocier de la même façon, avec tout prêteur potentiel, les clauses du prêt, les conditions de remboursement, les intérêts demandés, les événements qui constitueraient une défaillance et la portée de leur sûreté. Un régime qui permettrait à certains prêteurs d'obtenir de meilleures sûretés compromettrait cette égalité de négociation. D'un point de vue économique, autrement dit, il n'existe, dans le financement d'acquisitions, rien qui doive inciter un État à adopter, en matière de concurrence du crédit, une approche différente de celle qu'il adopte pour les financements ordinaires non liés à une acquisition.

59. Il existe aussi des raisons juridiques qui peuvent inciter un État à adopter le principe d'équivalence fonctionnelle. Les États, nous l'avons noté, ont longtemps organisé le crédit pour acheteurs de biens meubles corporels en accordant des droits spécifiques aux vendeurs (le postulat étant que ceux-ci fourniraient l'essentiel du crédit d'acquisition et que la plupart des ventes seraient des opérations ponctuelles portant sur des biens uniques). Dans cette hypothèse, la principale préoccupation était de faire en sorte que si l'acheteur ne payait pas le prix d'achat, le vendeur puisse récupérer le bien vendu rapidement, efficacement et sans sûretés tierces. Autrement dit, le crédit ne faisait que s'adjoindre à la vente et le principal souci du vendeur était de recevoir la valeur du bien fourni à l'acheteur. Deux phénomènes ont contraint les États à revoir cette position.

60. Premièrement, avec le développement des économies, le besoin de crédit d'acquisition a augmenté et les vendeurs ont constaté que souvent, ils ne pouvaient satisfaire les besoins de crédit de leurs acheteurs. Lorsque des fabricants, des grossistes et des détaillants achetaient d'importantes quantités de matières premières et de stocks, en particulier, il est devenu de plus en plus fréquent que des banques, des organismes financiers et d'autres prêteurs accordent aux acheteurs le crédit dont ils avaient besoin pour acquérir ces matières et ces stocks. Deuxièmement, le matériel de fabrication et de distribution est devenu de plus en plus perfectionné et onéreux. En outre, souvent pour des raisons fiscales, les acheteurs ont découvert qu'il était parfois plus avantageux économiquement de louer que d'acheter le matériel nécessaire. Par leur structure, souvent, ces opérations de location équivalaient à une vente à crédit.

61. Dans ces deux cas, une personne autre que le vendeur direct des biens fournissait un crédit d'acquisition à un acheteur (ou acheteur fictif). Les États ont alors dû décider s'il fallait continuer de faire des droits du vendeur le modèle des opérations de financement d'acquisitions. Les principales préoccupations tenaient au fait que a) les vendeurs, contrairement aux autres prêteurs, pouvaient traditionnellement obtenir sur les biens vendus, par réserve de propriété, une sûreté de rang supérieur; et b) lorsque l'opération était structurée comme une location et non comme une vente dans laquelle le vendeur transférait la propriété à l'acheteur contre le droit d'annuler la vente en cas de non-paiement du prix d'achat, il était généralement impossible, pour le preneur à bail, d'utiliser le bien loué pour garantir d'autres crédits. Ces préoccupations ont conduit les États à se demander si un concept générique d'opération de financement d'acquisition dans lequel le principe d'organisation serait le fait que le crédit était consenti à un acheteur pourrait être une meilleure façon d'organiser cette branche du droit des opérations garanties.

62. De nombreux États sont parvenus à la conclusion qu'un régime juridique dans lequel tous les fournisseurs de crédit d'acquisition pourraient opposer les mêmes droits à un acheteur-emprunteur défaillant simplifierait ce domaine du droit. De fait, même lorsqu'ils ont décidé que les vendeurs devraient continuer à pouvoir protéger leurs droits en restant propriétaires des biens vendus jusqu'à leur paiement intégral par l'acheteur, ils ont conclu que le régime juridique serait moins incertain et entraînerait moins de différends s'il n'opérait pas de distinction purement formelle entre les droits des différents fournisseurs de crédit d'acquisition. Cela les a conduits à adopter le concept d'équivalence fonctionnelle: toutes les opérations utilisées pour financer l'acquisition de biens meubles corporels seraient traitées fondamentalement de la même manière, indépendamment de leur forme et du statut juridique du créancier (vendeur, crédit-bailleur ou prêteur).

63. Conformément au chapitre III (Approches fondamentales en matière de sûretés) du Guide, qui recommande aux États d'appliquer le concept d'"équivalence fonctionnelle" aux opérations garanties non liées à une acquisition, le présent chapitre recommande aux États d'appliquer le principe d'"équivalence fonctionnelle" à toutes les opérations de financement d'acquisitions, quelle que soit leur appellation (voir A/CN.9/631, chapitre XII, objet des approches unitaire (sect. A) et non unitaire (sect. B); cependant, en vertu de la recommandation 174, variante B de l'approche non unitaire, il n'existe aucune équivalence fonctionnelle, et en vertu de la recommandation 200 *bis*, alinéa b), il n'existe qu'une équivalence fonctionnelle relative).

c) Approches unitaire et non unitaire de l'équivalence fonctionnelle

64. Le deuxième choix fondamental que doivent faire les États a trait à la façon de concevoir leur législation pour obtenir l'équivalence fonctionnelle. Ici encore, le principal objectif est de faire en sorte que dans toute la mesure possible, le régime juridique qui crée cette équivalence fonctionnelle facilite l'offre de crédit la plus large possible au prix le plus bas. Ce type d'efficacité juridique peut être obtenu de deux façons. Les États peuvent choisir d'effacer toute distinction entre les diverses formes d'opération de financement d'acquisitions et adopter une caractérisation unique de ces mécanismes. Dans l'approche unitaire, toutes les opérations de financement d'acquisitions donneront lieu à des "sûretés réelles mobilières garantissant le paiement" et les prêteurs seront considérés comme des "créanciers

garantis finançant l'acquisition" (pour la définition des termes "sûretés réelles mobilières garantissant le paiement" et "créanciers garantis finançant l'acquisition", voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation). Dans le présent Guide, cette méthode est appelée approche "unitaire".

65. Les États peuvent aussi choisir de conserver la forme des opérations existantes et la caractérisation donnée par les parties (vente, location ou prêt), sauf si un tribunal s'y oppose. Pour ce faire, cependant, ils vont devoir ajuster et rationaliser leurs règles techniques pour chaque opération de façon à favoriser l'équivalence fonctionnelle et à accroître l'efficacité. Le présent Guide appelle cette méthode de réglementation du crédit d'acquisition "approche non unitaire". Dans ce cas, les opérations de financement d'acquisitions donneront lieu soit à des "droits liés au financement d'acquisitions" en faveur d'une "partie finançant l'acquisition" lorsqu'un mécanisme de transfert de propriété sera utilisé, soit à des "sûretés garantissant le paiement d'une acquisition" en faveur de "créanciers garantis finançant l'acquisition" lorsqu'une sûreté ordinaire aura été constituée, que ce soit en faveur d'un prêteur ou d'un vendeur transférant la propriété à un acheteur. L'acheteur ou le preneur à bail des biens, lorsqu'un vendeur ou un crédit-bailleur revendique un droit lié au financement d'une acquisition, est appelé dans le présent Guide "partie bénéficiant du financement" (pour la définition des termes mentionnés dans le présent paragraphe, voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation).

66. La décision quant à l'approche à adopter revêt une grande importance. Elle affectera les droits de tiers (aussi bien dans le contexte d'une insolvabilité qu'en dehors; l'insolvabilité, cependant, est examinée au chapitre XI) et influencera, de ce fait, l'offre et le coût du crédit pour les acheteurs de biens meubles corporels. En outre, ayant opté pour l'une ou l'autre de ces approches, les États vont également devoir déterminer la façon dont ils élaboreront les règles qui régiront tous les aspects des opérations de financement d'acquisitions.

67. Pour les États qui adopteront une approche unitaire, les conséquences seront de deux ordres. Premièrement, tous les mécanismes de financement d'acquisitions, quelle que soit leur forme, seront considérés comme des sûretés généralement soumises aux mêmes règles. En conséquence, les droits détenus par un créancier dans le cadre d'une vente avec réserve de propriété, d'une vente sous condition résolutoire, d'un contrat de location-vente, d'un crédit-bail ou d'une opération similaire seront considérés comme une sûreté garantissant le paiement d'une acquisition et régis comme une sûreté accordée à un prêteur. Deuxièmement, dans ces cas, l'acheteur sera considéré avoir acquis la propriété des biens, même si le vendeur prétend rester propriétaire par contrat.

68. Les États auront deux moyens d'appliquer l'approche unitaire lorsque des vendeurs utiliseront une réserve de propriété. Ils pourront prévoir que l'acheteur devient propriétaire en toutes circonstances, auquel cas ils devront modifier d'autres textes de loi (législation fiscale, par exemple) s'ils veulent que les vendeurs de ces opérations soient taxés comme des propriétaires. Ils pourront, également, prévoir que l'acheteur ne devient propriétaire qu'aux fins de la législation sur les opérations garanties et des branches connexes du droit (législation relative aux débiteurs et aux créanciers et législation de l'insolvabilité, en particulier).

69. Comme le présent Guide adopte une approche unitaire du crédit non lié au financement d'acquisitions, il n'envisage la possibilité d'une approche non unitaire qu'en ce qui concerne les opérations de financement d'acquisitions. Néanmoins, même lorsque les États adopteront une approche non unitaire, ils devront adapter le régime de façon à intégrer le principe d'équivalence fonctionnelle (voir A/CN.9/631, recommandation 184, approche non unitaire). Il devra, par exemple, traiter de manière fonctionnellement équivalente les vendeurs qui restent propriétaires, ceux qui ne restent pas propriétaires mais conservent le droit d'annuler la vente, ceux qui ne restent pas propriétaires mais prennent une sûreté ordinaire garantissant le paiement des biens vendus, les crédit-bailleurs qui restent propriétaires, et les prêteurs qui prennent une sûreté ordinaire garantissant le paiement des biens vendus ou loués.

70. En principe, les États qui adoptent une approche non unitaire mais fonctionnellement équivalente pourront obtenir l'équivalence fonctionnelle entre les droits des vendeurs qui restent propriétaires et des crédit-bailleurs, d'une part, et ceux des créanciers garantis qui financent l'acquisition, d'autre part, cela de deux façons. Ils pourront soit a) calquer les droits accordés aux réclamants réservataires et similaires sur ceux accordés aux créanciers garantis qui financent l'acquisition et ne sont ni vendeurs, ni crédit-bailleurs; soit b) calquer les droits accordés à ces derniers sur ceux déjà accordés aux créanciers réservataires. Dans le premier cas, toutes les parties qui financent l'acquisition seront traitées de la même manière (comme des créanciers garantis qui financent l'acquisition), mais ceux qui restent propriétaires auront des droits légèrement différents de ceux des propriétaires ordinaires. Dans le second cas, les parties et les créanciers garantis qui financent l'acquisition seront tous traités de la même manière (comme des parties qui financent l'acquisition), mais les créanciers garantis qui financent l'acquisition et ceux qui possèdent une sûreté non liée à une acquisition seront soumis à des règles légèrement différentes. Même si sur la forme, ces options semblent toutes deux viables, il vaudra mieux, si l'on veut permettre aux parties d'obtenir un crédit garanti de façon simple et efficace, choisir, pour obtenir l'équivalence fonctionnelle dans un régime non unitaire, la première approche.

71. On pourra commencer par définir l'objectif à atteindre. Il faudra se demander quelle approche sera la plus à même de produire le crédit le plus transparent et le moins onéreux indépendamment de la source du crédit. Premièrement, il sera très difficile de concevoir des règles qui transformeront les prêteurs en propriétaires (notamment parce que les prêteurs n'ont généralement pas d'expérience de la vente ou de l'entretien des biens dont ils financent l'acquisition). Deuxièmement, il sera très difficile de concevoir des règles qui distingueront les droits accordés à deux catégories de prêteur, à savoir les prêteurs garantis ordinaires et les prêteurs garantis qui financent l'acquisition. Troisièmement, il est bien plus simple de calquer les droits et obligations d'un vendeur qui possède un droit lié au financement de l'acquisition, c'est-à-dire d'une partie qui finance l'acquisition (par exemple pour ce qui est de la constitution, de l'opposabilité, de la priorité sur des réclamants concurrents et de la réalisation) sur ceux d'un vendeur ou d'un prêteur qui détient une sûreté garantissant le paiement de l'acquisition (créancier garanti finançant l'acquisition). La raison en est que cette approche améliorera la cohérence globale du régime des opérations garanties tout en permettant aux États d'apporter les ajustements requis pour maintenir la cohérence de leur régime de propriété tel qu'il s'exprime dans le droit des ventes et de la location. Il s'ensuit que les États qui

choisiront d'adopter une approche non unitaire des opérations de financement d'acquisitions devront chercher à obtenir l'équivalence fonctionnelle en calquant les droits des parties qui financent l'acquisition sur ceux des créanciers garantis qui financent l'acquisition, plutôt que l'inverse.

72. Au chapitre III (Approches fondamentales en matière de sûretés), le présent Guide recommande aux États d'adopter, pour les opérations garanties non liées à une acquisition, l'approche unitaire. Dans le cadre de cette orientation générale, il suggère aux États, dans la mesure où ils peuvent le faire, d'adopter, pour obtenir l'équivalence fonctionnelle des mécanismes de financement d'acquisition, l'approche unitaire. Nonobstant cette suggestion, cependant, il reconnaît que certains États pourront ressentir le besoin de conserver, pour les vendeurs et autres fournisseurs, la forme des mécanismes de transfert de propriété. C'est pourquoi chaque sous-section du présent chapitre examine les questions qui se posent dans les systèmes juridiques contemporains, qu'ils suivent l'approche non unitaire ou unitaire. Chaque sous-section conclut en examinant la façon dont il faudrait réformer la législation relative au financement d'acquisitions en cas d'adoption de l'une ou l'autre de ces approches.

73. À la section B, de surcroît, le présent chapitre contient deux ensembles de recommandations parallèles. L'un présente la façon dont les États devraient concevoir une approche unitaire et fonctionnelle des opérations de financement d'acquisitions (et l'évoque implicitement pour les États qui adoptent pour la première fois une législation devant régir l'ensemble des opérations garanties). L'autre traite de la façon dont les États qui choisissent de conserver une approche non unitaire devraient régir le financement d'acquisitions par des mécanismes de transfert de propriété, notamment des réserves de propriété, des opérations de crédit-bail et des sûretés garantissant le paiement d'acquisitions, de sorte que les avantages économiques d'une approche unitaire puissent également être obtenus par une approche non unitaire (pour la définition de ces termes, voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation).

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

74. Le chapitre IV (Constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties)) du présent Guide examine les conditions à réunir pour rendre une sûreté efficace entre les parties. Ce chapitre utilise également l'expression "constitution" pour caractériser les conditions à réunir pour obtenir l'efficacité entre les parties. Comme l'explique le chapitre IV, l'objectif est de rendre ces conditions aussi simples que possible (voir A/CN.9/631/Add.2, par. […]). La façon dont ces conditions pourront être transposées pour réglementer l'efficacité entre les parties des droits naissant d'une opération de financement d'acquisition dépendra du fait de savoir si l'État adoptera une approche "unitaire" ou "non unitaire".

75. En outre, dans les États qui continuent de considérer les réserves de propriété et les crédits-bails comme des opérations distinctes, il n'est pas certain que le mot "constitution" soit le plus approprié pour décrire les droits du vendeur ou du crédit-bailleur. Par exemple, les droits de propriété du crédit-bailleur ne naissent pas séparément du contrat de location; ils sont une conséquence directe de cette location: les crédit-bailleurs sont des propriétaires. De même, le vendeur qui reste propriétaire ne crée pas un nouveau droit en sa faveur; il ne fait que continuer de faire valoir le droit de propriété qu'il possédait avant de conclure l'accord avec

l'acheteur. Néanmoins, par commodité, les accords en vertu desquels un crédit-bailleur et un vendeur peuvent opposer leur propriété à un preneur à bail ou à un acheteur auquel ils auront accordé la possession seront parfois appelés accords "créant" les droits correspondants (on pourra dire, certes, que dans certains États où l'acheteur acquiert un droit de propriété futur, il se crée un nouveau type de propriété scindée).

76. Les systèmes juridiques des États qui ne traitent pas toutes les opérations de financement d'acquisitions de la même manière imposent, pour ce qui est de rendre les droits d'acquisition efficaces entre les parties, des critères très variés. Pour commencer, ces critères peuvent varier au sein d'un même État en fonction de l'opération de financement d'acquisition (réserve de propriété, crédit-bail, sûreté) dont il est question. En outre, ils peuvent grandement varier d'un État à l'autre, même pour le même type d'opération de financement d'acquisition. De fait, les États ne conçoivent pas tous la réserve de propriété et les crédits-bails de la même façon et n'imposent donc pas tous les mêmes critères pour ce qui est de créer ou de réserver un tel droit.

77. En tant que droit lié au financement d'une acquisition, la réserve de propriété est généralement considérée comme un droit réel qui s'adjoint à un contrat de vente. De fait, dans de nombreux systèmes, les conditions de forme à réunir pour créer un droit de réserve de propriété (pour la définition de ce terme, voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation) sont celles qui s'appliquent aux contrats de vente en général, sans autre formalité particulière. En conséquence, si un État accepte qu'un contrat de vente de biens meubles corporels soit conclu verbalement, la clause qui prévoit que le vendeur reste propriétaire jusqu'au paiement intégral du prix d'achat pourra également être verbale. Dans ces cas, la réserve de propriété du vendeur pourra être convenue verbalement ou par référence à une correspondance entre les parties, à une commande ou à une facture où les conditions générales de vente figurent en caractères imprimés. Ces documents n'ont même pas besoin de porter la signature de l'acheteur, mais celui-ci peut implicitement accepter les conditions qu'ils énoncent en acceptant la livraison des biens et le paiement d'une fraction du prix d'achat indiqué sur la commande ou sur la facture, par exemple. Dans d'autres États, même si un contrat de vente ordinaire peut être conclu verbalement, un écrit (même minimal), un visa pour date certaine, une notarisation, voire une inscription peuvent être exigés pour qu'une clause de réserve de propriété figurant dans un contrat de vente soit efficace même entre les parties.

78. Dans certains États, seul le vendeur effectif peut obtenir un droit de réserve de propriété et être tenu de suivre les formalités qui s'y attachent. Bien entendu, les fournisseurs de crédit qui utilisent des crédits-bails, des contrats de location-vente et des opérations apparentées restent également propriétaires du fait de la nature de ces contrats. L'efficacité entre les parties de la sûreté du crédit-bailleur, par exemple, dépendra du fait de savoir si les parties respectent les formalités ordinaires d'opposabilité applicables au crédit-bail ou au contrat de location-vente en question. D'autres fournisseurs de crédit d'acquisition, tels les prêteurs, peuvent ne pas obtenir directement un droit de réserve de propriété ou le droit de propriété d'un crédit-bailleur. Pour ce faire, ils doivent se faire céder le solde du prix d'achat par le vendeur ou le contrat de location par le crédit-bailleur. Ainsi, les formalités d'efficacité du droit sont, premièrement, celles applicables à l'opération initiale

menée avec l'acheteur ou le preneur à bail et, deuxièmement, celles applicables à la cession de ce type de contrat.

79. Les États qui ne traitent pas la réserve de propriété ou les crédits-bails comme des sûretés adoptent également, pour ce qui est de l'extension de ces droits à d'autres biens, des approches différentes. Dans certains, si les biens qui font l'objet d'une réserve de propriété sont mélangés à d'autres biens, la réserve s'éteint. Dans quelques autres, en revanche, la réserve de propriété demeure efficace entre les parties sans que le vendeur ait à entreprendre d'autres formalités pour conserver son droit aussi longtemps que des biens similaires se trouvent entre les mains de l'acheteur. De même, dans certains systèmes, la réserve de propriété est automatiquement conservée même lorsque les biens sont transformés en un nouveau produit tandis que dans d'autres, elle ne peut s'étendre à de nouveaux produits. Certains États permettent également aux crédit-bailleurs de continuer à revendiquer la propriété de biens loués qui ont été légèrement modifiés ou, en fonction des conditions du bail, du produit d'une disposition autorisée. Dans ces cas également, aucune formalité supplémentaire n'est requise pour conserver l'efficacité entre les parties.

80. Il existe, pour ce qui est des principes qui régissent les critères d'efficacité entre les parties des sûretés garantissant le paiement d'acquisitions, une plus grande similarité entre les États qui ont adopté une approche unitaire. Ces critères, en effet, ne présentent pratiquement aucune différence. Dans chaque système, de surcroît, les conditions de forme à réunir pour rendre efficace entre les parties une sûreté garantissant le paiement d'une acquisition sont identiques, que le financement émane d'un vendeur, d'un crédit-bailleur, d'un prêteur ou de toute autre personne. En outre, comme le crédit garanti qui finance l'acquisition est traité simplement comme une catégorie particulière de financement garanti (parce qu'une sûreté en garantie du paiement d'une acquisition n'est qu'un type de sûreté), ces conditions de forme seront les mêmes, relativement minimales, que celles requises pour les opérations garanties non liées à une acquisition (par exemple, un accord écrit et signé identifiant les parties et décrivant raisonnablement les biens vendus et leur prix; voir A/CN.9/631, recommandations 12 à 14). Enfin, comme la sûreté qui garantit le paiement d'une acquisition est une sûreté, elle s'étendra aux biens transformés et au produit de la disposition (voir A/CN.9/631, recommandations 18 à 23).

81. La différence entre les deux approches et entre les systèmes juridiques décrits plus haut tient rarement de façon importante à la condition de forme écrite. De fait, la plupart d'entre eux acceptent une correspondance, une facture, une commande ou tout document similaire où figurent les conditions générales de vente, qu'ils soient en papier ou électroniques. C'est, de surcroît, la position générale concernant l'exigence d'un écrit suggérée par le présent Guide (voir A/CN.9/631, recommandations 9 et 10). La différence semble tenir davantage à l'exigence d'une signature, qui peut ne pas être nécessaire aussi longtemps que le vendeur avec réserve de propriété, le créancier garanti qui finance l'acquisition ou le crédit-bailleur peut démontrer par d'autres moyens que l'acheteur ou le preneur à bail a accepté les clauses du contrat. Ces éléments de preuve pourront être simplement l'acquisition et l'utilisation, par l'acheteur ou le preneur à bail, des biens sans protêt après réception de l'écrit. Ainsi, ces conditions de forme minimales ne sont pas accablantes. Enfin, vu le nombre d'opérations d'achat de

biens meubles corporels qui sont bien documentées pour d'autres raisons, cette question se pose rarement.

82. Dans l'approche unitaire, les critères d'efficacité entre les parties sont les mêmes que ceux qui s'appliquent aux sûretés non liées à une acquisition (voir A/CN.9/631, recommandation 184, approche unitaire) et sont identiques quelle que soit la forme juridique (sûreté ordinaire, réserve de propriété, clause résolutoire, crédit-bail) de l'opération (voir A/CN.9/631, recommandation 185, approche unitaire).

83. Dans l'éventualité où ils adopteraient une approche non unitaire, les États qui souhaiteraient bénéficier d'un régime qui instaurerait, en matière de crédit, une concurrence équitable devraient mettre sur pied un régime qui permette aux prêteurs d'acquérir le statut privilégié accordé aux parties qui financent l'acquisition. Ils devraient ensuite veiller à ce que les règles qui régissent l'efficacité entre les parties produisent des résultats fonctionnellement équivalents quelle que soit la forme de l'opération de financement d'acquisition (voir A/CN.9/631, recommandation 184, approche non unitaire). Il faudrait, en particulier, coordonner étroitement les règles qui régissent a) la capacité des parties au contrat; b) le caractère et les modalités de l'obligation garantie; c) les biens sur lesquels le droit lié au financement de l'acquisition pourrait être pris; d) les exigences d'écrit et de signature; et e) la date d'entrée en vigueur de la convention entre les parties, de façon à ne pas favoriser un type d'opération de financement d'acquisition par rapport à un autre (voir A/CN.9/631, recommandation 185, approche non unitaire).

6. Opposabilité aux tiers

a) Généralités

84. Les chapitres IV (Constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties)) et V (Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière) du présent Guide établissent une distinction entre l'efficacité d'une sûreté entre le constituant et le créancier garanti et son opposabilité aux tiers. Ce point revêt une importance particulière en ce qui concerne les droits liés au financement d'acquisitions, car selon que l'on adopte une approche unitaire ou non unitaire, cette distinction peut en fait ne pas exister.

85. À de rares exceptions près, les États qui ne considèrent pas la réserve de propriété comme une sûreté n'exigent pas l'inscription des opérations avec réserve de propriété. Ils n'exigent pas non plus du vendeur qu'il entreprenne, pour assurer l'opposabilité aux tiers, d'autres démarches formelles. Au contraire, lorsque le vendeur et l'acheteur concluent une vente avec réserve de propriété, le droit de propriété du vendeur sur le bien corporel qui a été vendu est opposable à tous.

86. À l'inverse, il est obligatoire, dans certains États, d'inscrire la réserve de propriété (soit de manière générale, soit pour certains types de biens corporels). Dans ces États, il est fréquent que l'inscription ne soit requise que pour rendre la réserve de propriété opposable aux tiers. Il arrive cependant qu'il ne soit fait aucune distinction entre l'efficacité de la réserve de propriété entre les parties et son opposabilité aux tiers: dans certains États, l'inscription de la réserve de propriété est une condition nécessaire pour qu'elle produise ses effets, même entre les parties.

87. Dans tous ces régimes de réserve de propriété, le vendeur qui bénéficie de la réserve conserve l'intégralité des droits de propriété. En conséquence, l'acheteur n'a normalement aucun droit sur le bien acheté jusqu'au transfert de la propriété. Cela signifie que sauf dans les systèmes juridiques où l'acheteur a un "droit futur" à grever, aucun autre créancier de l'acheteur ne peut faire valoir de droits sur le bien acheté, même si un autre créancier accorde un crédit à l'acheteur pour l'acquisition du bien et si la valeur des biens de l'acheteur faisant l'objet de la réserve de propriété est supérieure au montant des sommes qu'il doit encore au vendeur. En pareil cas, le seul bien sur lequel l'autre créancier pourrait faire valoir une sûreté serait le contrat de vente entre le vendeur et l'acheteur. On obtiendrait également le même résultat dans le cas d'un crédit-bail: le seul bien du preneur sur lequel le créancier pourrait faire valoir une sûreté serait le contrat de bail (à supposer qu'il soit cessible).

88. Les systèmes juridiques qui ne reconnaissent pas le droit qu'a le preneur à bail ou l'acheteur acquérant un bien dans le cadre d'une opération avec réserve de propriété de constituer une sûreté sur son droit futur font peser sur les emprunteurs des difficultés, voire une impossibilité d'utiliser soit toute la valeur du titre qu'ils peuvent avoir acquis sur leur bien corporel grevé de droits de réserve de propriété, soit la valeur du crédit-bail. Ainsi, la logique conceptuelle de la réserve de propriété et du crédit-bail empêche l'acheteur de constituer une sûreté sans dépossession sur les mêmes biens à différents créanciers dans un système qui accorde auxdits créanciers différents rangs de priorité pour le paiement. Il est cependant intéressant de constater que dans certains de ces mêmes États, on trouve un régime de ce type qui permet l'existence de multiples créanciers hypothécaires sur des biens immeubles vendus dans le cadre d'une opération avec réserve de propriété, ces créanciers se voyant attribuer différents rangs de priorité en fonction du moment auquel ils ont procédé à l'inscription.

89. Dans les États qui ont adopté une approche unitaire, la réserve de propriété et ses équivalents économiques doivent faire l'objet d'une inscription au registre général des sûretés (ou d'autres formalités destinées à les rendre opposables aux tiers), tout comme n'importe quelle autre opération garantie. De plus, dans cette approche, le droit du vendeur qui se réserve par contrat le droit de propriété ou du crédit-bailleur qui reste propriétaire du fait de la nature du crédit-bail devient le droit d'un créancier garanti finançant l'acquisition. L'acheteur ou le preneur à bail peut donc utiliser son titre sur le bien acheté ou loué pour constituer une sûreté en garantie d'un nouveau crédit. Ils peuvent ainsi constituer des sûretés au bénéfice d'autres créanciers de la même manière que si le vendeur avait purement et simplement vendu le bien corporel et pris seulement une sûreté sur ce bien.

90. Dans l'approche unitaire, les conditions de l'opposabilité aux tiers sont les mêmes que celles applicables aux sûretés non liées à des acquisitions et ne varient pas en fonction de la forme juridique de l'opération (par exemple, sûreté expressément dénommée comme telle, réserve de propriété, clause résolutoire, crédit-bail) (voir A/CN.9/631, recommandation 186, approche unitaire).

91. Les États qui adopteraient une approche non unitaire devraient veiller à ce qu'il n'y ait pas de différences trop importantes entre les conditions d'opposabilité aux tiers applicables aux différents types d'opérations de financement d'acquisitions (voir A/CN.9/631, recommandation 186, approche non unitaire). Il faudrait coordonner étroitement un certain nombre de règles afin de ne pas favoriser une

forme d'opération par rapport à une autre, en particulier les règles qui régissent a) les modalités de l'opposabilité au tiers; b) les délais de l'opposabilité aux tiers lorsque les conditions sont réunies; et c) les conséquences de l'opposabilité aux tiers sur le droit qu'a l'acheteur ou le preneur à bail d'accorder des droits sur le bien. Plus précisément, pour maximiser la capacité qu'a l'acheteur ou le preneur à bail de bénéficier du bien corporel en cours d'acquisition, les États devraient, dans l'approche non unitaire, prévoir que quelle que soit l'opération de financement d'acquisition utilisée, la partie bénéficiant du financement d'acquisition (pour la définition de ce terme, voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation) a le pouvoir de constituer une sûreté sur le bien qui fait l'objet du droit lié au financement de l'acquisition (voir A/CN.9/631, recommandation 185 *bis*, approche non unitaire).

b) Opposabilité aux tiers des opérations de financement d'acquisitions portant sur du matériel ou des stocks

92. Comme indiqué au chapitre V (Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière), le mécanisme général par lequel les sûretés ordinaires peuvent être rendues opposables aux tiers est l'inscription (voir A/CN.9/631, recommandation 33). De même qu'avec les sûretés ordinaires, l'inscription d'un avis relatif à un droit lié au financement d'une acquisition ou à une sûreté en garantie du paiement d'une acquisition a pour but d'avertir les tiers que ce droit existe peut-être et de servir de base à l'établissement des rangs de priorité des réclamants concurrents. L'inscription favorise la concurrence sur le marché du crédit en fournissant aux parties qui apportent le financement des informations qui leur permettent de mieux évaluer les risques qu'elles prennent.

93. Pour cette raison, le présent Guide recommande de subordonner, de manière générale, l'opposabilité aux tiers de tous les types d'opérations de financement d'acquisitions (qu'elles soient appelées sûretés, réserves de propriété, crédits-bails ou autres) à l'inscription d'un avis au registre général des sûretés. Lorsque le Guide recommande aussi d'autres mécanismes destinés à assurer l'opposabilité aux tiers des opérations garanties ordinaires (par exemple la prise de possession ou l'inscription sur un registre spécialisé), il faudrait également donner aux parties finançant les acquisitions et aux créanciers garantis finançant les acquisitions la possibilité d'utiliser ces mécanismes pour assurer l'opposabilité aux tiers (voir A/CN.9/631, recommandation 186, approche unitaire et approche non unitaire).

94. Avec l'approche unitaire, il faudra coordonner l'inscription des sûretés consenties en garantie du paiement d'une acquisition et de celles non liées à des acquisitions au registre général des sûretés afin de lever tout doute quant au rang de priorité relatif des réclamants concurrents. Avec l'approche non unitaire, il faudra également coordonner les règles qui régissent l'inscription d'un avis relatif à différents mécanismes de transfert de la propriété et celles, générales, qui ont trait à l'inscription d'un avis relatif aux opérations garanties. Cette précaution (adaptation soit des règles particulières aux règles générales, soit des règles générales aux règles particulières et établissement d'un registre général des sûretés) permettra de lever tout doute quant au rang de priorité relatif des réclamants concurrents détenant différents types de droits liés au financement d'acquisitions. Les principes qui devraient régir, tant dans l'approche unitaire que dans l'approche non unitaire, les conflits de priorité, y compris ceux qui surviennent lorsque différentes méthodes ont

été utilisées pour assurer l'opposabilité aux tiers (voir A/CN.9/631, recommandation 193, approche unitaire et approche non unitaire), sont examinés plus loin dans la section sur la priorité.

c) Délai de grâce pour l'inscription de certaines opérations de financement d'acquisitions

95. De nombreux États s'efforcent de rendre le processus d'inscription plus performant en accordant aux vendeurs et autres parties finançant l'acquisition un bref "délai de grâce" (de 20 ou 30 jours, par exemple) après la livraison du bien vendu ou loué pour inscrire un avis relatif à certaines opérations de financement d'acquisitions. On trouve de tels délais de grâce aussi bien dans les États qui ne considèrent pas la réserve de propriété, les crédits-bails et les autres droits liés au financement d'acquisitions comme des sûretés que dans ceux qui les considèrent tous comme des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions. Le bénéfice du délai de grâce permet de livrer le bien sans attendre l'inscription de l'opération.

96. Dans l'approche unitaire, si l'avis est inscrit avant l'expiration du délai de grâce, le créancier garanti finançant l'acquisition bénéficie, par rapport aux autres créanciers, du même rang de priorité que s'il avait procédé à l'inscription au plus tard au moment de la livraison. Si un État devait adopter une approche non unitaire, il faudrait que les règles relatives au délai de grâce et à ses effets s'appliquent également à tous les droits liés au financement d'acquisitions quelle que soit la forme juridique de l'opération (sûreté expressément dénommée comme telle, réserve de propriété, clause résolutoire, crédit-bail, etc.) (voir A/CN.9/631, recommandation 189, approche unitaire et approche non unitaire).

d) Exceptions à l'inscription pour les opérations de consommateurs

97. Dans certains États où l'inscription d'un avis relatif aux opérations de financement d'acquisitions serait normalement nécessaire, il est fait exception à cette règle lorsque ces opérations portent sur des biens de consommation (pour la définition de ce terme, voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation). Cela signifie que le vendeur qui finance l'acquisition du bien corporel acheté pour l'usage personnel, domestique ou familial de l'acquéreur n'est pas tenu de procéder à l'inscription de l'opération. Celle-ci devient opposable aux tiers au moment même où elle prend effet entre les parties. L'idée est qu'en pareil cas, la nécessité d'avertir d'éventuels financeurs tiers est moins impérieuse (à moins que les consommateurs ne revendent ces biens), en particulier lorsqu'il s'agit de biens de faible valeur. Dans d'autres systèmes juridiques qui imposent généralement l'inscription, seules les opérations de consommateurs portant sur des montants relativement peu élevés sont exemptées de l'obligation d'inscription (par exemple, jusqu'à une valeur de 3 000 euros ou son équivalent, ou lorsqu'il s'agit d'opérations relevant de la compétence des tribunaux connaissant des litiges mineurs).

98. Dans les deux types de système, l'important marché du crédit à la consommation automobile bénéficie généralement d'un système qui n'impose pas d'inscription au registre des opérations garanties, mais plutôt un avis sur le titre de propriété. En outre, on notera que dans les États qui créent une exemption d'inscription pour les biens de consommation, celle-ci ne s'applique qu'aux opérations de consommateurs: elle ne s'applique donc pas à un type de bien, mais à

un type d'opérations sur les biens. Il demeure nécessaire d'inscrire un avis pour assurer l'opposabilité aux tiers lorsque des biens normalement vendus à des consommateurs sont vendus à un grossiste ou à un détaillant dont ils viendront rejoindre le stock.

99. L'exemption d'inscription ne s'étend pas au financement du matériel et des stocks. Néanmoins, si un délai de grâce était adopté pour l'inscription au registre général des sûretés d'un avis relatif à une opération de financement d'acquisitions portant sur du matériel, ce délai pourrait jouer un rôle équivalent à celui de l'exemption pour les opérations de crédit à court terme dans lesquelles le remboursement aurait été effectué en totalité avant l'expiration du délai de grâce car, en pratique, la partie finançant l'acquisition n'aurait pas besoin de procéder à l'inscription avant l'expiration du délai. S'agissant des opérations de financement d'acquisition de matériel dont les délais de remboursement sont plus longs et des opérations relatives aux stocks en général, il ne serait peut-être pas nécessaire de mettre en place une exemption si la partie qui finance l'acquisition pouvait faire inscrire au registre des opérations garanties un avis unique pour un ensemble d'opérations à court terme récurrentes réalisées sur une période plus longue (cinq ans, par exemple) (voir A/CN.9/631, recommandations 196 et 197, approche unitaire et approche non unitaire).

100. Dans l'approche unitaire, l'exemption d'inscription pour les opérations portant sur des biens de consommation s'appliquerait que le créancier garanti finançant l'acquisition soit un vendeur, un crédit-bailleur ou un prêteur, puisqu'ils revendiqueraient tous des droits identiques. Dans une approche non unitaire, les règles relatives aux exemptions d'inscription pour les opérations portant sur des biens de consommation devraient produire les mêmes conséquences quelle que soit la forme juridique de l'opération de financement d'acquisitions (sûreté expressément dénommée comme telle, réserve de propriété, clause résolutoire, crédit-bail, etc.) (voir A/CN.9/631, recommandation 187, approche unitaire et approche non unitaire).

7. Priorité sur les droits des réclamants concurrents

a) Généralités

101. Le présent Guide utilise le terme "priorité" pour les situations de concurrence dans lesquelles se trouvent tous ceux qui peuvent avoir des droits sur un bien grevé d'une sûreté (pour la définition des termes "priorité" et "réclamant concurrent", voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation). Ainsi, la notion de priorité s'applique aux situations de concurrence à la fois par rapport a) à d'autres créanciers (créanciers garantis, autres créanciers garantis finançant une acquisition, créanciers pouvant se prévaloir d'un privilège légal et créanciers judiciaires); et b) à d'autres réclamants (y compris les propriétaires précédents, les acheteurs et l'administrateur de l'insolvabilité). Néanmoins, certains États (en particulier certains de ceux qui ne considèrent pas la réserve de propriété et les droits de crédit-bail comme des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions) interprètent la notion de priorité de manière plus restrictive, estimant que seules les situations de concurrence entre créanciers font intervenir des créances prioritaires. Cela étant, de quelque manière qu'on envisage cette situation de concurrence entre différents réclamants potentiels, les droits respectifs des uns et des autres doivent être soigneusement définis.

b) Position prioritaire des parties et des créanciers garantis qui financent l'acquisition

102. Le présent Guide recommande, au chapitre IV (Constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties)) qu'il soit possible de prendre une sûreté ordinaire aussi bien sur des biens présents que sur des biens à venir (voir A/CN.9/631, recommandation 12). Il recommande également, au chapitre VII (Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur les droits de réclamants concurrents), que la priorité soit généralement déterminée par la date de l'inscription de la sûreté, même dans le cas des biens à venir (voir A/CN.9/631, recommandations 78 et 79). En conséquence, pour favoriser l'octroi de nouveaux crédits destinés à financer l'acquisition de biens supplémentaires, il faut établir des règles de priorité spéciales applicables aux situations de concurrence entre les parties et les créanciers garantis qui financent l'acquisition d'une part, et les créanciers garantis antérieurs n'ayant pas financé l'acquisition qui détiennent des droits sur les biens futurs du constituant d'autre part.

103. Dans les États qui ne considèrent pas les opérations avec réserve de propriété et les crédits-bails comme des sûretés, le rang de priorité relatif des créances est déterminé en fonction du droit de propriété du vendeur ou du crédit-bailleur. Les droits du vendeur bénéficiant d'une réserve de propriété ou du crédit-bailleur sur le bien vendu l'emportent en pratique sur ceux de tous les autres réclamants concurrents (à l'exception de certains acheteurs de bonne foi dans le cadre d'une opération réalisée dans le cours normal des affaires). De plus, dans la plupart des systèmes de ce type, aucun des autres créanciers de l'acheteur ne peut acquérir de sûreté sur le bien qui fait l'objet de la vente ou du crédit-bail jusqu'à ce que la propriété du bien passe à l'acheteur. Ces autres réclamants dont les droits sur le bien corporel sont consentis par la personne qui acquiert le bien ("la partie bénéficiant du financement d'acquisition") ne peuvent généralement pas opposer les droits en question au vendeur bénéficiant de la réserve de propriété ou au crédit-bailleur. Alors que les créanciers judiciaires et les administrateurs de l'insolvabilité peuvent revendiquer les droits contractuels de l'acheteur, ils ne peuvent saisir le bien lui-même, à moins que le système ne permette à l'acheteur de grever son droit futur. Pour une raison analogue, ni les uns ni les autres ne pourraient, dans le cas de crédits-bails, faire valoir un droit sur le bien qui fait l'objet du crédit-bail. Dans la plupart de ces États, enfin, il ne peut en aucun cas y avoir concurrence entre des prêteurs faisant valoir un droit lié au financement d'acquisitions et un vendeur ou un crédit-bailleur: tout d'abord, il est rare que le prêteur puisse acquérir un droit sur un droit futur de l'acheteur; ensuite, même s'il le pouvait, ce droit ne serait normalement pas considéré comme un droit lié au financement d'une acquisition. La seule manière dont un prêteur pourrait acquérir un droit lié au financement d'une acquisition serait d'acheter les droits du vendeur ou du crédit-bailleur.

104. Dans les États qui appliquent l'approche unitaire, les droits prioritaires d'un vendeur ou d'un crédit-bailleur faisant valoir un droit lié au financement d'acquisitions sont également protégés. À condition que le vendeur bénéficiant d'une réserve de propriété, le crédit-bailleur ou un réclamant détenant un titre analogue fasse inscrire un avis au registre général des sûretés avant l'expiration d'un bref délai de grâce et, dans le cas de stocks, prenne certaines autres mesures présentées plus loin, ils auront priorité sur tous les autres réclamants (à l'exception de certains acheteurs de bonne foi qui acquièrent un bien dans le cadre d'une

opération réalisée dans le cours normal des affaires). Dans l'approche unitaire, en outre, un prêteur qui apporte un financement destiné à permettre à un acheteur d'acquérir un bien sera également un créancier garanti finançant l'acquisition et aura, à ce titre, priorité sur tous les autres réclamants de la même manière que le vendeur ou le crédit-bailleur. Enfin, le vendeur bénéficiant d'une réserve de propriété, le crédit-bailleur ou le vendeur qui prend une sûreté ordinaire en garantie du paiement d'une acquisition auront priorité sur toute autre partie finançant l'acquisition du même bien, même si cette autre partie (par exemple, une banque ou un autre prêteur) a rendu sa sûreté opposable aux tiers avant le vendeur. Ainsi, dans les États qui appliquent l'approche unitaire, le vendeur et le crédit-bailleur peuvent s'assurer, par rapport à tous les autres réclamants, la même position prioritaire privilégiée que le vendeur bénéficiant d'une réserve de propriété et le crédit-bailleur dans un système non unitaire.

105. Alors que les droits liés au financement d'acquisitions et les sûretés en garantie du paiement d'acquisitions sont normalement rendus opposables aux tiers par inscription au registre général des sûretés, le chapitre V (Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière) présente d'autres méthodes permettant d'assurer l'opposabilité aux tiers. L'une d'elles, la prise de possession par le créancier garanti, produit généralement les mêmes conséquences que l'inscription, à laquelle elle peut être envisagée comme alternative. En conséquence, si une partie ou un créancier garanti qui finance l'acquisition rend ses droits opposables aux tiers par prise de possession avant l'expiration du délai de grâce prévu, le principe général de priorité s'appliquera (voir A/CN.9/631, recommandation 188, approche unitaire et approche non unitaire).

106. Lorsqu'un créancier garanti qui n'a pas financé l'acquisition rend sa sûreté opposable aux tiers par inscription sur un registre spécialisé, le chapitre VII (Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur les droits de réclamants concurrents) recommande que le créancier qui a procédé à l'inscription au registre spécialisé ait priorité sur ceux qui auront, même antérieurement, procédé à une inscription au registre général des sûretés ou assuré l'opposabilité aux tiers par prise de possession (voir A/CN.9/631, recommandation 83). Pour renforcer l'utilité des registres spécialisés, il faudrait qu'une règle analogue s'applique aux parties et aux créanciers garantis qui financent l'acquisition: ils ne devraient pas pouvoir obtenir de position prioritaire privilégiée simplement par inscription au registre général des sûretés ou par prise de possession avant l'expiration du délai de grâce (voir A/CN.9/631, recommandation 193, approche unitaire et approche non unitaire). Il en découle qu'en règle générale et sous réserve de toute législation hiérarchiquement supérieure, un créancier garanti ou une autre partie qui finance l'acquisition et a procédé à l'inscription au registre spécialisé devrait avoir priorité sur un créancier qui, sans avoir financé l'acquisition, aurait fait inscrire sa sûreté audit registre spécialisé, même antérieurement.

107. Selon l'approche unitaire, tous les créanciers garantis qui financent l'acquisition relèvent du même régime de priorité et doivent prendre les mêmes mesures pour s'assurer une position prioritaire. La seule différence entre les différentes catégories de créanciers garantis qui financent l'acquisition est qu'en cas de concurrence entre un vendeur ou un crédit-bailleur et un autre créancier faisant tous valoir une sûreté en garantie du paiement d'une acquisition, le vendeur ou le

crédit-bailleur aurait toujours priorité, quelle que soit la date d'inscription de ses droits (voir A/CN.9/631, recommandation 191, approche unitaire).

108. Dans une approche non unitaire, les États devraient probablement, pour assurer l'équivalence fonctionnelle, apporter deux modifications à leur régime existant. Ils devraient, d'une part, permettre aux parties qui financent une acquisition mais non à titre de vendeur ou de crédit-bailleur d'acquérir le statut prioritaire privilégié des vendeurs et des crédit-bailleurs en prenant une sûreté en garantie du paiement de l'acquisition. En pareil cas, il importe d'établir, pour ce qui est du rang de priorité des droits du vendeur, des règles équivalentes quelle que soit la forme juridique de l'opération (sûreté expressément dénommée comme telle, réserve de propriété, clause résolutoire, crédit-bail, etc.) (voir A/CN.9/631, recommandation 188, approche non unitaire). D'autre part et en contrepartie, en cas de concurrence entre un vendeur bénéficiant d'une réserve de propriété, un crédit-bailleur ou un vendeur ayant pris une sûreté en garantie du paiement d'une acquisition et une partie finançant l'acquisition sans être le vendeur, il faudrait absolument prévoir que la priorité va au vendeur ou au crédit-bailleur, quelle que soit la date d'inscription de ces différents droits liés au financement d'acquisitions et sûretés en garantie du paiement d'acquisitions (voir A/CN.9/631, recommandation 191, approche non unitaire).

c) Priorité des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions et des droits liés au financement d'acquisitions par rapport aux sûretés préexistantes sur des biens corporels autres que des stocks ou des biens de consommation

109. Les principes généraux de priorité exposés ci-avant constituent un cadre qui permet d'organiser les droits des parties et des créanciers garantis qui financent l'acquisition lorsque plusieurs d'entre eux peuvent avoir des droits concurrents sur le même bien corporel. Cependant, tous les biens corporels n'ont pas la même finalité économique, et tous ne font pas l'objet des mêmes transactions. Pour cette raison, il est nécessaire d'établir certaines distinctions entre les différents types de biens corporels (notamment entre le matériel, les stocks et les biens de consommation). Le cas du matériel est particulièrement important.

110. Comme on l'a vu, dans la plupart des États qui ne considèrent pas la réserve de propriété et le crédit-bail comme des sûretés, la question de la concurrence entre parties finançant l'acquisition ne se pose pas si les droits liés au financement d'acquisitions sont une réserve de propriété ou des droits de crédit-bail. Il est rare que des créanciers garantis préexistants qui ne financent pas l'acquisition puissent acquérir des droits sur un bien dont le constituant n'est pas encore propriétaire, et les autres prêteurs ne peuvent généralement pas faire valoir de priorité spéciale lorsqu'ils financent l'acquisition par un acheteur de biens corporels. De plus, même s'il était possible de prendre une sûreté sur un droit de propriété futur, ce droit ne se réaliserait que lorsque le vendeur ou le crédit-bailleur aurait été totalement payé. Lorsque, malgré tout, le vendeur lui-même prend une sûreté en garantie du paiement de l'acquisition plutôt que de conserver la propriété du bien, et que son droit se trouve en concurrence avec une sûreté préexistante non liée à une acquisition, il faut accorder la priorité à la sûreté en garantie du paiement de l'acquisition prise par le vendeur.

111. La base de la protection des droits du créancier garanti qui finance l'acquisition est la même dans les États qui appliquent une approche unitaire: à

l'inscription, avant l'expiration d'un délai de grâce consécutif à la livraison du bien corporel au constituant, la sûreté constituée sur le nouveau matériel en garantie du paiement de l'acquisition est prioritaire par rapport aux sûretés qui préexistent sur le matériel futur du constituant. La sûreté en garantie du paiement d'acquisitions dérogeant à la règle générale selon laquelle les rangs de priorité sont déterminés par l'antériorité des inscriptions, on dit souvent qu'elle bénéficie d'une "superpriorité".

112. Dans l'approche unitaire, tous les créanciers garantis qui financent une acquisition de matériel peuvent opposer aux créancier garantis qui n'ont pas financé l'acquisition la superpriorité de leur sûreté en garantie du paiement de l'acquisition, à condition de procéder avant l'expiration du délai de grâce prévu à l'inscription, au registre général des sûretés, d'un avis indiquant qu'ils entendent faire valoir ce droit (voir A/CN.9/631, recommandation 189, approche unitaire).

113. Les États qui adoptent une approche non unitaire devraient prévoir, pour ce qui est du rang de priorité des droits du vendeur ou du crédit-bailleur par rapport aux droits préexistants sur le matériel futur, des règles équivalentes quelle que soit la forme juridique de l'opération (sûreté expressément dénommée comme telle, réserve de propriété, clause résolutoire, crédit-bail, etc.). En d'autres termes, même si l'acheteur est autorisé à constituer une sûreté sur du matériel futur, donc sur un droit qui reste un droit futur jusqu'au complet remboursement du prix d'achat ou à la dernière échéance du crédit-bail, et même si cette sûreté sur du matériel futur est rendue opposable aux tiers avant la date de la vente, le vendeur qui bénéficie de la réserve de propriété (ou une partie qui finance l'acquisition de manière analogue) sera prioritaire s'il fait inscrire ses droits avant l'expiration du même délai de grâce que celui dont bénéficie toute autre partie finançant l'acquisition (voir A/CN.9/631, recommandation 189, approche non unitaire).

d) Priorité des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions et des droits liés au financement d'acquisitions par rapport aux sûretés préexistantes sur des stocks futurs

114. Il arrive fréquemment que la concurrence entre un droit lié au financement d'acquisitions ou une sûreté en garantie du paiement d'acquisitions et une sûreté non liée à des acquisitions porte sur des stocks. En pareil cas, l'attitude à adopter diffère de celle adoptée pour l'acquisition de matériel. La raison en est la suivante: les parties qui financent l'acquisition de stocks accordent généralement le crédit en se fondant sur les stocks existants ou futurs et ce pour des périodes courtes, parfois de l'ordre du jour ou de la semaine. Les stocks peuvent être en évolution constante, certains étant vendus et d'autres fabriqués ou acquis. Pour obtenir une nouvelle avance de fonds sur stocks, le constituant présente généralement au prêteur des factures ou des certificats qui attestent de l'état des stocks qui garantiront la nouvelle avance.

115. Dans les États qui ne considèrent pas les opérations avec réserve de propriété et les crédits-bails comme des sûretés, le rang de priorité relatif des différents droits est déterminé par rapport aux droits de propriété du vendeur ou du crédit-bailleur. Pour cette raison, les droits de la partie qui finance les stocks sont particulièrement précaires et il est généralement entendu, lorsque des avances sont faites sur des stocks futurs, que tous les nouveaux stocks sont acquis dans le cadre d'une opération avec réserve de propriété. Il devient alors nécessaire, pour le créancier, de

déterminer quels stocks ont été payés en totalité, ce qui a pour effet de rendre plus difficile, pour l'emprunteur, l'obtention d'avances garanties par ses stocks futurs.

116. Dans les États qui appliquent l'approche unitaire, les droits de la partie qui finance l'ensemble des stocks sont mieux protégés. Lorsque les nouveaux biens acquis par le constituant sont des stocks, la sûreté en garantie du paiement de l'acquisition n'a priorité sur une sûreté sur les stocks futurs non liée à l'acquisition qu'à condition d'être inscrite au registre général des sûretés avant la livraison des nouveaux stocks au constituant. En outre, dans certains États qui appliquent l'approche unitaire, les parties qui financent les stocks, ont des droits préexistants et les ont fait inscrire doivent être avisées directement de l'existence d'une sûreté de rang supérieur prise en garantie du paiement de l'acquisition sur les stocks supplémentaires. Cette règle est due au fait qu'il ne serait pas efficace d'imposer aux parties qui financent des stocks dans un cadre autre que le financement d'acquisitions de consulter le registre général des sûretés chaque fois qu'elles envisagent d'accorder un crédit garanti par des stocks en constante évolution. Pour éviter, cependant, de faire peser une charge injustifiée sur les créanciers garantis qui financent l'acquisition, un avis unique et général adressé aux créanciers préexistants connus qui financent des stocks dans un cadre autre que le financement d'acquisitions peut produire ses effets pour tous les envois adressés au même acheteur pendant une période donnée (par exemple cinq ans, ou la durée d'inscription requise pour rendre la sûreté opposable aux tiers). Cela signifierait qu'une fois que les créanciers préexistants qui financent des stocks dans un cadre autre que le financement d'acquisitions auraient été avisés, il ne serait plus nécessaire, pendant la période arrêtée, de procéder à une nouvelle notification pour chacune des multiples opérations sur stocks convenues entre le créancier garanti qui finance l'acquisition et l'acquéreur des stocks.

117. Dans l'approche unitaire, les créanciers garantis qui financent l'acquisition de stocks peuvent opposer aux parties qui financent des stocks dans un cadre autre que le financement d'acquisitions la superpriorité de leur sûreté en garantie du paiement de l'acquisition, à condition d'inscrire au registre général des sûretés un avis indiquant qu'ils entendent faire valoir cette sûreté, et d'en aviser par écrit les parties qui financent les stocks dans un cadre autre que le financement d'acquisitions ayant précédemment inscrit leur sûreté avant la livraison des stocks au constituant (voir A/CN.9/631, recommandation 192, approche unitaire).

118. Si un État devait adopter une approche non unitaire, il lui faudrait établir, pour ce qui est du rang de priorité des droits du vendeur par rapport aux droits préexistants sur les stocks futurs, des règles équivalentes quelle que soit la forme juridique de l'opération (sûreté expressément dénommée comme telle, réserve de propriété, clause résolutoire, crédit-bail, etc.). Ainsi, même si le vendeur qui bénéficie de la réserve de propriété reste propriétaire du bien livré, il faudrait adapter les règles qui régissent la vente de stocks de manière à ce que le titre du vendeur ne soit prioritaire par rapport aux droits préexistants sur les stocks futurs qu'aux conditions auxquelles ses droits l'emporteraient s'ils naissaient d'une sûreté qu'il aurait prise en garantie du paiement de l'acquisition (voir A/CN.9/631, recommandation 192, approche non unitaire).

e) Priorité des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions et des droits liés au financement d'acquisitions sur les sûretés préexistantes sur des biens de consommation

119. Le présent Guide recommande, par exception à la règle générale, que les droits liés au financement d'acquisitions et les sûretés en garantie du paiement d'acquisitions de biens de consommation soient opposables aux tiers sans qu'il soit nécessaire, pour le créancier, de les inscrire au registre général des sûretés ou de prendre possession des biens grevés (voir A/CN.9/631, recommandation 187, approche unitaire et approche non unitaire). En d'autres termes, la priorité d'un droit lié au financement de l'acquisition de biens de consommation ou d'une sûreté en garantie du paiement d'acquisitions sur une sûreté non liée à des acquisitions constituée par la partie bénéficiant du financement d'acquisition est automatiquement acquise dès lors que ce droit prend effet entre les parties.

120. Dans l'approche unitaire, toutes les parties et tous les créanciers garantis qui financent l'acquisition de biens de consommation peuvent opposer aux créanciers garantis qui ne financent pas l'acquisition la superpriorité de leur droit lié au financement de l'acquisition ou de leur sûreté en garantie du paiement de l'acquisition sans avoir à rendre ce droit opposable aux tiers par inscription ou prise de possession (voir A/CN.9/631, recommandation 190, approche unitaire).

121. Les États qui adopteraient une approche non unitaire devraient prévoir, pour ce qui est du rang de priorité des droits du vendeur ou du crédit-bailleur par rapport aux droits préexistants sur les biens de consommation, des règles équivalentes quelle que soit la forme juridique de l'opération (sûreté expressément dénommée comme telle, réserve de propriété, clause résolutoire, crédit-bail, etc.). La priorité pourrait, bien entendu, découler soit des droits de propriété du vendeur ou du crédit-bailleur, soit, dans le cas d'un vendeur ou d'un prêteur qui prendrait une sûreté en garantie du paiement d'acquisitions, du principe général applicable aux sûretés en garantie du paiement de l'acquisition de biens de consommation (voir A/CN.9/631, recommandation 190, approche non unitaire).

f) Priorité des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions et des droits liés au financement d'acquisitions sur les droits des créanciers judiciaires

122. Au chapitre VII (Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur les droits de réclamants concurrents), le présent Guide recommande que les créanciers judiciaires qui obtiennent une décision de justice et qui prennent les mesures nécessaires pour acquérir des droits sur les biens d'un débiteur judiciaire l'emportent généralement sur ceux qu'ont les créanciers garantis existants au titre des avances qu'ils ont accordées au débiteur après que ceux-ci ont été informés des droits du créancier judiciaire (voir A/CN.9/631, recommandation 90). Lorsque le droit concurrent en question est un droit lié au financement d'acquisitions ou une sûreté en garantie du paiement d'acquisitions, il faut tenir compte de considérations légèrement différentes, selon le type des biens corporels. Si, par exemple, ces biens sont des biens de consommation, la partie ou le créancier garanti qui finance l'acquisition n'a pas, pour rendre ses droits opposables aux tiers, à procéder à leur inscription ou à prendre possession du bien. Ainsi, la partie qui finance l'acquisition bénéficie automatiquement d'une position prioritaire privilégiée par rapport aux créanciers judiciaires. Si les biens sont des stocks, la partie ou le créancier garanti qui finance l'acquisition doit être en possession des biens ou avoir procédé à l'inscription de ses

droits et en avoir avisé les tiers déjà inscrits avant la livraison. Le créancier judiciaire sera donc toujours avisé des droits potentiels de la partie ou du créancier garanti qui finance l'acquisition. Dans l'un des cas, cependant, la partie ou le créancier garanti qui finance l'acquisition bénéficie d'un délai de grâce pour inscrire ses droits. Néanmoins, il est rare qu'une personne revendiquant un droit lié au financement d'acquisitions ou une sûreté en garantie du paiement d'acquisitions fasse des avances futures.

123. Cela étant, lorsqu'un créancier judiciaire demande l'exécution de la décision qu'il a obtenue sur les biens du débiteur, il ne devrait généralement pas pouvoir l'emporter sur les droits d'une partie ou d'un créancier garanti finançant l'acquisition qui confèrent au patrimoine du débiteur judiciaire une valeur supplémentaire. Pour cette raison, si l'on adopte l'approche unitaire, il faudrait prévoir que dès lors qu'un créancier garanti qui finance l'acquisition rend ses droits opposables aux tiers avant l'expiration du délai de grâce, il a également priorité sur les créanciers judiciaires qui inscrivent la décision qu'ils ont obtenue au cours dudit délai (voir A/CN.9/631, recommandation 194, approche unitaire). Si l'on adopte l'approche non unitaire, il faudra accorder une protection semblable aux vendeurs qui bénéficient d'une réserve de propriété et aux crédit-bailleurs, ainsi qu'aux parties finançant l'acquisition qui ont pris une sûreté en garantie du paiement de ladite acquisition (voir A/CN.9/631, recommandation 194, approche non unitaire).

g) Priorité des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions et des droits liés au financement d'acquisitions sur des biens rattachés et des masses ou des produits

124. Le présent Guide recommande, au chapitre VII (Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur les droits de réclamants concurrents), qu'une sûreté sur un bien rattaché à un bien meuble qui est rendue opposable aux tiers par inscription sur un registre spécialisé ou annotation sur un certificat de propriété ait priorité sur une sûreté sur le bien meuble concerné inscrite ultérieurement au registre général des sûretés (voir A/CN.9/631, recommandation 95). Cette recommandation repose sur le fait que les sûretés opposables aux tiers produisent leurs effets même après que le bien qu'elles grèvent a été rattaché à un autre bien. En pareil cas, si plusieurs sûretés grèvent le bien au moment du rattachement, elles conserveront leur rang de priorité relatif après le rattachement. S'agissant d'une masse ou d'un produit (autrement dit, de biens mélangés), le Guide recommande que les sûretés se maintiennent sur une masse ou sur un produit et, s'il y en a plusieurs, qu'elles conservent leur rang de priorité relatif (voir A/CN.9/631, recommandation 96).

125. Dans un cas comme dans l'autre, cependant, il faut également déterminer le rang de priorité relatif des droits pris sur les différents biens corporels unis par rattachement ou par mélange. Le Guide prévoit que les règles de priorité ordinaire s'appliquent, de sorte que la date de l'inscription au registre général des sûretés déterminerait le rang de priorité, à moins que l'une des sûretés ait été constituée en garantie du paiement d'une acquisition: une telle sûreté prise sur une part de biens mélangés aurait priorité sur les sûretés antérieurement inscrites non liées à des acquisitions (et probablement même sur une sûreté en garantie du paiement d'une acquisition), consenties par le même constituant sur l'ensemble de la masse ou du produit (voir A/CN.9/631, recommandation 98). Le présent Guide, toutefois, ne tranche pas la question de savoir si une sûreté en garantie du paiement d'acquisitions sur un bien rattaché devrait être prioritaire par rapport aux sûretés

antérieurement inscrites non liées à des acquisitions (voire prises en garantie du paiement d'une acquisition), consenties par le même constituant sur les biens corporels auxquels les biens grevés sont rattachés.

126. Dans les États qui ne considèrent pas la réserve de propriété et le crédit-bail comme des sûretés, les règles générales de priorité énoncées au chapitre VII ne s'appliqueraient pas directement au financement d'acquisitions. Le chapitre VII traite de situations où toutes les formes d'opérations garanties sont considérées comme des sûretés selon l'approche générale unitaire et fonctionnelle. Or, dans le contexte du financement d'acquisitions, les droits relatifs des parties dépendent des règles générales qui régissent les biens rattachés. Normalement, si le bien rattaché peut être détaché sans endommager le bien auquel il est rattaché, le vendeur qui bénéficie de la réserve de propriété conserve son droit de propriété sur le bien rattaché. Dans le cas contraire, il faut déterminer lequel, du bien rattaché ou du bien auquel il est rattaché, a le plus de valeur. Si le bien corporel sur lequel le vendeur a conservé un droit de propriété a plus de valeur que l'autre, ledit vendeur acquiert un droit de propriété sur l'ensemble formé par les deux biens, sous réserve seulement d'une obligation de rembourser la valeur de l'autre bien. Si le bien corporel sur lequel le vendeur a conservé un droit de propriété est d'une valeur inférieure à l'autre bien, le vendeur perd son droit de propriété et ne dispose plus, à l'encontre du nouveau propriétaire, que d'une créance égale à la valeur de son ancien bien.

127. Selon l'approche unitaire, les créanciers garantis finançant l'acquisition qui ont des droits sur des biens rattachés et des biens mélangés peuvent généralement opposer aux parties qui financent des stocks dans un cadre autre que le financement d'acquisitions une superpriorité. Ils ont priorité sur les autres créanciers garantis qui revendiquent un droit sur un bien rattaché ou sur le bien corporel mélangé ou transformé. Ils ont priorité, également, sur les créanciers garantis qui ne financent pas l'acquisition du bien auquel d'autres biens sont rattachés, à hauteur au moins de la valeur du bien rattaché. Ils ont priorité, enfin, sur les créanciers garantis qui ne financent pas l'acquisition, mais qui ont pris une sûreté sur l'ensemble de la masse ou du produit (voir A/CN.9/631, recommandations 96 à 98).

128. Si un État devait adopter une approche non unitaire, il lui faudrait établir, pour ce qui est du rang de priorité des droits du vendeur par rapport aux autres droits sur les biens rattachés ou les biens meubles corporels devant être mélangés ou transformés, des règles équivalentes quelle que soit la forme juridique de l'opération (sûreté expressément dénommée comme telle, réserve de propriété, clause résolutoire, crédit-bail, etc.). Ainsi, bien que risquant de perdre son droit de propriété lors du rattachement, le vendeur d'un bien rattaché bénéficiant de la réserve de propriété pourrait faire valoir sa priorité soit sur la part de la masse ou du produit qu'il a vendue, soit sur le bien rattaché qu'il a vendu. Le mécanisme précis par lequel les règles relatives aux biens rattachés à des biens meubles devraient être adaptées dépendra des circonstances juridiques de chacun des États qui aura choisi d'adopter l'approche non unitaire.

h) Priorité des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions et des droits liés au financement d'acquisitions sur des biens rattachés à des biens immeubles

129. Au chapitre VII (Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur les droits de réclamants concurrents), le présent Guide recommande qu'après le rattachement, une sûreté sur des biens rattachés à des biens immeubles qui a été rendue opposable

aux tiers conformément à la législation immobilière ait priorité sur une sûreté sur ces biens rattachés qui a été rendue opposable aux tiers conformément à la législation relative aux opérations garanties. À l'inverse, si la sûreté sur des biens corporels est rendue opposable aux tiers avant le rattachement et qu'elle est inscrite au registre immobilier, elle aura priorité sur les sûretés inscrites ultérieurement sur les biens immeubles (voir A/CN.9/631, recommandations 93 et 94). La logique de ces dispositions devrait également s'appliquer aux droits liés au financement d'acquisitions et aux sûretés en garantie du paiement d'acquisitions.

130. Les droits d'une partie ou d'un créancier garanti qui financent l'acquisition de biens corporels qui deviendront des biens rattachés devraient avoir priorité sur les droits réels qui existent sur le bien immeuble à condition d'être inscrits au registre immobilier dans un délai raisonnable après le rattachement. Dans ce cas, la personne qui revendique un droit réel existant sur le bien immeuble s'est fondée, lors de sa transaction, sur la valeur du bien au moment où elle a consenti les avances et ne peut alors avoir prévu qu'un bien rattaché permettrait ultérieurement de satisfaire sa créance. Bien entendu, lorsque le droit réel qui préexiste sur le bien immeuble garantit un prêt destiné à financer des travaux, cette hypothèse n'est plus valable, et il est moins justifié de préserver la priorité privilégiée de la partie ou du créancier garanti qui finance l'acquisition.

131. Selon l'approche unitaire, il est possible, pour régir ces différents cas, d'adopter une règle unique car le droit du créancier garanti qui finance l'acquisition sera toujours une sûreté (voir A/CN.9/631, recommandation 195, approche unitaire). Si un État, cependant, devait adopter l'approche non unitaire, il lui faudrait adapter les règles relatives aux biens rattachés pour obtenir un résultat garantissant l'équivalence fonctionnelle quelle que soit la forme de l'opération. Il lui faudrait donc préciser que le vendeur qui bénéficie de la réserve de propriété et le crédit-bailleur perdent leur priorité face à la partie qui finance des travaux, même lorsque la propriété du bien rattaché ne passe pas automatiquement au propriétaire du bien immeuble (comme dans le cas de biens vendus avec réserve de propriété ou loués dans le cadre d'un crédit-bail et qui seraient totalement incorporés au bien immeuble) (voir A/CN.9/631, recommandation 195, approche non unitaire).

i) Priorité en cas de concurrence entre des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions et/ou des droits liés au financement d'acquisitions

132. Dans les différents conflits de priorité déjà décrits dans la présente section, les réclamants concurrents faisaient valoir des droits différents sur des biens corporels: il s'agissait de conflits pouvant survenir entre les droits d'une partie ou d'un créancier garanti finançant l'acquisition et un créancier garanti ne finançant pas l'acquisition, un créancier judiciaire ou un créancier détenant une sûreté sur un bien immeuble et faisant valoir des droits sur un bien rattaché. Il peut arriver, cependant, que la concurrence survienne entre deux créanciers faisant l'un et l'autre valoir des droits nés d'une opération de financement d'acquisitions. Différentes situations peuvent se présenter, et les considérations dont il faut tenir compte pour résoudre ces conflits sont complexes.

133. Dans les États qui ne considèrent pas les opérations avec réserve de propriété et les crédits-bails comme des sûretés, le rang de priorité relatif des différentes créances est déterminé par rapport au droit de propriété du vendeur ou du crédit-bailleur. À moins que le système ne permette aux autres créanciers de prendre

une sûreté sur le droit futur de l'acheteur, les propriétaires et les créanciers garantis n'entreront pas en concurrence. En outre, même si un créancier pouvait prendre une sûreté sur le droit futur d'un acheteur ou d'un preneur à bail, ce droit ne se concrétiserait qu'une fois le vendeur ou le crédit-bailleur totalement remboursé. Ainsi, dans la plupart de ces systèmes, il ne peut jamais y avoir concurrence entre des prêteurs qui revendiquent des droits découlant d'une opération de financement d'acquisitions et un vendeur ou un crédit-bailleur. La seule façon, pour un prêteur, d'acquérir un droit lié au financement d'acquisitions serait d'obtenir du vendeur bénéficiant de la réserve de propriété ou du crédit-bailleur la cession de l'obligation garantie.

134. En outre, dans les États qui ne considèrent pas les opérations avec réserve de propriété et les crédits-bails comme des sûretés, le vendeur (mais non le crédit-bailleur) a souvent la possibilité de transférer la propriété du bien vendu à l'acheteur et de prendre une sûreté. Ces droits du vendeur sont parfois prévus par la loi (privilège du vendeur, par exemple), mais ils peuvent aussi découler d'une convention constitutive de sûreté conclue entre le vendeur et l'acheteur. En pareil cas, l'acheteur peut tout à fait consentir des sûretés concurrentes sur le bien qu'il acquiert. Il peut s'agir de sûretés constituées et inscrites après l'achat du bien ou avant, en application d'une sûreté portant sur des biens présents et futurs. Néanmoins, même lorsque le prêteur accorde un crédit pour permettre à l'acheteur d'acquérir le bien, la sûreté qu'il prend sur ce bien est toujours considérée comme une sûreté ordinaire. Ainsi, dans la plupart des États qui ne considèrent pas les opérations avec réserve de propriété et les crédits-bails comme des sûretés, les prêteurs n'ont pas la possibilité d'accéder directement à la position prioritaire privilégiée accordée au vendeur qui prend une sûreté en garantie du paiement de l'acquisition, et ce même si l'acheteur obtient du vendeur le droit de propriété et lui accorde une sûreté sur le bien acheté en garantie du paiement de l'acquisition. Dans la plupart de ces États, également, la seule façon, pour un prêteur, d'acquérir la priorité privilégiée dont bénéficie la sûreté en garantie du paiement d'acquisitions serait d'obtenir du vendeur qui aurait pris une telle sûreté une cession de l'obligation garantie par cette sûreté.

135. Dans les États qui appliquent l'approche unitaire, les droits de priorité du vendeur et du crédit-bailleur sont protégés parce que les droits qu'ils feraient valoir autrement sont considérés comme des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions et bénéficient grâce à la notion de superpriorité des "sûretés en garantie du prix d'achat, de la même position prioritaire privilégiée". Cette position est également accordée aux vendeurs qui prennent simplement une sûreté sur les biens fournis. En outre, et par exception à la situation qui prévaut dans les systèmes non unitaires, les prêteurs qui avancent de l'argent à des emprunteurs pour leur permettre d'acquérir des biens corporels ont la possibilité de prendre, sur le bien en cours d'acquisition, une sûreté qui sera considérée comme une sûreté en garantie du paiement de l'acquisition. En d'autres termes, il est possible, avec l'approche unitaire, que naisse un véritable conflit entre plusieurs sûretés en garantie du paiement d'acquisitions.

136. Dans l'approche unitaire suivie par plusieurs États, la loi dispose expressément que lorsque survient une situation de concurrence entre un vendeur et un prêteur faisant l'un et l'autre valoir une sûreté en garantie du paiement d'acquisitions, la sûreté en garantie du paiement d'acquisitions du vendeur est prioritaire quelles que soient les dates auxquelles ces deux sûretés ont été rendues opposables aux tiers.

Ces systèmes unitaires prévoient également qu'en cas de concurrence entre deux sûretés prises par des prêteurs en garantie du paiement d'acquisitions, la date à laquelle ces deux droits sont devenus opposables aux tiers détermine leur rang de priorité relatif.

137. La question qui se pose aux États qui choisissent d'adopter une approche non unitaire est de savoir s'il faut ou non permettre aux parties qui financent l'acquisition sans être les vendeurs ni les crédit-bailleurs du bien acquis par leur emprunteur de prendre sur ce bien une sûreté pouvant bénéficier de la priorité privilégiée d'une sûreté en garantie du paiement d'acquisitions. S'ils ne le leur permettent pas, il n'y aura jamais concurrence ni entre plusieurs sûretés en garantie du paiement d'acquisitions ni entre un droit lié au financement d'acquisitions et une sûreté en garantie du paiement d'acquisitions. S'ils le leur permettent, ils devront également adopter une règle qui accorde aux droits liés au financement d'acquisitions pris par un vendeur ou un crédit-bailleur et aux sûretés en garantie du paiement d'acquisitions prises par un vendeur la priorité sur tout autre droit lié au financement d'acquisitions et sur toute autre sûreté en garantie du paiement d'acquisitions, quelles que soient les dates auxquelles les droits du vendeur ou du crédit-bailleur sont devenus opposable aux tiers. De plus, les États devront également préciser que les rangs de priorité des droits liés au financement d'acquisitions et des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions pris par des parties qui ne sont ni le vendeur ni le crédit-bailleur, mais qui financent l'acquisition sont déterminés par la date à laquelle lesdits droits et sûretés sont devenus opposables aux tiers, quelle que soit la forme de l'opération (voir A/CN.9/631, recommandation 191, approche unitaire et approche non unitaire).

138. On peut envisager plusieurs raisons pour lesquelles les États qui choisissent une approche non unitaire voudraient permettre aux prêteurs d'accéder directement (c'est-à-dire sans avoir à se faire céder les droits de propriété d'un vendeur ou d'un crédit-bailleur ou la sûreté en garantie du paiement d'acquisitions d'un vendeur) au statut de créancier garanti finançant l'acquisition. Tout d'abord, et conformément aux objectifs généraux du présent Guide, si l'on admet qu'un acheteur puisse constituer une sûreté sur son droit futur, il n'y a pas de raison, en principe, de restreindre cette possibilité à la constitution d'une sûreté ordinaire. Ensuite, et toujours dans la ligne des objectifs généraux du Guide, le fait d'autoriser les crédits à l'acquisition financés par des prêteurs renforce la concurrence entre les vendeurs, les crédit-bailleurs et les prêteurs (ce qui est bénéfique en termes d'accès au crédit et de coût du crédit). Enfin, si les prêteurs ne peuvent pas proposer de crédits à l'acquisition, ceux d'entre eux qui souhaiteraient accorder à leurs débiteurs-acheteurs un crédit garanti par le droit futur sur le bien en cours d'acquisition ne bénéficieront pas, à l'égard de ce droit futur, d'une position prioritaire privilégiée face aux autres créanciers garantis. Leur rang de priorité dépendra simplement de la date à laquelle leur sûreté sera devenue opposable aux tiers. Ainsi, le rang de priorité d'un prêteur de date plus récente souhaitant accorder un crédit à un débiteur dans le but exprès de lui permettre d'acquérir des biens corporels sera (en l'absence d'un accord de cession de rang) toujours inférieur à celui d'une partie apportant un financement plus général, mais ayant rendu sa sûreté opposable aux tiers avant lui.

j) Opérations multiples de financement d'acquisitions

139. Dans bien des cas, un vendeur, une autre partie ou un créancier garanti qui finance l'acquisition proposera d'apporter un financement permettant d'acquérir plusieurs biens. Il pourrait s'agir, par exemple, de ventes multiples de stocks avec des livraisons multiples, ou de ventes multiples de différents matériels. Il faudra donc décider une fois pour toutes si, dans ce type de situation, la partie ou le créancier garanti qui finance l'acquisition bénéficie de ses droits de priorité spéciaux sur l'ensemble du matériel ou des stocks qu'il a financés sans qu'il soit nécessaire de préciser le prix d'achat pour chacune des ventes. Si oui, on dit que le système juridique permet la constitution de "sûretés croisées".

140. Dans les États qui ne considèrent pas les opérations avec réserve de propriété et les crédits-bails comme des sûretés, la question des sûretés croisées ne se pose généralement pas. Normalement, dans le cas des opérations avec réserve de propriété et des opérations analogues, le contrat de vente ou de crédit-bail ne s'applique qu'aux biens sur lesquels il porte. Ainsi, si une même convention peut porter sur des livraisons multiples, elle ne peut porter sur des ventes multiples. La créance prioritaire du vendeur ou du crédit-bailleur est liée aux conditions particulières de chaque vente ou de chaque crédit-bail. Certains de ces États permettent toutefois d'étendre la réserve de propriété, par exemple en donnant aux parties la possibilité de convenir, lors de la vente de stocks, de clauses dites d'intégralité des sommes. Ces clauses stipulent que le vendeur conserve la propriété du bien vendu jusqu'à ce que toutes les dettes qu'a l'acquéreur envers lui (et pas seulement celles nées du contrat de vente en question) aient été acquittées (dans certains États, cependant, la jurisprudence assimile souvent les ventes avec réserve de propriété comprenant des clauses de ce type à des sûretés).

141. Dans les États qui appliquent l'approche unitaire, la règle veut que les sûretés croisées ne portent pas atteinte à la superpriorité des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions, du moins sur les stocks. Cela signifie que le créancier garanti qui finance l'acquisition peut faire valoir sa position prioritaire privilégiée à l'égard des stocks dont il a financé l'acquisition sans être obligé de lier expressément une dette en souffrance à une vente ou à un crédit-bail. En pareil cas, bien entendu, le droit de priorité spécial ne s'étend pas aux autres biens dont il n'a pas financé l'acquisition.

142. Dans l'approche unitaire, l'objectif est de permettre aux créanciers garantis qui financent l'acquisition de stocks de bénéficier d'un maximum de souplesse et de réduire au minimum l'accumulation de dossiers liés à des opérations d'acquisition multiples financées par le même créancier garanti. La règle autorisant le recours aux sûretés croisées permet d'obtenir ce résultat (voir A/CN.9/631, recommandations 196 et 197, approche unitaire). Dans une approche non unitaire, puisqu'un contrat de vente ou de crédit-bail ne s'applique normalement qu'aux biens vendus en l'espèce, il faudrait modifier les règles relatives aux ventes avec réserve de propriété et aux crédits-bails afin de permettre le recours aux sûretés croisées. En outre, si, dans l'approche non unitaire, un vendeur ou un quelconque créancier garanti qui finance l'acquisition sans être le vendeur prenait une sûreté en garantie du paiement de l'acquisition sur les biens vendus, il faudrait lui donner la possibilité de constituer des sûretés croisées de la même manière que dans le régime unitaire (voir A/CN.9/631, recommandations 196 et 197, approche non unitaire).

k) Priorité des parties finançant l'acquisition sur les produits de biens corporels autres que des stocks ou des biens de consommation

143. Dans bien des cas, la partie ou le créancier garanti qui finance l'acquisition sait que l'acheteur revendra le bien qu'il acquiert. C'est évidemment le cas des stocks, mais il peut aussi arriver qu'un fabriquant ou une entreprise vende son matériel pour en acquérir un plus moderne. Comme l'explique le chapitre IV (Constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties)), une sûreté ordinaire sur des biens corporels s'étend normalement au produit de leur disposition (voir A/CN.9/631, recommandation 18). Il faut dès lors se demander si la priorité spéciale liée au financement de l'acquisition doit aussi s'étendre au produit, et si les règles qui régissent l'exercice de cette priorité doivent être les mêmes, que les biens achetés soient du matériel ou des stocks.

144. Dans les États qui ne considèrent pas les opérations avec réserve de propriété et les crédits-bails comme des sûretés, la question d'éventuels droits spéciaux du vendeur ou du crédit-bailleur sur les produits générés par la vente du matériel ne se pose généralement pas (en dehors de quelques exceptions abordées plus loin), car les lois de la vente ou du crédit-bail limitent le droit de propriété conservé par le vendeur ou le crédit-bailleur au seul bien vendu ou loué en crédit-bail. Dans le cas d'une vente, en outre, ce droit n'est valable que tant que le bien reste dans son état initial (c'est-à-dire sans être transformé par un processus de fabrication ou d'adaptation). En cas de disposition non autorisée, bien entendu, le vendeur ou le crédit-bailleur peut recouvrer le bien en nature entre les mains de la personne à qui il a été transféré. Il arrive, cependant, que l'on ne puisse retrouver le bien, alors qu'on peut identifier les biens ou les sommes d'argent issus de sa disposition. Il arrive aussi que le vendeur ou le crédit-bailleur autorise la vente à condition que son droit de propriété s'étende aux produits du bien dont il avait conservé la propriété. Dans ces deux cas, certains États permettent au vendeur ou au crédit-bailleur de conserver, par subrogation réelle, un droit de propriété sur les produits du bien qui a fait l'objet de la vente avec réserve de propriété ou du crédit-bail. En cas de vente, on désigne fréquemment les droits du vendeur sur les produits par l'expression "réserve de propriété étendue".

145. Dans certains États qui appliquent l'approche unitaire, la superpriorité de la sûreté en garantie du paiement d'acquisitions ne s'étend qu'aux biens dont l'obligation garantie finance l'acquisition, tandis que dans d'autres, elle peut également s'étendre à leurs produits identifiables, du moins dans le cas des opérations relatives à du matériel. Le constituant n'acquérant généralement pas le matériel en vue de le revendre immédiatement, il y a peu de risque de porter préjudice aux autres créanciers garantis en étendant la superpriorité de la sûreté en garantie du paiement de l'acquisition du matériel au produit de sa disposition. Si le matériel devient obsolète ou si le constituant n'en a plus besoin et le vend ou en dispose, il demandera souvent au créancier garanti une mainlevée de la sûreté pour pouvoir disposer d'un bien non grevé. Sans cette mainlevée, la disposition se ferait sous réserve de la sûreté et il serait improbable qu'un acheteur ou un autre cessionnaire soit disposé à payer la valeur totale du matériel. En échange de la mainlevée, le créancier garanti contrôle normalement le paiement du produit de la disposition, par exemple en exigeant qu'il lui soit payé directement afin qu'il puisse l'imputer au paiement de l'obligation garantie. Dans ces conditions, il est improbable qu'un autre créancier se fie à une sûreté prise directement sur un bien du

constituant issu de la disposition du matériel initialement grevé par une sûreté en garantie du paiement de l'acquisition.

146. Dans l'approche unitaire, le postulat est que normalement, le matériel n'est pas constamment renouvelé. Le contrôle qu'a sur la disposition des biens le créancier garanti qui finance l'acquisition tend à prouver que la priorité spéciale accordée aux créanciers garantis qui financent l'acquisition devrait être étendue aux produits des biens grevés par la sûreté en garantie du paiement de l'acquisition et au produit de leur disposition (voir A/CN.9/631, recommandation 198, approche unitaire).

147. Dans un État qui adopterait une approche non unitaire, les règles relatives au maintien de la priorité spéciale sur le produit du matériel devraient produire les mêmes effets à l'égard des autres réclamants quelle que soit la forme juridique de l'opération de financement d'acquisitions (sûreté expressément dénommée comme telle, réserve de propriété, clause résolutoire, crédit-bail, etc.). En d'autres termes, le vendeur qui bénéficie de la réserve de propriété ou le crédit-bailleur devrait pouvoir, dans le cas du matériel, se prévaloir de la priorité spéciale sur le produit de la disposition, soit par un transfert de son droit de propriété sur le produit, soit en bénéficiant du même rang de priorité qu'un vendeur qui a pris une sûreté en garantie du paiement de l'acquisition (voir A/CN.9/631, recommandation 198, approche non unitaire).

l) Priorité des parties finançant l'acquisition sur le produit des stocks

148. Dans le cas du produit des stocks, la situation diffère de celle du produit du matériel, et ce pour trois raisons (dont chacune est également valable que l'on adopte une approche unitaire ou une approche non unitaire). Tout d'abord, les stocks ont vocation à être vendus dans le cours normal des affaires. Ensuite, le produit de leur vente sera essentiellement constitué de créances de sommes d'argent plutôt que d'une combinaison de biens et de sommes d'argent. Ainsi, par exemple, un vendeur de vêtements ou de meubles ne reprend généralement pas les anciens vêtements ou meubles de l'acheteur à titre de paiement partiel du prix d'achat. Enfin, il est fréquent qu'un créancier garanti préexistant, lorsqu'il accorde au constituant un crédit destiné au fonds de roulement, avance les fonds régulièrement, voire quotidiennement en se fiant à la supériorité de sa sûreté sur un ensemble d'actifs existants et futurs en évolution constante qui constitue les biens grevés. Il peut être impossible ou malaisé, pour le constituant, de séparer les actifs constituant le produit des stocks qui font l'objet d'un droit lié au financement d'acquisitions ou d'une sûreté en garantie du paiement d'acquisitions des autres actifs sur lesquels un créancier préexistant a pris une sûreté. Enfin, même s'il pouvait séparer ces différents actifs, le constituant devrait le faire d'une manière transparente pour toutes les parties qui ont financé l'acquisition, sans leur imposer d'exercer un contrôle trop lourd.

149. En l'absence d'une telle séparation rapide, transparente pour toutes les parties qui ont financé l'acquisition et ne nécessitant pas de contrôle trop lourd, on ne pourrait écarter la possibilité que le créancier garanti préexistant qui accorde un crédit garanti par les actifs du constituant croie à tort détenir une sûreté de rang supérieur sur tous les actifs du constituant. Un risque de conflit du même ordre existerait entre le créancier garanti préexistant et le vendeur bénéficiant de la réserve de propriété, le prêteur du financement du prix d'achat ou le crédit-bailleur quant à la question de savoir qui a un droit prioritaire sur quels produits. Tous ces

risques et les coûts connexes liés à la surveillance des avoirs pourraient donner lieu à des refus de crédit ou accroître le coût du crédit. Bien sûr, si la priorité du droit lié au financement d'acquisitions ou de la sûreté en garantie du paiement d'acquisitions sur les stocks ne s'étend pas aux produits sous forme de créances de sommes d'argent, le créancier qui finance l'acquisition des stocks ou le créancier garanti qui finance l'acquisition peut lui-même refuser le crédit ou en augmenter les frais.

150. On peut, cependant, améliorer grandement cette situation. Si, par exemple, la priorité du droit lié au financement d'acquisitions ou de la sûreté en garantie du paiement d'acquisitions sur les stocks ne s'étend pas aux produits sous forme de créances de sommes d'argent, un créancier garanti préexistant qui détient une sûreté antérieure sur des créances de sommes d'argent futures du constituant lui accordera plus probablement, pour lui permettre de payer les stocks qu'il acquiert, un crédit en se fiant à la sûreté de rang supérieur qu'il détient sur les créances. Le montant de l'avance que consent le créancier garanti préexistant devrait être suffisant pour que le constituant puisse payer le prix d'achat au vendeur des stocks car, généralement, les avances sur créances sont bien plus élevées que les avances garanties par les stocks. En outre, le montant des créances correspond au prix de revente des stocks achetés, qui est lui-même bien supérieur au prix d'achat desdits stocks. Ainsi, il est plus probable que le prix d'achat sera payé sans retard.

151. Dans l'approche unitaire, la difficulté de déterminer quelles créances naissent de la disposition des biens grevés par une sûreté en garantie du paiement d'acquisitions et l'usage généralisé des créances comme bien initial faisant l'objet d'une sûreté distincte constituent deux excellentes raisons de limiter aux produits de la disposition autres que les créances de sommes d'argent et autres droits à paiement la priorité spéciale accordée aux sûretés en garantie du paiement d'acquisitions de stocks (voir A/CN.9/631, recommandation 199, approche unitaire).

152. Dans un État qui adopterait une approche non unitaire, la priorité spéciale accordée aux parties et aux créanciers garantis qui financent l'acquisition ne devrait pas s'étendre aux produits de la disposition constitués par des créances de sommes d'argent ou d'autres droits à paiement, et ce quelle que soit la forme juridique de l'opération de financement d'acquisitions (sûreté expressément dénommée comme telle, réserve de propriété, clause résolutoire, crédit-bail, etc.). En particulier, la priorité spéciale du vendeur de stocks qui bénéficie d'une réserve de propriété ne devrait pouvoir être exercée que par subrogation réelle sur d'autres biens corporels et non sur le produit de la disposition des stocks constitué par des créances de sommes d'argent et autres droits à paiement (voir A/CN.9/631, recommandation 199, approche non unitaire).

8. Droits et obligations des parties avant défaillance

153. Comme l'indique le chapitre VIII (Droits et obligations des parties), il existe, dans la plupart des États, très peu de règles impératives qui régissent les droits et obligations des parties avant défaillance. Dans leur écrasante majorité, les règles et principes applicables sont de nature supplétive (non impérative) et les parties peuvent librement y déroger. De plus, les droits et obligations des parties avant défaillance dépendent, pour la plupart, de la manière dont est envisagée, dans l'État en question, la nature juridique de l'opération donnant naissance à un droit lié au financement d'acquisitions ou à une sûreté en garantie du paiement d'acquisitions. En particulier, la manière dont ces droits et obligations sont répartis dépend

largement de l'approche qu'adopte l'État en question (unitaire ou non unitaire) en matière d'opérations de financement d'acquisitions.

154. Dans les États qui ne considèrent pas les opérations avec réserve de propriété et les crédits-bails comme des sûretés, le régime qui régit les droits et obligations avant défaillance en matière de sûretés non liées à des acquisitions ne peut être purement et simplement transposé aux droits liés au financement d'acquisitions. Bien entendu, les règles applicables aux sûretés non liées à des acquisitions (que celles-ci soient prises par un vendeur ou par un prêteur) peuvent faire écho à celles qui s'appliquent aux sûretés en garantie du paiement d'acquisitions. Lorsque, cependant, un mécanisme de transfert de la propriété (réserve de propriété, crédit-bail ou opération analogue) est utilisé, il devient nécessaire d'adapter la manière dont ces règles sont formulées.

155. L'objectif étant d'assurer l'équivalence fonctionnelle de toutes les opérations de financement d'acquisitions, il faudra souvent, pour ce faire, renverser les présomptions générales relatives aux prérogatives de propriété. Ainsi, c'est normalement le propriétaire (le vendeur qui bénéficie de la réserve de propriété ou le crédit-bailleur) qui bénéficie du droit d'utiliser l'objet et d'en recueillir les fruits civils et naturels. C'est lui encore qui, normalement, supporte le risque de perte ou de dommage, et c'est donc principalement sur lui que repose l'obligation de prendre soin du bien, de l'entretenir, de le maintenir en bon état et de l'assurer. C'est lui enfin qui a le droit, normalement, de grever l'objet et d'en disposer. Pour obtenir les résultats souhaités en termes d'équivalence fonctionnelle, les États devront donc prévoir une combinaison de règles impératives et non impératives qui attribuent à l'acheteur et non au vendeur ou au crédit-bailleur chacune de ces prérogatives et obligations.

156. Les États qui adoptent l'approche unitaire n'ont pas besoin de se préoccuper directement de cette question, une sûreté en garantie du paiement d'acquisitions n'étant qu'un type de sûreté. Partant, il suffirait d'appliquer les règles ordinaires relatives aux droits et obligations avant défaillance à toutes les opérations de financement d'acquisitions, indépendamment de la forme de l'opération concernée. Ainsi, il n'y a pas de raison de présumer que les obligations relatives à l'utilisation, l'obligation de préserver la valeur du bien grevé, et le droit de recueillir les fruits civils et naturels du bien, de le grever ou d'en disposer devraient être différents du simple fait que la sûreté concernée est une sûreté en garantie du paiement d'acquisitions. Les créanciers garantis qui financent l'acquisition et les constituants qui souhaitent prévoir une attribution différente des droits et obligations devraient pouvoir le faire strictement dans le même cadre que celui qui s'applique aux droits garantis non liés à des acquisitions (voir A/CN.9/631, recommandations 108 et 109).

157. Dans un État qui adopterait l'approche non unitaire, il faudrait énoncer plus en détail les droits et obligations spécifiques des parties avant défaillance pour parvenir à l'équivalence fonctionnelle. Ces règles devront souvent déroger au régime ordinaire des droits de propriété applicable aux propriétaires. Bien entendu, comme on l'a vu, la plupart des règles applicables avant défaillance ne seront pas impératives. Cependant, puisque le régime général non impératif devrait poser, s'agissant des droits et obligations avant défaillance, un ensemble de règles que, selon le législateur, les parties choisiraient vraisemblablement pour rendre la sûreté la plus performante possible, il faudrait que les États qui adoptent l'approche non unitaire adoptent des règles non impératives qui fassent écho à celles que le régime

adopte pour régir les sûretés en garantie du paiement d'acquisitions prises par les vendeurs ou les prêteurs. Cette démarche présenterait l'avantage supplémentaire d'énoncer clairement le droit qu'a l'acheteur de constituer une sûreté sur ses droits futurs et de confirmer son droit d'utiliser et de transformer le bien de manière raisonnable conformément à sa nature et à sa destination (voir A/CN.9/631, recommandations 108 et 109).

9. Droits des parties après défaillance

158. L'analyse développée au chapitre X (Droits après défaillance) montre que dans la plupart des systèmes juridiques, les règles relatives à l'exercice des droits après défaillance découlent directement de la catégorie dans laquelle le système juridique classe ces différents droits. De nombreux systèmes, par exemple, classent certains droits dans la catégorie des "droits réels" et prévoient des recours particuliers pour assurer leur exercice effectif. D'autres droits relèvent de la catégorie des "droits personnels" et sont généralement exercés par une action juridique ordinaire intentée contre une personne. Dans ces systèmes, le droit de propriété comme les sûretés sur des biens corporels sont des droits réels, que l'on exerce par une action *in rem* ("action sur les biens"). Bien que le mode de réalisation des droits réels par une action sur les biens puisse varier énormément selon le type de droit réel exercé et la configuration particulière des règles de procédure de l'État, ces règles qui régissent l'exercice des droits après défaillance sont, pour la plupart, impératives. Les parties ne peuvent donc, pour ce qui est des droits liés au financement d'acquisitions et des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions, y déroger.

159. Dans les États qui ne considèrent pas les opérations avec réserve de propriété et les crédits-bails comme des sûretés, la procédure de réalisation des droits du vendeur ou du crédit-bailleur sera normalement celle ouverte à toute personne qui revendique la propriété d'un bien corporel. Ainsi, par exemple, en cas de défaillance de l'acheteur, le vendeur qui bénéficie de la réserve de propriété peut annuler le contrat et exiger la restitution du bien dont il reste le propriétaire. En pareil cas, et sous réserve de toute clause à l'effet contraire dans le contrat de vente, il doit normalement rembourser au moins en partie les paiements effectués par l'acheteur. Le montant des paiements dus par le vendeur est souvent calculé à partir du total des sommes perçues de l'acheteur, dont on déduit la valeur locative du bien pour la durée pendant laquelle il a été en possession de l'acheteur et la valeur qu'il a perdue en raison de son utilisation par l'acheteur, ou des dommages-intérêts calculés selon une formule analogue.

160. Dans ces États, un vendeur qui annule la vente n'est généralement pas obligé de rendre compte à l'acheteur des bénéfices qu'il pourrait réaliser lors de la revente ultérieure du bien, mais il ne peut pas non plus, sauf convention contraire dans le contrat, se retourner contre l'acheteur pour un autre élément que le préjudice qui résulterait du manquement, par l'acheteur, aux obligations qui lui incombent en vertu du contrat de vente initial. Dans certains systèmes juridiques, la jurisprudence considère aussi parfois qu'il existe, dans les accords de réserve de propriété, une clause tacite selon laquelle le vendeur ne peut reprendre possession d'une partie du bien vendu plus importante que celle nécessaire au remboursement de la partie du prix d'achat restant due. Dans la plupart de ces systèmes juridiques, enfin, ni l'acheteur défaillant ni aucun tiers, par exemple un créancier judiciaire ou un créancier ayant pris une sûreté sur le droit futur de l'acheteur sur les biens

revendiqués par le vendeur, ne peut exiger du vendeur qu'il abandonne son droit de recouvrer le bien. Étant propriétaire du bien revendiqué, le vendeur ne peut être contraint de le vendre comme s'il était simplement un créancier garanti qui a financé l'acquisition et a réalisé une sûreté en garantie du paiement de cette acquisition.

161. La situation d'un vendeur qui revendique la propriété et la possession du bien en vertu d'une clause qui lui permet, après avoir transféré la propriété à l'acheteur, d'annuler rétroactivement la vente si l'acheteur ne paie pas le prix d'achat convenu (condition résolutoire) est semblable à celle d'un vendeur qui bénéficie d'une réserve de propriété: en cas de défaillance, la vente est annulée et le vendeur recouvre la propriété du bien, dont il peut alors revendiquer la possession puisqu'il en est à nouveau propriétaire. Ainsi, une fois la condition résolutoire réalisée, les droits et obligations du vendeur qui recouvre la propriété sont identiques à ceux du vendeur qui bénéficie d'une réserve de propriété.

162. La situation du crédit-bailleur est, normalement, légèrement différente. Le crédit-bail étant un contrat à exécution successive (le preneur à bail est en possession du bien et l'utilise tandis que le crédit-bailleur bénéficie d'un droit à paiement), il ne peut, dans la plupart des systèmes juridiques, cesser de produire ses effets que pour l'avenir. Cela signifie que le preneur à bail perd le droit d'acheter le bien à la fin du crédit-bail (ou d'en acquérir automatiquement la propriété s'il en est ainsi convenu dans le contrat) et que le crédit-bailleur conserve la totalité des loyers qu'il a perçus. Cependant, et sous réserve d'une disposition contraire du contrat, le crédit-bailleur ne pourra demander le paiement de la dépréciation normale du bien. Il ne pourra prétendre à une indemnisation qu'en cas de dilapidation ou de dépréciation extraordinaire. Les crédit-bailleurs, en outre, ne peuvent généralement pas demander le paiement de la différence entre le montant qu'ils reçoivent au titre des échéances du crédit-bail et la dépréciation du bien loué en crédit-bail.

163. Dans l'approche unitaire, le créancier garanti qui finance l'acquisition peut reprendre possession du bien, comme n'importe quel autre créancier garanti. Que le créancier garanti qui finance l'acquisition soit un vendeur, un crédit-bailleur ou un prêteur, il pourra, comme l'indique le chapitre X (Droits après défaillance), soit vendre le bien, soit, si le constituant et les autres créanciers garantis n'y voient pas d'objection, prendre le bien en paiement de l'obligation garantie. Dans le premier cas, le créancier qui procède à la réalisation pourra organiser une vente judiciaire ou autre. Une fois qu'il a vendu le bien, le créancier garanti doit restituer au constituant tout excédent issu de la vente, mais il possède également une créance chirographaire en cas d'insuffisance du montant rapporté par la vente (voir A/CN.9/631, recommandation 200, approche unitaire).

164. Si un État adopte l'approche non unitaire, il lui faudra apporter plusieurs adaptations aux règles qui régissent l'exercice du droit de propriété du vendeur avec réserve de propriété ou du crédit-bailleur pour assurer l'égalité de traitement entre toutes les parties qui financent l'acquisition et entre celles-ci et les créanciers garantis qui financent l'acquisition. Il lui faudra notamment accorder à l'acheteur ou au preneur à bail et à tout créancier garanti ayant un droit sur le droit futur de l'acheteur ou du preneur à bail le droit de contraindre le vendeur ou le crédit-bailleur de vendre le bien sur lequel il a manifestement un droit de propriété, plutôt que de simplement affirmer le droit qu'a le propriétaire de recouvrer la possession du bien et d'en disposer. Ainsi, un créancier garanti qui finance

l'acquisition peut proposer de prendre le bien en paiement de l'obligation non acquittée de l'acheteur, mais l'acheteur ou toute autre partie intéressée peut contraindre le créancier garanti qui finance l'acquisition de vendre le bien à la place. Pour assurer l'équivalence fonctionnelle, il faudrait que les acheteurs et les autres parties intéressées puissent contraindre le vendeur qui bénéficie de la réserve de propriété (un propriétaire, donc) de renoncer à l'exercice de son droit de propriété et de vendre le bien comme s'il était simplement un créancier garanti qui finance l'acquisition. Il faudrait également adapter les droits du vendeur et du crédit-bailleur de sorte qu'ils soient tenus de rendre compte de tout excédent généré par la vente, tout en leur permettant, en cas d'insuffisance, de recouvrer les sommes manquantes comme de simples créanciers contractuels, sans devoir introduire une action distincte en dommages et intérêts.

165. Bien entendu, il est bien plus fréquent que la vente donne lieu à une insuffisance qu'à un excédent. Il n'en reste pas moins, cependant, qu'en imposant à une partie qui finance l'acquisition de rendre compte à l'acheteur et aux autres créanciers qui détiennent une sûreté sur le droit futur de l'acheteur de tout excédent produit par la réalisation, on incite ces autres créanciers à surveiller de près la réalisation et l'on améliore ainsi les chances d'en tirer le meilleur prix possible. De même, en accordant au créancier une créance en cas d'insuffisance, on lui permet de réaliser la totalité de sa créance et l'on améliore ses chances de remboursement. Une règle qui ne permettrait pas, en l'absence de clause contractuelle indemnitaire, à la partie qui finance l'acquisition de demander le paiement des sommes restant dues après la réalisation (que ce soit dans le cadre d'une réserve de propriété ou d'un crédit-bail) alors qu'un vendeur ou un prêteur qui exercerait une sûreté en garantie du paiement de l'acquisition pourrait le faire, serait injuste et contre-performante. Les droits du vendeur, en particulier, ne devraient pas être sensiblement différents (que ce soit à son avantage ou à son désavantage) selon qu'il a choisi de bénéficier d'une réserve de propriété ou de prendre une sûreté en garantie du paiement d'une acquisition.

166. On pourrait estimer que les deux systèmes de recours sont envisageables par les États du moment que le régime de réalisation s'applique de la même manière aux vendeurs qui bénéficient d'une réserve de propriété, aux crédit-bailleurs et aux créanciers garantis finançant l'acquisition. Autrement dit, du point de vue de la stricte logique juridique, on peut obtenir, en matière de réalisation, des résultats fonctionnellement équivalents que l'on adopte une approche unitaire ou non unitaire. La nécessité d'apporter certaines adaptations aux régimes de réserve de propriété et de crédit-bail existants pour bénéficier pleinement de l'égalité de traitement de toutes les sources de financement de l'acquisition, comme le recommande le présent Guide (voir A/CN.9/631, recommandation 184, approche non unitaire), indique qu'il est peut-être préférable, pour les États qui n'ont pas encore obtenu ce résultat coordonné au moyen d'adaptations législatives, judiciaires ou contractuelles de leurs règles qui régissent les opérations avec réserve de propriété et les crédits-bails, de le faire en adoptant l'approche unitaire. Néanmoins, l'approche non unitaire, mise en œuvre conformément aux recommandations du présent Guide (voir A/CN.9/631, recommandations 200 à 200 *ter*, approche non

unitaire), permettra d'obtenir un régime de réalisation efficace pour les opérations de financement d'acquisitions[2].

10. Droit international privé

167. De nombreux systèmes juridiques, lorsqu'ils présentent les règles relatives au droit applicable, établissent une distinction entre les droits de propriété et les sûretés. Dans l'approche unitaire, le fait qu'une opération de financement d'acquisition fasse intervenir une réserve de propriété, un crédit-bail ou une sûreté ordinaire est sans importance: tous ces mécanismes seront considérés comme des sûretés et traités comme tels (voir le chapitre XIII, Droit international privé).

168. En revanche, un État qui déciderait de retenir l'approche non unitaire devrait se poser la question de savoir si les règles de droit international privé applicables à la constitution, à l'opposabilité aux tiers, à la priorité et à la réalisation de la réserve de propriété, du crédit-bail et des mécanismes semblables devraient être les mêmes que celles qui s'appliquent aux sûretés en garantie du paiement d'acquisitions ou, d'une manière plus générale, aux sûretés ordinaires prises sur le même type de biens. L'objectif d'équivalence fonctionnelle est un argument puissant qui devrait inciter les États à classer, aux fins du droit international privé, les droits de propriété des parties qui financent l'acquisition dans la catégorie des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions (voir le chapitre XIII, Droit international privé).

11. Transition

169. Les règles relatives au traitement de mécanismes autrefois non considérés comme des sûretés représentent, pour la plupart des systèmes juridiques, un changement important. En particulier, le classement de la réserve de propriété et des crédits-bails (y compris les contrats de location-vente) dans la catégorie des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions modifiera de manière importante la portée de la législation relative aux opérations garanties dans les systèmes juridiques qui n'ont pas déjà adopté une approche unitaire et fonctionnelle des sûretés en général. Le chapitre XIV (Transition) du Guide expose les principes qui devraient régir la transition vers un nouveau régime. Normalement, les principes qui devraient régir la transition pour ce qui est des droits liés au financement d'acquisitions et des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions devraient être les mêmes que ceux qui devraient régir la transition pour ce qui est des sûretés non liées à des acquisitions.

170. S'agissant des mécanismes de réserve de propriété et des crédits-bails, la fluidité de la transition dépendra de l'attention prêtée aux détails du régime précédent. S'il était déjà obligatoire, pour les créanciers qui bénéficient d'une réserve de propriété et les crédit-bailleurs, de procéder à l'inscription de leurs droits, il faudra seulement prévoir un certain délai dans lequel l'inscription devra être renouvelée dans le nouveau registre général des sûretés. Une autre solution serait que la loi dispose que l'inscription existante restera opposable suffisamment longtemps (trois à cinq ans, par exemple) pour couvrir la durée de la plupart

---

[2] L'analyse du traitement des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions et des droits liés au financement d'acquisitions en cas d'insolvabilité figure au chapitre XI (Insolvabilité) du présent Guide, de manière à ce que toutes les questions relatives à l'insolvabilité puissent être traitées dans le même chapitre.

des mécanismes de réserve de propriété ou de crédit-bail (voir A/CN.9/631, recommandation 226).

171. Si aucune inscription n'est nécessaire actuellement, on pourrait assurer la fluidité de la transition en préservant, conformément aux règles de transition applicables aux opérations de financement non liées à des acquisitions, l'opposabilité aux tiers des droits des vendeurs qui bénéficient d'une réserve de propriété et des crédit-bailleurs ainsi que leur position prioritaire par l'inscription d'un avis adéquat au registre des sûretés. Une autre solution serait que la loi dispose que l'obligation d'inscription prendra effet suffisamment tard après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi (au bout de trois à cinq ans, par exemple), de sorte que la plupart des conventions qui font appel aux mécanismes de réserve de propriété existant au moment de l'adoption de la loi soient déjà parvenues à leur terme (voir A/CN.9/631, recommandation 226).

172. Même si un État décidait d'adopter une approche non unitaire en matière d'opérations de financement d'acquisitions et de conserver les régimes de réserve de propriété et de crédit-bail existants, il lui faudrait, pour mettre en place une législation sur les opérations garanties performante, réorganiser un certain nombre de règles relatives à ces opérations. Puisque le Guide recommande l'inscription au registre général des sûretés, on pourrait adapter à l'approche non unitaire les règles de transition applicables à l'approche unitaire. S'agissant de l'essence de la loi, il faudrait, pour obtenir des résultats fonctionnellement équivalents à ceux que permet l'approche unitaire, procéder à des adaptations de même ordre. Il faudrait, en particulier, déterminer le moment de l'entrée en vigueur des règles relatives aux questions suivantes: a) priorité des droits liés au financement d'acquisitions sur les produits; b) droits des tiers d'acquérir des sûretés sur des biens faisant l'objet d'une réserve de propriété ou d'un crédit-bail; et c) procédures de réalisation de ces types de mécanismes de financement d'acquisition. L'échelle et la portée de la transition nécessitée par l'approche non unitaire seraient peut-être moindres, mais les questions qui se poseraient dans la pratique seraient les mêmes que dans l'approche unitaire. Enfin, les principes généraux qui régissent l'adoption d'un régime unitaire devraient également s'appliquer à la transition vers un régime non unitaire réformé.

B. Recommandations

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

A/CN.9/631/Add.10 [Original: anglais]

Note du Secrétariat sur les recommandations du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa douzième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

XIII. Droit international privé 1-75

A. Remarques générales 1-75

1. Introduction 1-11

a) Objet des règles de droit international privé 1-6

b) Champ d'application des règles de droit international privé 7-11

2. Règles de droit international privé concernant la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière 12-24

3. Loi applicable à la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels 25-34

a) Règle générale: loi du lieu de situation du bien grevé (*lex situs* ou *lex rei sitae*) 26-27

b) Règle supplémentaire pour la constitution et l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels en transit et des biens meubles corporels destinés à l'exportation 28-30

c) Règle spéciale pour la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable 31

d) Exceptions pour certains types de biens 32-34

4. Loi applicable à la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles incorporels 35-47

a) Règle générale: loi du lieu de situation du constituant 35-40

b) Exceptions pour certains types de biens 41-47

5. Loi applicable à la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit 48-52

6. Loi applicable aux droits et obligations des parties à une convention constitutive de sûreté 53

7. Loi applicable aux droits et obligations des tiers débiteurs 54-55

8. Loi applicable à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière 56-64

9. Règles et moment devant servir de référence pour déterminer le lieu de situation 65-70

10. Ordre public et lois de police 71

11. Règles spéciales lorsque la loi applicable est celle d'un État à plusieurs unités . . 72-75

B. Recommandations . . . . . .

XIII. Droit international privé

A. Remarques générales

1. Introduction

a) Objet des règles de droit international privé

1. Le présent chapitre examine les règles qui déterminent la loi applicable à la constitution d'une sûreté réelle mobilière, à son opposabilité, à sa priorité sur les droits des réclamants concurrents et à sa réalisation (pour les définitions des termes "sûreté réelle mobilière", "priorité" et "réclamant concurrent", voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation). Ces règles sont généralement appelées "règles de droit international privé" (ou "règles de conflit de lois"). Elles déterminent également le champ d'application territorial des règles de droit matériel prévues dans le Guide (autrement dit quand les règles matérielles de l'État adoptant le régime envisagé dans le Guide s'appliquent). Par exemple, si un État a adopté les règles de droit matériel prévues dans le Guide concernant la priorité d'une sûreté, celles-ci ne s'appliqueront à un conflit de priorité survenant dans cet État que si la règle de droit international privé relative aux questions de priorité désigne les lois de ce dernier. Si la règle renvoie à la loi d'un autre État, le rang de chaque réclamant concurrent sera alors déterminé conformément à cette loi.

2. Les règles de droit international privé proposées dans le Guide ne s'appliqueront que si le for est situé dans un État qui a adopté les recommandations du Guide. Elles ne peuvent s'appliquer dans un autre État si ce dernier n'est pas un État adoptant. La raison en est qu'un État ne peut pas légiférer sur les règles de droit international privé qui doivent être appliquées dans un autre État. Les tribunaux de l'autre État appliquent leurs propres règles de droit international privé. Pour déterminer la loi applicable – loi interne ou loi d'un autre État –, le tribunal doit déterminer si l'affaire est nationale ou internationale, question qui pourrait en soi être considérée comme relevant du droit international privé. À la différence de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international[1] (dénommée ci-après "Convention des Nations Unies sur la cession"), qui définit le "caractère international", le Guide n'aborde pas la question, mais laisse à une autre loi du for le soin de le faire. En tout état de cause, pour que s'applique la loi d'un État à laquelle renvoient les règles de droit international privé, il faut un facteur de rattachement. Les principaux facteurs de rattachement examinés dans le présent chapitre sont le lieu de situation des biens et le lieu de situation du constituant d'une sûreté réelle mobilière.

[1] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.04.V.4.

3. Une fois qu'une sûreté réelle mobilière a été constituée et est devenue opposable, la localisation du facteur de rattachement peut changer. Par exemple, si l'opposabilité d'une sûreté grevant des stocks situés dans l'État A est régie en vertu des règles de droit international privé de cet État par la loi du lieu de situation des stocks, la question est de savoir ce qu'il advient lorsqu'une partie des stocks est transférée par la suite dans l'État B (dont les règles de droit international privé prévoient également que l'opposabilité des sûretés sur des biens meubles corporels est soumise à la loi du lieu de situation des biens). Une solution serait que la sûreté reste opposable dans l'État B sans qu'il soit nécessaire de prendre d'autres mesures dans cet État. Une autre solution serait d'obtenir une nouvelle sûreté conformément aux lois de l'État B. Une autre encore serait de préserver la sûreté préexistante du créancier garanti sous réserve de l'accomplissement, dans l'État B, de certaines formalités dans un délai déterminé (par exemple, dans les 30 jours qui suivent le transfert des biens dans cet État). Étant donné que la question relève du droit matériel et non du droit international privé, elle est examinée dans le chapitre V du Guide (voir A/CN.9/631, recommandation 46). Le présent chapitre traite seulement du moment devant servir de référence pour déterminer le lieu de situation des biens ou du constituant pour déterminer si une sûreté a été constituée, est devenue opposable et a la priorité sur un autre droit (voir A/CN.9/631, recommandation 216).

4. Dans un régime efficace en matière d'opérations garanties, les règles de droit international privé applicables aux opérations garanties répondent normalement aux objectifs de ce régime, ce qui signifie que la loi applicable aux aspects réels d'une sûreté devrait être aisément déterminable. La sécurité juridique est un objectif essentiel de l'élaboration de règles – tant de droit matériel que de droit international privé – concernant les opérations garanties. Un autre objectif est la prévisibilité. Comme l'illustre l'exemple donné au paragraphe précédent, les règles de droit international privé devraient permettre de répondre à la question de savoir si une sûreté obtenue conformément aux lois de l'État A reste régie par la loi de cet État ou tombe sous l'empire des lois de l'État B si, suite au changement de localisation du facteur de rattachement, la loi de l'État B serait désignée pour une sûreté du même type. Un troisième objectif essentiel d'un bon système de droit international privé est que les règles de ce système doivent correspondre aux attentes raisonnables des parties intéressées (en l'occurrence, du créancier, du constituant, du débiteur et des tiers). On peut faire valoir que, pour obtenir ce résultat, la loi applicable à une sûreté devrait avoir un lien avec la situation de fait qu'elle sera appelée à régir.

5. L'utilisation du Guide (y compris du présent chapitre) pour l'élaboration de lois concernant les opérations garanties aidera à réduire les risques et les coûts résultant de différences entre les régimes actuels de droit international privé. Dans une opération garantie, le créancier souhaite normalement que ses droits soient reconnus dans tous les États où il pourrait réaliser sa sûreté (y compris dans un État où est administrée une procédure d'insolvabilité visant le constituant ou ses biens). Si ces États ont des règles de droit international privé différentes pour le même type de biens grevés, le créancier devra se conformer à plusieurs régimes afin d'être pleinement protégé. Un des avantages de l'existence de règles de droit international privé harmonisées dans différents États est que le créancier peut se fonder sur la même règle (aboutissant aux mêmes résultats) pour déterminer le rang de priorité de sa sûreté dans tous ces États. C'est un des objectifs atteints, par la Convention des Nations Unies sur la cession pour ce qui est des créances de sommes d'argent, et par la Convention sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès

d'un intermédiaire, adoptée à la Conférence de La Haye de droit international privé en décembre 2002 (dénommée ci-après "Convention de La Haye sur les titres") pour ce qui est des titres détenus indirectement.

6. Des règles de droit international privé seraient nécessaires même si tous les États avaient harmonisé leurs règles de droit matériel applicables aux opérations garanties. Il subsisterait en effet des cas où les parties devraient déterminer l'État dont les règles s'appliqueront. Par exemple, si les lois de tous les États prévoyaient qu'une sûreté sans dépossession est rendue opposable aux tiers par inscription sur un registre public, il faudrait encore savoir sur le registre de quel État la sûreté doit être inscrite.

b) Champ d'application des règles de droit international privé

7. Le présent chapitre ne définit pas les sûretés réelles mobilières auxquelles s'appliqueront les règles de droit international privé. Normalement, un droit sera qualifié de sûreté réelle mobilière aux fins du droit international privé en fonction du droit matériel régissant les opérations garanties dans un État donné. En principe, un tribunal appliquera le droit local chaque fois qu'il devra procéder à une telle qualification pour choisir la règle de droit international privé appropriée. La question est toutefois de savoir si les règles de droit international privé d'un État concernant les sûretés devraient également s'appliquer à d'autres opérations qui sont fonctionnellement similaires à ces sûretés, même si elles ne sont pas couvertes par les règles de droit matériel régissant les opérations garanties de cet État (notamment les ventes avec réserve de propriété, les crédits-bails et d'autres opérations analogues), ce qui ne devrait pas empêcher pour autant l'État de les soumettre aux règles de droit international privé applicables aux opérations garanties.

8. Une question similaire se pose à propos de certains transferts qui ne sont pas effectués à titre de garantie, lorsqu'il est souhaitable que la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité et à la priorité du transfert soit la même que pour une sûreté réelle mobilière sur le même type de biens. C'est ce que prévoit par exemple la Convention des Nations Unies sur la cession, dont les dispositions (y compris les règles de droit international privé) s'appliquent tant aux cessions pures et simples de créances de sommes d'argent qu'aux sûretés sur ce type de créances (voir l'alinéa a) de l'article 2 de la Convention). Ce choix est motivé notamment par la nécessité de se référer à une seule loi pour classer plusieurs personnes revendiquant un droit sur la même créance. Le Guide adopte la même approche. Autrement, en cas de conflit de priorité entre l'acquéreur d'une créance de somme d'argent et un créancier détenant une sûreté sur cette même créance, il serait plus difficile (et parfois impossible) de déterminer qui a la priorité si le rang de l'acquéreur était régi par les lois de l'État A et celui du créancier garanti par les lois de l'État B.

9. Quelle que soit la décision d'un État concernant les catégories d'opérations régies par les règles de droit international privé, les règles concernant la constitution d'une sûreté réelle mobilière, son opposabilité et sa priorité ne porteront que sur les aspects réels de ces opérations. Ainsi, une règle concernant la loi applicable à la constitution d'une sûreté détermine uniquement quelle loi régit les conditions à remplir pour la création d'un droit réel sur les biens grevés. Elle ne s'appliquera pas aux obligations personnelles contractées par les parties. Dans la plupart des systèmes juridiques, les obligations purement contractuelles sont habituellement

soumises à la loi choisie par les parties dans leur convention ou, en l'absence d'un tel choix, à la loi régissant la convention constitutive de sûreté (par exemple, la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles[2], conclue à Rome en 1890, dénommée ci-après la "Convention de Rome"). Le Guide recommande d'adopter la même approche pour déterminer les droits et obligations réciproques du constituant et du créancier garanti concernant la sûreté.

10. Si l'autonomie des parties est reconnue pour ce qui est des obligations personnelles, les règles de droit international privé applicables aux aspects réels des opérations garanties échappent en revanche à la liberté contractuelle. Par exemple, le constituant et le créancier garanti ne sont normalement pas autorisés à choisir la loi applicable aux questions de priorité, car cela pourrait non seulement avoir une incidence sur les droits des tiers mais également entraîner un conflit de priorité entre deux sûretés concurrentes soumises à deux lois différentes aboutissant à des résultats opposés.

11. Les règles de droit international privé de nombreux systèmes juridiques prévoient désormais que toute référence à la loi d'un autre État en tant que loi régissant une question désigne la loi en vigueur dans cet État, à l'exception de ses règles de droit international privé (voir toutefois A/CN.9/631, recommandation 219, alinéa b), et recommandation 220). Le renvoi est exclu par souci de prévisibilité et aussi parce qu'il peut être contraire aux attentes des parties. Le Guide adopte la même approche (voir A/CN.9/631, recommandation 217).

2. Règles de droit international privé concernant la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière

12. La détermination de l'étendue des droits conférés par une sûreté exige généralement une analyse en trois étapes:

a) En premier lieu, il faut déterminer si la sûreté a été constituée (pour les questions de constitution, voir chap. IV du Guide);

b) Ensuite, il faut déterminer si la sûreté est opposable (pour les questions d'opposabilité, voir chap. V du Guide); et

c) Enfin, il faut établir le rang de priorité du droit d'un créancier garanti par rapport au droit d'un réclamant concurrent, par exemple un autre créancier ou un administrateur de l'insolvabilité du constituant (pour les questions de priorité, voir chap. VII du Guide).

13. Une sûreté n'a en effet que peu d'utilité pratique si elle ne peut être réalisée efficacement. Cette question n'est toutefois pas liée à l'étendue des droits du créancier garanti sur les biens grevés, et les règles de droit international privé relatives à la réalisation seront examinées dans une autre section du présent chapitre.

14. Tous les systèmes juridiques ne font pas de distinction entre l'efficacité d'une sûreté réelle mobilière entre les parties et l'opposabilité (et la priorité). Dans nombre d'entre eux, une sûreté (ou tout autre droit réel) qui a été valablement constituée est, par définition, efficace à l'égard de tous (*erga omnes*) sans qu'aucune

[2] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1605, n° 28023.

formalité supplémentaire ne soit nécessaire. Dans ces systèmes, une même règle de droit international privé s'applique à l'efficacité d'une sûreté à l'égard de tous (et la priorité peut aussi être analysée comme une question d'efficacité). Cependant, même les systèmes qui font une distinction claire entre l'efficacité entre les parties, l'opposabilité et la priorité ne prévoient pas toujours une règle de droit international privé distincte pour chacun de ces aspects et la même règle peut s'appliquer aux trois et aboutir donc à l'application d'une règle de droit matériel unique.

15. Par conséquent, la question essentielle est de savoir si une règle de droit international privé unique devrait être appliquée aux trois aspects. Des considérations d'ordre pratique, telles que la simplicité et la sécurité juridique, militent en faveur de l'application d'une règle unique. Comme cela a été indiqué plus haut, la distinction entre ces trois aspects n'est pas toujours établie ou comprise de la même manière dans tous les systèmes juridiques, de sorte que l'élaboration de règles de droit international privé différentes les concernant risque de compliquer l'analyse ou de créer une incertitude. Cependant, il y a des cas où le choix d'une loi différente pour les questions de priorité tiendrait mieux compte des intérêts des tiers, tels que les personnes détenant des sûretés légales ou des droits similaires (notamment les créanciers judiciaires et les administrateurs de l'insolvabilité).

16. Une autre question importante est de savoir si, pour l'un quelconque de ces trois aspects (constitution, opposabilité ou priorité), la règle de droit international privé applicable devrait être la même pour les biens meubles corporels et les biens meubles incorporels. Une réponse affirmative à cette question militerait en faveur soit d'une règle reposant sur la loi du lieu de situation du constituant, soit d'une règle reposant sur la loi du lieu de situation des biens grevés (*lex situs* ou *lex rei sitae*).

17. Une approche reposant sur la loi du lieu de situation des biens grevés (*lex situs*) ne serait cependant pas conforme, pour les créances de sommes d'argent, à la Convention des Nations Unies sur la cession (dont l'article 22 fait référence à la loi de l'État dans lequel est situé le cédant, autrement dit le constituant). En outre, les biens meubles incorporels ne pouvant pas faire l'objet d'une possession physique, si la loi du lieu de situation des biens était adoptée comme règle de droit international privé applicable, il faudrait élaborer des règles spéciales et des fictions juridiques pour déterminer le lieu de situation effectif des différents types de bien meubles incorporels. Pour cette raison, le Guide ne considère pas le lieu de situation du bien comme le facteur de rattachement approprié pour les biens meubles incorporels et préconise une approche globalement fondée sur la loi du lieu de situation du constituant (voir A/CN.9/631, recommandation 204).

18. En outre, par souci de cohérence avec la Convention des Nations Unies sur la cession, il faudrait définir le lieu de situation du constituant de la même manière que dans la Convention. Aux termes de cette dernière, le lieu de situation du constituant est son établissement, ou s'il a des établissements dans plus d'un État, celui où s'exerce son administration centrale. Si le constituant n'a pas d'établissement, il est fait référence à sa résidence habituelle (voir l'alinéa h) de l'article 5 de la Convention). Cette approche a été adoptée dans la Convention principalement parce qu'elle aboutit à l'application d'une loi unique qui est facile à déterminer et qui est la loi de l'État dans lequel la procédure d'insolvabilité principale à l'encontre du cédant sera le plus susceptible d'être ouverte.

19. Des considérations de simplicité et de sécurité pourraient même inciter à adopter la même règle de droit international privé (par exemple la loi du lieu de situation du constituant), non seulement pour les biens meubles incorporels, mais aussi pour les biens meubles corporels, en particulier si la même loi devait s'appliquer à la constitution, à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière. Dans cette approche, une seule recherche suffirait pour s'assurer de l'étendue des sûretés grevant tous les biens d'un constituant. En outre, il ne serait pas nécessaire de donner des indications en cas de transfert des biens grevés vers un autre lieu ni d'établir de distinction entre la loi applicable aux sûretés avec dépossession et celle applicable aux sûretés sans dépossession (ni de déterminer celle qui prime lorsqu'une sûreté avec dépossession régie par la loi de l'État A entre en concours avec une sûreté sans dépossession sur le même bien régie par la loi de l'État B).

20. Cependant, les systèmes juridiques ne considèrent pas tous la loi du lieu de situation du constituant comme suffisamment rattachée aux sûretés sur des biens meubles corporels, du moins en ce qui concerne les biens "non mobiles" (et même des sûretés sur certains biens meubles incorporels, tels que les droits au paiement de fonds crédités sur des comptes bancaires ou les droits de propriété intellectuelle, question qui est examinée ci-dessous). En outre, l'adoption de la loi du lieu de situation du constituant aboutirait à ce qu'une loi régisse les opérations garanties et une autre les transferts de propriété des biens grevés. Pour éviter ce résultat, les États devraient adopter la loi du lieu de situation du constituant pour tous les transferts.

21. De plus, il est presque universellement admis qu'une sûreté avec dépossession devrait être régie par la loi du lieu où le bien est détenu, si bien que l'adoption de la loi du constituant pour ce type de sûreté irait à l'encontre des attentes raisonnables des créanciers peu avertis. En conséquence, même si la loi du lieu de situation du constituant constituait la règle générale, il faudrait faire une exception pour les sûretés avec dépossession.

22. Pour toutes ces raisons, le Guide recommande deux règles générales de droit international privé sur la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière à savoir:

a) Pour les biens meubles corporels, la loi applicable devrait être la loi du lieu de situation des biens (voir A/CN.9/631, recommandation 202);

b) Pour les biens meubles incorporels, la loi applicable devrait être la loi du lieu de situation du constituant (voir A/CN.9/631, recommandation 204).

23. Comme les règles de droit international privé applicables varieront généralement selon qu'il s'agit de biens meubles corporels ou incorporels, la question est de savoir quelle est la règle appropriée si des biens incorporels sont susceptibles d'être grevés d'une sûreté avec dépossession. À ce propos, la plupart des systèmes juridiques assimilent certaines catégories de biens meubles incorporels matérialisés par un document (par exemple les instruments négociables) à des biens meubles corporels, reconnaissant ainsi la possibilité de constituer sur ces biens une sûreté réelle mobilière avec dépossession par la remise de ce document au créancier. Le Guide considère ces types de biens meubles incorporels comme des biens meubles corporels (pour la définition de "biens meubles corporels", voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation),

de sorte que la règle de droit international privé pour les biens meubles corporels s'applique généralement à ces biens meubles incorporels. En conséquence, la loi de l'État dans lequel le document est détenu régira la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable, son opposabilité et sa priorité (voir A/CN.9/631, recommandation 202).

24. Le même problème se pose lorsque des marchandises sont représentées par un titre négociable (tel qu'un connaissement). Il est généralement admis qu'un titre représentatif négociable est également assimilé à un bien meuble corporel et peut faire l'objet d'un gage avec dépossession. La loi du lieu où se trouve le document (et non les marchandises) régirait alors le gage. La question est toutefois de savoir quelle loi s'appliquerait à un conflit de priorité entre un créancier ayant reçu le titre représentatif en gage et un autre créancier auquel le débiteur aurait consenti une sûreté sans dépossession sur les marchandises elles-mêmes, si le document et les marchandises ne se trouvent pas dans le même État. Dans un tel cas, les règles de droit international privé devraient donner préséance à la loi gouvernant le gage, au motif que cette solution répondrait davantage aux attentes légitimes des parties intéressées, ce qui serait également conforme à la règle de droit matériel proposée dans le Guide (voir A/CN.9/631, recommandation 107).

3. Loi applicable à la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels

25. Les considérations de principe militant en faveur de règles générales de droit international privé exposées ci-dessus (voir par. 22) ne s'appliquent pas nécessairement dans toutes circonstances et d'autres règles s'appliquent à certains types spécifiés de biens pour lesquels le lieu de situation du bien ou du constituant n'est pas le facteur de rattachement le plus approprié. En outre, par souci d'efficacité, d'autres règles s'appliquent aux biens meubles corporels en transit ou destinés à l'exportation. Ces biens ne sont pas destinés à rester dans leur lieu de situation initial et peuvent franchir les frontières de plusieurs États avant d'atteindre leur destination finale. Les paragraphes ci-après examinent les deux règles générales de droit international privé énoncées plus haut ainsi que leurs exceptions.

a) Règle générale: loi du lieu de situation du bien grevé (*lex situs* ou *lex rei sitae*)

26. Comme il a été indiqué plus haut, la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels, son opposabilité et sa priorité sont généralement régies par la loi de l'État dans lequel se trouve le bien grevé (voir A/CN.9/631, recommandation 202). Un cas fréquent d'application de cette règle est celui des sûretés réelles mobilières grevant des stocks. Si un constituant est propriétaire de stocks situés dans un État qui applique cette règle (État A), la loi de cet État régira ces aspects. La règle signifie également que, si le constituant est également propriétaire de stocks situés dans un autre État (État B), il devra satisfaire aux conditions pertinentes de l'État B pour que les tribunaux de l'État A reconnaissent que les stocks situés dans l'État B sont soumis aux droits du créancier garanti.

27. La règle générale de droit international privé concernant les biens meubles corporels ne fait pas de distinction entre sûretés réelles mobilières avec dépossession et sans dépossession. En conséquence, la loi du lieu de situation des biens est généralement appliquée, que le créancier garanti soit ou non en possession des biens. Cela est particulièrement important pour les biens meubles incorporels

assimilés à des biens meubles corporels, tels que des instruments et des documents négociables. La loi du lieu de situation de l'instrument ou du document régira les questions de priorité même si la sûreté est rendue opposable autrement que par prise de possession.

b) Règle supplémentaire pour la constitution et l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels en transit et des biens meubles corporels destinés à l'exportation

28. S'agissant des biens en transit ou destinés à l'exportation, l'application de la loi du lieu de situation des biens conduit à appliquer la loi de l'État où se trouvent les biens au moment où la question se pose. Cela signifie que les créanciers garantis doivent suivre les biens et satisfaire aux conditions imposées par divers États pour s'assurer qu'ils ont à tout moment une sûreté opposable. Pour éviter d'en arriver là, une solution serait que le for du lieu de destination finale (ou intermédiaire) reconnaisse l'efficacité d'une sûreté constituée et rendue opposable en vertu de la loi du lieu initial. Cette approche répondrait aux attentes des parties au lieu de situation initiale des biens, mais contrarierait les attentes des parties qui se fondent sur le lieu de situation réel des biens et qui ont octroyé un crédit au constituant conformément aux conditions requises par la loi du lieu de destination finale de ces biens.

29. Une autre approche serait que le for du lieu de destination finale reconnaisse pendant une durée limitée l'efficacité d'une sûreté constituée et rendue opposable conformément à la loi du lieu initial des biens. Les parties du lieu de destination initiale disposeraient ainsi d'un délai pour remplir les conditions requises par la loi de l'État de destination finale pour conserver leur sûreté telle qu'elle a été initialement constituée et rendue opposable. Cette approche permettrait de concilier les intérêts des parties situées dans des pays différents (et est, de fait, recommandée dans le Guide d'une manière générale pour tous les biens meubles corporels; voir A/CN.9/631, recommandations 46 et 216).

30. Une troisième approche consisterait à donner au créancier garanti la possibilité de constituer sa sûreté et de la rendre opposable conformément à la loi de l'État où les biens se trouvent initialement ou conformément à la loi de l'État de leur destination finale (ou intermédiaire) (voir A/CN.9/631, recommandation 203). Cette approche permettrait à un créancier garanti assuré que les biens arriveront à leur lieu de destination prévu de se fonder sur la loi de cet État pour constituer sa sûreté et la rendre opposable. Autrement, si une sûreté est constituée alors que les biens se trouvent dans leur lieu initial, il faudrait, pour maintenir son opposabilité, que le créancier garanti remplisse les conditions de constitution et d'opposabilité dans le lieu initial des biens, ainsi que dans chaque État à travers lequel ils pourraient transiter et dans leur lieu de destination finale. En tout état de cause, la priorité resterait soumise à la loi de l'État dans lequel les biens seraient situés au moment où un conflit de priorité surviendrait.

c) Règle spéciale pour la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable

31. Comme il a été indiqué plus haut, il est généralement admis que la loi de l'État dans lequel est situé l'instrument (*lex situs*) devrait régir la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur un instrument

négociable. Toutefois, dans certains systèmes juridiques, l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable peut également être assurée par inscription dans le lieu de situation du constituant. Dans ce cas, il est logique de se fonder sur la loi de l'État dans lequel se trouve le constituant pour déterminer si l'opposabilité a été assurée par inscription. En tout état de cause, cette approche ne concerne que l'opposabilité assurée par inscription, la loi du lieu de situation de l'instrument continuant de régir la priorité d'une sûreté sur cet instrument (voir A/CN.9/631, recommandation 207).

d) Exceptions pour certains types de biens

32. La règle générale de droit international privé concernant les sûretés réelles mobilières sur des biens meubles corporels fait normalement l'objet de certaines exceptions, lorsque le lieu de situation des biens ne constituerait pas un facteur de rattachement efficace (par exemple biens habituellement utilisés dans plusieurs États) ou ne correspondrait pas aux attentes raisonnables des parties (par exemple biens dont la propriété doit être inscrite dans un registre spécial).

i) Biens meubles corporels mobiles

33. Les biens meubles corporels mobiles sont des biens qui dans le cours normal des affaires franchissent des frontières nationales (par exemple aéronefs, navires et parfois véhicules automobiles). Ainsi, un constituant ayant des activités de construction dans plusieurs États peut avoir besoin de constituer des sûretés sur des machines qui sont régulièrement transférées d'un État à un autre; ou un constituant qui exploite une entreprise de transport peut avoir besoin de constituer des sûretés sur les véhicules de transport utilisés (même si les véhicules automobiles ne peuvent normalement pas franchir les frontières d'États insulaires). En vertu de la règle générale de droit international privé sur les biens meubles corporels de ce type, le créancier garanti serait tenu de déterminer le lieu de situation exact de chaque machine ou de chaque véhicule au moment de la constitution de la sûreté. Pour maintenir l'opposabilité de sa sûreté, le créancier garanti devrait se renseigner sur tous les États dans lesquels ces biens pourraient se trouver à tout moment et remplir les conditions nécessaires à cet égard dans tous ces États. En outre, il ne serait pas possible de déterminer dans quel État se trouverait le bien au moment où un conflit de priorité se produirait dans l'avenir et donc de déterminer le régime de priorité à appliquer pour résoudre le litige. Pour éviter ces problèmes ainsi que les coûts et incertitudes qui en résultent, dans de nombreux systèmes juridiques, la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur les types de biens meubles corporels habituellement utilisés dans plusieurs États sont régies par la loi de l'État où se trouve le constituant (sauf si la propriété de ce type de biens meubles corporels est soumise à inscription sur un registre spécialisé qui prévoit aussi l'inscription des sûretés; voir le paragraphe 34 ci-dessous, voir également A/CN.9/631, recommandation 202).

ii) Biens meubles corporels soumis à inscription sur un registre spécialisé

34. La propriété de certains types de biens meubles corporels est parfois inscrite sur des registres spécialisés, ce qui est généralement le cas des aéronefs et des navires et, dans certains États, des véhicules automobiles. Si le registre concerné permet également l'inscription des sûretés réelles mobilières, la loi de l'État sous

l'autorité duquel le registre est tenu peut être désignée comme la loi régissant la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté sur un bien soumis à inscription sur un tel registre spécialisé. Ainsi, une recherche dans le registre ferait apparaître à la fois la propriété de ces biens et les sûretés dont ils sont grevés. Une telle règle pourrait s'appuyer sur les législations nationales (voir A/CN.9/631, recommandation 202) ou les conventions internationales, qui prévalent (par exemple la Convention de l'Institut international pour l'unification du droit privé relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et les protocoles s'y rapportant).

4. Loi applicable à la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles incorporels

a) Règle générale: loi du lieu de situation du constituant

35. Dans certains systèmes juridiques, la loi de l'État dans lequel est situé le constituant régit la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles incorporels, son opposabilité et sa priorité. Par exemple, si un exportateur qui se trouve dans l'État A constitue une sûreté sur des créances de sommes d'argent dues par des clients se trouvant dans les États B et C, la loi de l'État A régira les aspects liés aux droits de propriété de la sûreté. Cette règle est conforme à l'approche adoptée dans la Convention des Nations Unies sur la cession pour ce qui touche à la loi applicable à la cession de créances de sommes d'argent (voir art. 22 et 30).

36. Dans d'autres systèmes juridiques, la loi du lieu de situation du bien régit encore la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles incorporels, son opposabilité et sa priorité. Dans ces systèmes, il est nécessaire de déterminer le lieu de situation d'un bien meuble incorporel (par exemple, pour une créance de somme d'argent, le lieu de situation de son débiteur). La loi du lieu de situation (*lex situs*) d'un bien meuble incorporel régit ces trois aspects.

37. La loi du lieu de situation du constituant présente plusieurs avantages par rapport à la loi du lieu de situation du bien (*lex situs*). C'est une loi unique, puisque le cédant est toujours une seule et même personne, même si la cession porte sur plusieurs créances de sommes d'argent dues par différents débiteurs (les cessions subséquentes, de A à B et de B à C, ne posent pas de problèmes de priorité, étant donné qu'un cédant prend la place de l'autre). En outre, il est facile de déterminer le lieu de situation du constituant au moment de la cession, même s'il s'agit de la cession de créances futures ou de cessions globales de créances. De plus, la loi du lieu de situation du constituant (lieu de l'administration centrale, si le constituant a des établissements dans plus d'un État) est la loi de l'État dans lequel la procédure d'insolvabilité principale à l'encontre du cédant sera probablement ouverte.

38. En outre, si la loi du lieu de situation du bien grevé (*lex situs*) fonctionne bien dans la plupart des cas pour les biens meubles corporels, elle pose de grands problèmes pour les biens meubles incorporels tant sur le plan théorique que dans la pratique. Sur le plan théorique, le lieu de situation d'une créance de somme d'argent ne fait l'objet ni d'un consensus ni d'une réponse claire. Pour certains, c'est le lieu où le paiement doit être effectué, pour d'autres, le domicile légal, l'établissement ou le lieu de résidence principale du débiteur. Pour d'autres encore, ce devrait être l'État dont la loi régit la relation contractuelle entre le créancier initial (c'est-à-dire le constituant) et le débiteur. Quelle que soit l'option retenue, il appartiendrait à un

cessionnaire futur de procéder à un examen détaillé de la situation factuelle et juridique. De plus, dans de nombreux cas, il pourrait être impossible pour le cessionnaire de déterminer avec certitude le lieu de situation exact d'une créance puisque les critères peuvent dépendre des pratiques commerciales ou du bon vouloir des parties au contrat d'où naît la créance. Par conséquent, faire de la loi du lieu de situation du bien la loi applicable aux sûretés réelles mobilières sur des créances de sommes d'argent ne favoriserait ni la sécurité juridique ni la prévisibilité qui sont des objectifs fondamentaux d'un régime de droit international privé solide en matière d'opérations garanties.

39. Par ailleurs, même si un système juridique a des dispositions détaillées autorisant un créancier garanti futur ou existant à déterminer facilement et objectivement la loi du lieu de situation d'une créance, des problèmes d'ordre pratique se poseront tout de même lors de nombreuses opérations commerciales parce qu'une sûreté peut porter non seulement sur des créances existantes et identifiées avec précision, mais aussi sur beaucoup d'autres. Une sûreté peut donc couvrir un ensemble de créances actuelles et futures. Dans un tel cas, par exemple, choisir la loi du lieu de situation du bien comme loi régissant la priorité ne serait pas efficace, étant donné que des règles de priorité différentes pourraient s'appliquer aux diverses créances cédées. En outre, lorsque les créances futures sont soumises à une sûreté, le créancier garanti ne pourrait pas déterminer l'étendue de ses droits de priorité au moment de l'opération, puisque le lieu de situation des futures créances lui est encore inconnu.

40. Compte tenu de ce qui précède, le Guide recommande d'adopter la loi de l'État dans lequel se trouve le constituant (voir A/CN.9/631, recommandation 204). Les critères définissant le lieu de situation du constituant sont conformes à ceux énoncés dans la Convention des Nations Unies sur la cession (voir A/CN.9/631, recommandation 215).

b) Exceptions pour certains types de biens

41. Il y a trois catégories de biens meubles incorporels auxquelles s'appliquent différentes considérations et pour lesquelles le lieu de situation du constituant n'est pas le facteur de rattachement le plus (ou le seul) approprié pour déterminer la loi applicable: les droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire; le produit d'un engagement de garantie indépendant; et les créances de sommes d'argent nées d'une opération concernant des biens immeubles.

i) Droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire

42. S'agissant de la constitution, de l'opposabilité, de la priorité et de la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, ainsi que des droits et obligations de la banque dépositaire concernant cette sûreté, des approches différentes ont été adoptées dans les divers systèmes juridiques (pour la définition de "compte bancaire", voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation). Dans certains systèmes, ces questions relèvent de la loi de l'État où se trouve la succursale qui tient le compte. Cette approche permettrait d'améliorer la sécurité juridique et la transparence en ce qui concerne la loi applicable, puisque le lieu de situation de la succursale concernée serait facile à déterminer dans une relation bilatérale entre la banque et son client. Elle conduirait en outre à l'application de la même loi à toutes

les questions liées aux activités bancaires (telles que les prêts, les questions fiscales ou réglementaires).

43. Une autre approche consiste à se référer à la loi spécifiée dans la convention de compte comme régissant celle-ci ou à toute autre loi expressément indiquée dans la convention de compte, sous réserve que la banque dépositaire ait une succursale dans cet État. Si la convention de compte ne spécifie aucune loi, la loi applicable serait déterminée sur la base des mêmes critères par défaut que ceux énoncés à l'article 5 de la Convention de La Haye sur les titres. La loi applicable répondrait ainsi aux attentes des parties à la convention de compte. En outre, il ne serait plus nécessaire de déterminer le lieu de situation d'un compte bancaire, ce qui pourrait ne pas être facile, et les tiers pourraient savoir quelle loi a été désignée dans la convention de compte, étant donné que le constituant titulaire du compte doit normalement communiquer des informations sur la convention de compte pour obtenir un prêt en fonction des fonds sur le compte.

44. Comme pour les instruments négociables, la loi de l'État où se trouve le constituant pourrait s'appliquer à l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire lorsque l'opposabilité peut être assurée par inscription dans le lieu de situation du constituant (voir par. 31 ci-dessus).

ii) Produit d'un engagement de garantie indépendant

45. Dans de nombreux systèmes juridiques, la constitution, l'opposabilité, la priorité et la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un engagement de garantie indépendant, ainsi que les droits et obligations du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée, sont régies par la loi spécifiée dans l'engagement de garantie (pour la définition de "droit au produit d'un engagement de garantie indépendant", voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation; pour la présente approche, voir A/CN.9/631, recommandation 208). Si la loi applicable n'est pas spécifiée dans l'engagement de garantie indépendant, la loi qui régit ces aspects est celle de l'État où se trouve l'établissement de la personne qui a émis (ou qui a accepté d'exécuter, selon le cas) l'engagement de garantie (voir A/CN.9/631, recommandation 209). Cette approche confère sécurité juridique et prévisibilité quant à la loi applicable. Elle correspond également aux attentes normales des parties à de telles opérations. S'agissant de la constitution d'une sûreté sur un tel bien, il est fait référence à la loi du lieu de situation du constituant, pour les raisons examinées plus haut en relation avec les sûretés sur des créances, et compte tenu du fait que la constitution entraîne l'efficacité de la sûreté réelle mobilière entre les parties à la convention constitutive de sûreté et n'a pas d'incidence sur les droits des tiers.

46. À l'exception de la constitution, les aspects abordés dans le paragraphe précédent sont régis par la loi applicable aux créances et aux instruments négociables si un engagement de garantie indépendant est émis pour garantir l'exécution d'une obligation au titre d'une créance ou d'un instrument négociable et, conformément à la loi applicable, le créancier ayant un droit sur la créance, l'instrument négociable ou un autre bien meuble incorporel a automatiquement l'avantage de la sûreté sur le produit de l'engagement de garantie indépendant (voir A/CN.9/631, recommandation 210). Cette approche se justifie par la nécessité d'appliquer, dans un souci de cohérence, la même loi à la sûreté sur une créance ou

un instrument négociable qui s'étend automatiquement aux droits garantissant l'exécution de la créance ou de l'instrument négociable.

iii) Créances liées à des biens meubles incorporels

47. Lorsqu'une créance naît de la vente ou de la location d'immeubles ou qu'elle est garantie par des immeubles, comme c'est le cas de toute autre créance, la loi de l'État où se trouve le constituant régira normalement les aspects réels d'une sûreté réelle mobilière sur la créance. Cependant, un conflit de priorité où au moins l'un des réclamants concurrents a inscrit son droit dans le registre immobilier de l'État dans lequel est situé l'immeuble est régi par la loi de cet État (voir A/CN.9/631, recommandation 205).

5. Loi applicable à la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit

48. Il y a généralement deux approches en ce qui concerne la loi applicable à la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit (pour la définition de "produit", voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation).

49. La première consiste à renvoyer à la loi applicable à la sûreté sur les biens initialement grevés pour déterminer la loi applicable à une sûreté sur le produit. Si, par exemple, les biens initialement grevés sont des stocks situés dans l'État A, le produit revêt la forme de créances et le constituant se trouve dans l'État B, la loi de l'État A s'appliquerait à la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur des créances, à son opposabilité et à sa priorité. Un conflit de priorité entre une sûreté sur des créances en tant que produit découlant des stocks et une sûreté sur des créances en tant que biens initialement grevés serait régi par la loi de l'État A (c'est-à-dire la loi du lieu de situation des stocks). Ainsi, la sécurité juridique quant à la loi applicable serait améliorée au profit des parties finançant les stocks qui s'appuient sur les créances en tant que produit. D'un autre côté, cette approche conduirait à l'application d'une autre loi que la loi qui, selon les parties octroyant un financement par cession de créances, devrait s'appliquer à leurs droits sur les créances en tant que biens initialement grevés.

50. Un autre inconvénient de cette approche est que les parties octroyant un financement par cession de créances seraient incapables de prévoir la loi applicable, étant donné que le choix dépendrait de la question de savoir si le conflit naît avec les parties finançant les stocks (auquel cas s'appliquerait la loi du lieu de situation de ces devises) ou avec un autre réclamant concurrent (auquel cas s'appliquerait la loi du lieu de situation du constituant). Cette approche n'apporte pas non plus de solution aux litiges tripartites entre la partie octroyant un financement par cession de créances, la partie finançant les stocks et un autre réclamant concurrent. De plus, elle compromettrait le choix de la loi du lieu de situation du constituant comme loi applicable à une sûreté sur des créances car les créances découlent souvent de la vente de biens meubles corporels. La partie octroyant un financement par cession de créances ne pourrait alors, dans bien des cas s'appuyer sur la loi du lieu de situation du constituant.

51. La seconde approche consiste à renvoyer à la loi applicable aux sûretés réelles mobilières sur les biens de même type que le produit. Dans l'exemple donné

ci-dessus, la loi de l'État B (la loi du lieu de situation du constituant) s'appliquerait à la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur des créances. Des considérations de simplicité et de sécurité militeraient en faveur de cette approche dont l'avantage est qu'elle permettrait toujours de déterminer la loi applicable indépendamment des parties au litige.

52. On pourrait aussi envisager de combiner les deux approches ci-dessus, en retenant la deuxième pour l'opposabilité et la priorité d'une sûreté sur le produit et la première pour la constitution d'une telle sûreté. Ainsi, la question de savoir si une sûreté s'étend au produit serait régie par la loi applicable à la constitution d'une sûreté sur les biens initialement grevés dont découle le produit, tandis que l'opposabilité et la priorité d'un droit sur le produit seraient soumises à la loi qui leur aurait été applicable si le produit avait été le bien initialement grevé. Cette approche répondrait aux attentes d'un créancier qui obtient une sûreté sur des stocks conformément à une loi interne prévoyant le report automatique de cette sûreté sur le produit. Elle répondrait aussi aux attentes des parties octroyant un financement par cession de créances quant à la loi applicable à la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté sur des créances en tant que biens initialement grevés. Enfin, elle permettrait à la partie finançant les stocks de s'appuyer sur la loi régissant sa sûreté pour savoir si le droit s'étend au produit et permettrait à tous les réclamants concurrents d'identifier avec certitude la loi qui régira un éventuel conflit de priorité (voir A/CN.9/631, recommandation 211).

6. Loi applicable aux droits et obligations des parties à une convention constitutive de sûreté

53. Comme il a été indiqué plus haut (voir par. 9), les règles régissant la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière ne portent que sur les aspects réels (*in rem*) de la sûreté. Elles ne s'appliquent pas aux droits et obligations réciproques des parties à la convention constitutive de sûreté qui sont régis par la loi qu'ils ont choisie et, en l'absence de choix, par la loi régissant cette convention conformément aux règles de droit international privé généralement applicables aux obligations contractuelles (voir A/CN.9/631, recommandation 212). Par exemple, en l'absence de choix, les droits et obligations réciproques des parties à la convention constitutive de sûreté peuvent être régis par la loi la plus étroitement liée à ladite convention (voir par. 1 de l'article 4 de la Convention de Rome). Il peut être présumé qu'une convention constitutive de sûreté garantissant un prêt présente les liens les plus étroits avec l'État dans lequel la partie qui exécute l'obligation caractéristique de la convention a son administration centrale ou sa résidence habituelle (voir par. 2 de l'article 4 de la Convention de Rome). Dans ce cas, ce peut être le prêteur. Dans une vente avec réserve de propriété, ce peut être le vendeur.

7. Loi applicable aux droits et obligations des tiers débiteurs

54. Les sûretés sur des biens meubles incorporels font généralement intervenir des tiers tels que le débiteur d'une créance, le débiteur dans le cadre d'un instrument négociable, la banque dépositaire, l'émetteur/garant, le confirmateur ou la personne désignée dans un engagement de garantie indépendant ou l'émetteur d'un document négociable. Les règles de droit international privé régissant les aspects réels ou la réalisation d'une sûreté réelle mobilière ne sont pas nécessairement appropriées pour déterminer la loi applicable aux obligations des tiers à l'encontre desquels le

créancier garanti peut vouloir exercer les voies de droit découlant de sa sûreté. Il faut en premier lieu éviter de décevoir les attentes des parties qui ont une obligation de paiement découlant du bien grevé mais qui ne participent pas à l'opération visée dans la convention constitutive de sûreté.

55. En particulier, le fait qu'une créance ait été grevée par une sûreté ne devrait pas contraindre le débiteur de la créance à se soumettre à une loi différente de celle régissant la créance. Des considérations similaires valent pour les droits du débiteur dans le cadre d'un instrument négociable, la banque dépositaire, l'émetteur/garant, le confirmateur ou la personne désignée dans un engagement de garantie indépendant, l'émetteur d'un document négociable lorsque le bien grevé est un instrument négociable, les droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, le produit d'un engagement de garantie indépendant ou un instrument négociable (voir A/CN.9/631, recommandations 206, 208 et 213).

8. Loi applicable à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière

56. Dans la plupart des systèmes juridiques, les questions de procédures sont régies par la loi de l'État dans lequel est engagé l'acte de procédure pertinent. Toutefois, la réalisation peut être liée à des questions de fond ou de procédure. Même si un tribunal se référerait à la loi locale pour distinguer les questions de fond et les questions de procédure, on trouvera ci-après des exemples de questions généralement considérées comme étant de fond: la nature et la portée des moyens auxquels le créancier peut recourir pour réaliser les actifs grevés, la possibilité d'utiliser ces moyens (ou certains de ces moyens) sans procédure judiciaire, les conditions auxquelles le créancier garanti doit satisfaire pour pouvoir prendre possession des biens et en disposer (ou en obtenir la réalisation judiciaire), le pouvoir qu'a le créancier garanti de recouvrer des créances de sommes d'argent grevées et les obligations du créancier garanti à l'égard des autres créanciers du constituant.

57. Par conséquent, pour ce qui est des questions de fond concernant la réalisation, lorsqu'une sûreté est constituée et rendue opposable conformément à la loi d'un État, mais que sa réalisation est demandée dans un autre État, il s'agit de savoir quelle est la loi applicable et donc quelles sont les voies de droit qui s'offrent au créancier garanti. Cette question revêt une grande importance pratique lorsque les règles matérielles de réalisation des deux États diffèrent considérablement. Par exemple, la loi régissant la sûreté pourrait autoriser la réalisation par le créancier garanti sans recours préalable au système judiciaire à moins que certaines conditions pour la protection du constituant ne soient réunies, alors que la loi du lieu de réalisation pourrait exiger une intervention judiciaire. Chacune des solutions possibles à cette question comporte des avantages et des inconvénients.

58. Une possibilité est de soumettre les moyens de réalisation de la sûreté à la loi du lieu de réalisation, c'est-à-dire à la *lex fori*. Le lieu de réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel serait dans la plupart des cas le lieu où se trouve ce bien, tandis que le lieu de réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble incorporel serait souvent le lieu de situation du constituant. Les raisons militant pour cette approche sont notamment les suivantes:

a) La loi applicable aux moyens de réalisation coïnciderait avec celle généralement applicable aux questions de procédure;

b) La loi applicable aux moyens de réalisation coïnciderait, dans de nombreux cas, avec la loi du lieu où se trouve le bien qui fait l'objet de la réalisation (et pourrait aussi coïncider avec la loi régissant la priorité si les règles de droit international privé de l'État concerné renvoient à ce lieu pour les questions de priorité);

c) Les règles seraient les mêmes pour tous les créanciers ayant l'intention d'exercer des droits contre les biens d'un constituant, que ces droits soient d'origine nationale ou étrangère.

59. D'un autre côté, choisir la *lex fori* peut être source d'incertitude si les biens grevés sont des biens meubles incorporels. Par exemple, lorsque les biens grevés revêtent la forme de créances, quel est le lieu de réalisation? Il serait très difficile de répondre à cette question, car il faudrait définir le critère permettant de déterminer le lieu de situation des créances (voir le paragraphe 38 ci-dessus). En outre, le créancier garanti pourrait se trouver dans un autre État au moment où les premières étapes de la réalisation sont engagées. Dans le cas d'une cession globale de créances rattachées à plusieurs États, de multiples lois peuvent s'appliquer à la réalisation. Le résultat serait le même si une étape de la réalisation devait être exécutée dans un État (par exemple la notification au débiteur de la créance) et une autre dans un État différent (par exemple le recouvrement ou la vente de la créance). Dans le cas de créances futures, le créancier garanti peut ignorer au moment de la cession, quelle loi régira ses moyens de réalisation. Toutes ces incertitudes quant à la loi applicable pourraient avoir un impact négatif sur l'offre et le coût du crédit.

60. Un autre problème est que la *lex fori* pourrait ne pas répondre aux attentes des parties. Celles-ci s'attendront sans doute à ce que leurs droits et obligations respectifs en cas de réalisation soient ceux prévus par la loi sous l'empire de laquelle la priorité de la sûreté sera déterminée. Par exemple, si la réalisation extrajudiciaire est permise par la loi régissant la priorité de la sûreté, elle serait également possible dans l'État où le créancier garanti doit réaliser sa sûreté même si elle n'est généralement pas autorisée par la législation interne de cet État.

61. Une autre possibilité serait donc de soumettre les questions de fond concernant la réalisation à la loi régissant la priorité de la sûreté. L'avantage de cette approche serait de lier étroitement ces questions aux questions de priorité (c'est-à-dire, la manière dont un créancier garanti réalisera sa sûreté peut avoir une incidence sur les droits des réclamants concurrents). De plus, la loi régissant la priorité étant souvent aussi celle qui régit la constitution et l'opposabilité d'une sûreté, il en résulterait en fin de compte que les questions de constitution, d'opposabilité, de priorité et de réalisation seraient généralement soumises à la même loi.

62. Une troisième possibilité serait d'adopter une règle en vertu de laquelle la loi régissant la relation contractuelle des parties s'appliquerait également aux questions de réalisation, ce qui correspondrait généralement à l'attente de ces dernières et, dans bien des cas, coïnciderait aussi avec la loi applicable à la constitution de la sûreté, étant donné que cette loi est souvent retenue comme étant également la loi régissant leurs obligations contractuelles. Cependant, selon cette approche, les parties pourraient librement choisir, en ce qui concerne les questions de réalisation, une loi autre que la *lex fori* ou que la loi régissant la constitution, l'opposabilité et la priorité. Cette solution serait défavorable aux tiers qui n'auraient probablement

aucun moyen de déterminer la nature des voies de droit susceptibles d'être utilisées par un créancier garanti contre les biens de leur débiteur commun.

63. En conséquence, la règle consistant à soumettre les questions de réalisation à la loi régissant la relation contractuelle des parties devrait comporter des exceptions visant à tenir compte des intérêts des tiers, ainsi que des règles impératives du for, ou de la loi régissant la constitution, l'opposabilité aux tiers et la priorité.

64. Une autre possibilité serait d'essayer de concilier les avantages des approches fondées sur la *lex fori* et sur la loi régissant la priorité. La réalisation d'une sûreté sur un bien meuble corporel pourrait alors être régie par la *lex fori*, tandis que la réalisation d'une sûreté sur des biens meubles incorporels tomberait sous l'empire de la loi applicable à la priorité (voir A/CN.9/631, recommandation 214).

9. Règles et moment devant servir de référence pour déterminer le lieu de situation

65. Étant donné que les règles générales de droit international privé concernant les sûretés réelles mobilières sur des biens meubles corporels et incorporels désignent le lieu de situation des biens grevés et le lieu de situation du constituant, respectivement, il est essentiel de pouvoir identifier aisément ces lieux de situation. Pour les biens meubles corporels, il s'agit généralement du lieu où ils se trouvent physiquement et il n'est donc pas nécessaire de définir une règle spécifique. Pour le constituant en revanche, il faut une règle. Le domicile légal et le lieu de résidence d'une personne physique pourraient se trouver dans des États différents. De même, une personne morale peut avoir son siège statutaire dans autre État que celui où se trouve son établissement principal ou son centre de décision.

66. Comme il a été indiqué plus haut, la Convention des Nations Unies sur la cession définit le lieu de situation du constituant comme le lieu où se situe son établissement, ou s'il a des établissements dans plus d'un État, celui où s'exerce son administration centrale. Si le constituant n'a pas d'établissement, il fait référence à sa résidence habituelle (voir alinéa h) de l'article 5 h) de la Convention). La définition du Guide est similaire (voir A/CN.9/631, recommandation 215).

67. Quel que soit le facteur de rattachement retenu pour déterminer la règle de droit international privé la plus appropriée pour une question donnée, sa localisation peut changer après la constitution d'une sûreté. Par exemple, lorsque la loi applicable est celle de l'État où se trouve le siège social du constituant, ce dernier pourrait transférer par la suite son siège dans un autre État. De même, lorsque la loi applicable est celle de l'État où les biens grevés sont situés, ces biens peuvent être déplacés vers un autre État. Il faut donc définir le moment devant servir de référence pour déterminer le lieu de situation.

68. Si cette question n'est pas réglée de façon expresse, les règles générales de droit international privé concernant la constitution, l'opposabilité et la priorité pourraient être interprétées comme suit: en cas de changement de la localisation du facteur de rattachement, la loi initialement applicable continue de régir les questions de constitution parce qu'elles se sont posées avant ce changement, tandis que la loi applicable ultérieurement régirait les événements postérieurs qui soulèvent des questions d'opposabilité ou de priorité. Par exemple, lorsque la loi applicable à l'opposabilité est celle du lieu de situation du constituant, l'opposabilité de la sûreté à l'administrateur de l'insolvabilité du constituant serait déterminée par application

de la loi de l'État du nouveau lieu où se trouve le constituant au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

69. Cependant, le silence de la loi sur ces questions pourrait donner lieu à d'autres interprétations. Par exemple, une interprétation possible serait que la loi applicable ultérieurement régit également la constitution entre les parties en cas de conflit de priorité survenant après le changement de la localisation du facteur de rattachement (au motif que les tiers concluant des opérations avec le constituant ont le droit de déterminer la loi applicable à toutes les questions en se fondant sur le lieu effectif du facteur de rattachement, à savoir le lieu où celui-ci se trouve au moment de leurs opérations).

70. Par conséquent, il semblerait nécessaire de formuler des orientations sur ces questions pour éviter toute incertitude, dans la mesure où un changement de la localisation du facteur de rattachement conduira à l'application d'une autre loi que celle escomptée par les parties si la loi du nouveau lieu de situation des biens ou du constituant est soumise à une règle de droit international privé différente. En général, pour déterminer la loi applicable à la constitution, le lieu pertinent est le lieu où se situe le bien grevé ou le constituant au moment de la constitution. Pour déterminer la loi applicable à l'opposabilité et à la priorité, le lieu pertinent est leur lieu de situation au moment où la question se pose (voir A/CN.9/631, recommandation 216).

10. Ordre public et lois de police

71. Conformément aux règles de droit international privé généralement applicables, le for ne peut refuser d'appliquer la loi applicable en vertu de ses règles de droit international privé que si elle conduit à un résultat manifestement contraire à l'ordre public du for ou si ses effets seraient contraires aux lois de police de l'État du for. Cette règle vise à préserver les principes fondamentaux de justice de l'État du for. Si, par exemple, la loi de l'État du for n'autorise pas la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur des prestations de retraite pour des raisons d'ordre public ou en vertu des lois de police, cet État peut refuser de se soumettre à une disposition de la loi applicable qui reconnaîtrait un tel droit. En revanche, le for ne peut pas non plus appliquer sa propre loi à des questions d'opposabilité et de priorité, sauf si la loi du for est la loi applicable (voir A/CN.9/631, recommandation 218). Cette approche se justifie par la nécessité de ne pas compromettre la sécurité juridique quant à la loi applicable à l'opposabilité et à la priorité. On trouve la même approche au paragraphe 2 de l'article 23, au paragraphe 2 de l'article 30 et à l'article 31 de la Convention des Nations Unies sur la cession, ainsi qu'au paragraphe 3 de l'article 11 de la Convention de La Haye sur les titres.

11. Règles spéciales lorsque la loi applicable est celle d'un État à plusieurs unités

72. Le terme "État", dans le Guide, désigne un État ou un pays souverain. La question de la loi applicable se pose lorsque, pour une question donnée, la règle de droit international privé renvoie à un État qui comprend plusieurs unités territoriales ayant chacune son propre système juridique en la matière, ce qui peut être le cas dans des États fédéraux dans lesquels les opérations garanties relèvent généralement de la législation de leurs unités territoriales. Pour que les règles de droit international privé fonctionnent lorsque la loi applicable est la loi d'un État fédéral

(même si le for n'est pas un État à plusieurs unités), il est nécessaire de déterminer l'unité territoriale dont la loi s'appliquera.

73. Normalement, les références à la loi d'un État fédéral désignent la loi en vigueur dans l'unité territoriale concernée, déterminée en fonction du facteur de rattachement approprié (tel que le lieu de situation du bien ou du constituant). Par exemple, si la loi applicable est la loi d'un État à trois unités (A, B et C), la référence à la loi du lieu de situation du constituant comme loi applicable à une sûreté sur des créances revient à désigner la loi de l'unité A si le lieu où le constituant exerce son administration centrale se situe dans l'unité A (voir A/CN.9/631, recommandation 219, alinéa a)).

74. Pour préserver la cohérence des règles de droit international privé internes d'un État à plusieurs unités, il est généralement prévu que ces règles continuent de s'appliquer, mais seulement sur le plan interne (voir A/CN.9/631, recommandation 219, alinéa b), et recommandation 220). En prenant l'exemple donné dans le paragraphe précédent, si le constituant se trouve dans l'unité A d'un État à plusieurs unités, la loi de l'unité B pourrait s'appliquer si les règles de conflit internes de l'unité A désignent la loi de l'unité B comme étant la loi applicable, ce qui pourrait être le cas si les règles de conflit de l'unité A prévoient (comme dans le Guide) que la loi du lieu de situation du constituant régit l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur des créances mais qu'elles définissent le lieu de situation différemment. Si le lieu de situation du constituant tel qu'il est défini dans le Guide (autrement dit le lieu de son administration centrale) se situe dans l'unité A, mais que la loi de l'unité A définit le lieu de situation du constituant comme le lieu où se situe son siège social et que celui-ci se trouve dans l'unité B, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur des créances seront régies par la loi de l'unité B, ce qui semble déroger de la règle générale sur l'exclusion du renvoi (voir A/CN.9/631, recommandation 217). Cependant, cette "dérogation" concerne seulement le renvoi interne et ne compromet pas la sécurité juridique quant à la loi applicable. Dans l'exemple cité ci-dessus, il n'y aurait pas de référence à une loi autre que celle de l'unité A, si le siège social du constituant était situé dans un autre État que dans l'État dont l'unité A fait partie.

75. Ces règles s'appliquent seulement aux questions qui, dans un État à plusieurs unités, sont régies par les lois des unités territoriales. Elles n'ont aucune incidence dans un État fédéral dont la constitution prévoit que les questions relatives aux opérations garanties sont régies par les lois fédérales. Elles ne s'appliqueraient pas non plus si la loi applicable est celle d'un État à plusieurs unités où l'application d'un renvoi pourrait être involontairement source d'incertitude quant à la loi applicable.

B. Recommandations

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que, compte tenu du fait que le document A/CN.9/631 contient un ensemble complet de recommandations pour le projet de guide législatif sur les opérations garanties, ces recommandations ne sont pas reproduites ici. Une fois que les recommandations seront finalisées, elles seront placées à la fin de chaque chapitre.*]

A/CN.9/631/Add.11 [Original: anglais]

Note du Secrétariat sur les recommandations du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa douzième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

Projet de guide législatif sur les opérations garanties 1-17

XIV. Transition 1-17

A. Remarques générales 1-17

1. Nécessité de dispositions transitoires 1-6

2. Questions devant être traitées par les dispositions transitoires 7-17

a) Généralités 7

b) Différends soumis à une juridiction étatique ou à un tribunal arbitral . . . 8

c) Efficacité entre les parties des sûretés antérieures à la date d'entrée en vigueur 9-10

d) Opposabilité des sûretés antérieures à la date d'entrée en vigueur 11-13

e) Conflits de priorité 14-17

B. Recommandations . . . . . .

XIV. Transition

A. Remarques générales

1. Nécessité de dispositions transitoires

1. La nouvelle législation sur les opérations garanties contiendra peut-être des dispositions différentes de celles de la loi antérieure, ce qui aura un impact évident sur les opérations garanties postérieures à son adoption. Compte tenu des différences entre l'ancien régime juridique et le nouveau et de la continuité des opérations conclues et des sûretés mobilières constituées sous l'empire du régime antérieur, il importe, pour le succès de la nouvelle législation, que celle-ci énonce des règles équitables et efficaces de transition entre les dispositions anciennes et les nouvelles. Des dispositions transitoires sont également nécessaires lorsque, en vertu des règles de droit international privé du régime antérieur, la loi d'un autre État régissait la constitution d'une sûreté, son opposabilité ou sa priorité.

2. Deux questions liées à la transition entre l'ancien et le nouveau régime doivent être examinées. La nouvelle législation devrait préciser, premièrement, à quelle date elle prendra effet juridiquement ("date d'entrée en vigueur", voir A/CN.9/631, recommandation 223) et, deuxièmement, dans quelle mesure, éventuellement, elle s'applique, après la date d'entrée en vigueur, aux questions concernant les opérations ou les sûretés antérieures à cette date.

3. Il faut prendre en considération un certain nombre de facteurs pour déterminer la date d'entrée en vigueur. Un compromis doit être trouvé entre, d'une part, l'exploitation rapide des avantages économiques de la nouvelle législation et, d'autre part, la nécessité d'éviter de déstabiliser ou de perturber les marchés qui seront régis par elle et de laisser aux acteurs de ces marchés suffisamment de temps pour se préparer à réaliser des opérations dans le cadre de cette législation, qui peut être très différente de la loi antérieure. Un État peut donc décider que la nouvelle législation devrait entrer en vigueur quelque temps après son adoption afin que ces marchés et leurs acteurs adaptent leurs opérations en conséquence. Lorsqu'ils détermineront la date d'entrée en vigueur, les États pourraient examiner: l'impact de cette date sur les décisions d'octroyer des crédits; la maximisation des avantages découlant de la nouvelle législation; les mesures qu'ils doivent prendre notamment en matière de réglementation, d'institutions et d'information ou les améliorations qu'ils doivent apporter aux infrastructures; l'état de la loi préexistante et d'autres infrastructures; l'harmonisation de la nouvelle législation sur les opérations garanties avec d'autres lois; les limites constitutionnelles de la rétroactivité de la nouvelle législation; et la pratique suivie habituellement ou par commodité pour l'entrée en vigueur de la législation (par exemple le premier jour du mois).

4. Comme les dettes garanties par les sûretés prises sur des biens du constituant sont souvent remboursables sur une certaine durée, de nombreuses sûretés constituées avant la date d'entrée en vigueur continueront probablement d'exister à cette date et après, garantissant ainsi des dettes qui n'ont pas encore été payées. En conséquence, comme cela a été indiqué ci-dessus, une autre décision importante doit être prise pour toute nouvelle législation, à savoir déterminer dans quelle mesure, éventuellement, cette dernière régira les questions concernant les opérations conclues avant la date d'entrée en vigueur.

5. Une solution serait que la nouvelle législation ne s'applique que pour l'avenir et donc qu'elle ne régisse pas les opérations conclues avant la date d'entrée en vigueur. Bien que cette solution puisse présenter un certain attrait, en particulier pour les questions qui se posent entre le constituant et le créancier garanti, elle créerait d'importants problèmes, notamment en ce qui concerne le classement des sûretés. Le principal de ces problèmes serait la nécessité de régler des conflits de priorité entre un créancier garanti ayant obtenu sa sûreté avant la date d'entrée en vigueur et un créancier garanti concurrent ayant obtenu sa sûreté sur le même bien après cette date. Du fait que la notion de priorité implique une comparaison et que la même règle de classement doit s'appliquer aux deux sûretés qui sont comparées, il est impossible que les règles antérieures régissent le rang de la sûreté du créancier antérieur à la date d'entrée en vigueur et que les nouvelles règles régissent le rang de la sûreté du créancier postérieur. Naturellement, la détermination de la règle de classement à appliquer à ce conflit ne va pas sans difficulté. L'application des règles antérieures en l'espèce aurait essentiellement pour effet de retarder l'efficacité de certains des principaux aspects de la nouvelle législation, si bien que les avantages

économiques importants qu'offre cette dernière pourraient tarder considérablement à se matérialiser. D'un autre côté, l'application des nouvelles règles pourrait injustement léser les parties qui se sont fondées sur la loi antérieure et risquerait également de les inciter à contester la nouvelle législation ou à préconiser une date d'entrée en vigueur trop éloignée.

6. Selon une autre solution, on pourrait assurer une plus grande sécurité juridique et une concrétisation plus rapide des avantages économiques de la nouvelle législation en appliquant cette dernière à toutes les opérations à compter de la date d'entrée en vigueur, tout en prévoyant cependant les "dispositions transitoires" nécessaires pour ménager une transition efficace entre l'ancien régime et le nouveau sans que les sûretés perdent le rang prioritaire qu'elles occupaient avant cette date. Cette solution permettrait d'éviter les problèmes décrits ci-dessus mais également de concilier, de manière équitable et efficace, les intérêts des parties qui ont observé la loi antérieure avec les intérêts des parties qui se conforment à la nouvelle loi.

2. Questions devant être traitées par les dispositions transitoires

a) Généralités

7. Étant donné que de nombreuses sûretés constituées avant la date d'entrée en vigueur continueront d'exister après cette date et risquent d'entrer en concurrence avec des sûretés créées postérieurement, il importe que la nouvelle législation contienne des dispositions transitoires claires qui déterminent dans quelle mesure elle s'appliquera à ces sûretés préexistantes. Ces dispositions transitoires devraient répondre de manière appropriée tant aux attentes établies des parties qu'à la nécessité d'assurer la sécurité et la prévisibilité dans les opérations futures. Elles devront indiquer dans quelle mesure les nouvelles règles s'appliqueront, après la date d'entrée en vigueur, dans les relations entre les parties à une opération ayant donné naissance à une sûreté avant cette date. Elles devront également préciser dans quelle mesure les nouvelles règles s'appliqueront, après la date d'entrée en vigueur, au règlement des conflits de priorité entre le titulaire d'une sûreté et un réclamant concurrent, lorsque la sûreté ou le droit de ce dernier a été créé avant cette date.

b) Différends soumis à une juridiction étatique ou à un tribunal arbitral

8. Lorsqu'un différend fait l'objet d'une procédure judiciaire (ou d'une procédure de règlement des litiges comparable, telle qu'une procédure d'arbitrage) à la date d'entrée en vigueur, les droits des parties ont suffisamment cristallisé, de sorte que l'entrée en vigueur du nouveau régime juridique ne devrait pas modifier l'issue de ce différend. Par conséquent, ce nouveau régime ne devrait pas être appliqué au règlement du différend (voir A/CN.9/631, recommandation 224).

c) Efficacité entre les parties des sûretés antérieures à la date d'entrée en vigueur

9. Lorsqu'une sûreté a été constituée avant la date d'entrée en vigueur de la nouvelle législation, deux questions se posent en ce qui concerne l'efficacité de cette sûreté dans les relations entre le constituant et le créancier. La première est de savoir si une sûreté qui n'était pas effectivement constituée en vertu de la loi ancienne mais qui remplissait toutes les conditions requises pour être constituée en vertu de la nouvelle devrait devenir efficace à la date d'entrée en vigueur de celle-ci. La seconde est de savoir si une sûreté qui avait effectivement été constituée

en vertu de la loi ancienne mais qui ne remplissait pas les conditions requises pour être constituée en vertu de la nouvelle devrait cesser d'être efficace à la date d'entrée en vigueur de celle-ci.

10. S'agissant de la première question, il faudrait envisager de rendre la sûreté efficace à compter de la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi, puisqu'il est permis de supposer que les parties privilégient l'efficacité. Pour ce qui est de la seconde, il pourrait être établi une période transitoire pendant laquelle la sûreté resterait efficace entre les parties, afin que le créancier puisse prendre les mesures nécessaires pour constituer cette sûreté conformément à la nouvelle loi. À l'expiration de cette période, si les mesures nécessaires n'avaient pas été prises, la sûreté cesserait d'être efficace conformément à la nouvelle loi. Une autre solution, plus simple, serait que toutes les questions liées à l'efficacité entre les parties d'une sûreté constituée avant la date d'entrée en vigueur soient régies par les règles en vigueur à ce moment-là (voir A/CN.9/631, recommandation 225).

d) Opposabilité des sûretés antérieures à la date d'entrée en vigueur

11. Différentes questions se posent en ce qui concerne l'opposabilité aux tiers d'une sûreté constituée avant la date d'entrée en vigueur. Étant donné que la nouvelle législation contiendra des dispositions d'ordre public sur les mesures appropriées à prendre pour rendre une sûreté opposable, il est préférable qu'elle s'applique aussi largement que possible. Cependant, il peut être déraisonnable d'exiger d'un créancier dont la sûreté était opposable en vertu du régime juridique antérieur de l'État adoptant (ou de la législation de l'État dont la loi régissait l'opposabilité conformément aux règles de droit international privé du régime antérieur) qu'il se conforme immédiatement à toute prescription supplémentaire de la nouvelle loi. Cette exigence serait particulièrement difficile à satisfaire pour les créanciers institutionnels, qui seraient tenus de se conformer simultanément aux prescriptions supplémentaires de la nouvelle loi pour une multitude d'opérations antérieures à la date d'entrée en vigueur.

12. Il serait préférable qu'une sûreté qui était opposable en vertu du régime juridique antérieur mais qui ne le serait pas en vertu des dispositions nouvelles demeure opposable pendant une période raisonnable (fixée dans la nouvelle loi) afin que le créancier ait le temps de prendre les mesures nécessaires conformément à cette dernière. À l'expiration de la période transitoire, la sûreté ne serait plus opposable, sauf si elle l'était devenue en application de la nouvelle loi (voir A/CN.9/631, recommandation 226).

13. Si la sûreté n'était pas opposable en vertu du régime juridique antérieur, mais est opposable en application des nouvelles dispositions, elle devrait l'être dès la date d'entrée en vigueur. Là encore, on suppose que les parties avaient l'intention que la sûreté soit efficace entre elles et que les tiers sont protégés dans toute la mesure prévue par les nouvelles dispositions.

e) Conflits de priorité

14. Des questions tout à fait autres se posent dans le cas des conflits de priorité. Ceux-ci impliquent en effet nécessairement l'application d'une série de règles à deux sûretés différentes (ou plus) constituées à des dates différentes. Un système juridique ne saurait prévoir simplement que la règle de classement en vigueur à la

date de constitution d'une sûreté régit le rang de cette dernière, car une telle règle n'apporterait pas de réponse cohérente lorsqu'une des sûretés que l'on compare a été constituée sous l'empire de l'ancien régime et l'autre en vertu du nouveau régime. Il doit plutôt prévoir des règles pour chacune des situations suivantes: a) lorsque les deux sûretés sont constituées après la date d'entrée en vigueur de la nouvelle législation; b) lorsque les deux sûretés sont constituées avant cette date; et c) lorsqu'une sûreté est constituée avant la date d'entrée en vigueur et l'autre après.

15. La situation la plus simple est celle où il y a un conflit de priorité entre deux sûretés qui ont été constituées après la date d'entrée en vigueur de la nouvelle législation. Il est clair dans ce cas que les règles de classement prévues dans la nouvelle législation devraient s'appliquer au règlement de ce conflit.

16. Inversement, si les deux sûretés concurrentes ont été constituées avant la date d'entrée en vigueur (et, partant, le rang de chaque sûreté sur les biens grevés a été établi avant cette date) et si, en outre, aucun événement (autre que l'entrée en vigueur) de nature à modifier ce rang n'est survenu, la stabilité des relations laisse penser que le rang attribué à chaque sûreté avant la date d'entrée en vigueur devrait rester inchangé. Si, en revanche, il se produit après la date d'entrée en vigueur un événement qui aurait eu un effet sur le classement des sûretés même sous l'empire du régime juridique antérieur (par exemple si une sûreté devient ou cesse d'être opposable), il y a moins de raisons de continuer à soumettre aux règles anciennes un conflit de priorité qui a été modifié par une action postérieure à cette date. En conséquence, il est beaucoup plus justifié d'appliquer les nouvelles dispositions à une telle situation (voir A/CN.9/631, recommandations 228 à 230).

17. La situation la plus complexe est celle où il y a conflit de priorité entre une sûreté constituée avant la date d'entrée en vigueur et une autre sûreté créée après. Dans ce cas, s'il est préférable que les règles nouvelles s'appliquent à terme, il convient de prévoir une disposition transitoire protégeant le rang du créancier qui a obtenu sa sûreté en vertu du régime ancien pendant qu'il prend toutes les mesures nécessaires pour maintenir cette protection dans le cadre du nouveau régime. Si ces mesures sont prises dans les délais prescrits, la nouvelle législation devrait octroyer au créancier la priorité qu'il aurait eue si les nouvelles dispositions avaient été en vigueur lors de l'opération initiale et si ces mesures avaient été prises à ce moment-là (voir A/CN.9/631, recommandations 227 et 229).

B. Recommandations

[*Note à la Commission: La Commission voudra peut-être noter que, comme le document A/CN.9/631 contient l'ensemble consolidé des recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties, celles-ci ne sont pas reproduites dans le présent document. Une fois qu'elles auront été finalisées, elles figureront à la fin de chaque chapitre*.]

F. Note du Secrétariat sur la terminologie et les recommandations du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa douzième session

(A/CN.9/637 et Add.1 à 8) [Original: anglais]

A/CN.9/637

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
	Terminologie	
I.	Principaux objectifs d'une loi sur les opérations garanties efficace	1
II.	Champ d'application et autres règles générales	2-10
III.	Approches fondamentales en matière de sûretés	11-12
IV.	Constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties)	13-28
	A. Recommandations générales	13-22
	B. Recommandations sur des biens particuliers	23-28
V.	Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière	29-53
	A. Recommandations générales	29-47
	B. Recommandations sur des biens particuliers	48-53
VI.	Le système de registre	54-72
VII.	Priorité d'une sûreté réelle mobilière	73-106
	A. Recommandations générales	73-97
	B. Recommandations sur des biens particuliers	98-106
VIII.	Droits et obligations des parties à une convention constitutive de sûreté	107-113
	A. Recommandations générales	107-110
	B. Recommandations sur des biens particuliers	111-113
IX.	Droits et obligations des tiers débiteurs	114-127
	A. Droits et obligations du débiteur de la créance	114-120
	B. Droits et obligations du débiteur dans le cadre d'un instrument négociable	121
	C. Droits et obligations de la banque dépositaire	122-123
	D. Droits et obligations du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée dans un engagement de garantie indépendant	124-126
	E. Droits et obligations de l'émetteur d'un document négociable	127
X.	Réalisation d'une sûreté réelle mobilière	128-173
	A. Recommandations générales	128-163

B. Recommandations sur des biens particuliers 164-173

XI. Financement d'acquisitions 174-199

A. Option A: Approche unitaire du financement d'acquisitions. 174-183

B. Option B: Approche non unitaire du financement d'acquisitions 184-199

XII. Conflit de lois 200-224

A. Recommandations générales 200-220

B. Recommandations spéciales lorsque la loi applicable est celle d'un État à plusieurs unités 221-224

XIII. Recommandations spéciales lorsque la loi applicable est celle d'un État à plusieurs unités 225-231

XIV. Incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière. 232-239

A. *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*: définitions et recommandations . . . . . .

B. Recommandations supplémentaires concernant l'insolvabilité. 232-239

Terminologie

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que, dans la version finale du Guide, la terminologie sera placée dans la section B de l'introduction tandis que les recommandations apparaîtront dans chaque chapitre à la suite du commentaire. La terminologie est reproduite avec les recommandations dans le présent document pour plus de commodité. La Commission souhaitera peut-être examiner s'il faudrait aussi reproduire la terminologie et les recommandations séparément, en appendice à la version finale du Guide.*]

1. Le Guide adopte une certaine terminologie pour exprimer les concepts qui sont à la base d'un régime efficace en matière d'opérations garanties. Cette terminologie n'est empruntée à aucun système juridique particulier. Même lorsqu'un terme se trouve être identique à celui employé dans une loi nationale (qu'il s'agisse d'une loi sur les opérations garanties ou d'une autre loi), le Guide n'entend pas adopter le sens qu'il revêt dans cette loi. Il fournit au contraire des définitions donnant un sens spécifique à chaque terme clef dans le but de faciliter une communication précise, indépendante de tout système juridique national particulier, et de permettre aux lecteurs du Guide d'en comprendre les recommandations de manière uniforme, grâce à un vocabulaire et à un cadre conceptuel communs.

2. Certaines recommandations utilisent des termes qu'elles définissent tandis que certains termes définis ci-après sont précisés dans les recommandations où ils figurent ou dans certains chapitres du Guide. Le champ et le contenu de chaque recommandation dépendent du sens du terme défini employé. Les législateurs pourraient donc envisager d'utiliser ces définitions afin d'éviter de modifier involontairement le fond, d'augmenter au maximum les chances d'une interprétation

uniforme de la nouvelle loi et de promouvoir l'harmonisation de la loi sur les opérations garanties.

3. La conjonction "ou" n'est pas exclusive; le singulier inclut le pluriel et vice-versa; les mots "inclure", "comprendre" et leurs équivalents ne signifient pas que les énumérations qu'ils introduisent sont exhaustives; le verbe "peut" exprime la permission et le verbe "devrait" une instruction; et les formules "tel que", "par exemple" et "notamment" doivent être interprétées de la même manière que le verbe "inclure" et ses équivalents. Le terme "créanciers" devrait être interprété comme désignant à la fois les créanciers dans l'État adoptant et les créanciers étrangers, sauf indication contraire. Le terme "personne" devrait être interprété comme désignant à la fois les personnes physiques et les personnes morales, sauf indication contraire.

4. Certains États pourront choisir d'appliquer les recommandations du Guide en adoptant une loi unique globale (méthode qui a de bonnes chances d'éviter les incohérences, les erreurs par omission ou les malentendus), tandis que d'autres voudront peut-être modifier leur législation en insérant, dans diverses lois, des règles particulières. Le Guide désigne l'ensemble des règles recommandées, quelle que soit la méthode retenue pour leur application, par les termes "la loi" ou "la présente loi".

5. Le Guide emploie également les termes "loi" et "droit" dans différents contextes. Sauf indication expresse contraire, dans l'ensemble du Guide: a) les termes "loi" ou "droit" désignent aussi bien le droit législatif que le droit non législatif; b) les termes "loi" ou "droit" désignent la loi interne ou le droit interne, sauf les règles de conflit de lois (afin d'éviter le renvoi); c) l'expression "autre loi" ou "autre droit" désigne l'ensemble des lois d'un État (qu'il s'agisse du droit matériel ou du droit procédural) à l'exception de celle qui régit les opérations garanties (qu'elle préexiste au Guide ou ait été adoptée ou modifiée depuis peu conformément aux recommandations du Guide); d) l'expression "la loi régissant les instruments négociables" désigne non seulement une loi ou un ensemble de lois particuliers que l'on appellerait "loi sur les instruments négociables", mais inclut également le droit des contrats et tout autre droit général qui pourrait être applicable aux opérations ou situations où intervient un instrument négociable (la même règle s'applique aux expressions similaires); et e) le terme "loi sur l'insolvabilité" a lui aussi une acception très large, mais fait référence uniquement au droit qui pourrait être applicable après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

6. On trouvera ci-après la liste des principaux termes qui sont employés et le sens fondamental qui leur est donné dans le Guide. Ce sens est précisé dans les chapitres suivants où apparaissent les termes. Ces chapitres définissent et emploient en outre d'autres termes (comme c'est le cas notamment du chapitre XIV relatif à l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière). Les définitions devraient être lues conjointement avec les recommandations où figurent les termes:

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

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

ii) S'est engagé à payer le créancier garanti ou à s'exécuter d'une autre manière suite à un tirage de l'engagement;

b) Le terme "avis" désigne une communication par écrit[1];

[Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être envisager d'ajouter à la définition un libellé du type proposé ci-après:

"Une personne 'avise' une autre personne, lui 'envoie un avis' ou lui 'adresse un avis' en prenant des mesures raisonnables pour l'informer, que cette dernière soit ou non effectivement informée." Ce texte permettrait d'expliquer la signification de ces différentes expressions dans le Guide.]

c) Le terme "bien attaché à un bien immeuble" désigne un bien meuble corporel qui est physiquement attaché à un bien immeuble au point que, même s'il n'a pas perdu son identité distincte, il est traité comme un immeuble en vertu de la loi de l'État où se trouve ce bien immeuble;

d) Le terme "bien attaché à un bien meuble" désigne un bien meuble corporel qui est physiquement attaché à un autre bien meuble corporel, sans perdre toutefois son identité distincte;

e) Le terme "bien grevé" désigne un bien meuble corporel ou incorporel sur lequel porte une sûreté réelle mobilière. Il inclut aussi une créance qui a fait l'objet d'un transfert pur et simple[2];

f) Le terme "bien meuble corporel" désigne notamment les stocks, le matériel, les biens de consommation, les biens attachés, les instruments négociables, les documents négociables et les espèces.

g) Le terme "bien meuble incorporel" désigne notamment les droits incorporels, les créances et les droits à l'exécution d'obligations autres que des créances;

h) Le terme "biens de consommation" désigne des biens meubles corporels que le constituant utilise ou entend utiliser à des fins personnelles, familiales ou domestiques;

i) Le terme "cédant" désigne la personne qui cède une créance;

j) Le terme "cession" désigne la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une créance en garantie du paiement ou d'une autre forme d'exécution d'une obligation. Pour plus de commodité, il englobe aussi le transfert pur et simple d'une créance, bien que cette forme de cession ne garantisse pas le paiement ou une autre forme d'exécution d'une obligation[3];

---

[1] Pour les équivalents électroniques des termes "écrit" et "écrit signé", voir les recommandations 9 et 10.

[2] Voir la définition du terme "sûreté réelle mobilière", ainsi que la recommandation 3 et le commentaire s'y rapportant.

[3] Voir la définition du terme "sûreté réelle mobilière" ainsi que la recommandation 3 et le

k) Le terme “cession subséquente” désigne une cession effectuée par le cessionnaire initial ou tout autre cessionnaire[4]. Dans une cession subséquente, la personne qui effectue la cession est le cédant et la personne à qui la cession est effectuée est le cessionnaire; et

l) Le terme “cessionnaire” désigne la personne à laquelle une créance est cédée[5];

m) Le terme “compte bancaire” désigne un compte tenu par une banque sur lequel des fonds peuvent être crédités. Il inclut le compte chèque ou autre compte courant, le compte d’épargne ou le compte à terme. Il n’inclut pas un droit à paiement contre la banque constaté par un instrument négociable;

Il inclut aussi un droit au paiement de fonds transférés à la banque à titre de remboursement anticipé d’une obligation de paiement futur que la banque a contractée et un droit au paiement de fonds transférés à la banque à titre de sûreté en espèces garantissant une obligation due à la banque dans la mesure où l’auteur du transfert a un droit sur ces fonds si, en vertu de la loi nationale, l’obligation de la banque est un compte bancaire;

n) Le terme “confirmateur” désigne une banque ou une autre personne qui ajoute son propre engagement de garantie indépendant à celui d’un garant/émetteur;

Comme à l’alinéa e) de l’article 6 de la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by[6] (ci-après la “Convention des Nations Unies sur les garanties et les stand-by”), une confirmation donne au bénéficiaire la possibilité de demander paiement au confirmateur, au lieu du garant/émetteur, conformément aux conditions de l’engagement confirmé;

o) Le terme “connaissance” désigne la connaissance effective et non la connaissance supposée;

p) Le terme “constituant” désigne une personne qui constitue une sûreté réelle mobilière pour garantir sa propre obligation ou celle d’une autre personne[7]. Dans l’approche unitaire du financement d’acquisitions, le terme “constituant” d’une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d’une acquisition désigne un acheteur dans le cadre d’une vente avec réserve de propriété ou un crédit-preneur. Il désigne aussi le cédant dans le cadre du transfert pur et simple d’une créance, pour plus de commodité, bien que celui-ci ne cède pas la créance dans le but de garantir l’exécution d’une obligation[8];

q) Le terme “contrat financier” désigne toute opération au comptant, à terme, sur option ou de contrat d’échange portant sur des taux d’intérêt, matières premières, devises, actions, obligations, indices ou tout autre instrument financier,

---

commentaire s’y rapportant.

[4] Voir article 2, alinéa b), de la Convention des Nations Unies sur la cession.

[5] Pour la définition des termes “cessionnaire”, “cédant” et “cession”, voir article 2, alinéa a) de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.04.V.14, ci-après la “Convention des Nations Unies sur la cession”).

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

[7] Voir la définition du terme “débiteur”.

[8] Voir la définition du terme “sûreté réelle mobilière” ainsi que la recommandation 3 et le commentaire s’y rapportant.

toute opération de rachat ou de prêt sur valeurs mobilières, et toute autre opération analogue à l'une des précédentes effectuée sur les marchés financiers, et toute combinaison des opérations visées ci-dessus[9];

La référence dans cette définition à "toute autre opération analogue à l'une des précédentes effectuée sur les marchés financiers" englobe l'ensemble des opérations effectuées sur les marchés financiers. Le terme est souple. Il inclut toute opération effectuée sur les marchés financiers où les droits à paiement sont déterminés par référence à: a) des catégories de biens sous-jacents; ou b) des mesures quantitatives du risque ou de la valeur économique ou financière, associée à un événement ou à une éventualité, par exemple en fonction de statistiques climatiques, de taux de fret, de droits d'émissions ou de statistiques économiques;

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

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

i) Automatiquement, dès la constitution de la sûreté réelle mobilière, si le créancier garanti est le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée; ou

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

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

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

ii) Si la banque dépositaire a conclu avec le constituant et avec le créancier garanti un accord de contrôle constaté par un écrit signé[10] dans lequel elle est convenue de suivre les instructions du créancier garanti concernant le paiement de fonds crédités sur le compte bancaire sans que le constituant ait à donner son consentement; ou

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

u) Le terme "convention constitutive de sûreté" désigne une convention, quelle qu'en soit la forme ou l'appellation, entre un constituant et un créancier qui crée une sûreté réelle mobilière. Pour plus de commodité, il désigne aussi une convention en vue du transfert pur et simple d'une créance, bien que ce type de transfert ne garantisse pas l'exécution d'une obligation[11];

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

---

[9] Voir l'article 5, alinéa k), de la Convention des Nations Unies sur la cession ainsi que la définition correspondante du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité.

[10] Pour la signification de l'expression "écrit signé" dans le contexte des communications électroniques, voir les recommandations 9 et 10.

[11] Ibid.

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

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

iii) La compensation des montants calculés comme prévu au sous-alinéa ii) précédent au titre de deux conventions de compensation globale, ou plus[12];

w) Le terme "créance" désigne un droit au paiement d'une obligation monétaire à l'exclusion d'un droit à paiement constaté par un instrument négociable, d'un droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant et d'un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire[13];

x) Le terme "créancier garanti" désigne un créancier titulaire d'une sûreté réelle mobilière. Pour plus de commodité, il désigne aussi le cessionnaire d'une créance transférée purement et simplement, bien que ce type de transfert ne garantisse pas l'exécution d'une obligation[14];

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

z) Le terme "débiteur" désigne une personne qui doit exécuter l'obligation garantie et inclut un débiteur subsidiaire, tel qu'un garant de l'obligation. Le débiteur peut être ou non la personne qui constitue la sûreté réelle mobilière (voir la définition du terme "constituant");

aa) Le terme "débiteur de la créance" désigne une personne tenue de payer une créance. Il inclut un garant ou une autre personne tenue au paiement de la créance à titre subsidiaire[15];

Un garant dans le cadre d'une sûreté personnelle accessoire n'est pas seulement débiteur de la créance principale dont il a garanti le paiement, mais aussi débiteur de sa propre créance découlant de la sûreté, étant donné que cette dernière fait naître un engagement personnel du garant envers le créancier (autrement dit, il y a deux créances);

bb) Le terme "document négociable" désigne un document représentatif d'un droit à la remise de biens meubles corporels, tel qu'un récépissé d'entrepôt ou un

---

[12] Voir article 5, alinéa l), de la Convention des Nations Unies sur la cession.

[13] Pour la définition du terme "créance", voir l'article 2, alinéa a), de la Convention des Nations Unies sur la cession; pour l'exclusion des "dépôts bancaires", des "lettres de crédit" et des "instruments négociables", voir l'article 4, paragraphes 2 f), 2 g) et 3, respectivement, de cette même convention.

[14] Voir la définition du terme "sûreté réelle mobilière", ainsi que la recommandation 3 et le commentaire s'y rapportant.

[15] Voir article 2, alinéa a), de la Convention des Nations Unies sur la cession.

connaissement, qui satisfait aux conditions de négociabilité prévues par la loi régissant les documents négociables;

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

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

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

iii) Le bien a tout au plus une valeur résiduelle symbolique.

Le terme inclut un accord de location-vente, même s’il n’est pas appelé “bail” ou “location” pour autant qu’il satisfasse aux conditions énoncées au sous-alinéa i), ii) ou iii);

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

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

ii) Ce qui est reçu après que l’engagement de garantie indépendant a été honoré;

Une sûreté réelle mobilière sur le droit de recevoir le produit d’un engagement de garantie indépendant (en tant que bien initialement grevé) diffère d’une sûreté sur le “produit” (concept clef du Guide) de biens visés par le Guide (voir la définition du terme “produit” et la recommandation 19). Ainsi, ce qui est reçu suivant une présentation conforme en vertu d’un engagement de garantie indépendant est le “produit” du droit de recevoir le produit d’un engagement de garantie indépendant;

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

ff) Le terme “émetteur” d’un document négociable désigne la personne qui est tenue de remettre les biens meubles corporels représentés par le document conformément à la loi régissant les documents négociables, que cette personne s’acquitte ou non de toutes les obligations;

gg) Le terme “engagement de garantie indépendant” désigne une lettre de crédit (commerciale ou stand-by), une confirmation de lettre de crédit, une garantie indépendante (y compris une garantie bancaire sur demande ou à première demande

ou une contre-garantie) ou tout autre engagement de garantie considéré comme indépendant par la loi ou les règles de pratique, telles que la Convention des Nations Unies sur les garanties et les stand-by, les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires, les Règles et pratiques internationales relatives aux stand-by et les Règles uniformes relatives aux garanties sur demande;

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

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

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

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être envisager d'insérer une note libellée à peu près comme suit après la définition des termes "instrument négociable" et "document négociable":*

> *"Pour élaborer le présent Guide, on s'est fondé sur les instruments et les documents négociables sous forme papier étant donné qu'il serait particulièrement difficile de créer un équivalent électronique pour ces instruments et documents. Cela étant, le Guide ne devrait être interprété comme décourageant l'utilisation de tels équivalents électroniques. Ainsi, un État adoptant qui souhaite traiter cette question devra formuler des règles spéciales (la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux ne traite pas non plus de l'équivalent électronique des instruments et documents négociables sous forme papier pour la même raison)."*[16]]

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

ll) Les termes "masse ou produit fini" désignent des biens meubles corporels autres que des espèces qui sont physiquement associés ou unis à d'autres biens meubles corporels au point qu'ils ont perdu leur identité distincte;

mm) Le terme "matériel" désigne un bien meuble corporel utilisé par une personne dans le cadre de son entreprise ou toute autre activité professionnelle;

nn) Le terme "notification de la cession" désigne une communication par écrit qui identifie suffisamment la créance cédée et le cessionnaire[17];

oo) Le terme "obligation garantie" désigne une obligation garantie par une sûreté réelle mobilière;

pp) Le terme "opération garantie" désigne une opération constituant une sûreté réelle mobilière. Pour plus de commodité, il désigne aussi le transfert pur et

---

[16] Voir publication des Nations Unies, numéro de vente: F.07.V.2, note explicative, par. 7.

[17] Pour savoir quand la notification de la cession produit effet, voir la recommandation 115.

simple d'une créance, bien que ce type de transfert ne garantisse pas l'exécution d'une obligation[18];

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

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

ss) Le terme "priorité" désigne le droit d'une personne de jouir des effets économiques de sa sûreté réelle mobilière par préférence à un réclamant concurrent;

tt) Le terme "procédure d'insolvabilité" désigne une procédure collective, soumise à la supervision d'un tribunal de l'insolvabilité, en vue d'un redressement ou d'une liquidation;

uu) Le terme "produit" désigne tout ce qui est reçu en relation avec des biens grevés, y compris ce qui est reçu d'une vente ou d'un autre acte de disposition, d'un recouvrement, d'une location ou d'une mise sous licence d'un bien grevé, le produit du produit, les fruits civils et naturels, les dividendes, les indemnités d'assurance et les créances nées d'un vice, de l'endommagement ou de la perte d'un bien grevé[19];

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

La définition du terme "propriété intellectuelle" est conçue de sorte que le Guide soit conforme aux lois et traités régissant la propriété intellectuelle tout en respectant le droit du législateur d'un État adoptant les recommandations du Guide d'aligner la définition sur son droit interne et ses obligations internationales.

Un État adoptant peut ajouter à la liste ou en supprimer des types de propriété intellectuelle pour se conformer à son droit interne. Les accords internationaux visés sont, par exemple, la Convention instituant l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle et l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce ("Accord sur les ADPIC").

Dans les définitions des termes "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition", "droit découlant du financement d'une acquisition", "droit de réserve de propriété" et "droit de crédit bail", on parle de "biens meubles

---

[18] Ibid.

[19] Voir article 5, alinéa j), de la Convention des Nations Unies sur la cession.

corporels" pour bien montrer que ces définitions ainsi que les recommandations qui s'y réfèrent s'appliquent uniquement à ce type de bien (et non aux biens meubles incorporels tels que la propriété intellectuelle).

Dans la définition du terme "créance", les mots "exécution d'une obligation non monétaire" ont été supprimés pour bien montrer que, comme il en a été convenu, la définition et les recommandations relatives aux "créances" s'appliquent uniquement aux créances "de sommes d'argent" et non, par exemple, aux droits d'un titulaire de licence ou aux obligations d'un donneur de licence découlant d'un contrat de licence de propriété intellectuelle;

ww) Le terme "réclamant concurrent"[20] désigne un créancier d'un constituant en concurrence avec un autre créancier titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur un bien grevé du constituant et englobe:

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

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

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

iv) Le représentant de l'insolvabilité en cas d'insolvabilité du constituant[21]; ou

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

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

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

zz) Le terme "sûreté réelle mobilière" désigne un droit réel sur un bien meuble constitué par une convention en garantie du paiement ou d'une autre forme d'exécution d'une obligation, que les parties aient ou non appelé ce droit "sûreté réelle mobilière". Dans l'approche unitaire du financement d'acquisitions, ce terme englobe à la fois les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'une acquisition et les sûretés réelles mobilières non liées au paiement d'une acquisition. Dans l'approche non unitaire, il n'inclut pas un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit bail. Pour plus de commodité, il désigne aussi le droit du cessionnaire dans le transfert pur et simple d'une créance, bien que ce type de transfert ne

---

[20] Pour la définition du terme "réclamant concurrent", voir article 5, alinéa m), de la Convention des Nations Unies sur la cession.

[21] Dans le chapitre sur l'insolvabilité, il est fait référence à "l'insolvabilité du débiteur" afin de suivre la terminologie employée dans le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.10, ci-après le "Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité").

garantisse pas le paiement ou une autre forme d'exécution d'une obligation[22]. Il ne désigne pas un droit personnel contre un garant ou contre une autre personne tenue au paiement de l'obligation garantie;

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

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

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être envisager de supprimer la définition du terme "tribunal de l'insolvabilité", au motif qu'il n'est employé que dans la définition de la "procédure d'insolvabilité" et dans le chapitre relatif à l'insolvabilité, et d'en expliquer la signification dans le chapitre XIV concernant l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière.*]

I. Principaux objectifs d'une loi sur les opérations garanties efficace*

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

a) Promouvoir le crédit garanti;

b) Permettre l'utilisation de la valeur intrinsèque totale d'un large éventail de biens pour faciliter l'obtention de crédits dans le plus large éventail possible d'opérations garanties;

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

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

e) Valider les sûretés réelles mobilières sur des biens qui restent en possession du constituant;

---

[22] Ibid.

* Les principaux objectifs pourraient être insérés dans un préambule ou une autre déclaration accompagnant la loi sur les opérations garanties en tant que guide des principes législatifs fondamentaux à prendre en considération pour interpréter et appliquer celle-ci.

f) Renforcer la prévisibilité et la transparence concernant les droits ayant une fonction de sûreté en prévoyant l'inscription d'un avis dans un registre général des sûretés;

g) Établir des règles de priorité claires et prévisibles;

h) Faciliter l'exercice des droits des créanciers de manière prévisible et efficace;

i) Établir un équilibre entre les intérêts des personnes concernées;

j) Reconnaître l'autonomie des parties; et

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

II. Champ d'application et autres règles générales

Objet

Les dispositions relatives au champ d'application de la loi ont pour objet d'établir un régime unique global pour les opérations garanties. Elles spécifient les sûretés réelles mobilières et les autres droits auxquels la loi s'applique.

Champ d'application

2. Sous réserve des recommandations 3 à 7[23], la loi devrait s'appliquer à tous les droits sur des biens meubles corporels constitués par une convention en garantie du paiement ou d'une autre forme d'exécution d'une obligation, quels que soient la forme de l'opération, le type de bien meuble, le statut du constituant ou du créancier garanti ou la nature de l'obligation garantie. Elle devrait donc s'appliquer:

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

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

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

d) À tous les types de droits réels créés contractuellement pour garantir le paiement ou une autre forme d'exécution d'une obligation, y compris le transfert de

[23] Lorsqu'une recommandation renvoie aux recommandations d'un autre chapitre, le numéro et le sujet de ce chapitre sont aussi indiqués. Dans le cas contraire, les recommandations visées figurent dans le même chapitre que la recommandation qui y renvoie.

la propriété de biens meubles corporels à titre de garantie ou la cession de créances à titre de garantie, ainsi que les différentes formes de ventes avec réserve de propriété et de crédits-bails.

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

Transferts purs et simples de créances

3. La loi devrait s'appliquer aux transferts purs et simples de créances bien qu'ils ne garantissent pas le paiement ou une autre forme d'exécution d'une obligation. La présente recommandation est soumise à l'exception prévue dans la recommandation 164 (chapitre X sur la réalisation d'une sûreté réelle mobilière).

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que, conformément à l'approche adoptée dans la Convention des Nations Unies sur la cession, le Guide recommande que ses recommandations (sauf certaines d'entre elles relatives à la réalisation) s'appliquent à toutes les cessions de créances (y compris les transferts purs et simples). Le commentaire expliquera les raisons de cette approche et examinera en particulier la nécessité pratique d'appliquer les recommandations sur la constitution, l'opposabilité et la priorité à toutes les cessions de créances.*

Le commentaire expliquera également que, même si le Guide s'applique aux sûretés sur des créances et aux transferts purs et simples de créances de la même manière qu'aux sûretés réelles mobilières et qu'il emploie la même terminologie pour ces deux types de droit, les transferts purs et simples n'en deviennent pas pour autant des sûretés réelles mobilières. Un tel résultat (parfois appelé "requalification") ne serait pas souhaitable et serait même préjudiciable à des pratiques importantes telles que la titrisation de créances (qui même en cas de vente effective est généralement soumise au régime applicable aux opérations garanties).

Comme le prévoient les définitions, s'agissant de créances uniquement et seulement pour des raisons de formulation et de commodité, le terme "sûreté réelle mobilière", dans la loi, vise aussi le droit d'un bénéficiaire du transfert pur et simple d'une créance, le terme "créancier garanti" englobe le bénéficiaire d'un tel transfert, le terme "constituant" désigne aussi l'auteur d'un tel transfert et le terme "bien grevé" vise également une créance qui a été transférée purement et simplement.

Le commentaire expliquera aussi que le fait que le Guide vise les transferts purs et simples de créances, en plus des opérations garanties, n'élimine aucunement la distinction entre le transfert pur et simple d'une créance et le transfert d'un droit sur une créance pour garantir une obligation. En revanche, le Guide rend inutile toute distinction formelle ou terminologique entre les opérations qui garantissent le paiement ou une autre forme d'exécution d'une obligation. Ainsi, par exemple, la constitution d'un droit sur un bien meuble pour garantir le paiement ou une autre forme d'exécution d'une obligation entre dans le champ du Guide que l'opération soit appelée transfert du bien à titre de garantie (parfois dit transfert fiduciaire) ou gage.]

Limitation du champ d'application

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

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

b) À la propriété intellectuelle dans la mesure où les dispositions de la présente loi sont incompatibles avec une loi nationale ou un accord international auquel l'État est partie concernant la propriété intellectuelle;

c) Aux valeurs mobilières;

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

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

5. La loi ne devrait pas s'appliquer aux biens immeubles, sous réserve des dispositions des recommandations 25 et 48 (chapitre IV sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière).

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

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

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter qu'une version précédente de cette recommandation faisait référence aux avantages sociaux (voir A/CN.9/WG.VI/WP.29). Elle a été reformulée pour éviter d'encourager un État à limiter davantage le champ d'application de la loi et pour faire en sorte que toute restriction supplémentaire soit énoncée dans la loi de manière claire et transparente. La Commission souhaitera peut-être examiner si le principe de cette recommandation serait mieux reflété dans le commentaire.*]

Autonomie des parties

8. La loi devrait prévoir que, sauf disposition contraire des recommandations 15 (chapitre IV sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière), 108 et 109 (chapitre VIII sur les droits et obligations des parties), 129 à 133 (chapitre X sur la réalisation d'une sûreté réelle mobilière), 174 à 183 (chapitre XI sur l'approche unitaire du financement d'acquisitions), 184 à 199 (chapitre XI sur l'approche non unitaire du financement d'acquisitions), 200 à 212 et 214 à 224 (chapitre XII sur le conflit de lois) le créancier garanti et le constituant ou le débiteur peuvent, par convention, déroger à ses dispositions relatives à leurs droits et obligations

respectifs ou les modifier. Une telle convention n'a pas d'incidences sur les droits de quiconque n'y est pas partie[24].

Communications électroniques

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

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

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

b) Si la méthode utilisée est:

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

ii) Soit une méthode dont il est démontré dans les faits qu'elle a, par elle même ou avec d'autres preuves, rempli les fonctions visées à l'alinéa a) ci-dessus[25].

III. Approches fondamentales en matière de sûretés

Objet

Les dispositions relatives aux approches fondamentales en matière de sûretés ont pour objet de faire en sorte que la loi:

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

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

Approche fonctionnelle

11. La loi devrait adopter une approche fonctionnelle et s'appliquer ainsi à tous les droits sur des biens meubles créés par convention en garantie du paiement ou d'une autre forme d'exécution d'une obligation, quelle que soit la forme de l'opération ou

---

[24] Voir article 6 de la Convention des Nations Unies sur la cession.

[25] Pour les recommandations 9 et 10, voir article 9, paragraphes 2 et 3, de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux.

la terminologie employée par les parties (y compris les droits du bénéficiaire d'un transfert de la propriété de biens meubles corporels à titre de garantie, d'un cessionnaire dans le cadre d'une cession de créance à titre de garantie ainsi que des vendeurs et des crédit-bailleurs dans le cadre des diverses formes de ventes avec réserve de propriété et de crédits-bails.) Sauf dans le contexte du financement d'acquisitions, l'approche fonctionnelle devrait être mise en œuvre de manière à qualifier de sûretés réelles mobilières tous les droits qui garantissent l'exécution d'une obligation et à les soumettre à un ensemble de règles communes.

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

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

b) Soit de manière à qualifier:

i) De sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition tous les droits sur des biens meubles qui garantissent le paiement ou une autre forme d'exécution d'une obligation, autres que les droits d'un vendeur découlant d'une clause de réserve de propriété ou d'un bailleur découlant d'un crédit-bail;

ii) De droits de propriété les droits d'un vendeur découlant d'une clause de réserve de propriété et d'un bailleur découlant d'un crédit-bail, tout en soumettant ces droits de propriété à des règles qui produisent des résultats fonctionnellement équivalents à ceux que produit le régime régissant les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions, de sorte que toutes les parties finançant des acquisitions bénéficient du même traitement (l'approche exposée à l'alinéa b) ci-dessus est appelée "approche non unitaire du financement d'acquisitions" ou "approche non unitaire").

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que cette recommandation a été reformulée pour tenir compte de ce dont elle est convenue concernant l'approche fonctionnelle et sa mise en œuvre dans le contexte des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions (approche unitaire ou non unitaire; voir chapitre XI sur le financement d'acquisitions).*]

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

Objet

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

A. Recommandations générales*

Constitution d'une sûreté réelle mobilière

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

Contenu minimal de la convention constitutive de sûreté

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

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

b) Identifier le créancier garanti et le constituant;

c) Décrire l'obligation garantie; et

d) Décrire les biens grevés de façon à ce qu'ils soient suffisamment identifiables.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que le commentaire expliquera que la description ne doit pas nécessairement être précise et qu'une description générale par catégorie, type ou classe de bien est suffisante (par exemple "bureau", "meubles", "mobilier de bureau", "matériel" "tous les biens présents et futurs" ou "tous les stocks présents et futurs".)*

La Commission souhaitera peut-être noter également que, pour des raisons de confidentialité, la recommandation 57 a) permet au créancier garanti de ne pas révéler son nom sur l'avis à inscrire. Elle pourrait examiner si, pour des raisons similaires ou autres, il suffirait que la convention constitutive de sûreté identifie un représentant du créancier garanti plutôt que le créancier garanti lui-même.]

Forme de la convention constitutive de sûreté

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

Obligations garanties par une sûreté réelle mobilière

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

---

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

Biens pouvant être grevés d'une sûreté réelle mobilière

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

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

Continuation d'une sûreté réelle mobilière sur le produit

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

Produit mélangé

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

.

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

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

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

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

B. Recommandations sur des biens particuliers

Efficacité d'une cession globale de créances et d'une cession de créances futures, de fractions de créances ou d'un droit indivis sur des créances

23. La loi devrait prévoir que:

a) La cession de créances contractuelles non identifiées précisément, de créances futures, de fractions de créances ou d'un droit indivis sur des créances a effet entre le cédant et le cessionnaire et à l'égard du débiteur de la créance à condition que celles-ci soient identifiables, à la date de la cession ou, dans le cas de créances futures, à la date où elles naissent, comme étant celles qui font l'objet de la cession; et

b) Sauf convention contraire, la cession d'une ou plusieurs créances futures a effet sans qu'un nouvel acte de transfert soit nécessaire pour chacune des créances[26].

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

24. La loi devrait prévoir que:

a) La cession d'une créance a effet entre le cédant et le cessionnaire et à l'égard du débiteur de la créance nonobstant toute convention entre le cédant initial ou tout cédant subséquent et le débiteur de la créance ou tout cessionnaire subséquent, limitant d'une quelconque manière le droit du cédant de céder ses créances;

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

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

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

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

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

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

---

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

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

25. La loi devrait prévoir que:

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

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

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

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

e) Aucune disposition de la présente recommandation n'a d'incidences sur les obligations ou la responsabilité du constituant découlant de la violation de la convention mentionnée à l'alinéa d) de la présente recommandation, mais l'autre partie à la convention ne peut, au seul motif de cette violation, résoudre le contrat d'où naît la créance, l'instrument négociable ou l'autre bien meuble incorporel, ou la convention constitutive de sûreté créant la sûreté personnelle ou réelle. Une personne qui n'est pas partie à une telle convention n'est pas responsable au seul motif qu'elle en avait connaissance;

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

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

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

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

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

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

h) À condition que les effets automatiques découlant de l'alinéa a) de la présente recommandation et de la recommandation 50 ne soient pas compromis, la présente recommandation n'a pas d'incidences sur les exigences d'une autre loi relatives à la forme ou à l'enregistrement de la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un bien quelconque, garantissant le paiement ou une autre forme d'exécution d'une créance, d'un instrument négociable ou d'un autre bien meuble incorporel qui n'est pas visé par la présente loi.

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

26. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire a effet nonobstant toute convention entre le constituant et la banque dépositaire limitant d'une quelconque manière le droit du constituant de créer une telle sûreté. Toutefois, la banque dépositaire n'a aucune obligation de reconnaître le créancier garanti et aucune autre obligation concernant la sûreté ne lui est imposée sans son consentement (pour les droits et obligations de la banque dépositaire, voir les recommandations 122 et 123; chapitre IX sur les droits et obligations des tiers débiteurs).

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

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

Extension d'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable aux biens meubles corporels représentés par ce document

28. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable s'étend aux biens meubles corporels représentés par ce document, à condition que l'émetteur soit, directement ou indirectement, en possession des biens au moment où la sûreté sur le document est constituée.

V. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière

Objet

Les dispositions relatives à l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière ont pour objet d'établir une base pour le classement prévisible, équitable et efficace des rangs de priorité:

a) En exigeant l'inscription comme condition préalable à l'opposabilité, sauf lorsque des exceptions et des alternatives à cette inscription se justifient par des considérations de politique commerciale; et

b) En établissant un cadre juridique pour créer et tenir un système de registre public simple, économique et efficace en vue de l'inscription d'avis relatifs aux sûretés réelles mobilières.

A. Recommandations générales

Opposabilité

29. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière n'est opposable que si elle a été constituée et si l'une des méthodes d'opposabilité mentionnées dans la recommandation 32, 34 ou 35 a été suivie.

Efficacité à l'égard du constituant d'une sûreté réelle mobilière qui n'est pas opposable

30. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière qui a été constituée a effet entre le constituant et le créancier garanti, même si elle n'est pas opposable.

Opposabilité continue après transfert du bien grevé

31. La loi devrait prévoir que, après transfert d'un droit, autre qu'une sûreté, sur un bien grevé, une sûreté réelle mobilière sur ce bien qui est opposable au moment du transfert continue de grever le bien, sous réserve des dispositions des recommandations 76 à 78 (chapitre VII sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière), et reste opposable sous réserve des dispositions de la recommandation 62.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que les recommandations 32 à 36 ne visent pas à énoncer les règles pertinentes mais à énumérer, pour faciliter la tâche du lecteur, les différentes méthodes d'opposabilité tout en renvoyant aux recommandations suivantes qui, elles, énoncent ces règles.*]

Méthode générale d'opposabilité: l'inscription

32. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière est opposable si un avis la concernant est inscrit au registre général des sûretés mentionné dans les recommandations 54 à 72 (chapitre VI sur le système de registre).

33. La loi devrait prévoir que l'inscription d'un avis n'emporte pas constitution d'une sûreté réelle mobilière et n'est pas nécessaire pour constituer une telle sûreté.

Alternatives et exceptions à l'inscription

34. La loi devrait prévoir:

a) Qu'il est également possible de rendre une sûreté réelle mobilière opposable par l'une des autres méthodes ci-dessous:

i) S'agissant de biens meubles corporels, par transfert de leur possession au créancier garanti, comme le prévoit la recommandation 37;

ii) S'agissant de biens meubles corporels représentés par un document négociable, par transfert de la possession du document au créancier garanti, comme le prévoient les recommandations 51 à 53;

iii) S'agissant de biens meubles soumis à inscription sur un registre spécialisé ou à annotation sur un certificat de propriété, par cette inscription ou annotation, comme le prévoit la recommandation 38;

iv) S'agissant d'un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, par contrôle, comme le prévoit la recommandation 49; et

v) S'agissant d'un bien attaché à un bien immeuble, par inscription dans le registre immobilier, comme le prévoit la recommandation 43;

b) Qu'une sûreté est automatiquement opposable:

i) S'agissant du produit, si la sûreté sur le bien initialement grevé est opposable, comme le prévoient les recommandations 39 et 40;

ii) S'agissant d'un bien attaché à un bien meuble, si la sûreté sur le bien initial était opposable avant que celui-ci ne soit rattaché, comme le prévoit la recommandation 42;

iii) S'agissant d'une masse ou d'un produit fini, si la sûreté sur les biens transformés ou mélangés était opposable avant qu'ils ne soient incorporés dans la masse ou le produit fini, comme le prévoit la recommandation 44; et

iv) S'agissant de biens meubles, en cas de déplacement des biens ou du constituant vers le présent État, comme le prévoit la recommandation 45; et

c) Qu'une sûreté réelle mobilière sur une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement ou une autre forme d'exécution d'une créance, d'un instrument négociable ou d'un autre bien meuble incorporel est opposable, comme le prévoit la recommandation 48.

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

35. La loi devrait prévoir que, sous réserve des dispositions de la recommandation 48, une sûreté réelle mobilière sur le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant ne peut être rendue opposable que par contrôle, comme le prévoit la recommandation 50.

Différentes méthodes d'opposabilité pour différents types de biens

36. La loi devrait prévoir que différentes méthodes d'opposabilité peuvent être utilisées pour différents types de biens grevés, qu'ils le soient ou non en vertu de la même convention constitutive de sûreté.

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels par transfert de la possession

37. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels peut être rendue opposable par inscription, comme le prévoit la recommandation 32, ou par transfert de leur possession au créancier garanti.

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles soumis à un système d'inscription sur un registre spécialisé ou à un système de certificat de propriété

38. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles soumis à inscription sur un registre spécialisé ou à annotation sur un certificat de propriété conformément à une autre loi peut être rendue opposable par inscription, comme le prévoit la recommandation 32, ou par:

a) Inscription sur le registre spécialisé; ou

b) Annotation sur le certificat de propriété.

Opposabilité automatique d'une sûreté réelle mobilière sur le produit

39. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière sur un bien grevé est opposable, une sûreté sur tout produit découlant de ce bien (y compris tout produit du produit) est opposable quand naît le produit, à condition que ce dernier soit décrit en termes génériques dans un avis inscrit ou qu'il prenne la forme d'espèces, de créances, d'instruments négociables ou de droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire.

40. Si le produit n'est pas décrit dans l'avis inscrit ou ne prend pas la forme des biens mentionnés dans la recommandation 39, la sûreté réelle mobilière sur le produit est opposable pendant [bref délai à spécifier] jours après que naît le produit et de manière continue par la suite, si elle a été rendue opposable par une des méthodes mentionnées dans la recommandation 32 ou 34 avant l'expiration de ce délai.

Opposabilité automatique d'une sûreté réelle mobilière sur un bien attaché

41. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel est opposable au moment où celui-ci devient un bien attaché, elle le reste par la suite.

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur un bien attaché soumis à un système d'inscription sur un registre spécialisé ou à un système de certificat de propriété

42. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un bien attaché à un bien meuble soumis à inscription sur un registre spécialisé ou à annotation sur un

certificat de propriété conformément à une autre loi peut être rendue opposable automatiquement, comme le prévoit la recommandation 41, ou par:

a) Inscription sur le registre spécialisé; ou

b) Annotation sur le certificat de propriété.

43. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un bien attaché à un bien immeuble peut être rendue opposable automatiquement, comme le prévoit la recommandation 41, ou par inscription dans le registre immobilier.

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

44. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel est opposable au moment où ce bien est incorporé dans une masse ou un produit fini, la sûreté qui se reporte sur la masse ou le produit fini, comme le prévoit la recommandation 22 (chapitre IV sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière), est opposable.

Continuité de l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière après un déplacement vers le présent État

45. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière est opposable conformément à la loi de l'État où se trouve le bien grevé ou le constituant (selon ce qui détermine la loi applicable en vertu des dispositions sur le conflit de lois) et si ce bien ou ce constituant se trouve ensuite dans le présent État, la sûreté reste opposable conformément à la loi du présent État pendant une période de [bref délai à spécifier] jours après ce changement de lieu de situation. Si les conditions requises par la loi du présent État pour rendre la sûreté opposable sont remplies avant l'expiration de cette période, la sûreté reste opposable par la suite conformément à la loi de l'État. Aux fins de toute règle du présent État selon laquelle la date de l'inscription ou de toute autre formalité d'opposabilité sert de référence pour déterminer le rang de priorité, cette date est celle à laquelle ladite inscription ou formalité a été accomplie conformément à la loi de l'État où le bien grevé ou le constituant se trouvait avant leur déplacement vers le présent État.

Continuité de l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière après un changement de méthode d'opposabilité

46. La loi devrait prévoir que l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière est continue nonobstant un changement de méthode pour la rendre opposable, à condition que la sûreté ne soit inopposable à aucun moment.

Perte de l'opposabilité ou caducité de l'inscription anticipée d'une sûreté réelle mobilière

47. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière a été rendue opposable et que par la suite elle ne l'est plus pendant un certain moment, l'opposabilité peut être rétablie. Dans ce cas, elle prend effet à compter de la date à laquelle elle est rétablie. De même, une inscription antérieure à la constitution d'une sûreté réelle mobilière, conformément à la recommandation 64, qui expire conformément à la recommandation 66 (chapitre VI sur le système de registre) peut

être rétablie. Dans ce cas, l'inscription prend effet à compter de la date à laquelle le nouvel avis concernant la sûreté est inscrit.

B. Recommandations sur des biens particuliers

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement d'une créance, d'un instrument négociable ou de tout autre bien meuble incorporel

48. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière sur une créance, sur un instrument négociable ou sur tout autre bien meuble incorporel entrant dans son champ d'application est opposable, cette opposabilité s'étend à toute sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement ou une autre forme d'exécution de la créance, de l'instrument ou du bien incorporel, sans que le constituant ni le créancier garanti aient à accomplir d'autres formalités. Si la sûreté personnelle ou réelle est un engagement de garantie indépendant, son opposabilité s'étend automatiquement au droit de recevoir le produit d'un tel engagement (mais, comme le prévoit la recommandation 25 b) du chapitre IV sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, la sûreté ne s'étend pas au droit de tirer l'engagement). La présente recommandation n'a pas d'incidences sur une sûreté grevant un bien immeuble qui, en vertu d'une autre loi, peut être transférée séparément d'une créance, d'un instrument négociable ou d'un autre bien meuble incorporel qu'elle garantit.

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

49. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire peut être rendue opposable par inscription, comme le prévoit la recommandation 32, ou si le créancier garanti obtient le contrôle du droit au paiement de ces fonds.

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

50. La loi devrait prévoir que, sous réserve des dispositions de la recommandation 48, une sûreté réelle mobilière sur un droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant ne peut être rendue opposable que si le créancier garanti obtient le contrôle de ce droit.

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable ou sur des biens représentés par un document négociable

51. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable peut être rendue opposable par inscription, comme le prévoit la recommandation 32, ou par transfert de la possession du document au créancier garanti.

52. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière sur un document négociable est opposable, la sûreté correspondante sur les biens représentés par ce document l'est également. Pendant la période où un document négociable représente

des biens, il est possible de rendre une sûreté sur ces biens opposable par transfert de la possession du document au créancier garanti.

53. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable qui a été rendue opposable du fait du transfert de la possession du document au créancier garanti reste opposable pendant [bref délai à spécifier] jours après sa restitution au constituant ou à une autre personne, afin que les biens représentés par le document soient finalement vendus ou échangés, chargés ou déchargés, ou encore que d'autres mesures soient prises à leur égard.

VI. Le système de registre

Objet

Les dispositions relatives au système de registre ont pour objet d'établir un registre général des sûretés et d'en réglementer le fonctionnement. Le système de registre a pour objet de fournir:

a) Une méthode par laquelle une sûreté réelle mobilière existante ou future sur des biens existants ou futurs du constituant peut être rendue opposable;

b) Un cadre de référence efficace pour les règles de priorité fondées sur la date d'inscription d'un avis concernant une sûreté réelle mobilière; et

c) Une source objective d'information permettant aux tiers réalisant des opérations avec des biens du constituant (comme des créanciers garantis et des acheteurs éventuels, des créanciers judiciaires et le représentant de l'insolvabilité du constituant) de savoir si les biens sont grevés d'une sûreté réelle mobilière.

Pour ce faire, le système de registre devrait être conçu de sorte que l'inscription et la recherche soient simples, rapides, économiques, commodes et accessibles au public.

Cadre de fonctionnement de l'inscription et de la recherche

54. La loi devrait faire en sorte que:

a) Des guides clairs et concis sur les procédures d'inscription et de recherche soient accessibles à un large public et que des informations relatives à l'existence et au rôle du registre soient largement diffusées;

b) L'inscription soit effectuée par enregistrement d'un avis qui fournit les informations spécifiées dans la recommandation 57, et non par la présentation de l'original ou d'une copie de la convention constitutive de sûreté ou d'un autre document;

c) Le registre accepte un avis présenté par un moyen de communication autorisé (par exemple sur papier ou par voie électronique) sauf si celui-ci:

i) N'est pas accompagné des frais d'inscription requis;

ii) N'identifie pas suffisamment le constituant pour permettre l'indexation; ou

iii) Ne contient pas d'autres éléments d'information requis par la recommandation 57;

d) Le conservateur du registre n'exige pas que l'identité de la personne procédant à l'inscription ou l'existence d'une autorisation d'inscription de l'avis soit vérifiée, et ne réalise aucun autre examen approfondi de la teneur de l'avis;

e) Le fichier du registre soit centralisé et contienne tous les avis concernant des sûretés enregistrés en vertu de la présente loi;

f) Les informations contenues dans le fichier du registre soient accessibles au public;

g) L'utilisateur puisse effectuer une recherche sans avoir à justifier celle-ci;

h) Les avis soient indexés et puissent être retrouvés par les utilisateurs à partir du nom du constituant ou de quelque autre élément fiable permettant d'identifier celui-ci;

i) Les frais d'inscription et de recherche éventuels ne soient pas plus élevés que nécessaire pour permettre le recouvrement des coûts;

j) Si possible, le système d'inscription soit électronique. En particulier que,

i) Les avis soient conservés sous forme électronique dans une base de données informatique;

ii) Les personnes qui procèdent à une inscription et celles qui font une recherche aient un accès immédiat au fichier du registre par des moyens électroniques ou similaires, y compris Internet et l'échange de données informatisées;

iii) Le système soit programmé pour réduire au maximum le risque de saisie d'informations incomplètes ou inutiles; et

iv) Le système soit programmé pour faciliter une extraction rapide et complète des informations et pour réduire au maximum les conséquences pratiques des erreurs humaines.

k) Les personnes procédant à l'inscription aient le choix entre plusieurs modes et points d'accès au registre; et

l) Le registre, s'il est électronique, fonctionne en continu sauf pendant les opérations prévues de maintenance et, s'il ne l'est pas, qu'il pratique des horaires de service fiables et réguliers qui sont compatibles avec les besoins des utilisateurs potentiels.

Sécurité et intégrité du registre

55. Afin d'assurer la sécurité et l'intégrité du registre, la loi devrait prévoir que le cadre de fonctionnement et le cadre juridique du registre devraient présenter les caractéristiques suivantes:

a) Bien que l'exploitation courante du registre puisse être déléguée à un organisme privé, l'État continue de veiller à ce que le registre soit exploité conformément au cadre juridique qui s'applique à lui;

b) L'identité de la personne procédant à l'inscription est demandée et conservée par le registre[27];

c) La personne procédant à l'inscription est tenue de transmettre une copie de l'avis au constituant désigné sur celui-ci. Un manquement de la part du créancier garanti à cette obligation ne peut entraîner que des sanctions mineures et la réparation de tout dommage, causé par ce manquement, susceptible d'être prouvé;

d) Le registre est tenu d'envoyer rapidement une copie de toute modification apportée à un avis inscrit à la personne qui y est identifiée comme le créancier garanti;

e) Une personne procédant à l'inscription peut obtenir une copie de cette inscription aussitôt après la saisie des informations dans le fichier du registre; et

f) Toutes les informations contenues dans les fichiers du registre sont conservées en plusieurs exemplaires et l'intégralité de ces fichiers peut être reconstituée en cas de perte ou de dommage.

Responsabilité en cas de perte ou de dommage

56. La loi devrait prévoir à qui incombe la responsabilité en cas de perte ou de dommage causé par une erreur dans l'administration ou l'exploitation du système d'inscription et de recherche. Si le système est conçu pour permettre aux utilisateurs d'inscrire et de rechercher directement des avis sans intervention du personnel du registre, la responsabilité du registre en cas de perte ou de dommage devrait se limiter aux défaillances du système.

Teneur exigée de l'avis

57. La loi devrait prévoir que seuls les éléments suivants doivent figurer sur l'avis:

a) L'élément identifiant le constituant, conformément aux règles énoncées dans les recommandations 58 à 60, et le créancier garanti ou son représentant, ainsi que leur adresse;

b) Une description du bien visé par l'avis, conformément aux règles énoncées dans la recommandation 63;

c) La durée de l'inscription, conformément à la recommandation 66; et

d) Si l'État estime qu'il est utile pour faciliter des prêts subordonnés d'indiquer le montant monétaire maximum pour lequel la sûreté peut être réalisée, une déclaration de ce montant maximum.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être envisager trois recommandations supplémentaires (par exemple sous l'intitulé "avis erronés") libellées à peu près comme suit:*

> *"X. La loi devrait prévoir qu'une erreur dans l'élément identifiant le créancier garanti ou son représentant ou dans son adresse ne prive pas d'effet un avis inscrit à condition qu'elle n'ait pas gravement induit en erreur une personne raisonnable effectuant une recherche.*

[27] Concernant la vérification de cette identité, voir l'alinéa d) de la recommandation 54.

Y. La loi devrait prévoir qu'une erreur dans la description de certains biens grevés ne prive pas d'effet un avis inscrit concernant les autres biens décrits de façon satisfaisante.

Z. La loi devrait prévoir qu'une erreur dans les informations fournies sur l'avis concernant la durée de l'inscription et le montant maximum garanti, si celui-ci doit être mentionné, ne prive pas d'effet un avis inscrit."]

Caractère suffisant de l'élément identifiant le constituant

58. La loi devrait prévoir que l'inscription d'un avis n'a effet que si celui-ci identifie correctement le constituant ou, en cas d'indication incorrecte, si une recherche dans le fichier du registre à partir de l'élément d'identification correct permet de retrouver l'avis.

59. La loi devrait prévoir que, lorsque le constituant est une personne physique, l'élément permettant de l'identifier pour que l'inscription produise effet est son nom, tel qu'il figure sur un document officiel déterminé. Lorsque cela est nécessaire, des informations supplémentaires, comme la date de naissance ou le numéro de carte d'identité, devraient être exigées pour identifier le constituant de manière unique.

60. La loi devrait prévoir que, lorsque le constituant est une personne morale, l'élément permettant de l'identifier pour que l'inscription produise effet est le nom qui figure dans ses documents constitutifs.

Incidence d'un changement de l'élément identifiant le constituant sur l'efficacité de l'inscription

61. La loi devrait prévoir que si, après enregistrement d'un avis, l'élément qui y est utilisé pour identifier le constituant change et, de ce fait, n'est plus conforme aux règles énoncées dans les recommandations 58 à 60, le créancier garanti peut modifier l'avis inscrit de manière à indiquer le nouvel élément identifiant le constituant conformément à ces règles. Si le créancier garanti n'enregistre pas la modification dans un délai de [bref délai à spécifier] jours après le changement, la sûreté réelle mobilière est inopposable:

a) Au titulaire d'une sûreté réelle mobilière concurrente pour laquelle un avis a été inscrit ou qui a été rendue opposable par une autre méthode avant l'enregistrement de la modification; et

b) À une personne qui achète, loue ou prend sous licence le bien grevé avant l'enregistrement de la modification.

Incidence du transfert d'un bien grevé sur l'efficacité de l'inscription

62. La loi devrait prévoir que si, après enregistrement d'un avis, le constituant transfère le bien grevé, le créancier garanti peut modifier l'avis inscrit de manière à indiquer l'élément identifiant le bénéficiaire du transfert. S'il n'enregistre pas la modification dans un délai de [bref délai à spécifier] jours après le transfert, la sûreté réelle mobilière est inopposable:

a) Au titulaire d'une sûreté réelle mobilière concurrente pour laquelle un avis a été inscrit ou qui a été rendue opposable par une autre méthode avant l'enregistrement de la modification; et

b) À une personne qui achète, loue ou prend sous licence le bien grevé avant l'enregistrement de la modification.

Caractère suffisant de la description des biens visés par un avis

63. La loi devrait prévoir qu'une description des biens grevés dans l'avis est suffisante si elle satisfait aux exigences de la recommandation 14, alinéa d) (chapitre IV sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière).

Moment où un avis peut être inscrit

64. La loi devrait prévoir qu'un avis relatif à une sûreté réelle mobilière peut être inscrit avant ou après la constitution de la sûreté ou la conclusion de la convention constitutive de sûreté.

Un avis suffit pour plusieurs sûretés réelles mobilières découlant de plusieurs conventions conclues entre les mêmes parties

65. La loi devrait prévoir que l'inscription d'un avis unique suffit pour assurer l'opposabilité d'une ou de plusieurs sûretés réelles mobilières, qu'elles existent au moment de l'inscription ou soient créées par la suite, et qu'elles découlent d'une ou de plusieurs conventions constitutives de sûreté conclues entre les mêmes parties.

Durée et prorogation de l'inscription d'un avis

66. La loi devrait soit spécifier la durée d'effet de l'inscription d'un avis soit autoriser la personne procédant à l'inscription à spécifier cette durée dans l'avis lors de l'inscription et à la prolonger à tout moment avant son expiration. Dans l'un ou l'autre cas, le créancier garanti devrait être en droit de prolonger la durée d'effet en présentant un avis de modification au registre à tout moment avant l'expiration des effets de l'avis. Si la loi spécifie la durée d'effet de l'inscription, la durée de la prorogation résultant de l'inscription de l'avis de modification devrait être équivalente à la durée initiale. Si la loi autorise la personne procédant à l'inscription à spécifier la durée d'effet de l'inscription, la durée de la prorogation devrait être celle spécifiée dans l'avis de modification.

Moment où prend effet l'enregistrement d'un avis ou d'une modification

67. La loi devrait prévoir que l'enregistrement d'un avis ou d'une modification prend effet lorsque les informations qui y sont contenues sont saisies dans les fichiers du registre de manière à être accessibles aux personnes effectuant une recherche dans lesdits fichiers.

Autorisation d'inscription

68. La loi devrait prévoir que l'inscription d'un avis est sans effet à moins que le constituant l'ait autorisée par écrit. L'autorisation peut être donnée avant ou après l'inscription. Une convention constitutive de sûreté écrite suffit pour autoriser

l'inscription. L'efficacité de l'inscription ne dépend pas de l'identité de la personne qui y procède.

Radiation ou modification d'un avis

69. La loi devrait prévoir que, si aucune convention constitutive de sûreté n'a été conclue, si la sûreté est éteinte du fait du paiement intégral ou pour une autre raison ou si un avis inscrit n'est pas autorisé par le constituant:

a) Le créancier garanti est tenu de présenter au registre un avis visant à faire radier ou à modifier dans la mesure appropriée cet avis inscrit dans un délai de [bref délai à spécifier] jours après avoir reçu une demande écrite du constituant;

b) Le constituant est en droit de demander la radiation ou une modification appropriée de l'avis par une procédure judiciaire ou administrative simplifiée;

c) Le constituant est en droit de demander la radiation ou une modification appropriée de l'avis conformément à l'alinéa b), même avant l'expiration du délai prévu à l'alinéa a), à condition que des mécanismes adaptés soient en place pour protéger le créancier garanti.

70. La loi devrait prévoir que le créancier garanti est en droit de présenter au registre un avis visant à faire radier ou à modifier dans la mesure appropriée un avis déjà inscrit à tout moment.

71. La loi devrait prévoir que, rapidement après qu'un avis inscrit a expiré, comme le prévoit la recommandation 66, ou a été radié, comme le prévoit la recommandation 69 ou 70, les informations qui y figurent devraient être supprimées des fichiers du registre accessibles au public. Toutefois, les informations fournies sur l'avis ainsi expiré, radié ou modifié et celles concernant son expiration, sa radiation ou sa modification devraient être conservées pour pouvoir être retrouvées si nécessaire.

72. La loi devrait prévoir que, dans le cas d'une cession de l'obligation garantie, l'avis peut être modifié pour que soit indiqué le nom du nouveau créancier garanti, mais l'avis non modifié continue de produire effet.

VII. Priorité d'une sûreté réelle mobilière

Objet

Les dispositions relatives à la priorité d'une sûreté réelle mobilière ont pour objet:

a) D'énoncer des règles pour déterminer de manière efficace et prévisible la priorité d'une sûreté réelle mobilière; et

b) De faciliter les opérations par lesquelles un constituant peut créer plusieurs sûretés réelles mobilières sur le même bien et tirer ainsi parti de la valeur totale de ses biens pour obtenir des crédits.

A. Recommandations générales

Priorité entre des sûretés réelles mobilières grevant les mêmes biens

73. La loi devrait prévoir que la priorité entre des sûretés réelles mobilières concurrentes grevant les mêmes biens est déterminée comme suit:

a) La priorité entre des sûretés rendues opposables par inscription d'un avis est déterminée en fonction de l'ordre d'inscription, quel que soit l'ordre de leur constitution;

b) La priorité entre des sûretés rendues opposables par une méthode autre que l'inscription est déterminée en fonction de l'ordre dans lequel elles sont rendues opposables;

c) La priorité entre une sûreté rendue opposable par inscription et une sûreté rendue opposable par une autre méthode est déterminée (indépendamment du moment de la constitution) en fonction de l'ordre dans lequel sont intervenues l'inscription et l'autre méthode d'opposabilité.

La présente recommandation est soumise aux exceptions prévues dans les recommandations 74, 75 et 84 à 106, ainsi que les recommandations 174 à 182 (chapitre XI sur l'approche unitaire du financement d'acquisitions).

Priorité d'une sûreté réelle mobilière ou d'un autre droit inscrit dans un registre spécialisé ou annoté sur un certificat de propriété

74. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un bien qui est rendue opposable par inscription dans un registre spécialisé ou par annotation sur un certificat de propriété, comme le prévoit la recommandation 38 (chapitre V sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière), a la priorité sur:

a) Une sûreté réelle mobilière grevant le même bien pour laquelle un avis a été inscrit dans le registre général des sûretés ou qui a été rendue opposable par une méthode autre que l'inscription dans un registre spécialisé ou l'annotation sur un certificat de propriété, indépendamment de l'ordre; et

b) Une sûreté réelle mobilière qui a été inscrite dans le registre spécialisé ou annotée sur un certificat de propriété postérieurement.

75. La loi devrait prévoir que, si un bien grevé est transféré, loué ou mis sous licence et si, au moment du transfert, de la location ou de la mise sous licence, une sûreté sur ce bien a été rendue opposable par inscription dans un registre spécialisé ou par annotation sur un certificat de propriété, comme le prévoit la recommandation 38 (chapitre V sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière), les droits qu'acquiert le bénéficiaire du transfert, le preneur à bail ou le titulaire de licence sont soumis à la sûreté, sous réserve des dispositions des recommandations 76 à 78. En revanche, si la sûreté n'a pas été rendue opposable par inscription dans un registre spécialisé ou par annotation sur un certificat de propriété, les droits qu'acquiert le bénéficiaire du transfert, le preneur à bail ou le titulaire de licence sont libres de la sûreté.

Priorité des droits des bénéficiaires du transfert, des preneurs à bail et des titulaires de licence d'un bien grevé

76. La loi devrait prévoir que, si un bien grevé est transféré, loué ou mis sous licence et si une sûreté réelle mobilière grevant ce bien est opposable au moment du transfert, de la location ou de la mise sous licence, les droits qu'acquiert le bénéficiaire du transfert, le preneur à bail ou le titulaire de licence sont soumis à la sûreté, sous réserve des dispositions des recommandations 75 et 77 à 79.

77. La loi devrait prévoir que:

a) Une sûreté réelle mobilière cesse de grever un bien que le constituant vend ou dont il dispose d'une autre manière, si le créancier garanti autorise cette vente ou cet autre acte de disposition du bien libre de la sûreté; et

b) Une sûreté réelle mobilière est sans incidence sur les droits d'un preneur à bail ou d'un titulaire de licence du bien grevé si le créancier garanti autorise le constituant à louer ou à mettre sous licence le bien sans que la sûreté n'ait d'incidence sur lui.

78. La loi devrait prévoir que:

a) L'acheteur d'un bien meuble corporel (autre qu'un instrument ou document négociable) vendu dans le cours normal des affaires du vendeur prend le bien libre de la sûreté, à condition qu'au moment de la vente, il ne sache pas que la vente viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté;

b) Une sûreté grevant un bien meuble corporel (autre qu'un instrument ou document négociable) est sans incidence sur les droits d'un preneur à bail de ce bien loué dans le cours normal des affaires du bailleur, à condition qu'au moment de la conclusion du bail, le preneur ne sache pas que cette location viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté; et

c) Une sûreté grevant un bien meuble incorporel est sans incidence sur les droits d'un titulaire de licence non exclusive de ce bien mis sous licence dans le cours normal des affaires du donneur de licence, à condition qu'au moment de la conclusion de l'accord de licence, le titulaire de licence ne sache pas que cette licence viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté.

79. La loi devrait prévoir que, si un acheteur acquiert un droit sur un bien grevé libre d'une sûreté réelle mobilière, toute personne qui par la suite acquiert auprès de lui un droit sur ce bien l'acquiert aussi libre de la sûreté. Si une sûreté réelle mobilière n'a aucune incidence sur les droits d'un preneur à bail ou d'un titulaire de licence, elle n'a aucune incidence non plus sur les droits d'un sous-locataire ou d'un titulaire d'une sous-licence.

Priorité des créances privilégiées

80. La loi devrait limiter tant le type que le montant des créances privilégiées naissant par l'effet de la loi qui ont priorité sur les sûretés réelles mobilières et, si de telles créances existent, elles devraient être décrites dans la loi de manière claire et précise.

Priorité des droits des créanciers judiciaires

81. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière a priorité sur les droits d'un créancier chirographaire à moins que celui-ci ait obtenu, en vertu d'une autre loi, un jugement ou une décision judiciaire provisoire contre le constituant et pris les mesures nécessaires pour acquérir des droits sur des biens du constituant sur le fondement de ce jugement ou de cette décision avant que la sûreté n'ait été rendue opposable. La priorité de la sûreté s'applique au crédit accordé par le créancier garanti:

a) Avant l'expiration d'un délai de [bref délai à spécifier] jours après que le créancier chirographaire l'a avisé du fait qu'il a pris les mesures nécessaires pour acquérir des droits sur le bien grevé; ou

b) En vertu d'un engagement irrévocable de crédit (d'un montant déterminé ou à déterminer selon une formule spécifiée) de la part du créancier garanti, si cet engagement a été souscrit avant que le créancier chirographaire ne l'ait avisé du fait qu'il a pris les mesures nécessaires pour acquérir des droits sur le bien grevé.

La présente recommandation est soumise à l'exception prévue dans la recommandation 179 (chapitre XI sur l'approche unitaire du financement d'acquisitions).

Priorité des droits des personnes fournissant des services concernant un bien grevé

82. La loi devrait prévoir que, si une autre loi confère des droits équivalents à des sûretés réelles mobilières à un créancier qui a fourni des services concernant un bien grevé (par exemple en le réparant, en le stockant ou en le transportant), ces droits sont limités au bien en possession dudit créancier à concurrence de la valeur raisonnable des services fournis et ont priorité sur les sûretés réelles mobilières grevant le même bien qui ont été rendues opposables par l'une des méthodes mentionnées dans la recommandation 32 ou 34 (chapitre V sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière).

Priorité du droit de revendication d'un fournisseur

83. La loi devrait prévoir que, si une autre loi confère à un fournisseur de biens meubles corporels le droit de revendiquer ces biens, ce droit de revendication est primé par une sûreté réelle mobilière rendue opposable avant qu'il n'ait été exercé par le fournisseur.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un bien attaché à un bien immeuble

84. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière ou tout autre droit (tel que le droit d'un acheteur ou d'un preneur à bail) sur un bien attaché à un bien immeuble qui est constitué et rendu opposable conformément au droit immobilier, comme le prévoient les recommandations 21 et 43 (chapitre IV sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière), a priorité sur une sûreté réelle mobilière grevant ce bien attaché rendue opposable par une des méthodes mentionnées dans la recommandation 32 ou 34 (chapitre V sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière).

85. La loi devrait prévoir que, lorsqu'elle est rendue opposable par inscription sur le registre immobilier conformément à la recommandation 43 (chapitre V sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière), une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel qui est attaché à un bien immeuble au moment où elle est rendue opposable ou qui l'est par la suite a priorité sur une sûreté réelle mobilière ou tout autre droit sur l'immeuble concerné (tel que le droit d'un acheteur ou d'un preneur à bail) inscrit postérieurement dans le registre immobilier.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un bien attaché à un bien meuble

86. Une sûreté réelle mobilière ou tout autre droit (tel que le droit d'un acheteur ou d'un preneur à bail) sur un bien attaché à un bien meuble qui est rendu opposable par inscription sur un registre spécialisé ou annotation sur un certificat de propriété conformément à la recommandation 42 (chapitre V sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière) a priorité sur une sûreté réelle mobilière ou un autre droit sur le meuble concerné inscrit postérieurement dans le registre spécialisé ou annoté postérieurement sur le certificat de propriété.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant une masse ou un produit fini

87. La loi devrait prévoir que, si deux sûretés réelles mobilières ou plus grevant le même bien meuble corporel se reportent sur une masse ou sur un produit fini, comme le prévoit la recommandation 22 (chapitre IV sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière), elles conservent le rang de priorité qu'elles avaient les unes par rapport aux autres immédiatement avant que le bien ait été intégré à la masse ou au produit fini.

88. La loi devrait prévoir que, si des sûretés réelles mobilières grevant des biens meubles corporels distincts se reportent sur la même masse ou le même produit fini et si chaque sûreté est opposable, chaque créancier garanti a droit à une part égale au rapport entre la valeur de sa sûreté et la valeur maximum totale des sûretés sur la masse ou le produit fini. Pour cette formule, la valeur maximum d'une sûreté est soit la valeur déterminée conformément à la recommandation 22 (chapitre IV sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière), soit le montant de l'obligation garantie si ce dernier est inférieur.

89. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière grevant un bien meuble corporel distinct en garantie du paiement de son acquisition qui se reporte sur une masse ou sur un produit fini et qui est opposable a priorité sur une sûreté réelle mobilière accordée par le même constituant sur la masse ou le produit fini.

Caractère indifférent de la connaissance de l'existence d'une sûreté réelle mobilière

90. La loi devrait prévoir que la connaissance de l'existence d'une sûreté réelle mobilière de la part d'un réclamant concurrent n'a aucune incidence sur la priorité[28].

---

[28] Concernant l'incidence du fait de savoir qu'une opération viole les droits d'un créancier garanti, voir les recommandations 78, 99, alinéa b), 102 et 103.

Cession de rang

91. La loi devrait prévoir qu'un réclamant concurrent prioritaire peut à tout moment renoncer unilatéralement ou conventionnellement à sa priorité en faveur de tout autre réclamant concurrent existant ou futur.

Incidence de la continuité de l'opposabilité sur la priorité

92. La loi devrait prévoir qu'aux fins de la recommandation 73, la priorité d'une sûreté réelle mobilière n'est pas affectée par une modification de la méthode par laquelle la sûreté est rendue opposable, à condition que la sûreté ne soit inopposable à aucun moment.

93. La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière a été visée par un avis inscrit ou rendue opposable et si, par la suite, pendant un certain temps, elle n'est ni visée par un avis inscrit ni opposable, sa priorité remonte à la première date à laquelle elle est ensuite soit visée par un avis inscrit soit rendue opposable.

Priorité des sûretés réelles mobilières garantissant des obligations existantes ou futures

94. La loi devrait prévoir que, sous réserve des dispositions de la recommandation 81, la priorité d'une sûreté réelle mobilière s'étend à toutes les obligations garanties, indépendamment du moment auquel elles ont été souscrites.

Portée de la priorité

95. La loi devrait prévoir que, si un État applique la recommandation 57, alinéa d) (chapitre VI sur le système de registre), la priorité d'une sûreté réelle mobilière est limitée au montant maximum indiqué dans l'avis inscrit.

Application des règles de priorité à une sûreté réelle mobilière sur des biens à venir

96. La loi devrait prévoir qu'aux fins de la recommandation 73, alinéas a) et c), la priorité d'une sûreté réelle mobilière s'étend à tous les biens grevés visés par l'avis inscrit, que ceux-ci soient acquis par le constituant ou soient créés à la date de l'inscription ou encore avant ou après cette date.

Application des règles de priorité à une sûreté réelle mobilière sur le produit

97. La loi devrait prévoir qu'aux fins de la recommandation 73, la date de l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur un bien grevé ou de l'inscription d'un avis la concernant est aussi celle de l'opposabilité ou de l'inscription de cette sûreté sur le produit du bien en question.

B. Recommandations sur des biens particuliers

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un instrument négociable

98. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable qui est rendue opposable par transfert de la possession de l'instrument, comme le prévoit la recommandation 37 (chapitre V sur l'opposabilité d'une sûreté

réelle mobilière), a priorité sur une sûreté réelle mobilière grevant l'instrument qui est rendue opposable par n'importe quelle autre méthode.

99. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable qui est rendue opposable par une méthode autre que le transfert de la possession de l'instrument a un rang inférieur aux droits d'un créancier garanti, d'un acheteur ou d'une autre personne à qui l'instrument est transféré (par convention) qui:

a) Est considérée comme un porteur protégé par la loi régissant les instruments négociables; ou

b) Prend possession de l'instrument négociable et s'exécute de bonne foi sans savoir que le transfert est effectué en violation des droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté.

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

100. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire qui est rendue opposable par contrôle, comme le prévoit la recommandation 49 (chapitre V sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière), a priorité sur une sûreté réelle mobilière concurrente rendue opposable par n'importe quelle autre méthode. Si une banque dépositaire conclut des accords de contrôle avec plusieurs créanciers garantis, la priorité entre ces créanciers garantis est déterminée en fonction de l'ordre dans lequel ces accords sont conclus. Si le créancier garanti n'est autre que la banque dépositaire, sa sûreté a priorité sur toute autre sûreté (y compris une sûreté rendue opposable par un accord de contrôle passé avec elle, même si sa sûreté est postérieure) à l'exception de celle d'un créancier garanti qui a obtenu le contrôle en devenant titulaire du compte.

101. La loi devrait prévoir que tout droit de la banque dépositaire, en vertu d'une autre loi, d'effectuer une compensation entre les obligations dont le constituant lui est redevable et le droit du constituant au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire a priorité sur la sûreté réelle mobilière d'un créancier garanti autre que celui ayant obtenu le contrôle en devenant titulaire du compte.

102. La loi devrait prévoir que, lorsque le constituant transfère des fonds d'un compte bancaire, le bénéficiaire de ce transfert prend ces fonds libres de toute sûreté réelle mobilière sur le droit au paiement des fonds crédités sur le compte, sauf s'il sait que le transfert viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté. La présente recommandation ne porte pas atteinte aux droits conférés par une autre loi aux bénéficiaires de transferts de fonds provenant de comptes bancaires.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant des espèces

103. La loi devrait prévoir qu'une personne qui entre en possession d'espèces grevées d'une sûreté réelle mobilière prend ces espèces libres de la sûreté, à moins que cette personne sache que le transfert viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté. La présente recommandation ne porte pas atteinte aux droits conférés par une autre loi aux détenteurs d'espèces.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant

104. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant qui est rendue opposable par contrôle, a priorité sur une sûreté réelle mobilière rendue opposable conformément à la recommandation 48 (chapitre V sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière). Si le contrôle a été obtenu par acceptation et si des acceptations contradictoires ont été données par une personne à plusieurs créanciers garantis, la priorité entre les sûretés est déterminée en fonction de l'ordre dans lequel les acceptations ont été données.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un document négociable ou des biens meubles corporels représentés par un document négociable

105. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable et des biens meubles corporels représentés par ce dernier a un rang inférieur à tous droits supérieurs acquis par un bénéficiaire du transfert de ce document conformément à la loi régissant les documents négociables.

106. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel qui a été rendue opposable par transfert de la possession d'un document négociable a priorité sur une sûreté réelle mobilière concurrente rendue opposable par une autre méthode. La présente règle ne s'applique pas à une sûreté réelle mobilière grevant des biens autres que des stocks, si la sûreté du créancier garanti qui n'est pas en possession du document négociable a été rendue opposable avant l'une des deux dates suivantes, la plus rapprochée étant retenue:

a) Celle à laquelle le bien devient représenté par le document; ou

b) Celle à laquelle le constituant et le créancier garanti en possession du document ont conclu un accord prévoyant que le bien sera représenté par un document négociable pour autant que le bien devienne ainsi représenté dans un délai de [bref délai à spécifier] jours à compter de la date de l'accord."

VIII. Droits et obligations des parties à une convention constitutive de sûreté

Objet

Les dispositions relatives aux droits et obligations des parties ont pour objet de renforcer l'efficacité des opérations garanties et de réduire le coût de ces opérations et les risques de litige:

a) En énonçant des règles impératives sur les droits et obligations de la partie en possession du bien grevé;

b) En énonçant des règles non impératives concernant les droits et obligations des parties qui s'appliquent lorsque celles-ci n'ont pas abordé ces questions dans leur convention; et

c) En énonçant des règles non impératives devant servir d'outil d'aide à la rédaction ou de liste récapitulative de questions que les parties souhaiteront peut-être aborder dans leur convention.

A. Recommandations générales

Droits et obligations des parties à une convention constitutive de sûreté[29]

107. La loi devrait prévoir que les droits et obligations réciproques des parties sont déterminés par:

a) Les termes et conditions de leur convention, y compris toutes règles ou toutes conditions générales qui y sont mentionnées;

b) Les usages auxquels elles ont consenti; et

c) Sauf convention contraire, les habitudes qui se sont établies entre elles.

Règles impératives

108. La loi devrait prévoir que la partie en possession d'un bien grevé doit prendre des mesures raisonnables pour préserver ce bien et sa valeur.

109. Le créancier garanti doit restituer un bien grevé en sa possession si la sûreté réelle mobilière est éteinte du fait du complet paiement ou d'une autre manière[30].

Règles non impératives

110. La loi devrait prévoir que, sauf convention contraire, le créancier garanti a le droit:

a) De se faire rembourser les frais raisonnables exposés pour préserver un bien grevé en sa possession;

b) De faire un usage raisonnable d'un bien grevé en sa possession et d'affecter les recettes qu'il génère au paiement de l'obligation garantie; et

c) D'inspecter un bien grevé en possession du constituant.

B. Recommandations sur des biens particuliers

Garanties dues par le cédant[31]

111. En ce qui concerne une cession d'une créance contractuelle, la loi devrait prévoir que:

a) Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, le cédant garantit, à la date de la conclusion du contrat de cession, que:

i) Il a le droit de céder la créance;

---

[29] Pour la recommandation 107, voir article 11 de la Convention des Nations Unies sur la cession.

[30] Pour l'obligation incombant au créancier garanti de faire radier un avis inscrit, voir la recommandation 69 (chapitre VI sur le système de registre).

[31] Pour les recommandations 111 à 113, voir les articles 12 à 14 de la Convention des Nations Unies sur la cession.

ii) Il n'a pas déjà cédé la créance à un autre cessionnaire; et

iii) Le débiteur de la créance ne peut ni ne pourra invoquer aucune exception ni aucun droit à compensation;

b) Sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, le cédant ne garantit pas que le débiteur de la créance peut ou pourra payer.

Droit de notifier la cession au débiteur de la créance

112. La loi devrait prévoir que:

a) Sauf convention contraire entre eux, le cédant et le cessionnaire peuvent, l'un ou l'autre ou ensemble, envoyer au débiteur de la créance une notification de la cession ainsi que des instructions de paiement mais, une fois la notification envoyée, il appartient au seul cessionnaire d'envoyer ces instructions; et

b) Une notification de la cession ou des instructions de paiement, envoyées en violation d'une convention visée à l'alinéa a) de la présente recommandation, ne sont pas invalidées aux fins de la recommandation 117 (chapitre IX sur les droits et obligations des tiers débiteurs) en raison de cette violation. Toutefois, aucune disposition de la présente recommandation n'a d'incidences sur les obligations ou la responsabilité de la partie ayant violé la convention à raison du dommage qui en résulte.

Droit du cessionnaire à recevoir paiement

113. La loi devrait prévoir que:

a) Dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire, sauf convention contraire et qu'une notification de la cession ait ou non été envoyée:

i) Si un paiement au titre de la créance cédée est effectué au cessionnaire, celui-ci est fondé à conserver le produit et les biens meubles corporels restitués au titre de cette créance;

ii) Si un paiement au titre de la créance cédée est effectué au cédant, le cessionnaire est fondé à recevoir paiement du produit et à se faire remettre les biens meubles corporels restitués au cédant au titre de la créance cédée; et

iii) Si un paiement au titre de la créance cédée est effectué à une autre personne sur laquelle le cessionnaire a priorité, celui-ci est fondé à recevoir paiement du produit et à se faire remettre les biens meubles corporels restitués à cette personne au titre de la créance cédée;

b) Le cessionnaire n'est pas fondé à conserver plus que la valeur de son droit sur la créance.

IX. Droits et obligations des tiers débiteurs

Objet

Les dispositions relatives aux droits et obligations des tiers débiteurs ont pour objet de renforcer l'efficacité des opérations garanties lorsque le bien grevé est une

obligation de paiement ou une autre forme d'exécution due par un tiers au constituant en:

a) Énonçant des règles sur les droits et obligations de parties à la cession d'une créance et sur la protection du débiteur de la créance;

b) Énonçant des règles visant à assurer la cohérence entre la loi sur les opérations garanties et d'autres lois relatives aux droits et aux obligations découlant d'instruments négociables et de documents négociables; et

c) Énonçant des règles visant à assurer la cohérence entre le régime des opérations garanties et d'autres lois régissant les droits et les obligations des banques dépositaires ainsi que du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée dans un engagement de garantie indépendant.

A. Droits et obligations du débiteur de la créance[32]

Protection du débiteur de la créance

114. La loi devrait prévoir que:

a) Sauf disposition contraire de la présente loi et à moins que le débiteur de la créance n'y consente, une cession de créance n'a pas d'incidences sur les droits et obligations de ce dernier, y compris sur les conditions de paiement énoncées dans le contrat initial; et

b) Les instructions de paiement peuvent être modifiées en ce qui concerne la personne, l'adresse ou le compte auxquels le débiteur de la créance doit effectuer le paiement, mais non en ce qui concerne:

i) La monnaie de paiement spécifiée dans le contrat initial; ou

ii) L'État dans lequel il est spécifié dans le contrat initial que le paiement doit être effectué, sauf à le remplacer par l'État dans lequel le débiteur de la créance est situé.

Notification de la cession au débiteur de la créance

115. La loi devrait prévoir que:

a) Une notification de la cession ou des instructions de paiement produisent leurs effets lorsqu'elles sont reçues par le débiteur de la créance, si elles sont formulées dans une langue dont il est raisonnable de penser qu'elle permet à celui-ci d'en comprendre le contenu. Il suffit en tout état de cause qu'elles soient formulées dans la langue du contrat initial;

b) La notification de la cession ou les instructions de paiement peuvent porter sur des créances nées après la notification; et

c) La notification d'une cession subséquente vaut notification de toute cession antérieure.

---

[32] Pour les recommandations 115 à 120, voir les articles 16 à 21 de la Convention des Nations Unies sur la cession.

Paiement libératoire du débiteur de la créance

116. La loi devrait prévoir que:

a) Tant qu'il n'a pas reçu notification de la cession, le débiteur de la créance est fondé à effectuer un paiement libératoire conformément au contrat initial;

b) Lorsqu'il a reçu notification de la cession, sous réserve des alinéas c) à h) de la présente recommandation, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire uniquement au cessionnaire ou, si d'autres instructions de paiement lui sont données dans la notification de la cession ou lui sont communiquées ultérieurement par écrit par le cessionnaire, conformément à ces instructions;

c) S'il reçoit plusieurs instructions de paiement relatives à une seule cession de la même créance effectuée par le même cédant, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire conformément aux dernières instructions reçues du cessionnaire avant le paiement;

d) S'il reçoit notification de plusieurs cessions de la même créance effectuées par le même cédant, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire conformément à la première notification reçue;

e) S'il reçoit notification d'une ou plusieurs cessions subséquentes, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire conformément à la notification de la dernière de ces cessions subséquentes;

f) S'il reçoit notification de la cession d'une fraction d'une ou plusieurs créances ou d'un droit indivis sur celles-ci, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire conformément à la notification ou conformément à la présente recommandation comme s'il n'avait pas reçu de notification. S'il paie conformément à la notification, le paiement n'est libératoire qu'à concurrence de la fraction ou du droit indivis payé;

g) S'il reçoit notification de la cession du cessionnaire, le débiteur de la créance est fondé à demander à celui-ci de prouver de manière appropriée, dans un délai raisonnable, que la cession du cédant initial au cessionnaire initial et toute cession intermédiaire ont été effectuées; faute pour le cessionnaire de se conformer à cette demande, le débiteur de la créance peut effectuer un paiement libératoire conformément à la présente recommandation comme s'il n'avait pas reçu de notification. La cession est considérée comme prouvée de manière appropriée au moyen, notamment, de tout écrit émanant du cédant et indiquant qu'elle a bien eu lieu; et

h) La présente recommandation n'a d'incidence sur aucun autre motif conférant valeur libératoire au paiement effectué par le débiteur de la créance à la personne fondée à le recevoir, à une autorité judiciaire ou autre autorité compétente ou à un organisme public de consignation.

Exceptions et droits à compensation du débiteur de la créance

117. La loi devrait prévoir que:

a) Lorsque le cessionnaire forme contre le débiteur de la créance une demande de paiement de la créance cédée, celui-ci peut lui opposer toutes les exceptions et tous les droits à compensation qui découlent du contrat initial ou de tout autre contrat faisant partie de la même opération et qu'il pourrait invoquer comme si la cession n'avait pas eu lieu et si la demande était formée par le cédant;

b) Le débiteur de la créance peut opposer au cessionnaire tout autre droit à compensation, à condition qu'il ait pu invoquer ce droit au moment où il a reçu notification de la cession; et

c) Nonobstant les dispositions des alinéas a) et b) de la présente recommandation, les exceptions et droits à compensation que le débiteur de la créance peut, en vertu de l'alinéa b) de la recommandation 24 ou de l'alinéa e) de la recommandation 25 (chapitre IV sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière), invoquer contre le cédant pour violation d'une convention limitant d'une quelconque manière le droit du cédant à procéder à la cession ne peuvent être invoqués par le débiteur de la créance contre le cessionnaire.

Engagement de ne pas opposer d'exceptions ou de droits à compensation

118. La loi devrait prévoir que:

a) Le débiteur de la créance peut convenir avec le cédant, par un écrit qu'il signe, de ne pas opposer au cessionnaire les exceptions et droits à compensation qu'il pourrait invoquer en vertu de la recommandation 117. Une telle convention empêche le débiteur de la créance d'opposer au cessionnaire ces exceptions et droits à compensation;

b) Le débiteur de la créance ne peut renoncer à invoquer:

i) Les exceptions découlant de manœuvres frauduleuses de la part du cessionnaire; ou

ii) Les exceptions fondées sur son incapacité; et

c) Une telle convention ne peut être modifiée que par convention, consignée dans un écrit signé par le débiteur de la créance. L'effet de la modification à l'égard du cessionnaire est déterminé par application de l'alinéa b) de la recommandation 119.

Modification du contrat initial

119. La loi devrait prévoir que:

a) Toute convention conclue avant notification de la cession entre le cédant et le débiteur de la créance qui a des incidences sur les droits du cessionnaire produit effet à l'égard de ce dernier, qui acquiert alors les droits correspondants;

b) Toute convention conclue après notification de la cession entre le cédant et le débiteur de la créance qui a des incidences sur les droits du cessionnaire est sans effet à l'égard de ce dernier, sauf:

i) Si celui-ci y consent; ou

ii) Si la créance n'est pas encore acquise en totalité du fait de l'exécution incomplète du contrat initial et si, ou bien la modification était prévue dans

ledit contrat, ou bien tout cessionnaire raisonnable y consentirait, dans le contexte de ce contrat; et

c) Les alinéas a) et b) de la présente recommandation sont sans incidences sur tout droit du cédant ou du cessionnaire résultant de la violation d'une convention conclue entre eux.

Recouvrement des paiements

120. La loi devrait prévoir que la non-exécution du contrat initial par le cédant n'habilite pas le débiteur de la créance à recouvrer auprès du cessionnaire une somme qu'il a payée au cédant ou au cessionnaire.

B. Droits et obligations du débiteur dans le cadre d'un instrument négociable

121. La loi devrait prévoir que les droits d'un créancier garanti sur un instrument négociable, par rapport à une personne débitrice dans le cadre de l'instrument, sont soumis à la loi régissant les instruments négociables.

C. Droits et obligations de la banque dépositaire

122. La loi devrait prévoir que:

a) La constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire n'a aucune incidence sur les droits et obligations de la banque dépositaire sans son consentement; et

b) Tous droits à compensation que la banque dépositaire pourrait détenir en vertu d'une autre loi ne sont pas affectés en raison d'une sûreté réelle mobilière qu'elle pourrait détenir sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire.

123. La loi devrait prévoir qu'elle n'oblige pas une banque dépositaire:

a) À payer une personne autre que celle qui a le contrôle des fonds crédités sur un compte bancaire;

b) À répondre aux demandes d'information de personnes souhaitant savoir si un accord de contrôle ou une sûreté réelle mobilière existe en sa faveur et si le constituant conserve le droit de disposer des fonds crédités sur le compte; ni

c) À conclure un accord de contrôle.

D. Droits et obligations du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée dans un engagement de garantie indépendant

124. La loi devrait prévoir que:

a) La sûreté d'un créancier garanti sur le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant est soumise aux droits que la loi et la pratique régissant les engagements de garantie indépendants confèrent à un garant/émetteur,

un confirmateur ou une personne désignée et à tout autre bénéficiaire qui est désigné dans l'engagement ou à qui le droit de tirage a été transmis;

b) Les droits d'un bénéficiaire du transfert d'un engagement de garantie indépendant ne sont pas affectés par une sûreté réelle mobilière sur le droit de recevoir le produit de l'engagement consentie par l'auteur du transfert ou par tout auteur d'un transfert antérieur; et

c) Les droits indépendants d'un garant/émetteur, d'un confirmateur, d'une personne désignée ou d'un bénéficiaire du transfert d'un engagement de garantie indépendant ne sont pas lésés en raison d'une sûreté réelle mobilière qu'ils pourraient détenir sur le droit de recevoir le produit de l'engagement.

125. La loi devrait prévoir qu'un garant/émetteur, un confirmateur ou une personne désignée ne sont pas tenus de payer une personne autre qu'un confirmateur, une personne désignée, un bénéficiaire désigné, un bénéficiaire accepté du transfert de l'engagement de garantie indépendant ou un cessionnaire accepté du droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant.

126. La loi devrait prévoir que, si un créancier garanti obtient le contrôle en devenant cessionnaire accepté du produit d'un engagement de garantie indépendant, il est fondé à opposer cette acceptation au garant/émetteur, au confirmateur ou à la personne désignée qui l'a donnée.

E. Droits et obligations de l'émetteur d'un document négociable

127. La loi devrait prévoir que les droits d'un créancier garanti sur un document négociable, par rapport à l'émetteur ou toute autre personne débitrice dans le cadre de ce document, sont soumis à la loi régissant les documents négociables.

X. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière

Objet

Les dispositions relatives à la réalisation des sûretés réelles mobilières ont pour objet de prévoir:

a) Des méthodes claires, simples et efficaces de réalisation après défaillance du débiteur;

b) Des méthodes conçues pour maximiser le montant net de la réalisation des biens grevés au profit du constituant, du débiteur ou de toute autre personne tenue de payer l'obligation garantie, du créancier garanti et d'autres créanciers ayant un droit sur ces biens; et

c) Des méthodes rapides judiciaires et, sous réserve des mesures de protection appropriées, extrajudiciaires permettant au créancier garanti d'exercer ses droits.

A. Recommandations générales

Règle générale de conduite dans le contexte de la réalisation

128. La loi devrait prévoir qu'une personne doit exercer ses droits et exécuter ses obligations conformément aux dispositions relatives à la réalisation de bonne foi et de manière commercialement raisonnable.

Limites de l'autonomie des parties

129. La loi devrait prévoir que la règle générale de conduite énoncée dans la recommandation 128 ne peut à aucun moment faire l'objet d'une renonciation unilatérale ni d'une modification par convention.

130. La loi devrait prévoir que, sous réserve de la recommandation 129, le constituant et toute autre personne tenue de payer l'obligation garantie ou de l'exécuter d'une autre manière peuvent renoncer unilatéralement à l'un quelconque des droits que leur confèrent les dispositions relatives à la réalisation ou le modifier par convention, mais uniquement après défaillance.

131. La loi devrait prévoir que, sous réserve de la recommandation 129, le créancier garanti peut renoncer unilatéralement à l'un quelconque des droits que lui confèrent les dispositions relatives à la réalisation ou le modifier par convention.

132. La loi devrait prévoir qu'une modification des droits par convention ne peut pas porter atteinte aux droits de quiconque n'est pas partie à cette convention. Il appartient à une personne qui conteste l'efficacité de la convention en alléguant que celle-ci est contraire aux recommandations 129, 130 ou 131 d'en apporter la preuve.

Responsabilité

133. La loi devrait prévoir que toute personne manquant aux obligations qui lui incombent en vertu des dispositions relatives à la réalisation est tenue de verser des dommages et intérêts en réparation du préjudice causé par ce manquement.

Voies judiciaires ou autres en cas de manquement

134. La loi devrait prévoir que le débiteur, le constituant ou toute autre personne intéressée (par exemple un créancier garanti dont le rang de priorité est inférieur à celui du créancier garanti procédant à la réalisation, un garant ou un copropriétaire des biens grevés) est fondé à saisir un tribunal ou une autre autorité à tout moment en cas de manquement de la part du créancier garanti aux obligations qui lui incombent en vertu des dispositions relatives à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière.

Procédure judiciaire rapide

135. La loi devrait prévoir une procédure rapide pour les situations où le créancier garanti, le constituant ou toute autre personne qui doit exécuter l'obligation garantie ou qui revendique un droit sur un bien grevé saisit un tribunal ou une autre autorité en ce qui concerne l'exercice de droits après défaillance.

Droits du constituant après défaillance

136. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le constituant est fondé à exercer un ou plusieurs des droits suivants:

a) Régler intégralement l'obligation garantie et obtenir la libération de tous les biens grevés, comme le prévoit la recommandation 137;

b) Saisir un tribunal ou une autre autorité si le créancier garanti ne s'acquitte pas des obligations qui lui incombent en vertu des dispositions de la présente loi, comme le prévoit la recommandation 134;

c) [Proposer au créancier garanti, ou] rejeter la proposition du créancier garanti[,] d'acquérir un bien grevé à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie, comme le prévoit la recommandation 156; et

d) Exercer tout autre droit prévu dans la convention constitutive de sûreté ou dans une loi quelconque.

Extinction de la sûreté réelle mobilière après exécution intégrale de l'obligation garantie

137. La loi devrait prévoir que le débiteur, le constituant ou toute autre personne intéressée (par exemple, un créancier garanti dont la sûreté a un rang de priorité inférieur à celle du créancier garanti procédant à la réalisation, un garant ou un copropriétaire du bien grevé) est fondé à exécuter l'obligation garantie dans son intégralité, y compris payer les frais de réalisation exposés jusqu'au moment de l'exécution complète. Ce droit peut être exercé jusqu'à ce que le créancier garanti dispose d'un bien grevé, l'acquière ou reçoive paiement sur ce bien [ou conclue une convention pour en disposer]. Si tous les engagements de crédit ont pris fin, l'exécution intégrale de l'obligation garantie éteint la sûreté sur tous les biens grevés, sous réserve des droits de subrogation en faveur de la personne exécutant l'obligation.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que le texte entre crochets de la présente recommandation vise à refléter la pratique courante qui veut qu'un créancier garanti conclue un contrat pour disposer d'un bien grevé avant que n'ait lieu l'acte de disposition même.*]

Droits du créancier garanti après défaillance

138. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le créancier garanti est fondé à exercer un ou plusieurs des droits suivants à l'égard d'un bien grevé:

a) Obtenir la possession d'un bien meuble corporel grevé, comme le prévoient les recommandations 143 et 144;

b) Vendre un bien grevé ou en disposer d'une autre manière, le louer ou le mettre sous licence, comme le prévoient les recommandations 145 et 146;

c) Proposer d'acquérir un bien grevé à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie, comme le prévoient les recommandations 153 à 155;

d) Réaliser sa sûreté réelle mobilière sur un bien attaché, comme le prévoient les recommandations 162 et 163;

e) Obtenir paiement ou réaliser d'une autre manière une sûreté réelle mobilière sur un bien grevé qui revêt la forme d'une créance, d'un instrument négociable, d'un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire ou d'un droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant, comme le prévoient les recommandations 164 à 172;

f) Exercer des droits en vertu d'un document négociable, comme le prévoit la recommandation 173; et

g) Exercer tout autre droit prévu dans la convention constitutive de sûreté (sauf s'il est contraire aux dispositions de la présente loi) ou dans une loi quelconque.

Méthodes judiciaires et extrajudiciaires pour l'exercice de droits après défaillance

139. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le créancier garanti peut exercer ses droits prévus dans la recommandation 138 en saisissant un tribunal ou une autre autorité, ou sans saisir de tribunal ou d'autre autorité. L'exercice extrajudiciaire des droits du créancier garanti est soumis à la règle générale de conduite prévue dans la recommandation 128 et aux règles prévues dans les recommandations 144 à 148 concernant la prise de possession et la disposition extrajudiciaires d'un bien grevé.

Cumul des droits après défaillance

140. La loi devrait prévoir que l'exercice d'un droit après défaillance n'empêche pas l'exercice d'un autre droit, sauf dans la mesure où l'exercice d'un droit a rendu impossible l'exercice d'un autre droit.

Droits après défaillance en ce qui concerne l'obligation garantie

141. La loi devrait prévoir que l'exercice d'un droit après défaillance en ce qui concerne un bien grevé n'empêche pas l'exercice d'un droit après défaillance en ce qui concerne l'obligation garantie par ce bien et vice-versa.

Droit du créancier garanti de rang supérieur de prendre le contrôle de la réalisation

142. La loi devrait prévoir que, lorsqu'un créancier garanti a commencé à réaliser sa sûreté en prenant l'une quelconque des mesures décrites dans les recommandations relatives à la réalisation, ou lorsqu'un créancier judiciaire a pris les mesures mentionnées dans la recommandation 81 (chapitre VII sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière), un créancier garanti dont la sûreté a priorité sur celle du créancier garanti ou du créancier judiciaire procédant à la réalisation a le droit de prendre le contrôle du processus de réalisation à tout moment avant la disposition ou l'acquisition définitive d'un bien grevé [ou paiement sur ce bien] [ou avant que le créancier garanti conclue une convention pour en disposer]. Ce droit comprend aussi celui de procéder à la réalisation par l'une des méthodes prévues dans les recommandations du présent chapitre.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être supprimer les premiers mots entre crochets si elle décide d'adopter la nouvelle recommandation présentée dans la note suivant la recommandation 164. Le*

deuxième passage entre crochets est destiné à aligner cette recommandation avec le texte entre crochets de la recommandation 137.]

Droit du créancier garanti à la possession d'un bien grevé

143. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le créancier garanti a droit à la possession d'un bien meuble corporel grevé.

Obtention de la possession d'un bien grevé par des voies extrajudiciaires

144. La loi devrait prévoir que le créancier garanti peut choisir d'obtenir la possession d'un bien meuble corporel grevé sans saisir de tribunal ou d'autre autorité uniquement si:

a) Le constituant y a consenti dans la convention constitutive de sûreté;

b) Le créancier garanti a avisé le constituant et toute personne en possession du bien grevé de la défaillance et de son intention d'obtenir la possession sans saisir de tribunal ou d'autre autorité; et

c) Au moment où le créancier garanti cherche à obtenir la possession du bien grevé, le constituant ne s'y oppose pas.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être examiner si l'alinéa c) devrait aussi se référer à la personne en possession du bien grevé, et pas seulement au constituant.*

La Commission voudra peut-être aussi examiner si, en cas de consentement exprès du constituant et de toute autre personne en possession du bien grevé au moment où le créancier garanti cherche à en obtenir la possession, les conditions des alinéas a), b) et c) n'ont pas à être remplies. Ce résultat pourrait être obtenu par l'addition, dans une phrase séparée, d'un texte qui pourrait être rédigé comme suit:

> *"Les conditions des alinéas a), b) et c) de la présente recommandation ne doivent pas nécessairement être remplies si, au moment où le créancier garanti cherche à obtenir la possession du bien grevé, le constituant et toute autre personne en possession du bien grevé y consentent expressément".*]

Disposition extrajudiciaire d'un bien grevé

145. La loi devrait prévoir qu'après défaillance un créancier garanti a le droit, sans saisir de tribunal ou d'autre autorité, de vendre un bien grevé ou d'en disposer d'une autre manière, de le louer ou de le mettre sous licence dans les limites des droits du constituant sur ce bien. Sous réserve de la règle de conduite énoncée dans la recommandation 128, un créancier garanti qui choisit d'exercer ce droit peut choisir la méthode, les modalités, la date, le lieu et d'autres aspects de la disposition, de la location ou de la mise sous licence.

Préavis de disposition extrajudiciaire d'un bien grevé

146. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le créancier garanti doit adresser un avis faisant part de son intention de vendre un bien grevé ou d'en disposer d'une autre manière, de le louer ou de le mettre sous licence sans saisir de tribunal ou

d'autre autorité. Cet avis n'est pas nécessaire si le bien grevé est périssable, peut se déprécier rapidement ou est d'un type vendu sur un marché reconnu.

147. La loi devrait énoncer des règles permettant d'adresser l'avis mentionné à la recommandation 146 de manière efficace, rapide et fiable afin de protéger le constituant ou d'autres parties intéressées, tout en évitant d'avoir un effet négatif sur les voies de droit du créancier garanti et sur la valeur potentielle nette de réalisation des biens grevés.

148. S'agissant de l'avis mentionné dans la recommandation 146, la loi devrait:

a) Prévoir qu'il doit être adressé:

i) Au constituant, au débiteur et à toute autre personne tenue d'exécuter l'obligation garantie;

ii) À toute personne ayant des droits sur le bien grevé qui, plus de [à spécifier] jours avant l'envoi de l'avis au constituant par le créancier garanti, a avisé ce dernier par écrit de ces droits; et

iii) À tout autre créancier garanti qui, plus de [à spécifier] jours avant l'envoi de l'avis au constituant, a inscrit un avis concernant une sûreté réelle mobilière sur le bien grevé qui est indexé sous l'élément identifiant le constituant; et

iv) À tout autre créancier garanti qui était en possession du bien grevé au moment où le créancier garanti procédant à la réalisation en a pris possession;

b) Indiquer la manière dont cet avis doit être adressé, le moment où il doit l'être et quel doit être son contenu minimal et préciser si l'avis doit contenir un décompte du montant dû et une référence au droit du débiteur ou du constituant d'obtenir la libération des biens grevés, comme le prévoit la recommandation 137; et

c) Prévoir que l'avis doit être formulé dans une langue dont il est raisonnable de penser qu'elle permet à ses destinataires d'en comprendre le contenu.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être examiner si l'alinéa c) devrait inclure une disposition rédigée comme suit:*

"Il suffit en tout état de cause que l'avis soit formulé dans la langue de la convention constitutive de sûreté qui est exécutée."

L'ajout de ce texte permettrait d'aligner l'alinéa c) sur le paragraphe 1 de l'article 16 de la Convention des Nations Unies sur la cession, sur lequel il repose. Ainsi, si les destinataires de l'avis sont situés dans différents pays, il suffirait que l'avis soit rédigé dans la langue de la convention applicable.]

Répartition du produit de la disposition d'un bien grevé

149. La loi devrait prévoir qu'en cas de disposition extrajudiciaire d'un bien grevé [ou de demande de paiement d'une créance, d'un instrument négociable ou d'une autre obligation], le créancier garanti qui procède à la réalisation doit affecter le produit net de la réalisation (après déduction des frais de réalisation) au paiement de l'obligation garantie. Sous réserve des dispositions de la recommandation 150, il doit verser tout excédent restant à un réclamant concurrent de rang inférieur qui,

avant toute répartition de cet excédent, l'a avisé de ses droits, à concurrence du montant de ces droits. Le solde restant, le cas échéant, doit être remis au constituant.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être remplacer le texte entre crochets de la présente recommandation par une nouvelle recommandation présentée dans la note suivant la recommandation 164.*]

150. La loi devrait aussi prévoir qu'en cas de disposition extrajudiciaire d'un bien grevé, qu'il y ait ou non litige concernant le montant auquel a droit un réclamant concurrent quelconque ou l'ordre de priorité des paiements, le créancier garanti qui procède à la réalisation peut, conformément aux règles de procédure généralement applicables, verser l'excédent à une autorité judiciaire ou autre autorité compétente ou à un organisme public de consignation pour répartition. L'excédent devrait être réparti conformément aux dispositions de la présente loi relatives à la priorité.

151. La loi devrait prévoir que le produit obtenu par disposition judiciaire ou par une autre procédure de réalisation administrée par une autorité officielle doit être réparti conformément aux règles générales de l'État régissant les procédures d'exécution, sous réserve toutefois des dispositions de la présente loi relatives à la priorité.

152. La loi devrait prévoir que [, sauf convention contraire,] le débiteur et toute autre personne tenue de payer l'obligation garantie doivent régler tout solde restant dû après affectation du produit net de la réalisation au paiement de l'obligation garantie.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être supprimer le texte entre crochets étant donné que les recommandations 8 et 130 posent le principe de l'autonomie des parties. Si ce texte était conservé, il devrait peut-être être ajouté dans toutes les recommandations qui sont soumises à ce principe pour ne pas laisser croire qu'il ne s'applique pas.*]

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

153. La loi devrait prévoir qu'après défaillance le créancier garanti peut proposer par écrit d'acquérir un ou plusieurs des biens grevés à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie.

154. S'agissant de la proposition mentionnée dans la recommandation 153, la loi devrait prévoir:

a) Qu'elle doit être adressée:

i) Au constituant, au débiteur et à toute autre personne tenue de payer l'obligation garantie ou de l'exécuter d'une autre manière (par exemple, un garant);

ii) À toute personne ayant des droits sur le bien grevé qui, plus de [à spécifier] jours avant l'envoi de la proposition au constituant par le créancier garanti, a avisé par écrit ce dernier de ces droits; et

iii) À tout autre créancier garanti qui, plus de [à spécifier] jours avant l'envoi de la proposition au constituant par le créancier garanti, a inscrit un avis concernant une sûreté réelle mobilière sur le bien grevé qui est indexé sous l'élément identifiant le constituant;

iv) À tout autre créancier garanti qui était en possession du bien grevé au moment où le créancier garanti en a pris possession; et

b) Qu'elle doit spécifier le montant dû à la date d'envoi de la proposition ainsi que le montant de l'obligation dont l'exécution est proposée moyennant l'acquisition du bien grevé.

155. La loi devrait prévoir que le créancier garanti peut acquérir le bien grevé, comme le prévoit la recommandation 153, à moins qu'il ne reçoive une objection par écrit de toute personne fondée à recevoir une proposition aux termes de la recommandation 154 dans [un bref délai à spécifier] jours, à compter de l'envoi de cette proposition. Dans le cas d'une proposition d'acquisition du bien grevé à titre d'exécution partielle, le consentement exprès de chaque destinataire de la proposition est nécessaire.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que la présente recommandation a été alignée sur les recommandations précédentes en prévoyant que le créancier garanti "reçoive" une objection par écrit.*]

156. La loi devrait prévoir que le constituant peut faire une proposition conformément à la recommandation 153 et que, si le créancier garanti l'accepte, ce dernier doit procéder comme prévu dans les recommandations 154 et 155.

Droits acquis par disposition judiciaire

157. La loi devrait prévoir que, si un créancier garanti dispose d'un bien grevé par une procédure judiciaire ou autre procédure administrée par une autorité officielle, les droits acquis par la personne à qui le bien est transféré sont déterminés par les règles générales de l'État régissant les procédures d'exécution.

Droits acquis par disposition extrajudiciaire

158. La loi devrait prévoir que, si un créancier garanti vend un bien grevé ou en dispose d'une autre manière sans saisir de tribunal ou d'autre autorité, conformément aux présentes dispositions, une personne qui acquiert le droit du constituant sur le bien prend le bien sous réserve des droits qui ont priorité sur la sûreté réelle mobilière du créancier garanti procédant à la réalisation mais libre des droits du créancier garanti procédant à la réalisation et de tout réclamant concurrent de rang inférieur à celui dudit créancier. La même règle s'applique aux droits sur un bien grevé acquis par un créancier garanti à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie.

159. La loi devrait prévoir que, si un créancier garanti loue ou met sous licence un bien grevé sans saisir de tribunal ou d'autre autorité, conformément aux présentes dispositions, un preneur à bail ou un titulaire de licence peut se prévaloir du bail ou de la licence pendant sa durée, sauf à l'encontre des droits qui ont priorité sur le droit du créancier garanti procédant à la réalisation.

160. La loi devrait prévoir que, si le créancier garanti vend le bien grevé ou en dispose d'une autre manière, le loue ou le met sous licence sans respecter les recommandations du présent chapitre, un acquéreur, un preneur à bail ou un titulaire de licence de bonne foi acquiert les droits ou les prérogatives décrits dans les recommandations 158 et 159.

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

161. La loi devrait prévoir que:

a) Le créancier garanti peut choisir de réaliser une sûreté réelle mobilière grevant un bien attaché à un bien immeuble conformément aux recommandations du présent chapitre ou à la loi régissant la réalisation des droits réels sur les biens immeubles; et

b) Si une obligation est garantie à la fois par des biens meubles et des biens immeubles du constituant, le créancier garanti peut choisir de réaliser:

i) La sûreté réelle mobilière sur les biens meubles conformément aux dispositions relatives à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière et les droits réels sur les biens immeubles conformément à la loi régissant la réalisation des droits réels sur les biens immeubles; ou

ii) Les deux droits conformément à la loi régissant la réalisation des droits réels sur les biens immeubles.

Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un bien attaché

162. La loi devrait prévoir qu'un créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur un bien attaché à un bien immeuble n'est fondé à réaliser sa sûreté que si celle-ci a priorité sur des droits concurrents sur le bien immeuble. Un créancier titulaire d'un droit concurrent de rang inférieur sur le bien immeuble est fondé à rembourser l'obligation garantie par la sûreté du créancier garanti procédant à la réalisation sur le bien attaché. Ce dernier est responsable de tout dommage causé au bien immeuble par le fait de retirer le bien attaché mais non de la diminution de sa valeur due uniquement à l'absence du bien attaché.

163. [La loi devrait prévoir qu'un créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur un bien attaché à un bien meuble est fondé à réaliser sa sûreté sur le bien attaché. Un créancier de rang supérieur a le droit de prendre le contrôle du processus de réalisation, comme le prévoit la recommandation 142. Un créancier de rang inférieur peut rembourser l'obligation garantie par la sûreté du créancier garanti procédant à la réalisation sur le bien attaché. Ce dernier est responsable de tout dommage causé au bien meuble par le fait de retirer le bien attaché mais non de la diminution de sa valeur due uniquement à l'absence du bien attaché.]

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être examiner et approuver la présente recommandation, qui a été ajoutée pour traiter la question de la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un bien attaché à un bien meuble.*]

B. Recommandations sur des biens particuliers

Application du chapitre sur la réalisation aux transferts purs et simples de créances

164. La loi devrait prévoir que les recommandations du présent chapitre ne s'appliquent pas au recouvrement ou à une autre forme de réalisation d'une créance cédée par un transfert pur et simple, à l'exception:

a) De la recommandation 128 en cas de transfert pur et simple avec recours; et

b) Des recommandations 165 et 166.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être remplacer le texte entre crochets de la recommandation 142 par un texte rédigé à peu près comme suit:*

"La loi devrait prévoir qu'en cas de demande de paiement ou d'autre forme de réalisation d'une créance ou d'un instrument négociable ou en cas d'exercice d'un droit, le créancier garanti qui procède à la réalisation doit affecter le produit net de la réalisation (après déduction des frais de réalisation) au paiement de l'obligation garantie. Il doit verser tout excédent restant aux réclamants concurrents qui, avant toute répartition de cet excédent, l'ont avisé de leurs droits, à concurrence de ces droits. Le solde restant, le cas échéant, doit être remis au constituant."

La deuxième phrase de ce texte vise à assurer une certaine protection à un créancier garanti de rang supérieur à celui du créancier garanti qui procède à la réalisation ("créancier garanti de rang supérieur"). Le recouvrement de créances par un créancier garanti de rang inférieur devrait être distingué de la disposition de biens grevés par un créancier garanti de rang inférieur. Un créancier garanti de rang supérieur est protégé parce que sa sûreté sur le bien dont il est disposé est maintenue (voir recommandation 158).]

Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur une créance

165. La loi devrait prévoir que, s'agissant d'une créance cédée par un transfert pur et simple, sous réserve des recommandations 114 à 120 (chapitre IX sur les droits et obligations des tiers débiteurs), le cessionnaire est en droit de la recouvrer ou de la réaliser d'une autre manière. S'agissant d'une créance cédée à titre de garantie, le cessionnaire est en droit, sous réserve des recommandations 114 à 120, de la recouvrer ou de la réaliser d'une autre manière après défaillance, ou avant défaillance avec l'accord du cédant.

166. La loi devrait prévoir que le droit du cessionnaire de recouvrer ou de réaliser d'une autre manière une créance l'autorise à recevoir paiement au titre d'une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement de la créance ou à réaliser cette sûreté personnelle ou réelle d'une autre manière.

Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable

167. La loi devrait prévoir qu'après défaillance, ou avant défaillance avec l'accord du constituant, le créancier garanti est en droit, sous réserve de la recommandation 121 (chapitre IX sur les droits et obligations des tiers débiteurs), d'obtenir le paiement ou une autre forme d'exécution d'un instrument négociable grevé auprès d'une personne débitrice dans le cadre de cet instrument.

168. La loi devrait prévoir que le droit du créancier garanti d'obtenir le paiement ou une autre forme d'exécution d'un instrument négociable l'autorise à recevoir paiement au titre d'une sûreté personnelle ou réelle garantissant le paiement de l'instrument ou à réaliser cette sûreté personnelle ou réelle d'une autre manière.

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

169. La loi devrait prévoir qu'après défaillance, ou avant défaillance avec l'accord du constituant, un créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire est fondé, sous réserve des recommandations 122 et 123 (chapitre IX sur les droits et obligations des tiers débiteurs), à obtenir paiement ou à exercer d'une autre manière son droit au paiement des fonds.

170. La loi devrait prévoir qu'un créancier garanti qui a le contrôle est fondé, sous réserve des recommandations 122 et 123 (chapitre IX sur les droits et obligations des tiers débiteurs), à réaliser sa sûreté réelle mobilière sans avoir à saisir de tribunal ou d'autre autorité.

171. La loi devrait prévoir qu'un créancier garanti qui n'a pas le contrôle n'est fondé, sous réserve des recommandations 122 et 123 (chapitre IX sur les droits et obligations des tiers débiteurs), à obtenir paiement ou à réaliser d'une autre manière la sûreté réelle mobilière sur le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire contre la banque dépositaire que sur décision d'un tribunal, à moins que la banque n'en convienne autrement.

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

172. La loi devrait prévoir qu'après défaillance, ou avant défaillance avec l'accord du constituant, un créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur un droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant est fondé, sous réserve des recommandations 124 à 126 (chapitre IX sur les droits et obligations des tiers débiteurs), à obtenir paiement ou à réaliser d'une autre manière sa sûreté sur le droit de recevoir ce produit.

Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable ou des biens meubles corporels représentés par un document négociable

173. La loi devrait prévoir qu'après défaillance, ou avant défaillance avec l'accord du constituant, le créancier garanti est fondé, sous réserve de la recommandation 127 (chapitre IX sur les droits et obligations des tiers débiteurs), à réaliser une sûreté réelle mobilière sur un document négociable ou sur les biens meubles corporels représentés par le document.

XI. Financement d'acquisitions

Option A: Approche unitaire du financement d'acquisitions*

Objet

Les dispositions relatives aux sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions ont pour objet:

a) De reconnaître l'importance et de faciliter l'utilisation du financement d'acquisitions en tant que source de crédit abordable, en particulier pour les petites et moyennes entreprises;

b) D'assurer l'égalité de traitement de tous les fournisseurs de financement d'acquisitions; et

c) De faciliter les opérations garanties en général en instaurant la transparence en ce qui concerne le financement d'acquisitions.

Une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition est une sûreté réelle mobilière

174. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition est une sûreté réelle mobilière. Par conséquent, toutes les recommandations régissant les sûretés réelles mobilières, notamment celles relatives à la constitution, à l'opposabilité (sous réserve des dispositions de la recommandation 175), à l'inscription, à la réalisation et à la loi applicable, s'appliquent aux sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions. Les recommandations relatives à la priorité s'appliquent également (sous réserve des dispositions des recommandations 176 à 182).

Opposabilité et priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition

175. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière grevant des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition est opposable dès sa constitution et que, sous réserve des dispositions de la recommandation 177, elle a priorité sur une sûreté réelle mobilière concurrente non liée à leur acquisition qui a été créée par le constituant.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un bien meuble corporel en garantie du paiement de son acquisition

176. La loi devrait prévoir que, sous réserve des dispositions de la recommandation 177:

---

* Un État peut adopter l'option A (approche unitaire du financement d'acquisitions), c'est-à-dire les recommandations 174 à 183, ou l'option B (approche non unitaire du financement d'acquisitions), c'est-à-dire les recommandations 184 à 199. Les recommandations des autres chapitres sont généralement applicables, sauf dans la mesure où elles sont modifiées par les recommandations du présent chapitre.

Variante A[**]

a) Une sûreté réelle mobilière grevant des biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition a priorité sur une sûreté réelle mobilière concurrente non liée à leur acquisition qui a été créée par le constituant (même si un avis concernant la seconde a été inscrit dans le registre général des sûretés avant que le soit un avis concernant la première), à condition que:

i) Le créancier garanti finançant l'acquisition reste en possession desdits biens; ou

ii) Un avis concernant la sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition soit inscrit dans le registre général des sûretés dans un délai de [indiquer un délai bref, par exemple 20 ou 30 jours] après que le constituant a obtenu la possession des biens.

b) Une sûreté réelle mobilière grevant des stocks en garantie du paiement de leur acquisition a priorité sur une sûreté réelle mobilière concurrente non liée à leur acquisition qui a été créée par le constituant (même si la seconde est devenue opposable avant la première), à condition que:

i) Le créancier garanti finançant l'acquisition reste en possession des stocks; ou

ii) Avant la remise des stocks au constituant:

a. Un avis concernant la sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition soit inscrit dans le registre général des sûretés; et

b. Le créancier garanti finançant l'acquisition avise un créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière créée par le constituant sur des stocks du même type, non liée à leur acquisition et inscrite antérieurement, du fait qu'il a une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition ou qu'il a l'intention d'en acquérir une. L'avis doit décrire les stocks de façon suffisante pour que le créancier garanti ne finançant pas l'acquisition puisse identifier les stocks qui font l'objet de la sûreté en garantie du paiement de leur acquisition;

c) Un avis adressé conformément à l'alinéa b) ii) b. de la présente recommandation peut concerner des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions découlant de plusieurs opérations conclues entre les mêmes parties, sans qu'il soit nécessaire d'identifier chaque opération. L'avis suffit uniquement pour les sûretés sur des biens meubles corporels dont le constituant obtient la possession dans un délai de [préciser le délai, par exemple cinq ans] après qu'il a été adressé.

Variante B

Une sûreté réelle mobilière grevant des biens meubles corporels autres que des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition a priorité sur une sûreté réelle mobilière concurrente non liée à leur acquisition qui a été

[**] Un État peut adopter la variante A ou B de la recommandation 176.

créée par le constituant (même si un avis concernant la seconde a été inscrit dans le registre général des sûretés avant que le soit un avis concernant la première), à condition que:

a) Le créancier garanti finançant l'acquisition reste en possession des biens; ou

b) Un avis concernant la sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition soit inscrit dans le registre général des sûretés dans un délai de [indiquer un délai bref, par exemple 20 ou 30 jours] après que le constituant a obtenu la possession des biens.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que la variante A fait la distinction entre les stocks et les biens meubles corporels autres que des stocks, alors que la variante B ne la fait pas. Ces variantes sont proposées suite à la décision de la Commission de s'aligner sur le texte de la recommandation 189 pour assurer l'équivalence fonctionnelle des approches unitaire et non unitaire (voir A/62/17 (Part I), par. 63). Compte tenu du fait que les droits de réserve de propriété et de crédit-bail sont généralement des droits sans dépossession (et que dans tous les cas les recommandations générales relatives à l'opposabilité obtenue par la possession restent applicables), la Commission voudra peut-être examiner si les alinéas a) i) et b) i) de la variante A et l'alinéa a) de la variante B sont nécessaires. La même question se pose avec la recommandation 189 ci-dessous.*]

Priorité d'une sûreté réelle mobilière inscrite dans un registre spécialisé ou annotée sur un certificat de propriété

177. La loi devrait prévoir que la priorité d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition prévue à la recommandation 176 ne l'emporte pas sur celle d'une sûreté réelle mobilière ou d'un autre droit inscrit dans un registre spécialisé ou annoté sur un certificat de propriété conformément à la recommandation 74 (chapitre VII sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière).

Priorité entre des sûretés réelles mobilières concurrentes en garantie du paiement d'acquisitions

178. La loi devrait prévoir que la priorité entre des sûretés réelles mobilières concurrentes en garantie du paiement d'acquisitions est déterminée conformément aux règles générales de priorité applicables aux sûretés réelles mobilières non liées à des acquisitions, à moins que l'une des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions ne soit celle d'un fournisseur qui a été rendue opposable dans le délai indiqué dans la recommandation 176, auquel cas celle-ci a priorité sur toutes les sûretés réelles mobilières concurrentes en garantie du paiement d'acquisitions.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition sur le droit d'un créancier judiciaire

179. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition qui est rendue opposable dans le délai indiqué dans la recommandation 176 a priorité sur les droits d'un créancier chirographaire qui serait

normalement prioritaire en vertu de la recommandation 81 (chapitre VII sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière).

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un bien attaché à un bien immeuble en garantie du paiement de son acquisition sur un droit réel inscrit antérieurement sur ce bien immeuble

180. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière grevant un bien meuble corporel attaché à un bien immeuble en garantie du paiement de son acquisition a priorité sur les droits détenus par des tiers sur le bien immeuble (autres qu'un droit réel garantissant un prêt destiné à financer la construction de l'immeuble), sous réserve qu'un avis concernant la sûreté soit inscrit dans le registre immobilier dans un délai de [spécifier un délai court, par exemple 20 à 30 jours] après que ce bien a été attaché.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant le produit de biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition

181. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière grevant le produit de biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition a la même priorité que la sûreté grevant les mêmes biens en garantie du paiement de leur acquisition.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant le produit de stocks

182. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière grevant le produit de stocks a la même priorité que la sûreté réelle mobilière grevant ces stocks en garantie du paiement de leur acquisition, sauf lorsque le produit prend la forme de créances, d'instruments négociables, de droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire ou de droits de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant. Toutefois, pour obtenir cette priorité, le créancier garanti finançant l'acquisition doit aviser les créanciers garantis qui, avant que naisse le produit, ont inscrit un avis concernant une sûreté réelle mobilière sur des biens du même type que le produit.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que, pour faire pendant à la recommandation proposée dans la note relative à la recommandation 196, qui ne fait pas la distinction entre les stocks et les biens meubles corporels autres que des stocks, une variante à la présente recommandation (intitulée "Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant le produit d'un bien meuble corporel en garantie du paiement de son acquisition"), pourrait être ajoutée ici et rédigée comme suit:*

> *"La loi devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière grevant des biens meubles corporels en garantie du paiement de leur acquisition est opposable, la sûreté réelle mobilière sur le produit a la priorité d'une sûreté non liée à leur acquisition."*]

Une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition est une sûreté réelle mobilière dans une procédure d'insolvabilité

183. La loi devrait prévoir que, dans le cas d'une procédure d'insolvabilité visant le débiteur, les dispositions qui s'appliquent aux sûretés réelles mobilières s'appliquent également aux sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que la présente recommandation a été déplacée du chapitre XIV relatif à l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière, pour ne pas laisser entendre que la qualification des sûretés garantissant le paiement d'acquisitions en sûretés réelles mobilières est une question relevant de la loi sur l'insolvabilité (interprétation qui serait incompatible avec le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité; voir, par exemple, la note de bas de page 6 relative à la recommandation 35 de ce guide). La Commission voudra peut-être envisager de supprimer la présente recommandation et d'ajouter le mot "insolvabilité" à la recommandation 174 sur l'équivalence entre une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition et une sûreté réelle mobilière. En conséquence, les recommandations relatives aux sûretés réelles mobilières s'appliqueraient aux sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions dans le cadre ou en dehors d'une procédure d'insolvabilité (seules les recommandations relatives à la priorité seraient modifiées pour les secondes).*]

Option B: Approche non unitaire du financement d'acquisitions*

Objet (approche non unitaire)

Les dispositions relatives au financement d'acquisitions, qui comprend les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions, les droits de réserve de propriété et les droits de crédit-bail, ont pour objet:

a) De reconnaître l'importance et de faciliter l'utilisation du financement d'acquisitions en tant que source de crédit abordable, en particulier pour les petites et moyennes entreprises;

b) D'assurer l'égalité de traitement de tous les fournisseurs de financement d'acquisitions; et

c) De faciliter les opérations garanties en général en instaurant la transparence en ce qui concerne le financement d'acquisitions.

Méthodes de financement d'acquisitions

184. La loi devrait prévoir que:

a) Le régime des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions dans le contexte de l'approche non unitaire est identique à celui qui est adopté dans le contexte de l'approche unitaire;

---

* Un État peut adopter l'option A (approche unitaire du financement d'acquisitions), c'est-à-dire les recommandations 174 à 183, ou l'option B (approche non unitaire du financement d'acquisitions), c'est-à-dire les recommandations 184 à 199.

b) Tous les créanciers, à la fois fournisseurs et prêteurs, peuvent acquérir une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition conformément au régime qui régit ce type de sûretés;

c) Un financement d'acquisitions fondé sur les droits de réserve de propriété et les droits de crédit-bail peut être fourni conformément à la recommandation 185; et

d) Un prêteur peut bénéficier d'un droit de réserve de propriété et d'un droit de crédit-bail par cession ou subrogation.

Équivalence entre un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail et une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition

185. La loi devrait prévoir que les règles régissant le financement d'acquisitions produisent des résultats économiques fonctionnellement équivalents, que le créancier ait un droit de réserve de propriété, un droit de crédit-bail ou une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition.

Efficacité d'un droit de réserve de propriété et d'un droit de crédit-bail

186. La loi devrait prévoir qu'un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail sur un bien meuble corporel n'a effet que si l'accord de vente ou de crédit-bail a été conclu ou constaté par un écrit qui exprime, en rapport avec le comportement des parties, la volonté du vendeur ou du bailleur de rester propriétaire. L'écrit doit exister au plus tard au moment où l'acheteur ou le preneur obtient la possession du bien.

Droit de l'acheteur ou du preneur de constituer une sûreté réelle mobilière

187. La loi devrait prévoir qu'un acheteur ou un preneur peut constituer une sûreté sur un bien meuble corporel qui fait l'objet d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail. La sûreté ne grève le bien qu'à hauteur de la valeur du bien qui dépasse le montant dû au vendeur ou au crédit-bailleur.

Opposabilité d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail sur des biens de consommation

188. La loi devrait prévoir qu'un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail sur des biens de consommation est opposable dès la conclusion de la vente ou du crédit-bail, sous réserve que ce droit soit constaté conformément à la recommandation 186.

Opposabilité d'un droit de réserve de propriété sur un bien meuble corporel

189. La loi devrait prévoir que:

Variante A*

a) Un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail sur des biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation n'est opposable que si:

* Un État peut adopter la variante A ou B de la recommandation 189.

i) Le vendeur ou le bailleur reste en possession desdits biens; ou

ii) Un avis concernant le droit est inscrit dans le registre général des sûretés dans un délai de [indiquer un délai bref, par exemple 20 ou 30 jours] jours après que l'acheteur ou le preneur a obtenu la possession des biens;

b) Un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail sur des stocks n'est opposable que si:

i) Le vendeur ou le bailleur reste en possession desdits stocks; ou

ii) Avant la remise des stocks à l'acheteur ou au preneur:

a. Un avis concernant le droit est inscrit dans le registre général des sûretés; et

b. Le vendeur ou le bailleur avise un créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière non liée à l'acquisition inscrite antérieurement et constituée par l'acheteur ou le preneur sur des stocks du même type de son intention de faire valoir un droit de réserve de propriété ou un droit du crédit-bail. L'avis devrait décrire les stocks de façon suffisante pour que le créancier garanti puisse identifier les stocks soumis au droit de réserve de propriété ou au droit du crédit-bail;

c) Un avis adressé conformément à l'alinéa b) ii) b. de la présente recommandation peut concerner des droits de réserve de propriété et des droits de crédit-bail découlant de plusieurs opérations, conclues entre les mêmes parties sans qu'il soit nécessaire d'identifier chaque opération. L'avis ne produit d'effet que pour les droits sur des biens meubles corporels dont l'acheteur ou le preneur obtient la possession dans un délai de [indiquer le délai, par exemple cinq ans] ans après qu'il a été adressé.

Variante B

Un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail sur des biens meubles corporels autres que des biens de consommation n'est opposable que si:

a) Le vendeur ou le bailleur reste en possession desdits biens; ou

b) Un avis concernant le droit est inscrit dans le registre général des sûretés dans un délai de [indiquer un délai bref, par exemple 20 ou 30 jours] jours après que l'acheteur ou le preneur a obtenu la possession des biens.

La règle énoncée dans la présente recommandation s'applique également à une sûreté réelle mobilière grevant des biens meubles corporels autres que des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que la variante A de la présente recommandation fait la distinction entre les stocks et les biens meubles corporels autres que des stocks, alors que la variante B ne la fait pas.*]

Une seule inscription suffit

190. La loi devrait prévoir que l'inscription d'un seul avis dans le registre général des sûretés suffit pour assurer l'opposabilité d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail découlant de plusieurs opérations entre les mêmes parties, qu'elles aient été conclues avant ou après l'inscription, sur des biens meubles corporels qui entrent dans la description figurant dans l'avis. Les dispositions relatives au système de registre s'appliquent, avec les modifications appropriées concernant la terminologie, à l'inscription d'un droit de réserve de propriété et d'un droit de crédit-bail.

Conséquence de l'inopposabilité d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail

191. La loi devrait prévoir que, si un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail n'est pas opposable, la propriété du bien à l'égard des tiers est transférée à l'acheteur ou au preneur, et le vendeur ou le bailleur détient une sûreté réelle mobilière sur le bien, sous réserve des recommandations applicables aux sûretés réelles mobilières.

Opposabilité d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail sur un bien attaché à un bien immeuble

192. La loi devrait prévoir qu'un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail sur un bien meuble corporel qui est attaché à un bien immeuble est opposable aux tiers ayant des droits sur le bien immeuble qui sont inscrits dans le registre immobilier uniquement s'il est inscrit dans ce registre dans un délai de [spécifier un délai court, par exemple 20 à 30 jours] jours après que le bien a été attaché.

Existence d'une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un bien meuble corporel soumis à un droit de réserve de propriété ou à un droit de crédit-bail

193. La loi devrait prévoir qu'un vendeur ou un bailleur titulaire d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail sur un bien meuble corporel a une sûreté réelle mobilière sur le produit de ce bien.

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un bien meuble corporel soumis à un droit de réserve de propriété ou à un droit de crédit-bail

194. La loi devrait prévoir que:

a) Une sûreté réelle mobilière sur le produit mentionnée dans la recommandation 193 est opposable uniquement si ce produit est décrit en termes génériques dans l'avis inscrit par lequel le droit de réserve de propriété ou le droit de crédit-bail a été rendu opposable ou si le produit prend la forme d'espèces, de créances, d'instruments négociables ou de droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire;

b) Si le produit n'est pas décrit en termes génériques dans l'avis inscrit ou ne prend pas la forme des types de biens mentionnés à l'alinéa a) de la présente recommandation, la sûreté réelle mobilière sur le produit est opposable pendant [bref délai à spécifier] jours après que naît le produit et de manière permanente par la suite, à condition qu'elle ait été rendue opposable par l'une des méthodes

mentionnées dans la recommandation 32 ou 34 (chapitre V sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière) avant l'expiration de ce délai.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit de biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation

195. La loi devrait prévoir que, si un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail est opposable, la sûreté réelle mobilière sur le produit mentionnée dans la recommandation 193 a priorité sur une autre sûreté grevant le même bien.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit de stocks

196. La loi devrait prévoir que, si un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail est opposable, la sûreté réelle mobilière sur le produit de stocks mentionnée dans la recommandation 193 a la même priorité qu'un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail sur ces stocks, sauf lorsque le produit prend la forme de créances, d'instruments négociables, de droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire ou de droits de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant. Toutefois, pour obtenir cette priorité, le vendeur ou le bailleur doit aviser les créanciers garantis qui, avant que naisse le produit, ont inscrit un avis concernant une sûreté réelle mobilière sur des biens du même type que le produit.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission se rappellera peut-être qu'à sa quarantième session (première partie), elle a décidé qu'il faudrait élaborer une seconde variante concernant l'opposabilité d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail qui ne ferait pas de distinction, s'agissant des biens initialement grevés, entre les stocks et les biens meubles corporels autres que des stocks (voir A/62/17 (Part I), par. 63, 89 et 90). Les deux variantes figurent dans la recommandation 189.*

La Commission voudra peut-être examiner si, pour faire pendant aux variantes de la recommandation 189, il faudrait élaborer une variante des recommandations 195 et 196 (intitulée "Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit de biens meubles corporels"), qui pourrait être rédigée comme suit:

> *"La loi devrait prévoir que, si un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail sur des biens meubles corporels est opposable, la sûreté réelle mobilière sur le produit mentionnée dans la recommandation 193 a la priorité d'une sûreté réelle mobilière non liée à l'acquisition si elle est opposable conformément à la recommandation 194.*
>
> *La loi devrait prévoir que la règle énoncée dans la recommandation précédente s'applique également au produit d'un bien meuble corporel grevé d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de son acquisition."*

La Commission voudra peut-être noter que ces recommandations prévoient que la sûreté sur le produit d'un bien qui était soumis à un droit de réserve de propriété ou à un droit de crédit-bail a la priorité d'une sûreté réelle mobilière non liée à l'acquisition (c'est-à-dire pas une superpriorité). Cette approche, qui est conforme à la recommandation 196, vise à éviter un impact négatif sur le financement par cession de créances et le financement sur stocks, et concorde avec l'approche adoptée dans la plupart des États qui utilisent la réserve de propriété.]

Réalisation d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail

197. La loi devrait prévoir que:

a) Les règles relatives à la réalisation après défaillance d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail sur un bien meuble corporel indiquent:

i) Comment le vendeur ou le bailleur peut obtenir la possession du bien;

ii) Si le vendeur ou le bailleur est tenu de disposer du bien et, dans l'affirmative, comment;

iii) Si le vendeur ou le bailleur peut conserver tout excédent; et

iv) Si le vendeur ou le bailleur peut demander à l'acheteur ou au preneur le paiement du solde restant dû;

b) Le régime qui s'applique à la réalisation après défaillance d'une sûreté réelle mobilière s'applique à la réalisation après défaillance d'un droit de réserve de propriété et d'un droit de crédit-bail, sauf dans la mesure nécessaire pour préserver la cohérence du régime applicable à la vente et au bail.

Droit de réserve de propriété ou droit de crédit-bail dans une procédure d'insolvabilité

198. La loi devrait prévoir que, dans le cas d'une procédure d'insolvabilité visant le débiteur,

Variante A*

les dispositions qui s'appliquent aux sûretés réelles mobilières s'appliquent également aux droits de réserve de propriété et aux droits de crédit-bail.

Variante B

les dispositions de la loi de l'État adoptant qui s'appliquent aux droits de propriété des tiers s'appliquent également aux droits de réserve de propriété et aux droits de crédit-bail.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que la présente recommandation a été déplacée du chapitre XIV relatif à l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière, pour ne pas laisser entendre que la qualification des sûretés garantissant le paiement d'acquisitions en sûretés réelles mobilières ou droits de propriété est une question relevant de la loi sur l'insolvabilité (interprétation qui serait incompatible avec le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité; voir par exemple la note de bas de page 6 relative à la recommandation 35 de ce guide).*

La Commission voudra peut-être aussi noter que le commentaire expliquera qu'une telle qualification est une question relevant de la loi sur les opérations garanties ou du droit général des biens. Il expliquera également que la loi sur l'insolvabilité s'efface devant la loi sur les opérations garanties en la matière, et qu'une sûreté en garantie du paiement d'une acquisition doit être traitée comme une

* Un État peut adopter la variante A ou B de la recommandation 198.

sûreté réelle mobilière dans le contexte tant de l'approche unitaire que de l'approche non unitaire.

Le commentaire du chapitre XIV relatif à l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière expliquera que, dans le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, si un droit de réserve de propriété ou de crédit-bail est une sûreté réelle mobilière selon une loi autre que la loi sur l'insolvabilité, les recommandations de ce guide relatives aux sûretés s'appliquent. Si un droit de réserve de propriété ou de crédit-bail est un droit de propriété selon une loi autre que la loi sur l'insolvabilité, les recommandations du Guide relatives aux actifs appartenant à des tiers s'appliquent.]

Loi applicable à un droit de réserve de propriété ou à un droit de crédit-bail

199. La loi devrait prévoir que les dispositions relatives au conflit de lois qui s'appliquent aux sûretés réelles mobilières s'appliquent également aux droits de réserve de propriété et aux droits de crédit-bail.

XII. Conflit de lois*

Objet

Les dispositions relatives au conflit de lois ont pour objet de déterminer la loi applicable: à la constitution d'une sûreté réelle mobilière, à son opposabilité et à sa priorité; ainsi qu'aux droits et obligations du constituant, du créancier garanti et des tiers, avant et après défaillance[33].

A. Recommandations générales

Loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels

200. La loi[34] devrait prévoir que, sous réserve des dispositions des recommandations 201 à 204 et 208, la loi applicable à la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel, à son opposabilité et à sa priorité est celle de l'État dans lequel se trouve le bien.

201. La loi devrait prévoir que la loi applicable aux questions mentionnées dans la recommandation 198 concernant une sûreté réelle mobilière sur un type de bien meuble corporel habituellement utilisé dans plusieurs États est la loi de l'État où se trouve le constituant.

202. La loi devrait prévoir que, si un bien meuble corporel est soumis à une inscription dans un registre spécialisé ou à une annotation sur un certificat de propriété prévoyant l'inscription ou l'annotation d'une sûreté réelle mobilière, la loi

---

* Les recommandations relatives au conflit de lois ont été élaborées en étroite collaboration avec le Bureau permanent de la Conférence de La Haye de droit international privé.

[33] Les questions de conflit de lois liées au financement d'acquisitions et à l'insolvabilité sont traitées dans les chapitres XI et XIV respectivement.

[34] Le terme "loi" dans le présent chapitre désigne la loi sur les opérations garanties ou une autre loi dans laquelle un État peut inclure des dispositions relatives au conflit de lois.

applicable aux questions mentionnées dans la recommandation 200 est la loi de l'État sous l'autorité duquel le registre est tenu ou le certificat de propriété est émis.

203. La loi devrait prévoir que la loi applicable à la priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un bien meuble corporel rendue opposable par transfert de la possession d'un document négociable sur une sûreté réelle mobilière concurrente rendue opposable par une autre méthode est la loi de l'État dans lequel se trouve le document.

Loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels en transit ou destinés à l'exportation

204. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel (autre qu'un instrument ou document négociable) en transit ou devant être exporté depuis l'État où il se trouve au moment de la constitution de la sûreté peut être constituée et être rendue opposable conformément à la loi de l'État où le bien se trouve initialement comme le prévoit la recommandation 200 ou conformément à la loi de l'État de sa destination finale, à condition qu'il parvienne dans cet État dans délai de [un délai bref à spécifier] jours à compter de la date de la constitution de la sûreté.

Loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles incorporels

205. La loi devrait prévoir que la loi applicable à la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles incorporels, à son opposabilité et à sa priorité est la loi de l'État dans lequel se trouve le constituant.

Loi applicable aux créances nées de la vente ou de la location d'un bien immeuble ou d'une convention constitutive de sûreté concernant ce bien immeuble

206. La loi devrait prévoir que la loi applicable à la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur une créance née de la vente ou de la location d'un bien immeuble, ou d'une convention constitutive de sûreté concernant ce bien immeuble, ainsi qu'à son opposabilité et à sa priorité est la loi de l'État dans lequel est situé le cédant. Toutefois, la loi applicable à un conflit de priorité avec le droit d'un réclamant concurrent qui est inscrit dans un registre immobilier est la loi de l'État sous l'autorité duquel le registre est tenu. La règle énoncée dans la phrase précédente s'applique uniquement si cette loi prévoit que l'inscription sert à déterminer la priorité d'une sûreté sur la créance.

Loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire

207. La loi devrait prévoir que la loi applicable à la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, à son opposabilité, à sa priorité et à sa réalisation, ainsi qu'aux droits et obligations de la banque dépositaire concernant la sûreté, est

Variante A*

la loi de l'État où la banque qui tient le compte bancaire a son établissement. Si celle-ci a des établissements dans plusieurs États, il est fait référence au lieu où se trouve la succursale qui tient le compte.

Variante B

la loi de l'État expressément indiquée dans la convention de compte comme régissant celle-ci ou, si la convention de compte désigne expressément une autre loi applicable à toutes ces questions, cette autre loi. Toutefois, la loi désignée conformément à la phrase précédente ne s'applique que si la banque dépositaire a, au moment de la conclusion de la convention de compte, un établissement dans cet État qui exerce à titre habituel une activité de tenue de comptes bancaires. Si la loi applicable n'est pas déterminée conformément aux deux phrases précédentes, elle doit l'être conformément à des règles supplétives fondées sur l'article 5 de la Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire[35].

La présente recommandation est soumise à l'exception prévue dans la recommandation 208.

Loi applicable à l'opposabilité par inscription d'une sûreté réelle mobilière sur certains types de biens

208. La loi devrait prévoir que, si l'État où se trouve le constituant reconnaît l'inscription comme une méthode permettant de rendre opposable une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable ou un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, sa loi est celle qui est applicable pour déterminer si l'opposabilité a été assurée par inscription conformément à ses lois.

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

209. La loi devrait prévoir que la loi de l'État spécifiée dans l'engagement de garantie indépendant d'un garant/émetteur, d'un confirmateur ou d'une personne désignée est la loi applicable:

a) Aux droits et obligations du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée qui a reçu une demande d'acceptation ou qui a effectué ou pourrait effectuer un paiement, ou qui s'est exécutée ou pourrait s'exécuter d'une autre manière, au titre de l'engagement;

b) Au droit de réaliser une sûreté réelle mobilière sur le droit de recevoir le produit de l'engagement de garantie indépendant à l'encontre d'un garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée; et

c) Sous réserve des dispositions de la recommandation 209, à l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur le droit de recevoir le produit de l'engagement de garantie indépendant et à sa priorité.

---

* Un État peut adopter la variante A ou B de la recommandation 207.

[35] Un État qui adopte la variante B doit également adopter les recommandations 223 et 224.

210. Si la loi applicable n'est pas spécifiée dans l'engagement de garantie indépendant du garant/émetteur ou du confirmateur, la loi applicable aux questions mentionnées dans la recommandation 209 est celle de l'État où se trouve la succursale ou l'établissement du garant/émetteur ou du confirmateur qui est indiqué dans l'engagement. Cependant, dans le cas d'une personne désignée, la loi applicable est celle de l'État où se trouve la succursale ou l'établissement de la personne désignée qui a effectué ou pourrait effectuer un paiement, ou qui s'est exécuté ou pourrait s'exécuter d'une autre manière, au titre de l'engagement.

211. La loi devrait prévoir que la loi applicable à la constitution et à l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur une créance, un instrument négociable ou un autre droit, dont un engagement de garantie indépendant garantit le paiement ou une autre forme d'exécution, est également la loi applicable à la question de savoir si une sûreté réelle mobilière sur le droit de recevoir le produit de cet engagement est constituée et rendue opposable automatiquement, comme envisagé dans les recommandations 25 et 48 (chapitre IV sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière).

Loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur le produit

212. La loi devrait prévoir que:

a) La loi applicable à la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur le produit est la loi applicable à la constitution de la sûreté sur le bien initialement grevé dont découle le produit; et

b) La loi applicable à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit est la loi applicable à l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur un bien du même type que le produit.

Loi applicable aux droits et obligations du constituant et du créancier garanti

213. La loi devrait prévoir que la loi applicable aux droits et obligations réciproques du constituant et du créancier garanti qui découlent de leur convention constitutive de sûreté, est la loi qu'ils ont choisie et, en l'absence de choix, la loi régissant cette convention.

Loi applicable aux droits et obligations des tiers débiteurs et des créanciers garantis

214. La loi devrait prévoir que la loi applicable à une créance, un instrument négociable ou un document négociable est également la loi applicable:

a) Aux rapports entre le débiteur de la créance et le cessionnaire de la créance, entre un débiteur dans le cadre d'un instrument négociable et le titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur cet instrument, ou entre l'émetteur d'un document négociable et le titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur ce document;

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être supprimer la mention de la loi applicable aux rapports entre l'émetteur d'un document négociable et le titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur ce document. En effet, le fait que la loi sur les opérations garanties prévoie que ces rapports sont soumis à la loi de l'État régissant le document négociable risque d'entraîner une incohérence par rapport aux approches suivies actuellement dans les lois sur les*

transports de différents États. Il vaudrait peut-être mieux soumettre la question à une autre loi.]

b) Aux conditions dans lesquelles la cession de la créance, une sûreté réelle mobilière sur l'instrument négociable ou une sûreté réelle mobilière sur le document négociable peut être opposée au débiteur de la créance, au débiteur dans le cadre de l'instrument négociable ou à l'émetteur du document négociable (y compris le point de savoir si une convention d'incessibilité peut être invoquée par ces derniers); et

c) À la question de savoir si le débiteur de la créance, le débiteur dans le cadre de l'instrument négociable ou l'émetteur du document négociable a été libéré de ses obligations.

Loi applicable à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière

215. La loi devrait prévoir que, sous réserve de la recommandation 220, la loi applicable aux questions touchant la réalisation d'une sûreté réelle mobilière:

a) Sur un bien meuble corporel est la loi de l'État où a lieu la réalisation; et

b) Sur un bien meuble incorporel est la loi applicable à la priorité de la sûreté réelle mobilière.

Signification du "lieu de situation" du constituant

216. La loi devrait prévoir que, aux fins des dispositions sur le conflit de lois, le constituant est situé dans l'État où il a son établissement. Si le constituant a des établissements dans plus d'un État, l'établissement pertinent est celui où s'exerce son administration centrale. S'il n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu.

Moment devant servir de référence pour déterminer le lieu de situation

217. La loi devrait prévoir que:

a) Sous réserve de l'alinéa b) de la présente recommandation, le lieu de situation des biens ou du constituant dans les dispositions relatives au conflit de lois désigne, pour les questions de constitution, leur lieu de situation au moment de la constitution présumée de la sûreté réelle mobilière et, pour les questions d'opposabilité et de priorité, leur lieu de situation au moment où ces questions se posent;

b) Si les droits de tous les réclamants concurrents sur un bien grevé ont été constitués et rendus opposables avant que le lieu de situation du bien ou du constituant ne change, le lieu de situation du bien ou du constituant dans les dispositions relatives au conflit de lois désigne, pour les questions d'opposabilité et de priorité, leur lieu de situation avant ce changement.

Exclusion du renvoi

218. La loi devrait prévoir que la référence dans les dispositions relatives au conflit de lois à la "loi" d'un autre État en tant que loi applicable à une question désigne la loi en vigueur dans cet État à l'exception de ses dispositions relatives au conflit de lois.

Ordre public et lois de police

219. La loi devrait prévoir que:

a) L'application de la loi déterminée conformément aux dispositions relatives au conflit de lois ne peut être écartée que si elle conduit à un résultat manifestement contraire à l'ordre public du for;

b) Les dispositions relatives au conflit de lois ne portent pas atteinte aux dispositions de la loi du for dont l'application s'impose même aux situations internationales quelle que soit la loi désignée par les dispositions relatives au conflit de lois; et

c) Les dispositions de la loi du for ne peuvent être appliquées à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière en vertu des alinéas a) et b) de la présente recommandation.

Incidence de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sur la loi applicable aux sûretés réelles mobilières

220. La loi devrait prévoir que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité n'écarte pas les dispositions relatives au conflit de lois qui déterminent la loi applicable à la constitution d'une sûreté réelle mobilière, à son opposabilité, à sa priorité et à sa réalisation (et, dans le contexte de l'approche non unitaire, à un droit de réserve de propriété et à un droit de crédit-bail). Toutefois, la présente disposition devrait être soumise aux effets sur ces questions de l'application de la loi sur l'insolvabilité de l'État où est ouverte la procédure d'insolvabilité (*lex fori concursus*) à des questions telles que l'annulation, le traitement des créanciers garantis, le classement des créances ou la répartition du produit[36].

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que la présente recommandation a été déplacée du chapitre XIV relatif à l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière et revue afin d'éviter les incohérences avec le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, qui traite de la loi applicable à la validité et à l'opposabilité des droits et créances, mais non de la loi applicable à la priorité générale ou à la réalisation d'une sûreté. Le commentaire expliquera que la première phrase de la recommandation introduit une règle de conflit de lois généralement acceptable, qui est conforme au Guide sur l'insolvabilité, alors que la deuxième phrase maintient l'application de la* lex fori concursus[37]. *Dans ce contexte, le commentaire se référera au commentaire du chapitre XIV relatif à l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière expliquant les recommandations relatives au conflit de lois du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité.*]

---

[36] Voir la recommandation 31 du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité.

[37] Voir le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité, deuxième partie, par. 88, et la recommandation 34, qui prévoit que des exceptions supplémentaires pourraient être faites à ce principe, sous réserve qu'elles soient clairement énoncées ou notées dans la loi sur l'insolvabilité.

B. Recommandations spéciales lorsque la loi applicable est celle d'un État à plusieurs unités

221. La loi devrait prévoir que, dans les situations où la loi applicable à une question est celle d'un État à plusieurs unités, sous réserve de la recommandation 222, les références à la loi d'un État à plusieurs unités désignent la loi de l'unité territoriale concernée (déterminée en fonction du lieu de situation du constituant ou d'un bien grevé ou autrement conformément aux dispositions relatives au conflit de lois) et, dans la mesure où elle est applicable dans ladite unité, la loi de l'État à plusieurs unités concerné.

222. La loi devrait prévoir que si, conformément à ses dispositions sur le conflit de lois, la loi applicable est la loi d'un État à plusieurs unités ou de l'une de ses unités territoriales, les dispositions internes sur le conflit de lois en vigueur dans cet État ou cette unité territoriale détermineront si ce sont les dispositions de droit matériel de cet État ou d'une unité territoriale particulière de cet État qui s'appliquent.

223. La loi devrait prévoir que, si le titulaire du compte et la banque dépositaire ont choisi la loi d'une unité territoriale d'un État à plusieurs unités en tant que loi applicable à la convention de compte:

a) La référence à "l'État" dans la première phrase de la recommandation 207 (variante B) vise cette unité territoriale;

b) La référence à "cet État" dans la deuxième phrase de la recommandation 207 (variante B) vise l'État à plusieurs unités concerné.

224. La loi devrait prévoir que la loi d'une unité territoriale est la loi applicable si:

a) Dans les recommandations 207 (variante B) et 223, la loi désignée est celle d'une unité territoriale d'un État à plusieurs unités;

b) Conformément au droit de cet État, la loi d'une unité territoriale est la loi applicable uniquement si la banque dépositaire a un établissement dans cette unité territoriale qui remplit la condition prévue à la deuxième phrase de la recommandation 207 (variante B); et

c) La disposition énoncée à l'alinéa b) de la présente recommandation est en vigueur au moment où la sûreté réelle mobilière sur le compte bancaire est constituée[38].

XIII. Transition

Objet

Les dispositions relatives à la transition ont pour objet d'assurer une transition équitable et efficace à partir du régime en vigueur avant la date d'entrée en vigueur de la loi.

---

[38] Seul un État qui adopte la recommandation 207 (variante B) doit adopter les recommandations 223 et 224.

Date d'entrée en vigueur

225. La loi devrait spécifier soit une date, postérieure à son adoption, à compter de laquelle elle entrera en vigueur ("date d'entrée en vigueur") soit un mécanisme permettant de déterminer cette date. À partir de cette date, la loi s'applique à toutes les opérations entrant dans son champ d'application, qu'elles aient été conclues avant ou après cette date, sous réserve des dispositions suivantes.

Inapplicabilité de la loi aux actions intentées avant la date d'entrée en vigueur

226. La loi devrait prévoir qu'elle ne s'applique pas à une question qui a été soumise à une procédure judiciaire ou à une procédure alternative contraignante de règlement des litiges ouverte avant la date d'entrée en vigueur. Si la réalisation d'une sûreté réelle mobilière a commencé avant la date d'entrée en vigueur, elle peut se poursuivre en vertu de la loi en vigueur avant cette date ("loi antérieure").

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être examiner si l'exercice d'une voie de droit pour cause de défaillance avant la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi devrait emporter l'application de l'intégralité de la loi antérieure à la réalisation. Dans l'affirmative, il vaudrait mieux employer le verbe "doit" au lieu de "peut".*]

Constitution d'une sûreté réelle mobilière

227. La loi devrait prévoir que la loi antérieure détermine si une sûreté réelle mobilière a été constituée avant la date d'entrée en vigueur.

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière

228. La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière qui est opposable conformément à la loi antérieure le reste:

a) jusqu'à ce qu'elle cesse d'être opposable en vertu de la loi antérieure; ou

b) jusqu'à expiration d'une période de [spécifier la durée] mois après la date d'entrée en vigueur ("la période transitoire"), selon ce qui intervient en premier.

Si les conditions d'opposabilité prévues par la présente loi sont satisfaites avant que la sûreté cesse d'être opposable conformément à la phrase précédente, l'opposabilité est continue.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière

229. Sous réserve des recommandations 230 et 231, la loi devrait prévoir qu'elle régit la priorité d'une sûreté réelle mobilière. La date à laquelle une sûreté mentionnée dans la recommandation 228 a été rendue opposable ou a fait l'objet d'un avis inscrit en vertu de la loi antérieure est la date devant servir de référence pour déterminer la priorité de cette sûreté.

230. La loi devrait prévoir que la priorité d'une sûreté réelle mobilière est déterminée par la loi antérieure si:

a) La sûreté et les droits de tous les réclamants concurrents sont nés avant la date d'entrée en vigueur; et

b) Le rang de priorité n'a changé pour aucun d'eux depuis la date d'entrée en vigueur.

231. La loi devrait prévoir que la situation d'une sûreté réelle mobilière a changé si:

a) Elle était opposable à la date de l'entrée en vigueur conformément à la recommandation 228 et a cessé de l'être ensuite; ou

b) Elle n'était pas opposable à la date de l'entrée en vigueur et l'est devenue ensuite.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être examiner s'il faudrait supprimer cette recommandation car elle n'explique pas suffisamment le sens du mot "situation" et risque même de prêter à confusion. Il suffirait peut-être pour régler le problème de remplacer le mot "situation" par "rang de priorité" dans cette recommandation et de fournir de plus amples explications dans le commentaire.*]

XIV. Incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière

A. Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité[39]: définitions et recommandations

Définitions

12. c) "Actifs du débiteur": biens et droits du débiteur, notamment les droits sur des biens, en sa possession ou non, corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, y compris les droits sur des actifs grevés ou sur des actifs appartenant à des tiers;

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

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être examiner si la définition des termes "contrat financier" et "convention de compensation globale" (tirée de l'article 5, alinéas k) et l), de la Convention des Nations Unies sur la cession et reproduite dans le présent Guide) devrait également figurer ici.*]

12. bb) "*Lex fori concursus*": loi de l'État d'ouverture de la procédure d'insolvabilité;

12. cc) "*Lex rei sitae*": loi de l'État où se trouve l'actif;

12. j) "Compensation globale": compensation d'obligations monétaires ou non monétaires en vertu de contrats financiers;

[39] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.10.

12. l) "Convention de compensation globale": forme de contrat financier entre deux parties ou plus prévoyant une ou plusieurs des modalités suivantes:

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

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

iii) La compensation des montants calculés comme prévu à l'alinéa ii) de la présente définition au titre de deux conventions de compensation globale, ou plus[40].

12. ii) "Partie intéressée": toute partie sur les droits, obligations ou intérêts de laquelle une procédure d'insolvabilité ou des aspects particuliers d'une procédure d'insolvabilité ont des incidences, notamment le débiteur, le représentant de l'insolvabilité, un créancier, un actionnaire, un comité des créanciers, une autorité publique ou toute autre personne ainsi concernée. Ne devraient pas être considérées comme des parties intéressées les personnes ayant un intérêt lointain ou diffus sur lequel la procédure d'insolvabilité aurait des incidences;

12. tt) "Traitement préférentiel": opération au terme de laquelle un créancier obtient un avantage ou bénéficie d'un paiement irrégulier;

12. mm) "Priorité": droit d'une créance de primer une autre créance, lorsque ce droit naît par l'effet de la loi;

12. q) "Créance prioritaire": créance qui est payée avant le désintéressement de l'ensemble des créanciers chirographaires;

12. pp) "Protection de la valeur": mesures visant à maintenir la valeur économique des actifs grevés et des actifs appartenant à des tiers pendant la procédure d'insolvabilité (certaines législations parlent de "protection adéquate"). Une protection peut être assurée par des versements en espèces, la constitution d'une sûreté réelle sur des actifs de remplacement ou des actifs supplémentaires ou par d'autres moyens qui, de l'avis du tribunal, sont de nature à apporter la protection nécessaire;

12. ss) "Sûreté réelle": droit sur un actif garantissant le paiement ou autre exécution d'une ou de plusieurs obligations.

Recommandations

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission notera peut-être que, pour que toutes les recommandations pertinentes du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité soient reproduites dans le présent chapitre, les recommandations 34, 40 à 45, 63, 73, 79, 81 à 85, 87, 92, 146 à 149 et 178 de ce dernier ont été insérées ci-après.*]

---

[40] Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.04.V.14), article 5, alinéa l).

Principaux objectifs d'une loi sur l'insolvabilité efficace et effective

1. Pour élaborer et développer une loi sur l'insolvabilité efficace, il faudrait prendre en compte les principaux objectifs suivants:

a) Sécuriser le marché pour promouvoir la stabilité et la croissance économiques;

b) Maximiser la valeur des actifs;

c) Établir un équilibre entre liquidation et redressement;

d) Garantir le traitement équitable des créanciers se trouvant dans la même situation;

e) Prévoir le règlement rapide, efficace et impartial de l'insolvabilité;

f) Préserver la masse de l'insolvabilité pour permettre une répartition équitable entre les créanciers;

g) Élaborer une loi sur l'insolvabilité transparente et prévisible qui contienne des mesures d'incitation pour la collecte et la diffusion d'informations; et

h) Reconnaître les droits des créanciers existants et établir des règles claires pour classer les créances prioritaires.

4. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, si une sûreté réelle est opposable et réalisable en vertu d'une autre loi, elle sera reconnue comme telle dans la procédure d'insolvabilité.

7. Pour concevoir une loi sur l'insolvabilité efficace et effective, il faudrait prendre en considération les éléments communs suivants:

a) à d) …

e) Protection de la masse de l'insolvabilité contre les actions des créanciers, contre le débiteur lui-même et contre le représentant de l'insolvabilité et, lorsque les mesures de protection s'appliquent aux créanciers garantis, manière dont la valeur économique de leurs sûretés réelles sera protégée pendant la procédure d'insolvabilité;

f) à r) …

Loi applicable à la validité et à l'opposabilité des droits et créances

30. La loi applicable à la validité et à l'opposabilité des droits et créances existant au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité devrait être déterminée par les règles de droit international privé de l'État où est ouverte cette procédure.

Loi applicable dans la procédure d'insolvabilité: *lex fori concursus*

31. La loi de l'État où est ouverte la procédure d'insolvabilité (*lex fori concursus*) devrait s'appliquer à tous les aspects de l'ouverture, du déroulement, de l'administration et de la conclusion de cette procédure et à ses effets, à savoir notamment:

a) à i) …

j) Le traitement des créanciers garantis;

k) à n) …

o) Le classement des créances;

p) à s) …

Exceptions à l'application de la loi de la procédure d'insolvabilité

…

34. Toutes exceptions en sus de celles prévues dans les recommandations 32 et 33 devraient être limitées en nombre et clairement énoncées ou notées dans la loi sur l'insolvabilité.

Actifs constituant la masse de l'insolvabilité

35. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la masse devrait comprendre notamment:

a) Les actifs du débiteur[41], y compris ses droits sur des actifs grevés et sur des actifs appartenant à des tiers;

b) Les actifs acquis après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité; et

c) …

Mesures provisoires[42]

39. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le tribunal peut prononcer, à la demande du débiteur, de créanciers ou de tiers, des mesures provisoires, lorsque celles-ci sont nécessaires pour protéger et préserver la valeur des actifs du débiteur[43] ou les intérêts des créanciers, entre le moment du dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et l'ouverture de la procédure[44]. Ces mesures peuvent notamment être les suivantes:

a) Interdire ou suspendre les mesures d'exécution contre les actifs du débiteur, y compris les mesures visant à rendre des sûretés réelles opposables aux tiers et la réalisation de sûretés réelles;

b) à d) …

---

[41] La propriété des actifs serait déterminée conformément à la loi applicable en l'espèce, le terme "actifs" étant ici défini de manière large comme désignant des biens et des droits du débiteur, y compris des droits sur des actifs appartenant à des tiers.

[42] Le présent texte suit les dispositions correspondantes de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, voir article 19 (annexe III du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*).

[43] Les actifs visés aux alinéas a) à c) sont uniquement ceux qui entreraient dans la masse de l'insolvabilité une fois la procédure ouverte.

[44] La loi sur l'insolvabilité devrait indiquer à partir de quand prend effet une décision d'accorder des mesures provisoires, par exemple au moment où la décision est rendue, rétroactivement à partir du début du jour où la décision a été rendue ou à un autre moment précis (voir par. 44 du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*).

Indemnisation en rapport avec les mesures provisoires

40. La loi sur l'insolvabilité peut habiliter le tribunal:

a) À exiger de la personne demandant les mesures provisoires une indemnisation et, s'il y a lieu, le paiement de frais ou droits; ou

b) À imposer des sanctions en rapport avec une demande de mesures provisoires.

Répartition des droits entre le débiteur et le représentant de l'insolvabilité

41. La loi sur l'insolvabilité devrait indiquer clairement comment les droits et obligations se répartissent entre le débiteur et tout représentant de l'insolvabilité nommé à titre de mesure provisoire. Entre le moment du dépôt d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et l'ouverture de la procédure, le débiteur est autorisé à continuer d'exploiter son entreprise ainsi qu'à utiliser les actifs et à en disposer dans le cours normal des affaires, sauf restrictions imposées par le tribunal.

Notification

42. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, sauf si le tribunal en limite ou en exclut la nécessité, une notification appropriée doit être adressée aux parties intéressées qui sont concernées:

a) Par une demande de mesures provisoires ou une décision du tribunal d'accorder des mesures provisoires (y compris une demande de réexamen et de modification ou de mainlevée); et

b) Par une décision du tribunal d'accorder des mesures supplémentaires applicables à l'ouverture.

Mesures provisoires *ex parte*

43. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, s'ils ne sont pas avisés de la demande de mesures provisoires, le débiteur ou une autre partie intéressée touchée par ces mesures ont le droit, s'ils en font la demande d'urgence, d'être entendus rapidement[45] sur le maintien ou non des mesures.

Modification ou main levée des mesures provisoires

44. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le tribunal, agissant d'office ou à la demande du représentant de l'insolvabilité, du débiteur, d'un créancier ou de toute autre personne touchée par les mesures provisoires, peut réexaminer et modifier ou lever ces mesures.

Fin des mesures provisoires

45. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les mesures provisoires prennent fin:

---

[45] Tout délai fixé dans la loi sur l'insolvabilité devrait être bref pour éviter la dépréciation de l'entreprise débitrice.

a) Lorsque la demande d'ouverture est rejetée;

b) Lorsqu'une décision ordonnant des mesures provisoires est contestée avec succès conformément à la recommandation 43; et

c) Lorsque les mesures applicables à l'ouverture de la procédure prennent effet, sauf si elles sont maintenues par le tribunal.

Mesures applicables à l'ouverture de la procédure

46. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité[46]:

a) L'engagement d'actions ou de procédures individuelles[47] visant les actifs, les droits ou les obligations du débiteur est interdit et la poursuite desdites actions ou procédures est suspendue;

b) Les actions visant à rendre des sûretés réelles opposables aux tiers et à réaliser des sûretés réelles sont interdites ou suspendues[48];

c) Les mesures d'exécution ou autres voies de droit contre les actifs de la masse sont interdites ou suspendues;

d) Le droit d'un cocontractant de mettre fin à tout contrat conclu avec le débiteur est suspendu[49]; et

e) Le droit de transférer tout actif de la masse, de le grever ou d'en disposer autrement est suspendu[50].

Durée des mesures automatiquement applicables à l'ouverture de la procédure

49. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les mesures applicables à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité auront effet pendant toute cette procédure:

---

[46] Ces mesures prendraient généralement effet au moment où est rendue la décision d'ouverture.

[47] Voir article 20 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (annexe III du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*). Les actions et procédures individuelles mentionnées à l'alinéa a) de la recommandation 46 sont censées englober également les actions devant un tribunal arbitral. Il ne sera pas toujours possible, toutefois, d'arrêter automatiquement une procédure arbitrale, par exemple lorsque celle-ci se déroule à l'étranger.

[48] Si une loi autre que la loi sur l'insolvabilité autorise l'accomplissement des formalités d'opposabilité dans un certain délai, il est souhaitable que la loi sur l'insolvabilité reconnaisse ce délai et autorise l'accomplissement des formalités en question si la procédure d'insolvabilité est ouverte avant l'expiration desdits délais. Lorsque la loi autre que la loi sur l'insolvabilité ne prévoit pas de tel délai, l'arrêt des poursuites applicable à l'ouverture aurait pour effet d'empêcher l'accomplissement des formalités d'opposabilité (pour plus de détails, voir par. 32 du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, et Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties).

[49] Voir paragraphes 114 à 119 du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*. Cette recommandation ne vise pas à interdire qu'il soit mis fin à un contrat si celui-ci doit arriver à expiration à une date postérieure à celle de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

[50] S'agissant de la limitation du droit de transférer des actifs de la masse, de les grever ou d'en disposer autrement, une exception peut être prévue dans les cas où le débiteur est autorisé à continuer d'exploiter l'entreprise et peut transférer des actifs, les grever ou en disposer autrement dans le cours normal des affaires.

a) Jusqu'au prononcé de leur aménagement par le tribunal[51];

b) Dans une procédure de redressement, jusqu'à la prise d'effet d'un plan de redressement[52]; ou

c) S'agissant des créanciers garantis dans une procédure de liquidation, jusqu'à expiration d'une période fixe spécifiée par la loi[53], à moins que le tribunal ne proroge cette période s'il est montré que:

i) Une prorogation est nécessaire pour maximiser la valeur des actifs dans l'intérêt des créanciers; et

ii) Les créanciers garantis seront protégés contre une dépréciation de l'actif grevé sur lequel ils détiennent une sûreté réelle.

Protection contre la dépréciation des actifs grevés

50. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, sur demande faite au tribunal, un créancier garanti devrait avoir droit à la protection de la valeur des actifs sur lesquels il détient une sûreté réelle. Le tribunal peut prononcer les mesures de protection appropriées, qui peuvent notamment prendre la forme:

a) De versements en espèces effectués par la masse;

b) De la constitution de sûretés réelles supplémentaires; ou

c) D'autres moyens déterminés par le tribunal.

Aménagement des mesures applicables à l'ouverture de la procédure

51. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'un créancier garanti peut demander au tribunal de prononcer un aménagement des mesures applicables à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité pour certains motifs, dont notamment les suivants:

a) L'actif grevé n'est pas nécessaire à un éventuel redressement ou à une éventuelle cession de l'entreprise débitrice;

b) La valeur de l'actif grevé diminue du fait de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et le créancier garanti n'est pas protégé contre cette diminution; et

c) Dans le cas d'un redressement, aucun plan n'a été approuvé dans tout délai applicable.

Pouvoir d'utiliser les actifs de la masse et d'en disposer

52. La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser:

---

[51] L'aménagement devrait être prononcé pour les motifs indiqués dans la recommandation 51 du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*.

[52] Un plan peut prendre effet dès son approbation par les créanciers ou après son homologation par le tribunal, selon les conditions posées par la loi sur l'insolvabilité (voir chap. IV, par. 54 et suiv. du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*).

[53] L'arrêt des poursuites ne devrait s'appliquer aux créanciers garantis que pendant une courte période, de l'ordre de 30 à 60 jours, période qui devrait être clairement spécifiée dans la loi sur l'insolvabilité.

a) L'utilisation et la disposition des actifs de la masse (y compris des actifs grevés) dans le cours normal des affaires, à l'exception du produit en espèces; et

b) L'utilisation et la disposition des actifs de la masse (y compris des actifs grevés) en dehors du cours normal des affaires, sous réserve des conditions prévues dans les recommandations 55 et 58.

Constitution d'une nouvelle sûreté réelle sur des actifs grevés

53. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les actifs grevés peuvent être grevés d'une nouvelle sûreté réelle, sous réserve des conditions prévues dans les recommandations 65 à 67.

Utilisation d'actifs appartenant à des tiers

54. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le représentant de l'insolvabilité peut utiliser des actifs appartenant à des tiers et se trouvant en possession du débiteur sous réserve que soient remplies certaines conditions, notamment:

a) Que les droits des tiers soient protégés contre la diminution de la valeur des actifs; et

b) Que les frais, prévus au contrat, qui sont liés à la poursuite de l'exécution de ce dernier et à l'utilisation des actifs soient assimilés à une dépense afférente à l'administration de la procédure.

Faculté de vendre des actifs de la masse libres de toutes sûretés et autres droits réels

58. La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser le représentant de l'insolvabilité à vendre des actifs qui sont grevés de sûretés ou soumis à d'autres droits réels libres de ces sûretés et autres droits en dehors du cours normal des affaires, à condition:

a) Qu'il notifie la vente proposée aux titulaires des sûretés ou autres droits réels;

b) Que les titulaires aient la possibilité d'être entendus par le tribunal s'ils s'opposent à la vente proposée;

c) Qu'aucun aménagement de l'arrêt des poursuites n'ait été prononcé; et

d) Que la priorité des droits sur le produit de la vente des actifs soit préservée.

Utilisation du produit en espèces

59. La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser le représentant de l'insolvabilité à utiliser le produit en espèces et à en disposer si:

a) Le créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle sur ce produit en espèces consent à cette utilisation ou disposition; ou

b) Le créancier garanti a été avisé de l'utilisation ou de la disposition proposées et a eu la possibilité d'être entendu par le tribunal; et

c) Les droits du créancier garanti seront protégés contre la diminution de la valeur du produit en espèces.

Actifs constituant une charge

62. La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser le représentant de l'insolvabilité à décider du traitement des actifs constituant une charge pour la masse. En particulier, elle peut l'autoriser à renoncer à de tels actifs après que les créanciers en ont été avisés et ont eu la possibilité de s'opposer à l'action proposée, sauf lorsque le montant d'une créance garantie excède la valeur de l'actif grevé et que l'actif n'est pas nécessaire au redressement ou à la cession de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité, auquel cas la loi sur l'insolvabilité peut permettre au représentant de l'insolvabilité de renoncer à l'actif en faveur du créancier garanti sans en aviser les autres créanciers.

Attirer et autoriser un financement postérieur à l'ouverture de la procédure

63. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir des mesures de facilitation et d'incitation pour permettre au représentant de l'insolvabilité d'obtenir un financement postérieur à l'ouverture de la procédure lorsqu'il juge un tel financement nécessaire pour la poursuite de l'exploitation ou la survie de l'entreprise du débiteur ou pour préserver ou augmenter la valeur de la masse. La loi sur l'insolvabilité peut exiger que le tribunal autorise ou que les créanciers approuvent l'octroi de ce financement.

Garantie d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure

65. La loi sur l'insolvabilité devrait permettre la constitution d'une sûreté réelle en garantie du remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, notamment d'une sûreté sur des actifs non grevés, y compris des actifs acquis après l'ouverture de la procédure, ou d'une sûreté de rang inférieur sur des actifs de la masse déjà grevés.

66. La loi[54] devrait spécifier qu'une sûreté réelle constituée sur des actifs de la masse pour garantir le remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure ne prime pas une sûreté réelle antérieure sur les mêmes actifs, sauf si le représentant de l'insolvabilité obtient l'accord du ou des créanciers garantis antérieurs ou s'il applique la procédure décrite dans la recommandation 67.

67. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsque le créancier garanti antérieur ne donne pas son accord, le tribunal peut autoriser la constitution d'une sûreté réelle primant les sûretés réelles antérieures, sous réserve que soient remplies certaines conditions, notamment:

a) Que la possibilité ait été donnée au créancier garanti antérieur d'être entendu par le tribunal;

b) Que le débiteur puisse prouver qu'il ne peut obtenir le financement par aucun autre moyen; et

c) Que les droits du créancier garanti antérieur soient protégés[55].

---

[54] Cette règle peut figurer dans une loi autre que la loi sur l'insolvabilité, auquel cas cette dernière devrait en mentionner l'existence.

[55] Voir par. 63 à 69 du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*.

Effet de la conversion de la procédure sur le financement postérieur à son ouverture

68. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsqu'une procédure de redressement est convertie en liquidation, toute priorité accordée, dans le cadre du redressement, à un financement postérieur à l'ouverture de la procédure devrait continuer à être reconnue dans le cadre de la liquidation[56].

Clauses de résiliation automatique et de déchéance du terme

70. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que toute clause contractuelle prévoyant la résiliation automatique ou l'exécution anticipée d'un contrat dans l'un quelconque des cas suivants est inopposable au représentant de l'insolvabilité et au débiteur:

a) Demande d'ouverture ou ouverture d'une procédure d'insolvabilité;

b) Nomination d'un représentant de l'insolvabilité[57].

71. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les contrats qui sortent du champ d'application de la recommandation 70, comme les contrats financiers, ou sont soumis à des règles spéciales, comme les contrats de travail.

Continuation ou rejet

72. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le représentant de l'insolvabilité peut décider de poursuivre l'exécution d'un contrat dont il a connaissance lorsque la continuation serait profitable à la masse de l'insolvabilité[58]. Elle devrait spécifier que:

a) Le droit de continuation s'applique au contrat dans son intégralité; et

b) La continuation a pour effet de rendre toutes les clauses du contrat exécutoires.

73. La loi sur l'insolvabilité peut autoriser le représentant de l'insolvabilité à décider de rejeter un contrat[59]. Elle devrait spécifier que ce droit de rejet s'applique au contrat dans son intégralité.

---

[56] Il n'est pas nécessaire que soit reconnu le même ordre de priorité. Par exemple, le financement postérieur à l'ouverture peut être primé par les créances afférentes à l'administration de la liquidation.

[57] Cette recommandation ne s'appliquerait qu'aux contrats dans lesquels de telles clauses pourraient être annulées (voir commentaire sur les exceptions, par. 143 à 145 du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*) et n'entend pas être exclusive, mais établir un minimum: le tribunal devrait être en mesure d'examiner d'autres clauses contractuelles qui auraient pour effet de résilier un contrat lorsque surviennent des événements similaires.

[58] Sous réserve que l'arrêt automatique des poursuites s'applique pour empêcher la résiliation (consécutive à une clause de résiliation automatique) des contrats avec le débiteur, tous les contrats devraient être maintenus pour que le représentant de l'insolvabilité puisse examiner la possibilité de les poursuivre, à moins que la date d'expiration du contrat ne tombe après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

[59] Une solution autre que la faculté de rejeter les contrats est de prévoir, comme le font certains pays, que l'exécution d'un contrat cesse purement et simplement sauf si le représentant de l'insolvabilité décide de poursuivre celle-ci.

Continuation d'un contrat en cas de manquement du débiteur

79. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'en cas de manquement du débiteur à ses obligations contractuelles, le représentant de l'insolvabilité peut poursuivre l'exécution du contrat, à condition que le manquement soit réparé, que le cocontractant non défaillant retrouve pour l'essentiel la situation économique qui était la sienne avant le manquement et que la masse soit en mesure de s'acquitter des obligations découlant du contrat poursuivi.

Exécution avant la continuation ou le rejet du contrat

80. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le représentant de l'insolvabilité peut accepter ou exiger du cocontractant qu'il exécute le contrat avant sa continuation ou son rejet. Les créances du cocontractant découlant de cette exécution devraient être assimilées à une dépense afférente à l'administration de la procédure:

a) Si le cocontractant a exécuté le contrat, le montant de cette dépense devrait correspondre au prix contractuel de l'exécution; ou

b) Si le représentant de l'insolvabilité utilise des actifs appartenant à un tiers qui sont en possession du débiteur soumis au contrat, ce tiers devrait être protégé contre la dépréciation de ces actifs et avoir une créance afférente à l'administration de la procédure conformément à l'alinéa a).

Dommages-intérêts pour inexécution ultérieure d'un contrat poursuivi

81. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'en cas de décision de continuer un contrat, les dommages-intérêts dus pour inexécution ultérieure de ce contrat devraient être assimilés à une dépense afférente à l'administration de la procédure.

Dommages-intérêts pour rejet du contrat

82. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que tous dommages-intérêts dus pour rejet d'un contrat antérieur à l'ouverture de la procédure seraient déterminés conformément à la loi applicable et devraient être traités comme une créance ordinaire non garantie. Elle peut limiter les créances liées au rejet d'un contrat de longue durée.

Cession des contrats

83. La loi sur l'insolvabilité peut spécifier que le représentant de l'insolvabilité peut décider de céder un contrat, nonobstant les restrictions énoncées dans celui-ci, à condition que la cession soit bénéfique pour la masse.

84. Lorsque le cocontractant est opposé à la cession d'un contrat, la loi sur l'insolvabilité peut habiliter le tribunal à approuver néanmoins la cession à condition que:

a) Le représentant de l'insolvabilité continue le contrat;

b) Le cessionnaire puisse s'acquitter des obligations contractuelles cédées;

c) Le cocontractant ne soit pas fortement désavantagé par la cession; et

d) Le manquement du débiteur au contrat soit réparé avant la cession.

85. La loi sur l'insolvabilité peut spécifier que, lorsque le contrat est cédé, le cessionnaire se substituera au débiteur comme partie contractante avec effet à compter de la date de la cession et la masse n'aura plus d'obligation au regard du contrat.

Opérations annulables[60]

87. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir des dispositions qui s'appliquent rétroactivement et qui visent à défaire des opérations impliquant le débiteur ou des actifs de la masse et ayant pour effet soit de réduire la valeur de la masse, soit d'enfreindre le principe du traitement équitable des créanciers. Elle devrait spécifier que les types d'opérations ci-après sont annulables:

a) Les opérations visant à faire échouer, à retarder ou à entraver le recouvrement des créances par les créanciers lorsque l'opération a eu pour effet de mettre des actifs hors de portée des créanciers ou des créanciers potentiels ou de léser d'une autre manière les intérêts des créanciers;

b) Les opérations dans lesquelles le débiteur a transféré un droit sur un bien ou a souscrit une obligation à titre gratuit ou pour une contrepartie symbolique, inférieure ou insuffisante et qui sont intervenues à un moment où il était insolvable ou qui l'ont rendu insolvable (opérations à un prix sous-évalué); et

c) Les opérations intervenues à un moment où le débiteur était insolvable, dans lesquelles un créancier a obtenu une part des actifs de ce dernier supérieure à la proportion qui lui revient ou en a reçu le bénéfice (opérations préférentielles).

Annulation de sûretés réelles

88. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, bien qu'elle soit opposable et réalisable en vertu d'une autre loi, une sûreté réelle peut être soumise aux dispositions d'annulation qu'elle prévoit pour les mêmes motifs que d'autres opérations.

Opérations échappant aux actions en annulation

92. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les opérations qui échappent aux actions en annulation, notamment les contrats financiers.

Contrats financiers

103. Une fois les contrats financiers du débiteur résiliés, la loi sur l'insolvabilité devrait permettre aux cocontractants de réaliser leurs sûretés réelles garantissant les obligations découlant de ces contrats. Les contrats financiers ne devraient pas être soumis à un éventuel arrêt des poursuites appliqué à la réalisation des sûretés par la loi sur l'insolvabilité.

---

[60] Le terme "opération" est employé dans la présente section pour désigner généralement un des nombreux actes juridiques – ou la combinaison de plusieurs d'entre eux – permettant de disposer d'actifs ou de contracter des obligations, notamment un transfert, un paiement, la constitution d'une sûreté réelle ou d'une garantie, la conclusion d'un prêt, la renonciation à un droit ou une action visant à rendre une sûreté réelle opposable aux tiers.

Participation des créanciers

126. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les créanciers, tant garantis que chirographaires, ont le droit de participer à la procédure d'insolvabilité et indiquer quelles fonctions ils peuvent remplir dans le cadre de cette participation.

Droit d'être entendu et de former un recours

137. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une partie intéressée a le droit d'être entendue dans le cadre de la procédure d'insolvabilité sur toute question qui porte atteinte à ses droits, obligations ou intérêts. Par exemple, une partie intéressée devrait être fondée:

a) À contester tout acte soumis à l'approbation du tribunal;

b) À demander au tribunal d'examiner tout acte pour lequel son approbation n'était pas nécessaire ou requise; et

c) À demander toute mesure dont elle peut se prévaloir dans la procédure d'insolvabilité.

Droit de faire appel[61]

138. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une partie intéressée peut faire appel de toute décision du tribunal prise dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité si cette décision porte atteinte à ses droits, obligations ou intérêts.

Mécanismes de vote

145. La loi sur l'insolvabilité devrait établir, pour l'approbation du plan, un mécanisme de vote indiquant les créanciers et les actionnaires qui ont le droit de se prononcer sur le plan par un vote; les modalités de vote, à savoir lors d'une assemblée convoquée à cet effet ou par correspondance ou par d'autres moyens, notamment par voie électronique et par procuration; et si les créanciers et les actionnaires devraient ou non voter par classe en fonction de leurs droits respectifs.

146. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'un créancier ou un actionnaire dont les droits sont modifiés ou affectés par le plan ne devrait pas être lié par les stipulations de ce dernier sauf s'il lui a été donné la possibilité de voter sur le plan.

147. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsque le plan prévoit que les droits d'un créancier, d'un actionnaire ou d'une classe de créanciers ou d'actionnaires ne seront ni modifiés ni affectés par ses stipulations, ce créancier ou cet actionnaire ou cette classe de créanciers ou d'actionnaires ne sont pas habilités à voter sur le plan.

---

[61] Conformément à ses principaux objectifs, la loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que les appels formés dans le cadre de la procédure d'insolvabilité ne devraient pas avoir d'effet suspensif sauf si le tribunal en décide autrement, afin que l'insolvabilité puisse être traitée et réglée de manière ordonnée, rapide et efficace sans interruption inutile. Les délais d'appel devraient être conformes à la loi généralement applicable, mais doivent être plus courts dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité pour éviter toute interruption de cette dernière.

148. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les créanciers habilités à voter sur le plan devraient être rangés dans des classes séparées selon leurs droits respectifs et que chaque classe devrait voter séparément.

149. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que tous les créanciers et les actionnaires d'une même classe devraient se voir offrir le même traitement.

Plan de redressement

Approbation par classe

150. Lorsque, pour l'approbation du plan, il est procédé à un vote par classe, la loi sur l'insolvabilité devrait spécifier comment seront traités, aux fins de cette approbation, les résultats obtenus dans chaque classe. Différentes solutions sont possibles: par exemple, exiger l'approbation par toutes les classes ou l'approbation par une majorité spécifiée de classes, à condition toutefois qu'au moins une classe de créanciers dont les droits sont modifiés ou affectés approuve le plan.

151. Lorsque la loi sur l'insolvabilité n'exige pas l'approbation du plan par toutes les classes, elle devrait indiquer le traitement à réserver à celles qui ne votent pas en faveur du plan qui par ailleurs est approuvé par les classes requises. Ce traitement devrait être conforme aux conditions énoncées dans la recommandation 152.

Homologation d'un plan approuvé

152. Lorsque la loi sur l'insolvabilité exige qu'un plan approuvé soit homologué par le tribunal, elle devrait exiger que celui-ci homologue ce plan si les conditions suivantes sont remplies:

a) Les approbations requises ont été obtenues et le processus d'approbation a été régulier;

b) Les créanciers recevront au moins autant dans le cadre du plan que ce qu'ils auraient reçu en cas de liquidation, à moins qu'ils n'aient expressément accepté un traitement moins favorable;

c) Le plan ne comporte pas de dispositions contraires à la loi;

d) Les créances et dépenses afférentes à l'administration de la procédure seront intégralement payées, sauf dans la mesure où le créancier concerné accepte un traitement différent; et

e) Sauf dans la mesure où les classes concernées en sont convenues autrement, si une classe de créanciers a voté contre le plan, elle se verra reconnaître pleinement par celui-ci le rang que la loi sur l'insolvabilité lui accorde et la part qui lui revient en vertu du plan devrait être conforme à ce rang.

Contestation de l'approbation (lorsque aucune homologation n'est exigée)

153. Lorsqu'un plan devient contraignant après son approbation par les créanciers, sans qu'il doive être homologué par le tribunal, la loi sur l'insolvabilité devrait permettre aux parties intéressées, notamment au débiteur, d'en contester l'approbation. Elle devrait spécifier les critères permettant d'apprécier le bien-fondé de la contestation, parmi lesquels devraient figurer:

a) Le respect des conditions énoncées dans la recommandation 152; et

b) La fraude, auquel cas les dispositions de la recommandation 154 devraient s'appliquer.

Créances garanties

172. La loi sur l'insolvabilité devrait préciser si les créanciers garantis sont tenus de déclarer leurs créances.

Créances non liquides

178. La loi sur l'insolvabilité devrait autoriser l'admission provisoire des créances non liquides, en attendant que leur montant soit déterminé par le représentant de l'insolvabilité.

Évaluation des créances garanties

179. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que le représentant de l'insolvabilité peut déterminer la fraction garantie et la fraction non garantie de la créance d'un créancier garanti en évaluant l'actif grevé.

Créances garanties

188. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que les créances garanties devraient être remboursées sur les actifs grevés dans le cadre d'une liquidation ou d'un plan de redressement, sous réserve des créances ayant éventuellement un rang de priorité supérieur. Les créances ayant un rang de priorité supérieur à celui des créances garanties devraient être limitées au minimum et clairement indiquées dans la loi sur l'insolvabilité. Lorsque la valeur de l'actif grevé est insuffisante pour rembourser la créance du créancier garanti, ce dernier peut participer en tant que créancier chirographaire ordinaire.

B. Recommandations supplémentaires concernant l'insolvabilité

Actifs acquis après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité

232. Sous réserve des dispositions de la recommandation 233, la loi sur l'insolvabilité devrait prévoir qu'un actif de la masse acquis après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité n'entre pas dans l'assiette d'une sûreté réelle mobilière constituée par le débiteur avant l'ouverture de la procédure.

233. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir qu'un actif de la masse acquis après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité visant le débiteur entre dans l'assiette d'une sûreté réelle mobilière constituée par ce dernier avant l'ouverture de la procédure si cet actif est le produit (en espèces ou sous une autre forme) d'un bien grevé qui lui appartenait avant l'ouverture de la procédure.

Clauses de résiliation automatique dans une procédure d'insolvabilité

234. Si la loi sur l'insolvabilité prévoit l'inopposabilité au représentant de l'insolvabilité ou au débiteur d'une clause contractuelle qui, à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ou lors d'un autre événement lié à l'insolvabilité, met automatiquement fin à toute obligation découlant d'un contrat ou en accélère

l'échéance, elle devrait prévoir aussi qu'une telle disposition ne rend pas inopposable ni n'invalide une clause contractuelle libérant un créancier d'une obligation de consentir un prêt ou d'octroyer un crédit ou d'autres facilités financières au profit du débiteur.

Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière dans une procédure d'insolvabilité

235. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière est opposable au moment de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, des dispositions peuvent être prises après l'ouverture de la procédure pour conserver, préserver ou maintenir cette opposabilité dans la mesure et de la manière autorisées par la loi sur les opérations garanties.

Priorité d'une sûreté réelle mobilière dans une procédure d'insolvabilité

236. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, si une sûreté réelle mobilière est prioritaire en vertu d'une autre loi, cette priorité reste intacte dans une procédure d'insolvabilité sauf si, conformément à la loi sur l'insolvabilité, un autre droit se voit accorder la priorité. De telles exceptions devraient être limitées au minimum et clairement énoncées dans la loi sur l'insolvabilité. La présente recommandation est soumise à la recommandation 188 du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*.

Effet d'un accord de cession de rang dans une procédure d'insolvabilité

237. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, si le titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur un actif entrant dans la masse de l'insolvabilité renonce unilatéralement ou conventionnellement à sa priorité en faveur de tout réclamant concurrent existant ou futur, cette renonciation a force obligatoire dans une procédure d'insolvabilité visant le débiteur de la même manière qu'elle a effet en vertu d'une autre loi.

Frais et dépenses liés au maintien de la valeur du bien grevé dans une procédure d'insolvabilité

238. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que le représentant de l'insolvabilité est en droit de recouvrer de manière prioritaire sur la valeur d'un bien grevé les frais et les dépenses qu'il a raisonnablement engagés en vue de maintenir, de préserver ou d'accroître la valeur du bien grevé au profit du créancier garanti.

Évaluation des biens grevés dans une procédure de redressement

239. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que, pour déterminer la valeur de liquidation de biens grevés dans une procédure de redressement, il faudrait tenir compte de l'utilisation de ces biens et des objectifs de l'évaluation. La valeur de liquidation de ces biens peut être fondée sur leur valeur d'exploitation.

A/CN.9/637/Add.1 [Original: anglais]

Note du Secrétariat sur la terminologie et les recommandations du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa douzième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
VII. Priorité d'une sûreté réelle mobilière	1-170
A. Remarques générales	1-151
1. Introduction	1-17
a) Le concept de priorité	1-7
b) Le domaine de la priorité: types de conflits de priorité	8-11
c) L'importance des règles de priorité	12-16
d) Plan du chapitre	17
2. Les approches de la rédaction des règles de priorité	18-24
3. Les différents fondements permettant de déterminer la priorité	25-50
a) L'ordre de priorité lorsque l'opposabilité est fondée sur l'inscription	27-34
b) L'ordre de priorité lorsque l'opposabilité est fondée sur la possession	35-38
c) L'ordre de priorité lorsque l'opposabilité est fondée sur le contrôle	39-40
d) L'ordre de priorité lorsque l'opposabilité est fondée sur l'inscription sur un registre spécialisé ou l'annotation sur un certificat de propriété	41-44
e) L'ordre de priorité lorsque l'opposabilité est fondée sur la constitution de la sûreté réelle mobilière	45-46
f) L'ordre de priorité lorsque l'opposabilité est fondée sur la notification à un tiers débiteur	47-48
g) L'ordre de priorité déterminé par la loi en fonction de la nature de la créance	49-50
4. Les règles pour déterminer l'ordre de priorité entre des réclamants concurrents	51-126
a) L'ordre de priorité entre des créanciers garantis et chirographaires	52-53
b) L'ordre de priorité entre des sûretés concurrentes sur les mêmes biens grevés	54-67
c) L'ordre de priorité entre les droits des bénéficiaires de transferts, des preneurs à bail et des titulaires de licence de biens grevés	68-94
d) Priorité des créances privilégiées	95-98

e) Priorité des droits des créanciers judiciaires 99-107

f) Priorité des droits des personnes fournissant des services concernant un bien grevé. 108-111

g) Priorité du droit de revendication d'un fournisseur 112-114

h) Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un bien attaché 115-120

i) Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur une masse ou un produit fini découlant d'une sûreté sur des biens transformés ou mélangés 121-126

5. Portée et interprétation des règles de priorité. 127-151

a) Caractère indifférent de la connaissance de l'existence de la sûreté . . . 127-129

b) La liberté contractuelle en ce qui concerne la priorité: cession de rang. 130-133

c) Impact de la continuité de l'opposabilité sur la priorité 134-136

d) Portée de la priorité: avances futures, et obligations futures et conditionnelles 137-142

e) Application des règles de priorité à une sûreté réelle mobilière sur des biens à acquérir. 143-145

f) Application des règles de priorité à une sûreté réelle mobilière sur le produit 146-151

B. Remarques sur des biens particuliers. 152-170

1. Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable 155-157

2. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire 158-164

3. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant des espèces 165

4. Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant 166-167

5. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un document négociable ou des biens meubles corporels représentés par un document négociable 168-170

C. Recommandations . . . . . .

VII. Priorité d'une sûreté réelle mobilière[2]

A. Remarques générales

1. Introduction

a) Le concept de priorité

1. Le concept de priorité est au cœur de tout régime efficace en matière d'opérations garanties. Il s'agit du principal moyen par lequel les États résolvent les conflits entre des réclamants concurrents concernant des biens du débiteur (pour la définition des termes "priorité" et "réclamant concurrent", voir Introduction,

section B, Terminologie). Dans un régime des opérations garanties relatif aux biens meubles, le concept se reflète dans l'ensemble des principes et des règles qui régissent la mesure dans laquelle un créancier garanti peut obtenir l'avantage économique de sa sûreté sur un bien grevé par préférence à tout autre réclamant concurrent.

2. Pour bien comprendre la logique et les limites du concept de priorité, il faut se placer dans le contexte du droit général régissant, dans un État, les relations entre débiteurs et créanciers. Dans certains États, ce droit ne traite pas directement du rapport entre les divers créanciers d'un débiteur, mais uniquement du rapport entre le créancier et son débiteur. En cas de défaillance, un créancier peut obtenir un jugement contre son débiteur, en vertu duquel il peut tout simplement saisir et vendre les biens de ce dernier pour recouvrer le montant qui lui est dû. Dans ces États, le concept de priorité (lorsqu'il est nécessaire de déterminer lequel des créanciers est le plus fondé à revendiquer un bien) n'entre en jeu que lorsqu'un réclamant concurrent conteste le droit d'un créancier à réaliser un ou plusieurs biens de son débiteur. Cela peut être le cas par exemple lorsqu'un créancier saisit des biens trouvés chez le débiteur, mais appartenant peut-être en réalité à un tiers.

3. Dans la plupart des États, toutefois, le droit des relations entre débiteurs et créanciers a une portée plus large et prévoit aussi plus explicitement la manière dont les relations entre l'ensemble des créanciers d'un débiteur doivent être régies. Ces relations obéissent habituellement à deux principes généraux. Premièrement, la loi prévoit d'ordinaire que les biens d'un débiteur sont le "gage commun" (parfois appelé "patrimoine saisissable") de ses créanciers: tous les biens du débiteur peuvent être saisis et vendus pour exécuter une obligation confirmée par un jugement prononcé en faveur de l'un quelconque des créanciers; toutefois, si d'autres créanciers ont aussi obtenu un jugement et participent à la saisie, le produit de la vente est utilisé pour rembourser l'ensemble des créances. Deuxièmement, au cas où la vente des biens ne rapporte pas suffisamment d'argent pour rembourser intégralement l'ensemble des créanciers, leurs créances sont recalculées proportionnellement et payées au prorata (les créanciers se partageant également le produit de la vente en proportion des montants respectifs de leurs créances).

4. Bien que les deux principes mentionnés dans le paragraphe précédent figurent dans le droit de la plupart des États, le droit des relations entre débiteurs et créanciers, dans ces États, va bien au-delà et permet à certains créanciers d'obtenir une préférence sur d'autres créanciers. En d'autres termes, ces deux principes ne régissent l'ensemble des relations entre débiteurs et créanciers que si le ou les créanciers n'ont pas conclu de contrat avec leur débiteur pour obtenir un privilège. Par exemple, dans nombre d'États les créanciers utilisent des mécanismes comme la réserve de propriété ou la vente avec droit de rachat pour empêcher que certains biens du débiteur soient intégrés au gage commun, ou pour qu'ils en soient retirés, afin de ne plus être à la disposition de l'ensemble des créanciers. En procédant ainsi, ces créanciers peuvent accroître leurs chances de recevoir le paiement complet des obligations qui leur sont dues puisqu'ils n'ont plus à partager la valeur économique de ces biens avec les réclamants concurrents. En outre, dans la plupart des États, certains créanciers sont autorisés à obtenir un droit prioritaire dans la répartition du produit d'une vente en réalisation de leurs créances. Ce privilège peut trouver son origine dans la loi (comme celui qui est souvent accordé aux personnes ayant effectué des réparations sur les biens, aux vendeurs de biens qui n'ont pas été

payés et aux autorités fiscales) ou dans un contrat conclu pour obtenir une sûreté sur des biens particuliers du débiteur. En pareils cas, le droit de certains créanciers d'être payés de préférence à d'autres accroît directement leurs chances de recouvrer l'intégralité de leurs créances puisque les réclamants concurrents ne seront payés que lorsque ces créanciers privilégiés auront été entièrement remboursés. L'un des objectifs essentiels des règles régissant la priorité est de définir clairement les conséquences de ces techniques visant à obtenir un privilège sur des réclamants concurrents.

5. Les États adoptent des approches générales différentes pour élaborer un ensemble de règles de priorité. Certains définissent ce concept de manière assez restrictive et ne l'utilisent qu'en cas de concurrence entre réclamants ayant obtenu un privilège en rompant avec le principe d'égalité des créanciers. Dans ces États, la concurrence opposant des réclamants dont les créances sont limitées à un ou plusieurs biens du débiteur (notamment les vendeurs réservataires et les acquéreurs ultérieurs d'un bien du débiteur) n'est normalement pas qualifiée de conflit de priorité. On y met avant tout fin en déterminant si le réclamant ou le débiteur est propriétaire du bien concerné. En outre, dans ces États, les questions de priorité ne se posent habituellement que lorsqu'un créancier cherche à recevoir paiement de sa créance en réalisant les biens de son débiteur; avant ce moment, le concept de priorité n'a pas d'importance concrète.

6. Dans d'autres États, le terme de priorité a une portée plus large. Il est utilisé dans les situations de concurrence entre des réclamants ayant des droits réels sur les biens de leur débiteur (ou les biens dont il est propriétaire en apparence), y compris ceux dont il n'est en réalité peut-être pas encore propriétaire. Par exemple, le conflit entre un vendeur réservataire, un tiers auquel le débiteur est censé avoir vendu le bien et un créancier judiciaire de l'acheteur ayant un droit sur le bien est qualifié de conflit de priorité. Dans ces États, le concept de priorité régit en outre la relation entre des réclamants concurrents avant même que le débiteur soit défaillant. La concurrence qui oppose le bénéficiaire du transfert d'une créance et un créancier qui recouvre la créance est considérée comme un conflit de priorité, même si le débiteur n'est peut-être pas encore défaillant vis-à-vis du créancier.

7. Le Guide recommande aux États d'adopter une approche entièrement intégrée (ou unitaire) en matière de sûretés comme cadre d'organisation général. En dehors de l'approche non unitaire du financement d'acquisitions (voir chapitre XI sur le financement d'acquisitions), si un créancier cherche à obtenir un privilège par le biais du mécanisme du gage commun ou du principe de l'égalité des créanciers, le moyen particulier qu'il utilisera relèvera du droit des opérations garanties (voir chapitre III, Approches fondamentales en matière de sûretés, recommandation 11). C'est pourquoi le terme de priorité est utilisé dans le présent chapitre dans l'acception plus étendue qui vient d'être exposée. Toutes les situations de concurrence entre un créancier garanti et un autre réclamant qui cherche à réaliser ses droits sur un bien grevé sont traitées comme des conflits de priorité.

b) Le domaine de la priorité: types de conflits de priorité

8. Avant d'expliquer pourquoi le concept de priorité est si important (voir par. 12 à 16 ci-dessous), on examinera les différentes situations dans lesquelles se posent des questions de priorité afin d'expliquer le contexte pertinent. Il y a principalement

deux contextes, supposant tous deux qu'au moins un des réclamants concurrents soit un créancier garanti.

9. Les questions de priorité se posent le plus souvent au moment de la réalisation des sûretés, par exemple lorsque le constituant d'une sûreté sur un bien grevé n'exécute pas son obligation garantie et lorsque la valeur des biens grevés n'est pas suffisante pour satisfaire les obligations dues au créancier procédant à la réalisation et à tous les autres réclamants concurrents faisant valoir un droit sur ces biens. Dans cette situation, la loi sur les opérations garanties doit déterminer comment la valeur économique des biens doit être répartie entre eux. Le réclamant concurrent sera souvent un autre créancier garanti du constituant. L'exemple type est celui du constituant qui a accordé une sûreté sur le même bien à deux prêteurs différents. Toutefois, il arrive souvent que le réclamant concurrent soit titulaire d'un autre type de droit réel, tel qu'un droit constitué par des sûretés légales (par exemple, un créancier privilégié). Un autre exemple encore est le cas du constituant qui ne remplit pas son obligation envers un créancier garanti et qui a un créancier chirographaire ayant obtenu un jugement à son encontre et pris des mesures pour faire exécuter le jugement sur les biens grevés par la sûreté.

10. Des problèmes de priorité surviennent aussi lorsqu'un tiers fait valoir un droit sur un bien grevé qui lui permettra, s'il y est fait droit, d'obtenir un titre de propriété sur les biens libre de toute charge (c'est-à-dire libre de toute sûreté et autres créances concurrentes). Un exemple typique est le cas où le constituant crée une sûreté réelle mobilière en faveur d'un prêteur en conservant la possession du bien et vend ensuite ce bien grevé à un tiers. La loi sur les opérations garanties doit alors déterminer si l'acheteur acquiert la propriété du bien libre de la sûreté réelle mobilière du prêteur. Un autre exemple est le cas où un constituant crée une sûreté réelle mobilière sur un bien en faveur d'un prêteur et qu'il loue ou met sous licence par la suite ce bien à un tiers. La loi sur les opérations garanties doit alors déterminer si le preneur à bail ou le preneur de licence peut jouir de ses droits réels, en vertu de la location ou de la licence sur lesquels la sûreté du prêteur n'a aucune incidence. Encore un autre exemple concerne la situation où le représentant de l'insolvabilité dans la procédure d'insolvabilité du constituant revendique les biens grevés de la sûreté d'un créancier au profit de la masse de l'insolvabilité.

11. Dans tous les cas qui viennent d'être mentionnés, la priorité n'est un problème que si les sûretés sont opposables aux tiers (pour la distinction entre efficacité entre les parties et opposabilité, voir chapitre IV sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière). Alors que certains États attachent des effets en termes de priorité à certains droits qui peuvent ne pas être "pleinement" opposables, d'autres États font une distinction nette entre les droits qui sont opposables et ceux qui ne le sont pas. Dans ces États, les sûretés qui ne sont pas opposables ont le même rang de priorité les unes par rapport aux autres que par rapport aux droits des réclamants chirographaires ordinaires. En outre, les réclamants concurrents qui bénéficient d'un statut privilégié en vertu d'une autre loi (par exemple, les personnes qui fournissent un service, comme une réparation, et celles qui bénéficient d'un privilège légal) ou qui acquièrent des biens auprès du constituant seront toujours prioritaires sur une sûreté qui n'a pas été rendue opposable. Il convient cependant de noter que même si les sûretés ne sont pas opposables et qu'elles n'ont aucune conséquence en termes de priorité, elles sont néanmoins efficaces à l'égard du constituant et réalisables

auprès de lui (voir recommandation 30 et chapitre VIII, Droits et obligations des parties à une convention constitutive de sûreté).

c) L'importance des règles de priorité

12. Pour un certain nombre de raisons, il est largement admis que des règles de priorité efficaces sont essentielles pour encourager l'offre de crédit garanti.

13. Tout d'abord, le plus important pour un créancier garanti est de savoir quel sera le rang de sa sûreté en cas de réalisation de la sûreté dans le cadre et en-dehors de la procédure d'insolvabilité du constituant. Plus précisément, la question est de savoir combien il peut raisonnablement s'attendre à retirer de la vente des biens grevés, question particulièrement importante lorsqu'il compte sur les biens grevés comme principale ou unique source de remboursement. En cas d'incertitude quant au rang de priorité de sa sûreté future au moment de décider s'il va ou non consentir le crédit, il tablera moins sur ces biens comme garantie de remboursement. Cette incertitude sur ce que pourra lui rapporter la vente des biens peut l'inciter à majorer le coût du crédit (par exemple, en appliquant un taux d'intérêt plus élevé) ou à en réduire le montant (en accordant un pourcentage moins important de la valeur des biens grevés). Parfois, cela pourra même l'amener à refuser purement et simplement le crédit.

14. Afin de réduire au minimum cette incertitude (et de promouvoir ainsi le crédit garanti), il est important que les lois sur les opérations garanties prévoient des règles de priorité claires conduisant à des résultats prévisibles en cas de concurrence entre des réclamants sur les biens grevés. En outre, puisque les sûretés n'ont pas de valeur pour les créanciers garantis à moins d'être réalisables dans la procédure d'insolvabilité du constituant, il est important que ces résultats soient, dans toute la mesure du possible, respectés par le droit de l'insolvabilité d'un État (voir chapitre XIV sur l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté, par. 13 et 59 à 63). Ceci est particulièrement vrai dans la mesure où, très souvent, le non-respect d'une obligation envers un créancier garanti peut être concomitant à des défaillances envers d'autres créanciers et entraîner l'insolvabilité. Des règles de priorité claires servent non seulement à résoudre les conflits, mais également à les éviter en permettant aux réclamants concurrents de prévoir comment un conflit de priorité potentiel sera résolu. À cet égard, l'existence de règles de priorité efficaces peut avoir un effet positif sur l'offre de crédit garanti et sur le coût de ce crédit car les créanciers potentiels seront plus assurés de pouvoir se tourner vers les biens grevés en cas de défaillance de leur constituant (même si ce dernier fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité) et pourront calculer précisément les risques liés à l'octroi d'un crédit à un emprunteur donné.

15. Des règles de priorité bien conçues peuvent aussi avoir un autre impact positif sur l'offre globale de crédit garanti. De nombreuses banques et autres institutions financières sont disposées à accorder un crédit sur la base de sûretés subordonnées à une ou à plusieurs sûretés ayant un rang de priorité supérieur, détenues par d'autres créanciers garantis, tant qu'elles estiment que les biens du constituant ont une valeur résiduelle (en sus des autres obligations garanties) permettant de couvrir leurs sûretés et qu'elles peuvent confirmer clairement le rang de priorité exact de celles-ci. Ceci présuppose que le créancier potentiel soit capable de déterminer le montant maximum garanti par les sûretés de rang supérieur, soit en communiquant avec les titulaires des autres sûretés ou, dans les États qui exigent une déclaration du

montant maximum pour lequel une sûreté grève un bien, en consultant l'avis inscrit dans le registre général des sûretés (voir par. 141 ci-dessous et recommandation 57, al. d)). Par contre, dans les situations où le créancier garanti potentiel n'arrive pas à s'assurer que la valeur résiduelle suffit pour appuyer le nouvel octroi de crédit proposé, il pourrait peut-être créer assez de valeur en négociant un accord de cession de rang avec un ou plusieurs créanciers garantis d'un rang supérieur aux termes duquel ceux-ci renonceraient à la priorité de leurs sûretés sur certains biens au profit de la nouvelle sûreté proposée (voir par. 130 à 133 ci-dessous et recommandation 75). Il peut en être ainsi si les créanciers de rang supérieur estiment que le nouvel octroi de crédit proposé aidera le constituant dans ses affaires, renforçant ainsi les chances de voir leurs créances remboursées.

16. Dans ces deux situations, la probabilité qu'un autre créancier octroie un crédit à un constituant est sensiblement plus grande dans un État où il existe des règles de priorité claires qui permettent aux créanciers de déterminer leur rang de priorité avec un degré élevé de certitude. En outre, des règles claires et bien conçues facilitent la constitution de sûretés multiples sur les mêmes biens, ce qui permet à un constituant de maximiser la valeur de ses biens pouvant être utilisés pour obtenir un crédit.

d) Plan du chapitre

17. Dans sa section A, le présent chapitre traite des grandes approches de la rédaction des règles de priorité (section A.2) et des différentes méthodes permettant de déterminer la priorité (section A.3). Il examine ensuite les principales règles de priorité qui devraient faire partie d'un régime moderne des opérations garanties. Il étudie la relation entre les différents réclamants concurrents (section A.4) ainsi que la portée et l'interprétation des règles de priorité (section A.5). La section B s'intéresse aux règles de priorité spéciales qui ne s'appliquent qu'à certaines catégories spécifiques de biens et la section C conclut le chapitre par une série de recommandations.

2. Les approches de la rédaction des règles de priorité

18. Les États sont confrontés à un certain nombre de choix fondamentaux lorsqu'ils rédigent des règles de priorité. Ils doivent commencer par déterminer la portée du régime de priorité. La première question est de savoir s'il doit s'appliquer uniquement aux situations de concurrence entre différents créanciers d'obligations personnelles ou s'étendre aux situations de concurrence opposant toutes les personnes qui font valoir des droits sur les biens d'un débiteur, ou les biens dont il est propriétaire en apparence, ou en relation avec ces biens. Pour les raisons exposées ci-dessus (voir par. 1 à 7), le Guide adopte la position selon laquelle le régime de priorité devrait englober les conflits de priorité entre tous les réclamants concurrents potentiels.

19. Les États doivent ensuite décider comment ces règles de priorité devraient être organisées et rédigées. Plusieurs approches sont possibles, même si elles reflètent dans l'ensemble des tendances alternatives en matière de rédaction législative.

20. L'une d'entre elles est d'élaborer des règles de priorité sous la forme d'un ensemble de principes généraux destiné aux tribunaux et que ceux-ci pourront interpréter et utiliser pour résoudre des litiges particuliers. Lorsque des États

adoptent une telle approche, en particulier à l'occasion de l'adoption d'un nouveau régime des opérations garanties pleinement intégré comme celui recommandé dans le Guide, les tribunaux ont la très lourde charge de donner des détails sur l'application de ces principes généraux. Les juges doivent non seulement maîtriser rapidement la logique sous-jacente au nouveau régime mais aussi s'assurer des pratiques du marché et les assimiler afin d'élaborer des règles spécifiques qui soient prévisibles et efficaces. Il se peut en outre que beaucoup de temps s'écoule avant qu'un nombre suffisant de décisions judiciaires ait été rendu sur un éventail suffisant de questions pour pouvoir connaître avec certitude le fonctionnement pratique des principes de priorité.

21. Une autre approche consiste à élaborer un grand nombre de règles de priorité détaillées pour régir toutes les situations possibles et imaginables faisant intervenir des réclamants concurrents. Dans les États qui suivent cette approche, en particulier dans ceux qui ont précédemment instauré des régimes de priorité à l'aide de grands principes fondés sur la détermination préalable de la propriété des biens faisant l'objet de réclamations concurrentes, un système complet de règles spécifiques pourra sembler extrêmement complexe et difficile à manier pour les avocats et les juges.

22. Une autre approche encore consiste à élaborer et à organiser les règles de priorité en un ensemble cohérent sous la forme d'une série de principes de portée plus générale, puis à appliquer ces principes de manière spécifique à des situations qui se rencontrent fréquemment. Cette approche peut permettre d'y voir plus clair et d'obtenir un degré élevé de certitude au sujet de n'importe quel conflit de priorité. C'est celle qui est recommandée par le Guide.

23. En choisissant l'une ou l'autre approche, un État doit penser aux objectifs généraux qu'il cherche à atteindre. Il convient de rappeler que le Guide cherche à présenter un régime des opérations garanties qui prévoit des sûretés réelles mobilières sans dépossession sur différents biens meubles corporels et incorporels qui, dans de nombreux États, ne pouvaient jusqu'à présent pas être grevés ou ne pouvaient pas l'être par plusieurs sûretés à la fois (voir recommandation 2 a)). En outre, le Guide adopte une approche entièrement intégrée en ce qui concerne les opérations qui, quel que soit leur nom, sont destinées à garantir l'exécution d'une obligation (voir recommandation 11). Enfin, il reconnaît de nombreuses méthodes permettant de rendre les sûretés opposables (voir recommandations 32 et 34 à 36). Toutes ces raisons font que le Guide recommande aux États d'adopter la troisième approche pour rédiger leurs règles de priorité.

24. Dans cette logique, un régime moderne des opérations garanties devrait comprendre un ensemble de règles de priorité détaillées et précises qui: a) ont une portée étendue; b) couvrent un large éventail d'obligations garanties existantes et futures; c) s'appliquent à tous les types de biens grevés, y compris les biens et le produit à venir; et d) fournissent les moyens de résoudre des conflits de priorités entre une grande diversité de réclamants concurrents (créanciers garantis, bénéficiaires de transferts, prestataires de services et créanciers judiciaires, par exemple). Cette approche des règles de priorité encourage les créanciers potentiels à accorder un crédit garanti en leur assurant, à un degré élevé, qu'ils peuvent prévoir comment les conflits de priorité potentiels seront résolus. Les sections suivantes du présent chapitre précisent les questions que ces règles détaillées devraient résoudre et comment ces dernières devraient être formulées.

3. Les différents fondements permettant de déterminer la priorité

25. Du fait que les règles de priorité, dans un régime moderne des opérations garanties, sont destinées à régir le rapport entre les droits du titulaire d'une sûreté et les droits du ou des tiers, elles sont étroitement liées aux différentes méthodes permettant de rendre la sûreté opposable. Compte tenu de la grande importance qu'il accorde à l'opposabilité, le Guide adopte l'approche générale selon laquelle aucun créancier garanti ne peut faire valoir sa priorité sur un réclamant concurrent si la sûreté n'a pas été rendue opposable. Il s'agit des seuls cas dans lesquels une question de priorité se pose.

26. La présente section rappelle brièvement les diverses méthodes pour rendre une sûreté opposable qui ont été adoptées dans différents États en indiquant à chaque fois les principes fondamentaux de la priorité qui s'appliqueront lorsque l'opposabilité aura été obtenue par la méthode concernée. Elle examine, dans l'ordre, l'opposabilité obtenue par: a) inscription d'un avis sur un registre général des sûretés; b) possession du bien grevé par le créancier garanti; c) un accord de contrôle; d) inscription sur un registre spécialisé ou annotation sur un certificat de propriété; e) constitution de la sûreté; et f) notification à un tiers débiteur.

a) L'ordre de priorité lorsque l'opposabilité est fondée sur l'inscription

27. Comme on l'a vu ci-dessus (voir chapitre V sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière, par. [...], et chapitre VI sur le système de registre, par. [...]), l'un des meilleurs moyens de permettre aux créanciers de déterminer leur rang de priorité avec un degré de certitude élevé au moment où ils octroient un crédit, est de recourir à un registre public.

28. Dans la plupart des États où existe un système fiable d'inscription d'avis relatifs aux sûretés réelles mobilières, le principe général veut que la préférence soit donnée à la sûreté mentionnée dans le premier avis inscrit (ce que l'on appelle souvent la "règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription").

i) L'inscription d'un avis avant la constitution d'une sûreté

29. L'inscription a traditionnellement été considérée dans de nombreux États comme une formalité permettant d'assurer l'opposabilité qui est accomplie une fois la sûreté devenue efficace entre les parties. Ceci signifie que l'inscription fait connaître et confirme un droit qui existe déjà ou qui naît au moment où elle est faite (voir l'examen dans le chapitre V sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière, par. [...]), comme dans un système juridique dans lequel une sûreté devient opposable lorsque toute la convention constitutive de sûreté est inscrite. Toutefois, dans certains États, il ne s'agit pas d'inscrire un droit qui existe déjà, mais un avis relatif à une sûreté qui peut ne pas encore exister. L'inscription ne confirme pas que le droit a effectivement été créé, mais bien qu'il a été ou peut être créé. Par conséquent, la règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription peut s'appliquer dans ces États même si une ou plusieurs des conditions requises pour la constitution d'une sûreté n'étaient pas remplies au moment de l'inscription.

30. Une telle approche évite à un créancier qui a déjà inscrit un avis d'avoir à consulter de nouveau le système d'inscription une fois qu'il a été satisfait à toutes les conditions pour la constitution de ses sûretés. Elle donne au créancier la certitude qu'une fois un avis de sûreté mobilière inscrit, d'autres sûretés pour

lesquelles un avis sera inscrit ultérieurement ne primeront pas sa sûreté. Par exemple, un créancier A peut inscrire son avis, faire un recherche dans le registre pour s'assurer qu'aucun avis de sûreté n'a été inscrit, puis accorder le crédit en étant certain que sa sûreté aura une priorité de premier rang même si un créancier B inscrit un avis pour une sûreté concurrente entre le moment où le créancier A a inscrit son avis et le moment où il a octroyé le crédit. En outre, les autres créanciers existants ou potentiels sont également protégés grâce à cette règle car l'avis inscrit les avertira de sûretés potentielles et ils peuvent alors prendre des dispositions pour se protéger (par exemple en demandant des garanties personnelles ou des sûretés de rang inférieur sur les mêmes biens ou des sûretés de rang supérieur sur d'autres biens). Cette approche est celle que le Guide recommande (voir recommandation 73 a)).

ii) L'atténuation de la règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription

31. Dans de nombreux États où la priorité est fonction de l'ordre d'inscription, cette règle est atténuée pendant ce qu'on a appelé les "délais de grâce" pour l'inscription. Ces délais permettent à l'opposabilité d'une sûreté d'être rétroactive si l'inscription d'un avis a lieu peu de temps après la constitution de la sûreté. Dans ce cas, la priorité sera déterminée selon la date de constitution plutôt que selon la date d'inscription de l'avis. Par conséquent, une sûreté constituée en premier, mais inscrite en second, peut quand même primer une sûreté constituée en second mais inscrite en premier, à condition que l'avis relatif à cette dernière soit inscrit avant l'expiration du délai de grâce applicable. Dans ces cas, tant que le délai de grâce continue à courir, la date d'inscription n'est pas une indication fiable de rang de priorité d'un créancier (voir d'une manière générale le chapitre XI sur le financement d'acquisitions, par. [...]).

32. Les créanciers cherchent à se protéger contre ce risque de différentes manières. Ils peuvent attendre que le délai de grâce applicable expire avant d'accorder le crédit au constituant, ce qui a toutefois comme inconvénient de retarder aussi l'octroi du crédit. Ils peuvent également se fier aux déclarations du constituant certifiant qu'il n'a pas accordé de sûretés concurrentes sur les mêmes biens grevés. Cette solution n'est pas non plus idéale car si la déclaration se révèle fausse, le créancier ne pourra intenter qu'une action en dommages et intérêts. Afin de ne pas compromettre la certitude apportée par la règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription, les États limitent généralement l'utilisation des délais de grâce à de rares cas, tels que: a) le financement d'acquisitions; b) les situations où l'inscription avant ou en même temps que la constitution n'est pas possible sur le plan logistique.

iii) Les exceptions à la règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription

33. La règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription ne peut pas être absolue. Les régimes modernes des opérations garanties envisagent deux principaux types d'exceptions. Les États prévoient parfois qu'une sûreté peut être automatiquement opposable dès sa constitution sans qu'il soit besoin d'inscrire un avis. Cette exception concerne le plus souvent les sûretés réelles mobilières sur des biens de consommation (pour la définition du terme "biens de consommation" voir Introduction, section B, Terminologie). Dans ces cas, la priorité de la sûreté est déterminée en fonction du moment de la constitution (voir par. 45 et 46 ci-dessous).

34. En outre, de nombreux États ont adopté une exception à la règle de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription pour les sûretés qui ont été rendues opposables par une méthode autre que l'inscription d'un avis sur le registre général des sûretés. Ainsi, par exemple, lorsqu'il arrive qu'un avis soit inscrit en second sur un registre général mais en premier sur un registre spécialisé de la propriété ou annoté sur un certificat de propriété, les États accordent généralement la priorité d'après l'ordre d'inscription dans le registre spécialisé ou d'annotation sur le certificat de propriété (voir par. 41 à 44 ci-dessous). De même, lorsqu'une sûreté est inscrite en second sur le registre général mais que le bien grevé est un instrument négociable en possession d'un créancier (voir par. 35 à 38 et 155 à 157 ci-dessous), un document négociable en possession d'un créancier (voir par. 168 à 170 ci-dessous), ou un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire qui a fait l'objet d'un accord de contrôle (voir par. 158 à 164 ci-dessous), la priorité est généralement accordée à celui qui possède l'instrument ou le document négociable, ou au bénéficiaire de l'accord de contrôle.

b) L'ordre de priorité lorsque l'opposabilité est fondée sur la possession

35. Comme on l'a déjà vu (voir chapitre IV sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, par. [...] et chapitre V sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière, par. [...]), les sûretés mobilières avec dépossession sont traditionnellement un élément important des législations sur les opérations garanties de la plupart des États. C'est pourquoi, même dans les États qui ont instauré un registre général des sûretés, les sûretés réelles mobilières sur des biens meubles corporels peuvent aussi être rendues opposables par la prise de possession des biens par le créancier.

36. Dans ces États, nonobstant le principe général selon lequel c'est le premier créancier à inscrire un avis sur le registre général des sûretés qui est prioritaire, la priorité peut aussi être établie en fonction de la date à laquelle le créancier a obtenu la possession du bien grevé, sans aucune condition d'inscription d'un avis. En outre, dans nombre de ces États, il se peut que ce soit un tiers qui possède en réalité les biens et que différents créanciers garantis s'entendent pour lui confier leurs biens, la priorité étant déterminée en fonction des dates respectives auxquelles la possession pour chacun des créanciers est établie. Dans ce cas, la possession pour chacun des créanciers pouvant débuter à une date différente, la priorité sera fonction de la date à laquelle la possession en leur nom a commencé. Toutefois, lorsque le conflit de priorité oppose des sûretés qui sont devenues opposables par prise de possession (que cette possession soit le fait du créancier garanti ou d'un agent agissant pour le compte d'un ou de plusieurs créanciers garantis), c'est généralement l'ordre dans lequel l'opposabilité est intervenue qui détermine la priorité (voir recommandation 73, al. b)).

37. L'utilisation de la date de prise de possession pour déterminer la priorité fait que les États doivent prévoir une règle pour régir la priorité entre les créanciers qui ont inscrit un avis dans le registre général des sûretés et les créanciers qui ont pris possession. La règle habituelle veut que la priorité soit fonction de l'ordre dans lequel: a) l'avis a été inscrit dans le registre général des sûretés; et b) la possession du bien grevé a été obtenue (voir recommandation 73, al. c)). Par exemple, si un créancier A inscrit un avis au jour 1, un créancier B prend possession au jour 2, un créancier C s'entend avec le créancier B pour lui confier des biens au jour 3, et un

créancier D inscrit un avis au jour 4, le rang de priorité des créanciers serait A, B, C et D.

38. Malgré son importance, la priorité fondée sur la possession présente l'inconvénient, du fait que, souvent, la possession n'est pas un acte public, que le détenteur d'une sûreté qui se fie à la possession pour établir la priorité aura la charge d'établir avec précision la date à laquelle il a pris possession. Toutefois, en dépit de cet inconvénient, la priorité fondée sur la possession est commercialement utile pour certains biens, tels que des instruments négociables (par exemple, un chèque, une lettre de change ou un billet à ordre) ou des documents négociables (par exemple des connaissements ou des récépissés d'entrepôt). Dans ces cas, la prise de possession par le créancier garanti peut empêcher le constituant d'accomplir des actes de disposition du bien grevé interdits. En outre, comme il a été noté, de nombreux États prévoient également qu'une sûreté sur ces types de biens rendue opposable par possession prime généralement une sûreté rendue opposable par inscription d'un avis, même si l'inscription est intervenue en premier (voir recommandations 98, 105 et 106, et aussi par. 155 à 157 et 168 à 170 ci-dessous).

c) L'ordre de priorité lorsque l'opposabilité est fondée sur le contrôle

39. Dans certains États, une sûreté sur certains types de biens meubles incorporels peut être rendue opposable par la prise de "contrôle" (voir Introduction, section B, Terminologie). Dans la plupart des cas où les États autorisent cette méthode, la priorité est généralement accordée à un créancier garanti qui obtient le contrôle du bien grevé, que ce soit avant ou après que les droits des réclamants concurrents sur le bien naissent. Par exemple, lorsque le bien est le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, le système de priorité accorde généralement la priorité à la sûreté réelle mobilière rendue opposable par prise de contrôle plutôt qu'à une sûreté rendue opposable par une méthode différente (voir recommandation 100, et aussi par. 158 à 164 ci-dessous).

40. Pour certains types de biens meubles incorporels, comme le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant, certains États prévoient que la prise de contrôle est la seule méthode d'opposabilité. Lorsqu'il en est ainsi, il n'est pas nécessaire de prévoir des règles de priorité pour trancher des conflits entre l'opposabilité fondée sur le contrôle et l'opposabilité obtenue par tout autre moyen (voir recommandation 104, et aussi par. 166 et 167 ci-dessous).

d) L'ordre de priorité lorsque l'opposabilité est fondée sur l'inscription sur un registre spécialisé ou l'annotation sur un certificat de propriété

41. Dans de nombreux États, une sûreté réelle mobilière ou un autre droit (tel que le droit d'un acheteur ou preneur à bail d'un bien grevé) peut être inscrit sur un registre spécialisé ou annoté sur un certificat de propriété. Initialement, certains registres spécialisés ou systèmes d'annotation ne servaient qu'à protéger les acheteurs de biens soumis à inscription ou annotation en confirmant que le vendeur était véritablement le propriétaire du bien qui était vendu. Toutefois, certains registres spécialisés, comme ceux relatifs aux navires et aux aéronefs, avaient traditionnellement aussi comme fonction plus vaste de protéger tous les types de bénéficiaires de transferts de droits sur les biens désignés, y compris les détenteurs de sûretés. Plus récemment, la tendance a été d'assigner cet objectif plus vaste aux registres spécialisés et aux systèmes d'annotations (voir recommandation 38).

42. Lorsqu'un bien est soumis à inscription sur un registre spécialisé ou à annotation sur un titre de propriété, la question se pose de savoir lequel des différents droits figurant dans le registre ou dans le système d'annotation est prioritaire. Les États qui utilisent ces registres ou systèmes prévoient en principe que les droits sont classés en fonction de leur ordre d'inscription, de sorte que la sûreté qui prime est celle qui, la première, est inscrite dans le registre spécialisé ou annotée sur un certificat de propriété.

43. Lorsqu'un registre spécialisé existe, il est aussi nécessaire de déterminer la priorité entre, d'une part, le droit inscrit sur ce registre ou annoté sur un certificat de propriété et, d'autre part, un droit inscrit sur le registre général des sûretés ou rendu opposable par prise de possession ou par d'autres moyens. Dans la plupart de ces États, un droit inscrit sur un registre spécialisé ou annoté sur un certificat de propriété prime toute sûreté qui ne l'est pas. En règle générale, ces États adoptent aussi une règle similaire s'agissant des bénéficiaires de transferts, des preneurs à bail ou des titulaires de licence, dont les droits sur les biens soumis à inscription ou annotation seront, à part quelques exceptions limitées, d'un rang inférieur aux droits inscrits sur le registre spécialisé ou annotés sur un certificat de propriété (voir par. 70 à 94 ci-dessous et recommandation 75).

44. La raison d'être de l'approche qui vient d'être décrite est de permettre aux bénéficiaires de transferts de tels biens d'être plus efficaces en n'ayant à consulter que le registre spécialisé ou le certificat de propriété. Il est cependant important de noter que les règles de priorité examinées ci-dessus ne s'appliquent que dans la mesure où le régime de l'inscription ou celui de l'annotation ne prévoient pas eux-mêmes des règles de priorité différentes.

e) L'ordre de priorité lorsque l'opposabilité est fondée sur la constitution de la sûreté réelle mobilière

45. Dans les États qui n'ont pas de système d'inscription pour les sûretés, l'opposabilité est souvent automatique au moment de la constitution de la sûreté. Même dans les États qui ont adopté des systèmes d'inscription, il arrive que l'opposabilité des sûretés sur certains types de biens, comme les biens de consommation, soit automatique. Dans ces États, on détermine généralement la priorité d'une sûreté en comparant le moment où la sûreté est constituée et le moment où un avis relatif à la sûreté concurrente est inscrit dans le registre général des sûretés ou le moment où la sûreté concurrente est rendue opposable par une autre méthode (voir par. 59 à 61 ci-dessous).

46. L'opposabilité automatique a comme avantage, et comme raison d'être, de dispenser certains réclamants de formalités supplémentaires pour assurer la priorité de leurs droits. Pour ce qui est des biens de consommation et des biens de faible valeur, l'idée de lier la priorité à la constitution peut, par conséquent, donner de bons résultats. Dans certaines situations, l'opposabilité automatique peut toutefois nuire à l'efficacité du système de priorité. Par exemple, lorsque les États autorisent ce type d'opposabilité pour des opérations usuelles, comme les ventes avec réserve de propriété et les cessions de créances à titre de garantie, les autres réclamants sont forcés d'effectuer des recherches coûteuses et longues (le plus souvent en se fondant sur des éléments moins objectifs comme les déclarations du constituant ou les informations généralement disponibles sur le marché) pour déterminer l'existence et la priorité des sûretés réelles mobilières sans dépossession.

f) L'ordre de priorité lorsque l'opposabilité est fondée sur la notification à un tiers débiteur

47. La plupart des méthodes présentées ci-dessus pour déterminer la priorité portent sur des biens meubles corporels, comme les biens d'équipement et les stocks. Lorsque les sûretés sont constituées sur des créances ou d'autres droits à paiement, les États prévoient le plus souvent que la priorité sera déterminée en fonction de la date à laquelle un avis est inscrit sur le registre général des sûretés ou, si une autre méthode d'opposabilité est utilisée, la date à laquelle l'opposabilité est obtenue. Toutefois, dans d'autres États, l'opposabilité d'une sûreté sur une créance et la priorité entre les réclamants concurrents est fonction de la date à laquelle le débiteur de la créance reçoit notification de l'existence de la sûreté (pour la définition du terme "débiteur de la créance", voir Introduction, section B, Terminologie).

48. Cette méthode d'établissement de la priorité a pour avantage de permettre au débiteur de la créance de déterminer plus facilement le créancier qu'il doit rembourser. Un de ses inconvénients est qu'elle risque d'être source d'incertitude pour les créanciers garantis potentiels car ils ne peuvent pas savoir si un créancier garanti concurrent a notifié sa sûreté au débiteur de la créance ni à quel moment il l'a fait. Cette incertitude peut, de plus, pousser les réclamants à vouloir réaliser leurs sûretés immédiatement, ce qui priverait le constituant d'une source de revenus lui permettant d'exploiter son entreprise.

g) L'ordre de priorité déterminé par la loi en fonction de la nature de la créance

49. Il arrive souvent dans de nombreux États que certaines créances se voient accorder la priorité uniquement en raison de leur nature, quelle que soit la date à laquelle elles sont nées ou sont devenues opposables. Dans ce cas, les États adoptent un classement des priorités qui est applicable à toutes les situations de concurrence entre réclamants. Par exemple, les créances fiscales, les créances pour les contributions aux programmes sociaux et les créances salariales ont parfois une priorité de premier rang qui est même supérieure à celle des sûretés qui ont été rendues opposables précédemment. En outre, il existe généralement dans ces États un classement secondaire en vertu duquel, par exemple, les frais de justice peuvent primer les créances fiscales, qui peuvent primer les créances pour les programmes sociaux, qui à leur tour peuvent primer les créances salariales. Ces sûretés peuvent être soumises à inscription ou non, mais dans les deux cas la priorité est déterminée en fonction d'un classement fixé par la loi et non d'après un quelconque système fondé sur le moment auquel la sûreté pourrait avoir été constituée ou rendue opposable (voir par. 95 à 98 ci-dessous).

50. Ces priorités déterminées par la loi ont l'avantage de protéger dans une certaine mesure les réclamants qui, autrement, n'auraient peut-être pas le pouvoir de négociation suffisant pour obtenir une sûreté par convention. L'inconvénient est qu'elles priment en règle générale les sûretés préexistantes, même si elles doivent être inscrites pour être opposables. Lorsqu'ils prennent une sûreté, les créanciers garantis ne peuvent donc pas déterminer avec précision le rang ou le montant des sûretés disposant d'une priorité conférée par la loi. Cette incertitude risque inévitablement de provoquer une hausse des coûts et de réduire l'offre de crédit garanti. C'est pourquoi, les États limitent en principe la nature et le montant de ces créances, par exemple aux "salaires d'un montant ne dépassant pas une certaine

somme par employé" ou "à concurrence d'un certain nombre de mois de salaires non versés".

4. Les règles pour déterminer l'ordre de priorité entre des réclamants concurrents

51. Les principes généraux examinés jusqu'à présent forment la structure de base d'un régime de priorité s'agissant: a) des différents moyens permettant d'organiser un système de priorité; et b) de la portée de la priorité de la sûreté, en particulier en ce qui concerne les obligations futures et les biens et le produit à venir. L'examen qui suit porte sur les règles de priorité spécifiques s'appliquant aux droits des réclamants concurrents.

a) L'ordre de priorité entre des créanciers garantis et chirographaires

52. En règle générale, les États prévoient que toutes les sûretés qui ont été rendues opposables sont prioritaires sur les droits des créanciers chirographaires. Il est généralement admis qu'il est nécessaire d'accorder cette priorité aux créanciers garantis pour promouvoir l'offre de crédit garanti. Les créanciers chirographaires peuvent prendre d'autres mesures pour protéger leurs droits, comme percevoir un supplément pour compenser le risque accru qu'ils encourent, suivre l'état des crédits, ou demander au débiteur de payer des intérêts de retard. En outre, un crédit garanti peut accroître le fonds de roulement du constituant. Le plus souvent, les avances accordées au titre d'un crédit permanent sont la principale source à partir de laquelle une entreprise paie ses créanciers chirographaires dans le cours normal de ses affaires (voir chapitre II sur le champ d'application et les autres règles générales, section F, Exemples de pratiques de financement visées). Le principe selon lequel les créanciers garantis ont priorité sur les créanciers chirographaires est un élément central de l'approche adoptée par le Guide et sous-tend nombre de ses recommandations (voir par exemple la recommandation 81).

53. Dans de nombreux États, la priorité accordée aux créanciers garantis sur des créanciers chirographaires est absolue mais, dans certains, il y a une exception en faveur des créanciers judiciaires. Le créancier chirographaire peut obtenir une sûreté sur les biens d'un débiteur par le biais d'un jugement ou d'une décision judiciaire provisoire contre le débiteur. En inscrivant le jugement dans le registre général des sûretés, le créancier judiciaire peut convertir une créance non garantie en une créance garantie qui prend rang conformément aux règles de priorité ordinaires. D'autres États vont plus loin et prévoient que lorsqu'un créancier chirographaire a accompli les formalités nécessaires en vertu du droit applicable pour obtenir un jugement ou une décision judiciaire provisoire, les droits réels qu'il fait valoir peuvent en réalité avoir priorité sur certaines créances d'un créancier garanti préexistant (voir recommandation 81 et par. 99 à 107 ci-dessous).

b) L'ordre de priorité entre des sûretés concurrentes sur les mêmes biens grevés

54. L'une des caractéristiques principales d'un régime moderne des opérations garanties est l'efficacité avec laquelle il résout les conflits de priorité entre des sûretés concurrentes sur les mêmes biens grevés. Il peut s'agir de sûretés qui sont toutes rendues opposables par inscription d'un avis sur le registre général des sûretés, de sûretés qui sont toutes rendues opposables par une autre méthode, ou d'une combinaison des unes et des autres. À quelques rares exceptions près, les États prévoient, pour l'ensemble des différentes situations qui vont être examinées,

que la priorité sera déterminée en fonction de la règle "premier dans le temps, premier dans le droit". Les paragraphes qui suivent expliquent en détail comment ce principe essentiel est habituellement appliqué à des situations particulières.

i) L'ordre de priorité entre des sûretés rendues opposables par inscription d'un avis sur le registre général des sûretés

55. Dans la plupart des États ayant un registre général des sûretés, la priorité entre des sûretés qui ont toutes été rendues opposables par inscription d'un avis est déterminée en fonction de l'ordre d'inscription, quel que soit l'ordre dans lequel elles sont devenues opposables et même si une ou plusieurs conditions requises pour l'opposabilité n'étaient pas remplies à ce moment-là. Ce principe n'admet que des exceptions extrêmement limitées (voir par. 63 à 67 ci-dessous).

56. Cette approche peut être illustrée par les exemples suivants. Un constituant demande à la banque A un prêt qui sera garanti par une sûreté réelle mobilière sur l'ensemble du matériel existant et futur du constituant (une sûreté réelle mobilière pouvant être rendue opposable par inscription d'un avis dans le registre général des sûretés). Le jour 1, la banque A fait une recherche dans le registre, qui confirme qu'aucun autre avis n'a été inscrit concernant les sûretés d'autres créanciers sur le matériel du constituant. Le jour 2, elle conclut une convention constitutive de sûreté avec le constituant, dans laquelle elle s'engage à accorder le prêt garanti demandé. Ce même jour, elle inscrit l'avis concernant cette sûreté dans le registre général des sûretés mais n'accorde le prêt au constituant que le jour 5. Ainsi, la sûreté réelle mobilière de la banque A a été constituée et est devenue opposable le jour 5 (c'est-à-dire lorsque toutes les conditions de constitution et d'opposabilité ont été remplies). Toutefois, le jour 3, le constituant conclut une convention constitutive de sûreté avec la banque B, prévoyant l'octroi d'un prêt devant être garanti par une sûreté réelle mobilière sur le matériel existant et futur du constituant, et le même jour, la banque B inscrit un avis concernant cette sûreté dans le registre général des sûretés et accorde le prêt au constituant. La sûreté réelle mobilière de la banque B a donc été constituée et rendue opposable le jour 3. Selon l'approche du rang de priorité en fonction de l'ordre d'inscription décrite ci-dessus, la sûreté de la banque A aurait priorité sur celle de la banque B, indépendamment du fait que la sûreté de cette dernière a été constituée et rendue opposable avant celle de la banque A.

57. Les principales justifications de cette approche sont les suivantes: a) encourager l'inscription de l'avis le plus tôt possible (qui informe les autres créanciers potentiels de l'existence de la sûreté); et b) sécuriser les créanciers garantis en leur permettant, avant d'accorder un crédit, de déterminer la priorité de leurs sûretés par rapport aux sûretés des autres créanciers garantis. Dans l'exemple ci-dessus, si la banque A fait une recherche dans le registre le jour 2, après avoir inscrit son avis et constaté qu'il n'y en a pas d'autres concernant le bien grevé en question, elle peut accorder son prêt le jour 5 en sachant avec certitude que sa sûreté aura priorité sur toute autre sûreté qui pourra être rendue opposable dans l'avenir, car la priorité de sa sûreté remonte au moment de l'inscription. En lui permettant d'atteindre ce degré de certitude, l'approche de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription peut être un facteur important de promotion du crédit garanti. De même, lorsque la banque B effectuera des recherches dans le registre elle saura immédiatement que sa sûreté sera de rang inférieur si la banque A accorde le crédit et pourra donc ajuster en conséquence les conditions du crédit qu'elle octroie.

58. Cette certitude n'existerait pas dans une autre approche, adoptée dans certains États, selon laquelle la priorité est accordée à la première sûreté réelle mobilière rendue opposable (l'opposabilité suppose que la sûreté soit constituée et inscrite, ou autre). Il y aurait toujours un risque qu'une autre sûreté puisse devenir opposable, et donc prioritaire, après que la banque A ou B a conduit sa recherche dans le fichier mais avant qu'elle accorde le prêt. Ce risque existerait quelle que soit la durée du délai. Aussi, la position adoptée dans le Guide est-elle que l'ordre de priorité entre des réclamants concurrents devrait être dans ces cas déterminé en fonction de la date d'inscription de l'avis et non de la date à laquelle la sûreté a été constituée ou rendue effectivement opposable (voir recommandation 73, al. a)).

ii) L'ordre de priorité entre des sûretés réelles mobilières rendues opposables par des moyens autres que l'inscription d'un avis dans le registre général des sûretés

59. En cas de conflit de priorité entre sûretés rendues opposables par des moyens autres que l'inscription d'un avis dans le registre général des sûretés, les États accordent normalement la priorité à celle qui a été rendue la première opposable. Cette règle s'appliquerait par exemple lorsqu'une sûreté réelle mobilière sur un bien grevé particulier a été rendue opposable par prise de possession et qu'une autre sûreté sur le même bien a été rendue opposable automatiquement dès sa constitution.

60. Dans le cas de sûretés assurant l'opposabilité par prise de possession, il n'y a normalement pas besoin d'une règle pour établir l'ordre de priorité en fonction de la prise de possession, analogue à celle qui existe pour l'ordre de priorité en fonction de l'inscription décrite précédemment, puisqu'un créancier garanti obtiendrait généralement la possession du bien grevé au moment où il accorde le crédit et pas avant. Dans certains États, il est toutefois possible pour un créancier d'exercer sa possession par l'intermédiaire d'un tiers. Lorsque c'est le cas, plusieurs créanciers garantis peuvent exercer leur possession de cette manière et leur priorité relative est déterminée en fonction de l'ordre dans lequel ils prennent possession par l'intermédiaire de ce tiers. On parviendrait à un résultat similaire dans le cas improbable où une banque, ou une autre institution financière, conclurait plusieurs accords de contrôle. La priorité dépendrait des dates relatives des accords.

61. Dans chacun des exemples donnés, conformément au principe applicable aux sûretés rendues opposables par inscription d'un avis sur le registre général des sûretés, la position du Guide est de dire que la priorité des réclamants concurrents devrait être déterminée en fonction de la date à laquelle la sûreté est devenue opposable (voir recommandation 73, al. b)).

iii) L'ordre de priorité entre les sûretés rendues opposables par inscription d'un avis sur le registre général des sûretés et les sûretés rendues opposables par d'autres moyens

62. Dans le cas de conflits de priorité entre des sûretés réelles mobilières rendues opposables par inscription d'un avis sur le registre général des sûretés et des sûretés réelles mobilières rendues opposables par d'autres moyens, les États accordent normalement la priorité à la première sûreté inscrite ou rendue opposable. Cette règle représente un prolongement logique de la règle du premier inscrit, le registre permettant aux créanciers garantis d'avoir un haut degré de certitude concernant la priorité de leur sûreté. Comme il se peut que l'avis soit inscrit avant que la sûreté ne soit constituée (ce qui n'est pas possible en cas d'opposabilité par prise de

possession ou d'opposabilité automatique au moment de la constitution), cette règle encourage également l'utilisation du registre pour rendre les sûretés opposables. Le Guide adopte ce principe car c'est celui qui aboutit aux meilleurs résultats lorsque l'opposabilité est assurée par différents moyens (voir recommandation 73, al. c)).

iv) Les exceptions au principe du premier arrivé pour établir la priorité des créanciers garantis concurrents

63. Les exemples ci-dessus sur la manière dont le principe du premier arrivé s'applique aux différentes situations où les sûretés sont rendues opposables par différents moyens connaissent néanmoins des exceptions limitées, qui correspondent à des règles de priorité spéciales pour certains moyens d'opposabilité ou certains types d'opérations ou de biens grevés et qui sont fondées sur des considérations de principe ou pratiques spéciales concernant ces opérations ou ces biens. Parmi les différents moyens d'opposabilité déjà mentionnés il en existe en particulier deux (l'inscription sur un registre spécialisé et la prise de contrôle) qui donnent souvent lieu à des règles de priorité spéciales.

a. L'inscription sur un registre spécialisé ou l'annotation sur un titre de propriété

64. Dans de nombreux États, une sûreté réelle mobilière ou un autre droit (tel que le droit d'un acheteur ou preneur à bail d'un bien grevé) peut être inscrit dans un registre spécialisé, ou peut être annoté sur un certificat de propriété. La plupart de ces États prévoient que les droits prennent rang dans l'ordre dans lequel ils sont inscrits ou annotés (telle sûreté en prime une autre dont l'inscription dans le registre spécialisé ou l'annotation sur un certificat de propriété est postérieure). Afin de protéger l'intégrité de ces registres ou systèmes d'annotation, le Guide adopte une position similaire (voir recommandation 74, al. b)).

65. Dans les États où il existe un registre spécialisé, il est nécessaire aussi de déterminer l'ordre de priorité entre, d'une part, le droit inscrit dans ce registre ou annoté sur un certificat de propriété et, d'autre part, un droit inscrit dans le registre général des sûretés ou un droit qui a été rendu opposable par prise de possession ou par d'autres moyens. Dans la plupart de ces États, une sûreté réelle mobilière ou un autre droit inscrit dans un registre spécialisé ou annoté sur un certificat de propriété se voit accorder la priorité sur une sûreté inscrite dans un registre général ou qui devient opposable par une autre méthode que l'inscription dans un registre spécialisé ou l'annotation sur un certificat de propriété, sans tenir compte de ce qui intervient en premier. Là encore, afin de protéger l'intégrité de ces registres et des systèmes d'annotation, le Guide adopte une position similaire (voir recommandation 74, al. a)).

b. Les accords de contrôle

66. On trouve généralement une deuxième exception dans les États qui autorisent l'opposabilité par prise de contrôle pour les sûretés sur certains types de biens meubles incorporels. Ces États prévoient que quand un créancier obtient l'opposabilité de cette manière, c'est sa sûreté qui prime, quel que soit le moyen utilisé par d'autres créanciers pour rendre leurs sûretés opposables (voir par. 158 à 164 et 166 et 167 ci-dessous). Compte tenu de la nature spéciale des sûretés sur des droits à paiement, le Guide adopte une position similaire (voir recommandations 100 et 104).

c. Les autres exceptions à la règle du premier arrivé

67. Outre ces situations où l'opposabilité est assurée par des moyens particuliers, la règle du premier arrivé connaît aussi des exceptions par rapport à certains types d'opérations ou de biens grevés. Les types d'opérations ou des biens en question sont les suivants: a) sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition dans l'approche unitaire et non unitaire, et réserve de propriété ou droits de crédit-bail dans l'approche non unitaire (voir chapitre XI sur le financement d'acquisitions et les recommandations 173 à 182 et 188 à 196); b) cas où l'opposabilité de sûretés réelles mobilières grevant des instruments négociables, des documents négociables ou des espèces peut être assurée par prise de possession (voir par. 155 à 157, 165 et 168 à 170 ci-dessous et recommandations 98, 99, 103, 105 et 106); c) cas de sûretés réelles mobilières grevant des biens rattachés (voir par. 115 à 120 ci-dessous et recommandations 84 à 86); et d) situations où des sûretés réelles mobilières grèvent des masses et des produits finis (voir par. 121 à 126 ci-dessous et recommandations 87 à 89).

c) L'ordre de priorité entre les droits des bénéficiaires de transferts, des preneurs à bail et des titulaires de licence de biens grevés

i) Généralités

68. Lorsqu'un constituant transfère, loue ou met sous licence des biens meubles corporels (autres que des instruments ou documents négociables) déjà grevés de sûretés, le bénéficiaire du transfert, le preneur à bail ou le titulaire de licence souhaite recevoir les biens libres de toute sûreté, tandis que le créancier garanti existant est soucieux de conserver sa sûreté sur les biens vendus (sous réserve de certaines exceptions; voir par. 73 à 84 ci-dessous). Il importe d'avoir des règles de priorité conciliant les intérêts des deux parties et de trouver un équilibre approprié. Si les droits d'un créancier garanti sur des biens particuliers sont menacés chaque fois que le constituant transfère, loue ou met sous licence ces biens, leur valeur en tant que sûreté serait considérablement réduite et l'obtention de crédits garantis sur cette valeur serait compromise.

69. La plupart des États partent du principe général que le bénéficiaire d'un transfert (y compris un acheteur, échangiste, donataire, légataire et autres bénéficiaires similaires), le preneur à bail ou le titulaire de licence d'un bien grevé prennent leur droit sur le bien sous réserve d'une sûreté existante (on dit que la sûreté inclut un droit de suite; voir chapitre V sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière; voir aussi les recommandations 31 et 76). En d'autres termes, le créancier garanti peut suivre le bien entre les mains d'un acheteur ou autre bénéficiaire du transfert, preneur à bail ou titulaire de licence. Les exceptions à ce principe général pour chacun de ces types d'opérations sont examinées ci-dessous.

ii) Les droits des acheteurs

70. Comme il a déjà été mentionné (voir les chapitres V sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière et IV sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière), lorsqu'un bien grevé est vendu, le créancier garanti conserve sa sûreté sur le bien initialement grevé et obtient en outre une sûreté réelle mobilière sur le produit de la vente (il peut s'agir d'espèces, de créances, voire même d'autres biens en cas de troc ou d'échange) (pour la définition du "produit", voir Introduction, section B,

Terminologie). Dans ce cas, la question se pose de savoir si la sûreté sur le produit doit remplacer la sûreté sur le bien grevé afin que l'acheteur acquière ses droits libres de la sûreté.

71. On fait parfois valoir que la sûreté devrait s'éteindre lors d'une vente, selon le principe que le créancier garanti n'est pas lésé par la vente des biens libérés de sa sûreté à condition qu'il conserve une sûreté sur le produit de la vente. Toutefois, ce résultat ne le protégera pas nécessairement car le produit n'a souvent pas la même valeur pour lui que les biens initialement grevés. Dans de nombreux cas, le produit a peu de valeur, voire n'en a pas du tout, en tant que sûreté (par exemple, une créance qui ne peut être recouvrée parce que la situation financière du débiteur ne le permet pas). Dans d'autres cas, le créancier pourrait avoir des difficultés à identifier le produit et son droit sur ce dernier risque alors d'être illusoire. En outre, le produit, même s'il a de la valeur pour le créancier garanti, risque d'être dilapidé par le vendeur qui le reçoit, laissant le créancier démuni. Enfin, il se peut qu'un autre créancier soit prioritaire parce qu'il a pris une sûreté sur le produit en tant que bien initialement grevé, ce qui vaut particulièrement pour les créances.

72. Alors que certains États ont adopté différentes règles pour concilier les intérêts des créanciers garantis et ceux des personnes achetant des biens grevés aux constituants non dépossédés, la plupart prévoient que la sûreté devrait être maintenue après le transfert même si le créancier garanti peut aussi faire valoir un droit sur le produit, ce qui ne signifie pas qu'il sera remboursé deux fois. Dans la mesure où une sûreté garantit une obligation, le créancier garanti qui fait valoir des droits sur les biens et sur le produit ne peut pas réclamer ou recevoir plus que ce qui lui est dû. La position adoptée dans le Guide, sous forme de principe général, est que le créancier garanti devrait conserver sa sûreté sur le bien initialement grevé ainsi qu'une sûreté sur le produit de sa vente ou autre transfert (voir recommandations 19, 31, 39, 40 et 76).

73. Ceci étant dit, la plupart des États – et le Guide fait de même – admettent deux exceptions au principe général selon lequel une sûreté continue de grever le bien après sa vente. La première a trait aux situations où le créancier garanti autorise expressément la vente sans la sûreté (voir recommandation 77, al. a)). Un créancier garanti peut autoriser cette vente, par exemple, parce qu'il estime que le produit est suffisant pour garantir le paiement de l'obligation garantie ou que le constituant offre au créancier garanti d'autres biens en garantie pour compenser la perte du bien vendu. Il faut cependant noter que cette exception ne s'applique pas aux situations dans lesquelles le créancier garanti consent à la vente, mais sans autoriser le constituant à vendre le bien libre de la sûreté. Dans ce cas, l'acheteur devient généralement propriétaire du bien grevé de la sûreté.

74. La deuxième exception a trait aux situations où l'on déduit l'autorisation du créancier garanti de vendre les biens libres de la sûreté parce que les biens grevés sont de telle nature que la partie garantie s'attend à ce qu'ils le soient, ou lorsqu'il est dans l'intérêt de toutes les parties concernées qu'ils le soient. Les États ont formulé cette deuxième exception de diverses manières, comme il est indiqué dans les paragraphes ci-après.

a. L'approche fondée sur le cours normal des affaires

75. Une approche souvent adoptée dans de nombreux États prévoit que la vente par le constituant de biens grevés constitués de stocks dans le cours normal de ses affaires entraînera l'extinction automatique de toutes les sûretés que le créancier garanti détient sur lesdits biens, sans qu'aucune autre action de la part de l'acheteur, du vendeur ou du créancier garanti ne soit nécessaire. En revanche, lorsqu'une vente de stocks a lieu en dehors du cours normal des affaires du constituant ou lorsqu'elle porte sur un bien autre que des stocks, l'exception ne s'appliquera pas; cette vente n'éteint pas les sûretés et le créancier garanti peut en cas de défaillance de ce dernier réaliser sa sûreté sur les biens grevés qui se trouvent entre les mains de l'acheteur (à moins que le créancier garanti n'ait autorisé la vente du bien libre de la sûreté). Lorsque la convention constitutive de sûreté en dispose ainsi, la vente elle-même peut constituer une défaillance donnant au créancier garanti le droit de réaliser ses sûretés; dans le cas contraire, il ne peut le faire tant qu'il n'y a pas eu de défaillance.

76. Selon cette approche, deux conditions doivent être remplies pour que le bien grevé soit vendu libre de la sûreté. La première est que le vendeur soit un professionnel vendant des biens du même genre; le bien grevé ne peut être un bien que le vendeur ne vend pas habituellement. De plus, la vente ne peut être conclue d'une autre manière que la manière habituelle, comme une vente par le vendeur en dehors de son circuit de distribution traditionnel (par exemple s'il ne vend normalement qu'à des détaillants et que la vente en question s'adressait à un grossiste). La deuxième condition est que l'acheteur doit ignorer que la vente viole les droits d'un créancier garanti découlant d'une convention constitutive de sûreté (pour une règle d'interprétation concernant la "connaissance", voir Introduction, sect. B, Terminologie). Ce serait le cas par exemple si un acheteur savait que la vente était interdite par les conditions de la convention constitutive de sûreté. D'un autre côté, la simple connaissance par l'acheteur du fait que le bien était grevé d'une sûreté serait insuffisante.

77. L'approche fondée sur le cours normal des affaires présente l'avantage de correspondre aux attentes commerciales voulant que le constituant vende ses stocks de biens meubles corporels (et qu'il doit effectivement vendre pour rester financièrement viable), et que les acheteurs des biens se les procurent libres de sûretés. Sans une telle exception au principe selon lequel la sûreté réelle mobilière est maintenue sur le bien entre les mains d'un acheteur, il serait très difficile pour un constituant de vendre des biens meubles corporels dans le cours normal de ses affaires car les acheteurs devraient faire des recherches sur d'éventuelles revendications sur les biens avant de les acheter. Cette situation aboutirait à d'importants coûts d'opérations et entraverait fortement le cours normal des opérations.

78. Cette règle constitue sans doute aussi un moyen simple et transparent de déterminer si les biens sont vendus libres de toute sûreté. Par exemple, la vente de matériel par un distributeur à un fabricant qui l'utilisera dans son usine est de toute évidence une vente de stocks dans le cours normal des affaires du vendeur et l'acheteur devrait automatiquement prendre le matériel libéré de toutes sûretés constituées en faveur des créanciers du vendeur. Ce résultat correspond aux attentes de toutes les parties, et l'acheteur est certainement en droit de supposer que le vendeur et tout créancier garanti de ce dernier s'attendent à ce que la vente ait lieu

afin de procurer des recettes au vendeur. Par contre, la vente par ce dernier de plusieurs machines à la fois à un autre fabricant n'entrerait probablement pas dans le cours normal des affaires, pas plus que la vente par un imprimeur de vieilles presses d'imprimeries. Dans la plupart des cas, l'acheteur verra immédiatement que la vente entre dans le cours normal des affaires du vendeur, ou pourra facilement le vérifier, c'est pourquoi cette approche est celle adoptée dans le Guide (voir recommandation 78, al. a)).

79. En ce qui concerne les ventes manifestement réalisées en dehors du cours normal des affaires du constituant, ou lorsqu'il existe tout au moins un doute dans l'esprit de l'acheteur, et à condition que les sûretés des créanciers soient soumises à inscription dans un registre général de sûretés, l'acheteur peut se protéger en faisant une recherche dans ledit registre pour déterminer si le bien qu'il achète est grevé et, dans l'affirmative, essayer d'obtenir du créancier garanti la mainlevée de la sûreté.

80. Dans certains pays, les acheteurs de biens grevés sont autorisés à prendre les biens libres de la sûreté, même lorsque l'opération est réalisée en dehors du cours normal des affaires du vendeur, si les biens correspondent à du matériel bon marché. La raison avancée en faveur de cette approche est que, dans ces pays, la loi sur les opérations garanties n'autorise pas l'inscription d'une sûreté sur des articles bon marché ou bien parce que le coût de l'inscription est élevé par rapport à celui du bien, et il serait injuste de l'imposer à l'acheteur de l'article. En revanche, on peut faire valoir que si un article est vraiment bon marché, il est peu probable qu'un créancier garanti réalise sa sûreté contre le bien qui est entre les mains de l'acquéreur. En outre, le fait de déterminer quels articles sont suffisamment bon marché pour être ainsi exemptés conduirait à fixer des limites arbitraires et supposerait des révisions permanentes pour tenir compte des fluctuations de coût dues à l'inflation et à d'autres facteurs. Pour ces raisons, le Guide ne prévoit pas d'exception supplémentaire pour le matériel bon marché.

81. Des choix fondamentaux plus difficiles sont à faire dans la situation relativement inhabituelle où des biens sont vendus plusieurs fois et qu'aucune des ventes n'est effectuée dans le cours normal des affaires du vendeur. Dans certains États, un acquéreur qui achète les biens à un vendeur qui les a lui-même déjà achetés au constituant (un "acheteur éloigné") obtient les biens libres des sûretés. Cette règle se justifie par le fait qu'il serait difficile pour un acheteur éloigné de découvrir l'existence d'une sûreté consentie par un précédent propriétaire des biens grevés. Dans de nombreux cas, les acheteurs éloignés ignorent que le bien avait un propriétaire antérieur et, de ce fait, n'ont pas de raison de faire des recherches sur lui. Le problème, avec cette approche, est qu'elle compromet la fiabilité d'une sûreté réelle mobilière donnée par un vendeur, car il existe la possibilité que le bien soit vendu, à l'insu du créancier garanti, à un acheteur éloigné, soit de bonne foi, soit avec l'intention délibérée de retirer la sûreté. Pour cette raison, certains États prévoient que, si un acheteur de biens meubles corporels acquiert ces biens libres de la sûreté consentie par le vendeur, un acheteur éloigné les acquerra également libres de la sûreté. Dans ces États, si l'acheteur éloigné acquiert des biens auprès d'un vendeur qui les a achetés grevés d'une sûreté, il prendra le bien sous réserve de la sûreté, sauf si la vente éloignée a lieu dans le cours normal des affaires du vendeur. Afin de maintenir une approche cohérente en ce qui concerne les ventes effectuées dans le cours normal des affaires, le Guide recommande que, si un acheteur de biens meubles corporels acquiert ces biens libres de la sûreté, un acheteur éloigné les

acquerra également libres de la sûreté (voir recommandation 79). Si le vendeur est soumis à la sûreté, l'acheteur éloigné le sera normalement lui aussi.

82. La règle fondée sur le cours normal des affaires pourrait présenter un inconvénient, en particulier dans le commerce international, dans les cas limités où un acheteur ne sait pas avec certitude quelles activités s'inscrivent dans le cours normal des affaires du vendeur. Toutefois, dans une relation acheteur-vendeur normale, les acheteurs sauront très probablement à quel type d'activité se livre le vendeur, et la règle fondée sur le cours normal des affaires serait alors celle qui correspond aux attentes des parties. Par conséquent, le nombre de cas où une telle confusion existe est limité dans la pratique. Tout compte fait, les avantages de la règle fondée sur le cours normal des affaires l'emportent sur ses inconvénients. Cette règle facilite le commerce et permet aux créanciers garantis et aux acheteurs de protéger de manière efficace et économique leurs intérêts sans compromettre la promotion du crédit garanti.

b. La règle fondée sur la bonne foi

83. De nombreux États ont adopté une approche différente pour déterminer si un acheteur de biens grevés devient propriétaire des biens libres de la sûreté constituée par le vendeur. Dans ces États, un acheteur obtient les biens libres de toute sûreté s'il les achète de bonne foi (autrement dit sans se préoccuper de savoir si la vente a été réalisée dans le cours normal des affaires du vendeur). Les États ont adopté diverses définitions de la notion de "bonne foi" aux fins de ce test. Par exemple, dans certains États, l'acheteur est tenu de faire des recherches pour savoir si les biens sont grevés d'une sûreté, tandis que dans d'autres il ne l'est pas.

84. Un argument en faveur de cette règle est que la notion de "bonne foi" est connue de tous les systèmes juridiques et qu'elle a déjà été très souvent appliquée aux niveaux tant national qu'international. On a également fait valoir qu'un acheteur devrait être présumé agir de bonne foi sauf preuve contraire. Un autre argument est que le coût en temps et en argent des recherches dans le registre ne serait pas à la charge de l'acheteur. Toutefois, le problème, avec cette approche, est qu'elle se concentre sur un critère subjectif relatif aux connaissances et aux intentions de l'acheteur (qui pose également des problèmes en matière de preuve) et non sur les attentes commerciales des parties concernées.

iii) Droits des preneurs à bail

85. Des conflits de priorité naissent parfois entre le titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel consentie par le propriétaire ou par le bailleur du bien et un preneur de ce bien. Dans ce contexte, la question n'est pas tant de savoir si le preneur à bail prend effectivement le bien libre de la sûreté dans le sens où celle-ci est interrompue, mais plutôt si la sûreté est sans incidence sur le droit du preneur à bail d'utiliser le bien loué selon les conditions énoncées dans le bail. Il s'agit donc surtout de déterminer si, lorsque le détenteur d'une telle sûreté commence la réalisation, le preneur à bail peut néanmoins continuer d'utiliser le bien tant qu'il paie le loyer et respecte les conditions du bail. Le principe général examiné à propos de l'acheteur s'applique ici aussi (voir ci-dessus par. 70 à 72). Le bien est, en principe, grevé de la sûreté réelle mobilière et le créancier garanti peut ainsi réaliser sa sûreté en cas de défaillance du constituant, même si cela a pour effet d'interrompre l'utilisation prévue par le bail du bien par le preneur.

86. Comme dans le cas d'acheteurs de biens meubles corporels grevés d'une sûreté antérieure, de nombreux États admettent deux exceptions à ce principe général. Aucune de ces deux exceptions n'a pour effet d'éteindre la sûreté. Toutefois, pendant la durée du bail, le droit du créancier garanti est limité aux droits du bailleur-constituant sur les biens et le preneur peut continuer à utiliser le bien de manière ininterrompue conformément aux conditions du bail.

87. La première exception correspond au cas où le créancier garanti a autorisé le constituant à conclure le bail sur lequel la sûreté n'a aucune incidence. Comme dans le cas de la vente de biens meubles corporels, si un créancier garanti a autorisé le bail, peu importe que le preneur ait connaissance de l'existence de la sûreté. Le Guide prévoit cette exception (voir recommandation 77, al. b)). La deuxième exception concerne les situations dans lesquelles le bailleur du bien meuble corporel est un professionnel louant des biens meubles corporels du même genre, le bail est conclu dans le cours normal des affaires du bailleur sans que le preneur ait connaissance du fait que le bail violait les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté. Il y aurait connaissance de la part du preneur si, par exemple, il savait que la convention constitutive de sûreté portant création de cette sûreté interdisait expressément au constituant de donner le bien à bail. En revanche, la simple connaissance de l'existence de la sûreté, résultant de la découverte par le preneur d'un avis inscrit dans le système d'inscription des sûretés ou attestée d'une autre manière, ne serait pas suffisante pour empêcher le bailleur d'exercer ses droits. Cette exception est fondée sur des considérations de principe similaires à celles liées à l'exception analogue pour les ventes de biens meubles corporels dans le cours normal des affaires du vendeur et c'est l'approche adoptée dans le Guide (voir ci-dessus recommandation 78, al. b), et par. 73).

88. Un régime efficace en matière d'opérations garanties doit aussi traiter de la question de la sous-location. Lorsqu'une sûreté réelle mobilière sur les biens accordée par le bailleur est réputée n'avoir aucune incidence sur les droits d'un preneur à bail de biens meubles corporels, on considère généralement qu'il est approprié qu'elle n'ait aucune incidence non plus sur les droits d'un sous-locataire. Afin de maintenir une approche cohérente en ce qui concerne les opérations effectuées dans le cours normal des affaires, le Guide recommande que cette règle s'applique également aux sous-locations (voir recommandation 79).

iv) Droits des titulaires de licence

89. Les questions examinées ci-dessus se posent également dans le contexte de la mise sous licence de biens meubles incorporels grevés d'une sûreté réelle mobilière constituée par le donneur de licence, et le principe général applicable aux ventes et aux locations de biens meubles corporels s'applique aussi aux licences sur ce type de biens (voir recommandation 76). Ainsi, si une sûreté sur un bien meuble incorporel est opposable, elle se maintiendra sur les biens aux mains du titulaire de la licence à moins que l'une des exceptions mentionnées ci-dessous ne s'applique (voir recommandations 77 et 78).

90. La première exception admise par la plupart des États a deux aspects qui concernent l'application de cette règle aux ventes et locations de biens meubles corporels. Comme pour les locations où le créancier garanti a autorisé la mise sous licence, la licence octroyée est libre de la sûreté réelle mobilière et il est sans

importance de savoir si le preneur de licence avait connaissance de l'existence de la sûreté. Le Guide prévoit cette exception (voir recommandation 77, al. b)).

91. La deuxième exception (également analogue à des exceptions similaires concernant les ventes et les locations de biens meubles corporels) concerne la situation où il y a octroi d'une licence non exclusive sur des biens meubles incorporels, où le donneur de licence est un professionnel de la mise sous licence non exclusive de tels biens, où le bail est conclu dans le cours normal des affaires du donneur de licence et où le titulaire de la licence ignore que la licence viole les droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté (voir recommandation 78, al. c)). Comme pour les ventes et les locations de biens meubles corporels, on admet généralement qu'il y aurait connaissance de la part du titulaire de la licence si, par exemple, il savait que la convention constitutive de sûreté portant création de cette sûreté interdisait expressément au constituant d'accorder une licence sur ces biens. En revanche, la simple connaissance de l'existence de la sûreté, attestée par un avis inscrit dans le système d'inscription des sûretés, ne serait pas suffisante pour empêcher le titulaire de la licence d'exercer ses droits.

92. Il est important de noter que cette seconde exception ne concerne que les licences non exclusives sur des biens meubles incorporels (par exemple, les licences dont le titulaire n'est pas le preneur de licence unique et exclusif de la propriété intellectuelle mise sous licence, comme c'est notamment le cas des logiciels diffusés à très grande échelle) et ne s'applique pas aux licences exclusives. Lorsqu'un constituant est un professionnel mettant sous licence des biens meubles incorporels, un créancier garanti titulaire d'une sûreté sur les biens s'attendra normalement à ce que son constituant octroie des licences non exclusives sur les biens afin de générer des recettes. En outre, il n'est pas raisonnable d'escompter que le titulaire d'une licence non exclusive fasse une recherche dans le registre général des sûretés pour savoir si des sûretés grèvent les biens mis sous licence. En revanche, une licence exclusive sur des biens meubles incorporels qui confère à son titulaire le droit exclusif d'utiliser les biens dans le monde entier, ou même sur un territoire spécifique, est généralement une opération négociée. Ce type d'opération sort souvent du cours normal des affaires du donneur de licence (bien qu'elle puisse également entrer dans le cours normal des affaires, si le donneur de licence est un professionnel de la négociation de licences exclusives comme c'est souvent le cas par exemple dans l'industrie cinématographique). Dans ce cas, il est raisonnable d'attendre du titulaire qu'il effectue une recherche dans le registre général des sûretés pour déterminer si les biens mis sous licence sont grevés d'une sûreté constituée par le donneur et qu'il obtienne une renonciation à la priorité appropriée.

93. Enfin, comme dans le cas des ventes et des locations de biens meubles corporels, un régime des opérations garanties doit traiter des sous-preneurs de licence. Et, comme dans le cas des ventes et des locations, il y a de solides arguments pour que, dans les situations où la loi considère qu'une sûreté réelle mobilière constituée par le donneur de licence initial n'a aucune incidence sur la licence elle-même, elle n'a aucune incidence non plus sur le sous-preneur (voir recommandation 79).

v) Droits des donataires et autres bénéficiaires d'un transfert à titre gracieux

94. La position de celui qui reçoit un bien grevé à titre de donation (à savoir sans contrepartie; généralement un "donataire" mais aussi un "légataire") est quelque peu

différente de celle d'un acheteur ou du bénéficiaire d'un transfert à titre onéreux. Comme le bénéficiaire d'un transfert à titre gracieux n'a pas déboursé d'argent, il n'a pas de preuve objective pour invoquer la confiance légitime dans la propriété apparemment non grevée du constituant. Aussi, dans un conflit de priorité entre le donataire d'un bien et le détenteur d'une sûreté constituée par l'auteur du transfert sur ce bien, il existe un argument solide en faveur de l'octroi de la priorité au créancier garanti, même dans les cas où la sûreté n'était pas par ailleurs opposable. Un autre argument en faveur de cette approche est que, lorsqu'un bien grevé fait l'objet d'une donation, il n'y a pas de "produit" vers lequel le créancier garanti pourrait se tourner en remplacement des biens grevés. Bien que certains États aient adopté cette approche, la plupart des États appliquent la règle générale qui veut que seules les sûretés réelles mobilières qui ont été rendues opposables auront la priorité sur d'autres réclamants. Cela signifie qu'une sûreté opposable suit le bien entre les mains du bénéficiaire du transfert (voir recommandation 76) et que des exceptions sont faites seulement pour les bénéficiaires d'un transfert à titre onéreux, tels que les acheteurs, les preneurs à bail et les titulaires de licence (voir recommandations 77 à 79). Conformément à cette règle, un donataire ne pourrait jamais être le bénéficiaire d'un transfert dans le cours normal des affaires et le transfert ne serait libre de la sûreté que si elle n'a pas été rendue opposable.

d) Priorité des créances privilégiées

95. De nombreux États, dans le souci d'atteindre des objectifs sociaux généraux, donnent la priorité à certaines créances non garanties (dans le cadre, voire en dehors, d'une procédure d'insolvabilité) sur d'autres créances non garanties. Dans certains cas, la priorité s'étend également aux créances garanties, y compris des créances garanties antérieurement inscrites. Par exemple, dans certains États, les créances salariales (salaires non versés) et fiscales (impôts non acquittés) ont la priorité sur des sûretés qui existaient antérieurement. Les objectifs sociaux différant selon les pays, la nature précise des créances protégées et la mesure dans laquelle la priorité leur est attribuée, ont tendance à varier. Par ailleurs, dans de nombreux États, au moins certaines de ces créances doivent être inscrites pour être opposables, tandis que d'autres États n'exigent pas l'inscription des créances aux fins de l'opposabilité.

96. L'avantage de privilégier certaines créances est la possibilité de poursuivre un objectif social. L'inconvénient éventuel dépend essentiellement de la question de savoir si les créances doivent être inscrites. L'inconvénient de la non-inscription de certaines créances est qu'il sera généralement difficile sinon impossible pour les créanciers potentiels de savoir si des créances existent, ce qui accroît l'insécurité et décourage de ce fait le crédit garanti. Cet inconvénient ne concerne pas les créances qui doivent être inscrites. Néanmoins, même des créances privilégiées qui ont été inscrites peuvent avoir des effets négatifs sur l'offre de crédit garanti et le coût du crédit. La raison en est que ces créances réduisant la valeur économique d'un bien pour les créanciers garantis, ceux-ci répercuteront généralement le fardeau économique qu'elles représentent sur le constituant en relevant les taux d'intérêt ou en déduisant leur montant estimé du crédit octroyé.

97. Pour éviter de décourager le crédit garanti, de nombreux États ont réduit récemment le nombre de créances privilégiées qui ont la priorité sur des sûretés réelles mobilières existantes. La tendance de la législation moderne est de

n'autoriser ces créances que lorsqu'il n'y a pas d'autre moyen efficace d'atteindre l'objectif social poursuivi. Par exemple, certains systèmes juridiques protègent les recettes fiscales en incitant les dirigeants d'entreprise à régler rapidement leurs problèmes financiers sous peine d'être tenus personnellement responsables, et les créances salariales grâce à un fond public. En outre, de nombreux États ont également tenté de réduire l'impact des créances privilégiées sur l'offre de crédit garanti en imposant un plafond au montant pouvant être versé au réclamant privilégié ou au pourcentage du montant retiré de la réalisation pouvant être utilisé pour les régler.

98. Si les créances privilégiées sont autorisées, les lois qui en portent création devraient être suffisamment claires et transparentes pour qu'un créancier puisse en calculer par avance le montant potentiel et se protéger. Dans certains États, cette clarté et cette transparence sont assurées par l'énumération de toutes les créances privilégiées dans une loi ou en annexe à la loi. D'autres États exigent, à cette fin, que les créances privilégiées soient inscrites sur un registre public et ne leur accordent la priorité que sur les sûretés inscrites ultérieurement. Dans les États qui adoptent cette deuxième approche, toutefois, la raison d'être des créances privilégiées disparaît en grande partie, car nombre de ces créances naissent immédiatement avant une procédure d'insolvabilité et il est donc improbable qu'un crédit garanti soit octroyé après leur inscription. Le Guide cherche à établir un équilibre pour les créances privilégiées en recommandant non leur inscription, mais que la loi limite leur nombre et leur montant et que, dans la mesure où de telles créances existent, elles soient décrites dans la loi de manière suffisamment claire et précise pour que les créanciers garantis puissent décider d'accorder ou non un crédit à un constituant (voir recommandation 80).

e) Priorité des droits des créanciers judiciaires

99. Dans les régimes actuels en matière d'opérations garanties, la règle générale veut qu'une sûreté réelle mobilière qui est opposable prime les droits d'un créancier chirographaire. Toutefois, comme il est indiqué au paragraphe […] ci-dessus, dans certains États, le titulaire d'une créance non garantie peut acquérir un droit sur les biens d'un débiteur s'il obtient un jugement ou une décision judiciaire provisoire contre le débiteur et s'il inscrit le jugement ou la décision judiciaire provisoire au registre général des sûretés, transformant ainsi une créance non garantie en une créance garantie dont le rang de priorité est déterminé par les règles de priorité usuelles. Certains de ces États vont plus loin et prévoient que, lorsqu'un créancier chirographaire a pris les mesures requises par la loi applicable pour obtenir un jugement ou une décision judiciaire provisoire, les droits réels qu'il fait valoir peuvent effectivement avoir la priorité sur certaines créances d'un créancier garanti préexistant. La loi établit une distinction entre ces créanciers et les autres créanciers chirographaires en raison de leur diligence à faire tout leur possible, souvent à grands frais, pour faire valoir leurs droits contre le débiteur. Pour plus de commodité, le terme "jugement" est employé ci-après pour désigner à la fois un jugement et une décision judiciaire provisoire et le terme "créancier judiciaire" est employé pour désigner un créancier ayant obtenu un jugement ou une décision judiciaire provisoire contre un débiteur.

100. Cette règle n'est pas injuste pour d'autres créanciers chirographaires, car ils ont également le droit d'obtenir une décision judiciaire concernant leurs créances

mais n'ont pas pris le temps ni investi l'argent nécessaires à cette fin. Toutefois, pour ne pas donner un pouvoir excessif aux créanciers judiciaires dans les systèmes juridiques où un seul créancier peut demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, les lois sur l'insolvabilité prévoient souvent que les sûretés créées par décision judiciaire obtenues pendant une période spécifiée antérieure à la procédure peuvent être annulées par le représentant de l'insolvabilité. Dans divers pays, le droit réel du créancier judiciaire s'éteint ou n'est pas reconnu dans la procédure d'insolvabilité du débiteur judiciaire.

101. Des régimes modernes en matière d'opérations garanties règlent généralement ce type de conflit de priorité en cherchant à établir un équilibre entre les intérêts du créancier judiciaire et ceux du créancier garanti. D'un côté, le créancier judiciaire a intérêt à savoir à un moment donné si la valeur non grevée des biens du constituant suffit pour faire exécuter le jugement. D'un autre côté, un argument solide en faveur de la protection des droits du créancier garanti est que ce dernier s'est expressément fondé sur sa sûreté pour octroyer le crédit.

102. De nombreux États essaient d'atteindre cet équilibre en donnant la priorité à une sûreté réelle mobilière sur le droit réel d'un créancier judiciaire sur les biens grevés du moment qu'elle était opposable avant la naissance de ce droit réel. Ce principe général a été adopté par le Guide (voir recommandation 81).

103. Dans les États qui essaient de protéger les droits des créanciers judiciaires, ce principe général comporte habituellement une exception et deux limitations. En règle générale, une exception aux droits des créanciers judiciaires est prévue dans le cas des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions constituées sur des biens grevés autres que des stocks ou des biens de consommation. La priorité est accordée à ce type de sûretés même si elles ne sont pas opposables au moment où le créancier judiciaire devient titulaire de droits sur les biens grevés, du moment que la sûreté est rendue opposable pendant le délai de grâce applicable prévu pour ces sûretés. La règle contraire créerait un risque inacceptable pour les fournisseurs de financement d'acquisitions ayant déjà octroyé un crédit avant que le créancier judiciaire n'obtienne son droit réel, et découragerait ainsi le financement d'acquisitions (voir recommandation 179).

104. Les limitations concernent le montant du crédit qui se voit accorder la priorité. La première tient à la nécessité de protéger les créanciers garantis existants en les empêchant d'accorder des avances supplémentaires en se fondant sur la valeur des biens soumis aux droits du créancier judiciaire. Il devrait y avoir un mécanisme pour notifier aux créanciers l'existence de ces droits. Dans de nombreux pays qui ont un système d'inscription, cela se fait en soumettant ces droits à ce système. En l'absence d'un tel système, ou si les droits du créancier judiciaire n'y sont pas soumis, on peut exiger de ce dernier qu'il notifie aux créanciers garantis l'existence de la décision judiciaire. De plus, la loi peut prévoir que le créancier garanti existant conserve sa priorité pendant un certain délai (peut-être 45 à 60 jours) après l'inscription du droit du créancier judiciaire (ou après réception de la notification de l'existence du droit du créancier judiciaire sur les biens grevés), de manière qu'il puisse prendre des mesures pour protéger ses droits en conséquence. Plus le temps dont dispose un créancier garanti pour réagir à l'existence des droits d'un créancier judiciaire est court et plus ces droits restent confidentiels, plus leur existence potentielle aura des répercussions néfastes sur l'offre et le coût du crédit dans le

contexte des opérations de crédit qui permettent l'octroi de plusieurs crédits supplémentaires après la conclusion d'un accord de crédit ("avances futures").

105. Le Guide recommande que les créanciers garantis inscrits reçoivent notification et que la priorité de toute sûreté se limite au crédit accordé par le créancier garanti pendant un certain nombre de jours (par exemple, 30 à 60) après réception de la notification de l'existence du droit du créancier judiciaire (voir recommandation 81, al. a)). Bien que cette limitation oblige le créancier judiciaire à informer le créancier garanti de son droit, cette obligation n'est généralement pas trop lourde et dispense le créancier garanti de rechercher fréquemment des décisions judiciaires prononcées à l'encontre du constituant (ce qui serait une obligation bien plus lourde et coûteuse, dont les frais sont presque invariablement répercutés sur le constituant). L'existence du délai de grâce se justifie par le fait qu'il évite au créancier garanti bénéficiant d'un crédit permanent ou d'un autre mécanisme prévoyant l'octroi de crédits futurs d'avoir à interrompre immédiatement les prêts ou les autres crédits, ce qui pourrait mettre le constituant en difficulté ou même le contraindre à engager une procédure d'insolvabilité.

106. La deuxième limitation porte sur les avances futures. La priorité d'une sûreté réelle mobilière peut s'appliquer aux avances qui sont consenties même après que le créancier garanti a reçu notification des droits du créancier judiciaire à condition que l'avance ait fait l'objet, avant cet avis, d'un engagement irrévocable d'un montant déterminé ou pouvant être déterminé selon une formule spécifiée.

107. La raison d'être de cette règle est qu'il serait injuste de priver un créancier garanti qui s'est irrévocablement engagé à accorder un crédit de la priorité qu'il escomptait en prenant son engagement. L'argument opposé est que, dans de nombreux mécanismes de crédit, l'existence d'une décision judiciaire constituerait un cas de défaillance permettant au créancier garanti de cesser d'accorder des crédits supplémentaires. Toutefois, le fait de ne plus accorder de crédits risque de ne pas être une protection suffisante pour le créancier garanti et de porter préjudice aux autres parties également. Par exemple, la perte soudaine de crédit suite à un jugement pourrait fort bien obliger le créancier à engager une procédure d'insolvabilité, ce qui non seulement engendrerait des pertes pour le créancier garanti et les autres créanciers, mais risquerait aussi de ruiner l'activité du constituant. Le Guide résout ce conflit de priorité dans le sens de la poursuite de l'octroi du crédit en vertu d'un mécanisme de crédit irrévocable pour permettre au constituant de rester en activité (ce qui pourrait offrir au constituant les meilleures chances de rembourser toutes ses obligations) (voir recommandation 81, al. b)).

f) Priorité des droits des personnes fournissant des services concernant un bien grevé

108. Dans de nombreux États, les créanciers qui ont fourni des services relatifs à des biens meubles corporels grevés ou qui les ont valorisés d'une manière ou d'une autre, par exemple en les entreposant, en les réparant ou en les transportant, obtiennent un droit réel sur ces biens. Dans certains États, ce droit peut devenir une sûreté réelle mobilière à part entière permettant au prestataire de services de recouvrer ses créances comme s'il s'agissait d'une sûreté. Dans d'autres États, ce droit permet simplement de refuser de remettre les biens à quiconque les réclame. Indépendamment de la nature du droit du prestataire de services, dans ces États, ce droit peut seulement être revendiqué pendant que les biens sont en sa possession.

109. Traiter les prestataires de services de cette manière a l'avantage de les inciter à continuer à fournir des services et facilite l'entretien et la préservation des biens grevés. Dans de nombreux États, le droit accordé aux prestataires de services prime tous les autres droits pouvant être revendiqués sur les biens en leur possession. En particulier, ce droit prime toute autre sûreté réelle mobilière sur ces biens, indépendamment de la date à laquelle ces deux droits sont respectivement devenus opposables. Cette règle de priorité s'explique par le fait que les prestataires ne sont pas des bailleurs de fonds professionnels et devraient être dispensés d'avoir à faire des recherches dans le registre pour déterminer l'existence de sûretés concurrentes avant de fournir leurs services. En outre, la règle facilite des services comme l'entreposage, les réparations et autres améliorations qui bénéficient généralement aux créanciers garantis ainsi qu'aux constituants.

110. La question se pose de savoir si la priorité accordée aux prestataires de services devrait être limitée à un certain montant ou reconnue seulement dans certaines circonstances. Une approche consiste à la limiter à un montant (par exemple, un mois de loyer dans le cas des propriétaires) et de ne reconnaître à ces droits un rang plus élevé que celui des sûretés antérieures qu'en cas de valorisation des biens profitant directement aux détenteurs de ces sûretés antérieures. Cette approche aurait l'avantage de ne pas limiter indûment les droits des créanciers garantis, mais l'inconvénient de ne pas protéger les prestataires de service qui n'auraient pas valorisé les biens. En outre, le montant de la valeur qui a été ajoutée par les prestataires de service devrait être déterminé, ce qui risque d'ajouter des frais et de créer des conflits.

111. Une autre approche est de limiter la priorité des prestataires à la valeur raisonnable des services fournis. Ce serait un moyen de concilier de manière juste et efficace les intérêts divergents. Une protection raisonnable serait accordée aux prestataires de services et la question difficile de la preuve concernant la valeur relative des biens grevés avant et après la prestation de services se trouverait évitée. Étant donné que la valeur raisonnable des services se fonde sur un calcul qui peut être vérifié comparativement et publiquement, cette approche réduit également les coûts associés à la revendication du droit. C'est pourquoi elle est recommandée dans le Guide (voir recommandation 82).

g) Priorité du droit de revendication d'un fournisseur

112. Dans certains États, un fournisseur vendant des biens meubles corporels avec un crédit non garanti peut, en cas de défaillance ou d'insolvabilité financière de l'acheteur (qui peut ou non s'accompagner d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre du constituant), se voir conférer par la loi le droit de revendiquer les biens meubles corporels auprès de l'acheteur dans un certain délai dénommé "délai de revendication". Si une procédure d'insolvabilité est ouverte à l'encontre de l'acheteur, la loi sur l'insolvabilité applicable déterminera la mesure dans laquelle les titulaires de droits de revendication devront arrêter leurs poursuites ou verront, d'une autre manière, leurs droits restreints (voir les recommandations 39 à 51 du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*).

113. Une question importante est de savoir si le droit de revendication portant sur des biens meubles corporels particuliers devrait primer une sûreté antérieure sur les mêmes biens que ce soit dans le cadre ou en dehors d'une procédure d'insolvabilité. En d'autres termes, il s'agit de savoir si, au cas où les biens de l'acheteur (y compris

les biens qu'il revendique) sont grevés d'une sûreté, les biens revendiqués devraient être restitués au vendeur libre de cette sûreté. Dans certains États, la revendication a un effet rétroactif, qui met le vendeur dans la position qui était la sienne avant la vente (c'est-à-dire détenant des biens qui n'étaient grevés d'aucune sûreté en faveur des créanciers de l'acheteur). Dans d'autres États en revanche, les biens demeurent grevés des sûretés antérieures à condition que la sûreté soit devenue opposable avant que le fournisseur n'exerce son droit de revendication. La justification de cette approche est que les titulaires de ces sûretés se seraient probablement fiés à l'existence de ces biens lors de l'octroi du crédit. Aussi, si l'on donne la priorité aux droits de revendication dans cette situation, les parties finançant l'acquisition de stocks réagiraient souvent en réduisant le montant du crédit octroyé au constituant en invoquant des réserves à l'encontre d'éventuels droits de revendication.

114. Dans les États qui ont mis en place un régime moderne en matière d'opérations garanties comme il est envisagé dans le Guide, le vendeur peut se protéger en obtenant une sûreté réelle mobilière garantissant le paiement des biens de sorte que l'approche que le Guide cherche à promouvoir en prévoyant des droits de revendication peut généralement être obtenue par d'autres moyens. Le Guide recommande en conséquence que les droits de revendication n'aient pas la priorité sauf s'ils sont exercés avant qu'une sûreté réelle mobilière concurrente ait été rendue opposable (voir recommandation 83).

h) Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un bien attaché

115. Des biens meubles corporels peuvent souvent être attachés à d'autres biens meubles corporels (qu'il s'agisse de biens meubles, comme des pneus attachés à un véhicule, ou de biens immeubles, comme une cheminée, un lustre ou une chaudière attachés à un bâtiment). En pareils cas, il peut souvent y avoir des conflits entre les sûretés réelles mobilières constituées sur le bien attaché et celles constituées sur l'objet auquel il est rattaché. Différentes considérations d'ordre pratique entrent en jeu lorsqu'il s'agit de déterminer la priorité relative des sûretés grevant des biens attachés à des biens immeubles et des sûretés grevant des biens attachés à des biens meubles.

i) Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur un bien attaché à un bien immeuble

116. Dans la mesure où un régime des opérations garanties permet de constituer des sûretés réelles mobilières sur des biens attachés à des biens immeubles (comme le recommande le Guide; voir recommandation 21), il doit également comprendre des règles régissant la priorité relative d'un détenteur de sûretés sur un bien attaché à un bien immeuble par rapport aux personnes qui sont titulaires de droits sur le bien immeuble concerné. Une préoccupation fondamentale de ces règles de priorité est d'éviter de porter inutilement atteinte aux principes bien établis du droit immobilier.

117. Ces règles de priorité devront traiter d'un certain nombre de conflits de priorité différents. Le premier est un conflit entre, d'une part, une sûreté réelle mobilière sur un bien attaché (ou tout autre droit sur ce bien, tel que le droit d'un acheteur ou d'un preneur à bail) qui est constituée et rendue opposable en vertu du droit immobilier et, d'autre part, une sûreté réelle mobilière sur un bien attaché qui est rendue opposable en vertu du régime des opérations garanties pour les biens meubles. Dans ce cas, en raison de la primauté du droit immobilier, la plupart des États accordent la priorité à la sûreté constituée et rendue opposable en vertu du

droit immobilier. Afin de préserver la fiabilité du registre immobilier, le Guide a également adopté cette approche (voir recommandation 84).

118. Un deuxième conflit de priorité peut survenir entre une sûreté réelle mobilière sur un bien grevé qui, soit est un bien attaché à un bien immeuble au moment où la sûreté devient opposable, soit le devient ultérieurement, lorsque la sûreté est rendue opposable par inscription sur le registre immobilier, et une sûreté réelle mobilière sur le bien attaché (ou un autre droit sur ce bien, tel que le droit d'un acheteur ou d'un bailleur) sur le bien immeuble concerné. Dans ces cas, la priorité sera déterminée en fonction de l'ordre d'inscription des sûretés sur le registre immobilier. Là aussi, la justification de cette approche est la nécessité de préserver la fiabilité du registre immobilier, et c'est sur ce principe qu'est fondée la position adoptée dans le Guide (voir recommandation 85).

119. Un troisième conflit de priorité peut survenir entre une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition d'un bien grevé attaché à un bien immeuble et un droit réel sur le bien immeuble. Pour promouvoir le financement de l'acquisition de biens attachés, le Guide recommande de donner la priorité à la sûreté réelle mobilière garantissant le paiement de l'acquisition d'un bien grevé attaché (voir recommandation 180; conformément à la recommandation 192, le même principe s'appliquera aussi lorsque la partie finançant l'acquisition dans un régime non unitaire détient un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail).

ii) Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur un bien attaché à un bien meuble

120. Divers types de conflits de priorité peuvent survenir en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières sur des biens qui sont ultérieurement attachés à des biens meubles. Un premier type de conflit peut survenir entre deux sûretés réelles mobilières sur des biens attachés ultérieurement à un ou plusieurs biens meubles. Un autre conflit de priorité peut survenir entre une sûreté sur un bien attaché ultérieurement à un bien meuble et une sûreté sur le bien meuble concerné lorsque les deux sûretés ont été inscrites sur le registre général des sûretés. Dans ces cas, la priorité peut être déterminée en fonction de l'ordre d'inscription des sûretés sur le registre ou de l'ordre dans lequel elles sont rendues opposables (voir recommandation 173). Un troisième conflit peut survenir entre une sûreté sur un bien attaché ultérieurement qui a été rendue opposable par inscription sur un registre spécialisé ou annotation sur un certificat de propriété et une sûreté sur le bien meuble concerné qui a été inscrite sur le registre général des sûretés. Dans ce cas, la priorité est accordée au droit antérieur conformément au principe consistant à préserver l'intégrité des registres spécialisés et des systèmes d'annotation sur les certificats de propriété (voir recommandation 74, al. a)). Un quatrième conflit de priorité peut survenir entre deux sûretés sur des biens attachés ultérieurement à un ou plusieurs biens meubles lorsque les deux droits ont été rendus opposables par inscription sur un registre spécialisé ou annotation sur un certificat de propriété. Un cinquième conflit de priorité peut survenir entre une sûreté sur un bien attaché ultérieurement et une sûreté sur le bien meuble auquel ce bien a été attaché lorsque les deux droits ont été rendus opposables par inscription sur un registre spécialisé ou annotation sur un certificat de propriété. Dans ces cas, la priorité est déterminée en fonction de la date d'inscription ou d'annotation (voir recommandations 74, al. b), et 86).

i) Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur une masse ou un produit fini découlant d'une sûreté sur des biens transformés ou mélangés

121. De nombreux types de biens meubles corporels sont destinés à être fabriqués, transformés ou mélangés à d'autres biens meubles corporels du même type. Cela peut donner lieu à trois types de conflits de priorité qui nécessitent des règles spéciales. Il s'agit: a) des conflits entre sûretés constituées sur les mêmes biens meubles corporels individualisés qui sont finalement mélangés pour former une masse ou un produit fini (par exemple du sucre et du sucre; de l'huile et de l'huile et du blé et du blé); b) des conflits entre sûretés sur différents biens meubles corporels individualisés qui sont finalement intégrés à une masse ou à un produit fini (par exemple du sucre et de la farine, des fibres optiques et de la résine de polyester, de l'étoffe et des colorants dans des tissus); et c) des conflits entre une sûreté initialement constituée sur des biens meubles corporels distincts et une sûreté sur la masse ou sur le produit fini (par exemple, sucre et gâteau, fibre optique et meubles, étoffe et pantalons). Chacun de ces conflits potentiels est examiné ci-après.

i) Priorité des sûretés réelles mobilières sur les mêmes biens meubles corporels qui sont mélangés pour former une masse ou un produit fini

122. Les États prévoient généralement que les sûretés réelles mobilières sans dépossession sur les mêmes biens meubles corporels qui sont mélangés se maintiennent sur une masse ou sur un produit fini et qu'elles conservent le rang de priorité qu'elles avaient les unes par rapport aux autres avant que les biens ne soient mélangés. La raison de cette règle est que l'incorporation de biens dans une masse ou un produit fini ne devrait pas avoir d'incidence sur les droits respectifs des créanciers titulaires de sûretés concurrentes sur les différents biens meubles corporels. Entre eux, ils devraient avoir la même position. Il va de soi que, dans ces cas, le montant total disponible pour rembourser les créances de ces créanciers garantis ne peut excéder la valeur des biens meubles corporels grevés par ces sûretés concurrentes immédiatement avant qu'ils ne soient mélangés pour former une masse ou un produit fini (voir recommandation 22). Le Guide recommande également ce principe (voir recommandation 87).

ii) Priorité des sûretés réelles mobilières qui sont intégrées à une masse ou à un produit fini

123. Si des sûretés sur différents biens meubles corporels qui seront finalement intégrés à une masse ou à un produit fini se maintiennent sur la masse ou sur le produit fini, la question est de savoir comment déterminer la valeur relative des droits qui peuvent être revendiqués par chaque créancier. Les États ont adopté diverses approches pour trancher cette question, en fonction de la manière dont ils déterminent l'étendue des droits du créancier garanti sur la masse ou le produit fini. Le Guide recommande que les créanciers garantis aient droit à une part de la valeur maximum totale de leurs sûretés sur la masse ou le produit fini en proportion de la valeur des biens grevés par leurs sûretés respectives immédiatement avant leur fabrication ou leur incorporation dans la valeur de l'ensemble des éléments (voir recommandation 22). Prenant l'exemple du gâteau, si la valeur du sucre est 2 et celle de la farine 5, alors que la valeur du gâteau est 8, les créanciers se verront attribuer 2 et 5, respectivement, mais aucun des créanciers garantis ne recevra un montant supérieur à celui de son obligation garantie. Inversement, si la valeur du

sucre est 2 et celle de la farine 5, alors que la valeur du gâteau est 6, les créanciers se verront attribuer 2/7 et 5/7 de 6, respectivement. Dans cette situation, chaque créancier supportera une diminution proportionnelle.

124. Il s'ensuit que, dans ces cas, chaque créancier peut faire valoir son rang de priorité avant fabrication dans la part du produit fini qui correspond à la valeur de l'élément sur lequel il avait pris une sûreté. Cela signifie que, si la créance garantie d'un créancier garanti est inférieure à la valeur de son élément et que celle d'un autre créancier garanti est plus élevée que la valeur de son élément, ce dernier ne peut pas faire valoir un droit de priorité excédant la valeur attribuée à la part du premier créancier garanti. Pour éviter ces limitations, nombre de créanciers garantis élaborent des conventions constitutives de sûretés qui définissent les biens grevés comme comprenant non seulement les éléments constitutifs, mais aussi la masse ou le produit fini fabriqués à partir de ces éléments. Toutefois, les États utilisent généralement la méthode présentée plus haut pour calculer la valeur relative afin de déterminer les droits des créanciers garantis détenant des sûretés réelles mobilières sur les différents éléments constitutifs d'une masse ou d'un produit fini. Cette approche est recommandée dans le Guide (voir recommandation 88).

iii) Priorité d'une sûreté réelle mobilière initialement constituée sur des biens meubles corporels par rapport à une sûreté sur la masse ou le produit fini

125. Le troisième type de conflit que les États doivent résoudre est celui entre des sûretés réelles mobilières sur des biens meubles corporels qui sont intégrés à une masse ou à un produit fini et les sûretés réelles mobilières sur la masse ou le produit fini eux-mêmes. En général, les États considèrent que les règles de priorité usuelles s'appliquent pour régir ces conflits. Par exemple, si le créancier garanti A détient une sûreté réelle mobilière sur du sucre qui fait l'objet d'un avis inscrit le 1er janvier et que le créancier garanti B détient une sûreté réelle mobilière sur les gâteaux présents et futurs qui fait l'objet d'un avis inscrit le 1er février, le créancier garanti A aura la priorité, sous réserve de la limitation énoncée dans la recommandation 22 selon laquelle sa sûreté ne porte que sur la valeur des biens immédiatement avant leur intégration dans la masse ou le produit fini. Inversement si le créancier garanti A détient une sûreté réelle mobilière sur du sucre qui fait l'objet d'un avis inscrit le 1er février et que le créancier garanti B détient une sûreté réelle mobilière sur les gâteaux présents et futurs qui fait l'objet d'un avis inscrit le 1er janvier, le créancier garanti B aura la priorité.

126. Il y a toutefois une exception à ce principe qui survient lorsque le créancier garanti constitue une sûreté réelle mobilière sur un élément constitutif en tant que partie finançant l'acquisition (voir chapitre XI sur le financement des acquisitions). Dans ces cas, et conformément au traitement général des parties finançant des acquisitions, les États accordent habituellement la priorité à la sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition sur toutes les sûretés sur la masse ou le produit fini qui s'étendent au bien futur. Pour maintenir un régime cohérent qui encourage l'offre de crédit pour l'acquisition de biens meubles corporels, le Guide recommande également d'adopter ce principe (voir recommandation 89).

5. Portée et interprétation des règles de priorité

a) Caractère indifférent de la connaissance de l'existence de la sûreté

127. Un des éléments essentiels d'un régime moderne en matière d'opérations garanties est que, quel que soit le principe de base adopté, la priorité sera déterminée en fonction de données objectives (par exemple, inscription d'un avis, prise de possession, conclusion d'un accord de contrôle ou annotation sur un certificat de propriété). Pour qu'un tel système de priorité apporte une certaine sécurité, ces données objectives doivent être les seuls moyens de déterminer la priorité. C'est pourquoi, dans la plupart des États qui ont modernisé leur régime de sûretés, l'ordre de priorité établi par exemple par la date d'inscription d'un avis ou la prise de possession par un créancier s'applique même si un créancier ultérieur ou un autre réclamant concurrent a acquis son droit en sachant qu'il existait à ce moment une sûreté qui n'était pas inscrite ou autrement opposable.

128. Cette règle part du principe qu'il est souvent difficile de prouver qu'une personne avait connaissance d'un fait précis à un moment précis. Cela est particulièrement vrai dans le cas d'une société ou d'une autre personne morale ayant de nombreux employés. Les règles de priorité qui dépendent de la connaissance subjective des inscriptions peuvent compliquer le règlement des conflits, ce qui diminue la certitude quant au rang de priorité des créanciers garantis et réduit l'efficacité du système. Bien qu'il semble étrange d'accorder la priorité à un créancier qui avait connaissance de l'existence d'une sûreté, fonder la priorité sur l'ordre d'un événement publiquement vérifiable par lequel un créancier a rendu ses droits opposables apporte une certaine sécurité dans les relations entre les éventuels réclamants concurrents. Cette considération vient appuyer la recommandation énoncée dans le Guide selon laquelle la seule connaissance de l'existence d'une sûreté est sans importance pour déterminer la priorité (voir recommandation 90).

129. Cela dit, il est important de distinguer entre le simple fait d'avoir connaissance de l'existence d'une sûreté réelle mobilière et le fait de savoir qu'une opération particulière viole les droits d'un créancier garanti. Par exemple, si un acheteur sait qu'il existe une sûreté réelle mobilière non inscrite, cela ne perturbera pas le régime de priorité établi pour les droits inscrits. En revanche, si l'acheteur sait également que le bien qu'il acquiert est vendu en violation des termes d'une convention constitutive de sûreté (par exemple, l'interdiction faite au constituant de vendre des biens grevés), cela pourrait avoir des implications juridiques considérables (par exemple, acquérir la propriété d'un bien déjà grevé de sûretés; voir ci-dessus par. 70 à 72; voir également recommandations 78, 98, al. b), 102 et 103).

b) La liberté contractuelle en ce qui concerne la priorité: cession de rang

130. Le régime de priorité de la plupart des États établit des règles qui s'appliquent sauf si les parties concernées y apportent des modifications particulières. En d'autres termes, la plupart des États prévoient qu'un créancier garanti peut à tout moment renoncer, unilatéralement ou conventionnellement, à sa sûreté réelle mobilière en faveur du droit d'un réclamant concurrent existant ou futur. Par exemple, le prêteur A titulaire d'une sûreté de premier rang sur tous les biens existants et à venir d'un constituant pourrait autoriser le constituant à donner au prêteur B une sûreté de premier rang sur un bien particulier (par exemple, sur une pièce de matériel) afin de pouvoir obtenir de ce dernier des moyens de financement

supplémentaires sur la base de la valeur du bien. La reconnaissance de la validité de la subordination de sûretés correspond à une politique bien établie (voir, par exemple, l'article 25 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances). L'utilité des accords de cession de rang étant largement reconnue, le Guide recommande leur autorisation (voir recommandation 91).

131. Toutefois, la subordination ne peut avoir d'incidence sur les droits d'un réclamant concurrent sans son accord. Ainsi, par exemple, un accord de cession de rang ne peut avoir d'incidences négatives sur la priorité d'un créancier garanti qui n'est pas partie à cet accord. Cela signifie que, dans les États qui exigent que les créanciers indiquent dans l'avis d'inscription le montant maximum pour lequel une sûreté est constituée (voir recommandation 57, al. d)), la cession de rang sera limitée à la valeur indiquée du droit de rang supérieur. Ainsi, par exemple, si le prêteur A a limité sa sûreté réelle mobilière à 100 000 et que le prêteur B est titulaire une sûreté d'une valeur de 50 000, un accord de cession de rang entre le prêteur A et le prêteur C titulaire d'une sûreté d'une valeur de 200 000 ne peut pas être conclu pour permettre au prêteur C de revendiquer plus de 100 000 en vertu de sa priorité sur le prêteur B.

132. L'objet d'un accord de cession de rang est de permettre aux créanciers garantis de se mettre d'accord entre eux sur la détermination la plus efficace de l'ordre de priorité de leurs droits sur les biens grevés. Pour tirer pleinement parti de ces déterminations consensuelles, il est indispensable que la priorité reconnue dans un accord de cession de rang continue à s'appliquer dans le cas d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre du constituant. Une telle disposition existe déjà dans le régime d'insolvabilité de certains pays. Dans d'autres pays, il peut être nécessaire de modifier la législation sur l'insolvabilité pour que les tribunaux puissent faire exécuter l'accord de cession de rang et pour que les représentants de l'insolvabilité puissent trancher les conflits de priorité entre parties à de tels accords sans s'exposer à une responsabilité civile (voir chapitre XVI sur les incidences de l'insolvabilité sur les sûretés réelles mobilières, par. 63, et recommandation 237).

133. La subordination de sûretés et d'autres droits réels sur des biens grevés ne signifie pas subordination des paiements avant défaillance. Cette question relève du droit général des obligations. Généralement, avant la défaillance et tant que le constituant rembourse les intérêts de l'emprunt ou de tout crédit reçu, le créancier garanti n'a pas le droit de réaliser sa sûreté et la priorité ne pose pas de problème. Ceci dit, tant qu'aucun acte frauduleux n'est commis et en l'absence d'accord contraire entre un constituant et un créancier garanti, il n'est pas interdit à un constituant de faire des paiements au titre des obligations garanties par des sûretés subordonnées.

c) Impact de la continuité de l'opposabilité sur la priorité

134. Lorsque l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière peut être obtenue par plusieurs méthodes (par exemple, automatiquement, par inscription, par prise de possession, par prise de contrôle ou par annotation sur un certificat de propriété), la question se pose de savoir si un créancier garanti ayant au départ établi la priorité de sa sûreté réelle mobilière par une de ces méthodes devrait être autorisé à changer de méthode sans perdre son rang de priorité initial. Certains États n'autorisent pas les créanciers à changer de méthode pour rendre leur sûreté opposable, autrement dit, le rang de priorité d'un créancier ne pourra pas être maintenu s'il change de méthode.

Par exemple, si un créancier inscrit un avis sur le registre général des sûretés le jour 1, prend possession du bien grevé le jour 10 et annule son inscription le jour 20, à compter de ce moment, la date pertinente pour établir la priorité serait le jour 10 et non le jour 1. Si la méthode initiale pour établir une priorité est caduque, la priorité peut seulement remonter à la date à laquelle une méthode encore existante pour l'établir a été appliquée.

135. Dans d'autres États, il est possible de conserver son rang de priorité même après avoir changé de méthode pour assurer l'opposabilité. La possibilité de conserver son rang de priorité est fonction de la manière dont les différentes méthodes utilisées pour obtenir l'opposabilité sont intégrées. Dans ces États, le principe est qu'une sûreté réelle mobilière ne perdra pas son rang de priorité, à condition qu'elle ne soit inopposable à aucun moment par une méthode ou une autre. Par exemple, si une sûreté sur un bien est initialement rendue opposable par prise de possession et que le créancier garanti inscrit ultérieurement un avis concernant cette sûreté sur le registre général des sûretés et restitue le bien au constituant, la sûreté reste opposable et la priorité remonte à la date de la prise de possession initiale à condition que l'inscription ait eu lieu avant la restitution de la possession par le créancier. Si, toutefois, le créancier garanti inscrit un avis après avoir restitué la possession du bien, la priorité de la sûreté remonte seulement à la date à laquelle il a inscrit l'avis. Les règles régissant la continuité de la priorité jouent un rôle particulièrement important dans les cas où l'opposabilité a été initialement établie par prise de possession et où la durée du crédit se prolonge au-delà du moment où le constituant a besoin d'utiliser le bien grevé. Conformément aux recommandations sur la continuité de l'opposabilité (voir recommandations 46 et 47), le Guide considère que, aux fins de l'application des règles de priorité temporelle recommandées dans le Guide, le rang de priorité devrait être conservé même si la méthode par laquelle il est déterminé a changé (voir recommandations 92 et 93).

136. Il convient de noter que la règle susmentionnée ne s'applique que lorsque l'on utilise les règles de priorité temporelle pour déterminer la priorité et non d'autres règles, auquel cas un changement dans la méthode utilisée pour obtenir l'opposabilité aura des incidences sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière, même si l'opposabilité est maintenue. Par exemple, si le titulaire d'un instrument négociable inscrit un avis de sûreté sur l'instrument avant de le restituer, le rang de priorité spécial attaché à la possession de l'instrument ne sera pas maintenu par la simple inscription de cet avis. Si un deuxième créancier garanti a inscrit un avis avant que le premier créancier garanti qui restitue l'instrument ait inscrit le sien, il se verra accorder la priorité en raison de son inscription antérieure (voir par. 155 à 157 ci-après; voir également recommandation 98). De même, si un créancier garanti qui a pris le contrôle d'un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire inscrit un avis de sûreté et renonce ensuite au contrôle, la priorité spéciale accordée au contrôle devient caduque. Si un autre créancier garanti a inscrit un avis sur le registre général des sûretés avant la prise de contrôle initiale, il aura la priorité lorsque le contrôle sera abandonné en raison de son inscription antérieure (voir par. 158 à 164 ci-après; voir également recommandation 100).

d) Portée de la priorité: avances futures, et obligations futures et conditionnelles

137. Les chapitres précédents ont pris en compte le fait que, dans les régimes modernes en matière d'opérations garanties, une sûreté réelle mobilière peut garantir non seulement des obligations existantes au moment où la sûreté est constituée, mais également des obligations futures et conditionnelles (voir chapitre IV sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, par. […]; voir également recommandation 16). La plupart des États prévoient que la sûreté initiale couvre le principal et les intérêts conformément à l'accord ainsi que l'ensemble des frais et coûts liés au recouvrement du paiement.

138. S'agissant des avances futures en vertu d'accords de crédit existants et des obligations conditionnelles, les États ont adopté différentes positions. Certains accordent le même rang de priorité aux avances futures et au crédit initialement octroyé, mais pour que la priorité initiale s'étende aux obligations futures et conditionnelles, ils exigent que celles-ci soient déterminables quant à leur type et à leur montant (par exemple, l'accord spécifie que seules les avances futures accordées au titre d'une ligne de crédit plafonnée à 100 000 seront garanties). Dans d'autres États, une sûreté réelle mobilière peut s'appliquer à l'ensemble des obligations monétaires et non monétaires garanties qui sont dues au créancier garanti, quel que soit leur type ou leur montant, à condition que l'accord le spécifie expressément. Dans ces États, les obligations futures et conditionnelles accordées en vertu d'une convention constitutive de sûreté auront la même priorité que le crédit initialement octroyé.

139. Dans la pratique, cela signifie qu'un créancier garanti a l'assurance, au moment où il s'engage à octroyer un crédit, que le rang de priorité de sa sûreté réelle mobilière s'étendra non seulement au crédit qu'il accorde au moment de la conclusion de la convention constitutive de sûreté, mais aussi: a) aux obligations qui naissent ensuite conformément aux clauses de la convention constitutive de sûreté (par exemple, les avances futures en vertu d'un accord de crédit permanent); ou b) aux obligations conditionnelles qui deviennent réelles dès la réalisation de la condition (par exemple, des obligations qui deviennent payables à la partie garantie en vertu d'une garantie). Par exemple, dans le cas d'un mécanisme de crédit permanent en vertu duquel le prêteur est convenu le jour 1 d'accorder des avances au constituant de temps à autre pendant toute la durée de la formule – un an – garanties par une sûreté sur les biens du constituant, la sûreté réelle mobilière aura le même rang de priorité pour toutes les avances consenties, qu'elles l'aient été le jour 1, 35 ou 265.

140. Dans le cas d'un crédit consenti pour permettre à un constituant d'acheter des biens meubles corporels ou des services payables par paiements échelonnés, cette approche conduit à considérer que la totalité de la créance naît au moment où le contrat pour l'achat des biens ou des services est conclu, et non à chaque fourniture de biens ou de services. Un argument en faveur de cette approche est que c'est la plus économique, parce qu'elle épargne au créancier garanti la nécessité de déterminer le rang de priorité chaque fois qu'il accorde un crédit, processus qui implique la recherche de nouvelles inscriptions par d'autres créanciers, la conclusion d'accords et d'inscriptions supplémentaires pour les montants de crédit consentis après la date de constitution d'une sûreté. Étant donné que les frais occasionnés par ces mesures supplémentaires sont invariablement répercutés sur le constituant, directement ou sous forme d'une augmentation du taux d'intérêt, leur

suppression peut réduire le coût du crédit pour le constituant. Un autre argument positif est que cette approche limite au minimum le risque pour le constituant que les crédits consentis ultérieurement en vertu de la convention constitutive de sûreté soient interrompus si le créancier garanti estime qu'une avance future n'a pas le même rang de priorité que les avances initiales. Pour ces raisons, le Guide recommande l'adoption de règles de priorité qui étendent la priorité aux obligations futures (voir recommandation 94).

141. Les règles de priorité susmentionnées sont toutefois soumises à deux limitations possibles. Premièrement, comme il a été indiqué, dans certains États où la priorité accordée à une sûreté réelle mobilière s'étend à l'octroi de crédits futurs, la priorité est limitée au montant maximum spécifié dans l'avis inscrit sur un registre public concernant la sûreté. La justification de cette approche est qu'elle pourrait encourager le financement subordonné en incitant les créanciers futurs de rang inférieur à accorder des crédits sur la base de la valeur résiduelle des biens grevés (par exemple, la valeur des biens grevés dépassant le montant maximum garanti par la sûreté réelle mobilière de rang supérieur visée dans l'avis inscrit) dans la mesure où le créancier potentiel est en mesure de s'assurer que la valeur résiduelle est suffisante (voir recommandation 95). D'autres États n'ont pas adopté cette approche au motif qu'elle pourrait encourager les créanciers garantis à majorer le chiffre indiqué dans l'avis inscrit pour y faire figurer un montant plus important que celui envisagé au moment de la convention constitutive de sûreté pour prendre en compte d'éventuelles avances futures imprévues (voir chapitre VI sur le système de registre, par. […]; voir également recommandation 57, al. d)).

142. Deuxièmement, le Guide reconnaît que, dans certaines circonstances, un créancier garanti ne devrait pas pouvoir faire valoir sa priorité en ce qui concerne des avances futures face à un créancier qui obtient un jugement ou une décision judiciaire provisoire contre le constituant et prend des mesures pour réaliser sa sûreté sur les biens grevés (voir ci-dessus par. 99 à 107; voir également recommandations 81 et 94).

e) Application des règles de priorité à une sûreté réelle mobilière sur des biens à acquérir

143. Comme il est indiqué de façon plus détaillée au chapitre IV sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, une sûreté peut, dans certains États, être créée sur des biens que le constituant pourra acquérir à l'avenir ("biens à acquérir"). Dans ces États, si l'on part du principe que la description des biens à acquérir permet de les identifier, une sûreté réelle mobilière sur les biens en question sera obtenue automatiquement au moment où le constituant les acquerra, sans avoir à prendre des mesures supplémentaires. Les coûts liés à la constitution de la sûreté sont ainsi réduits au minimum et les attentes des parties sont satisfaites. Cette pratique est particulièrement importante pour les stocks, qui sont acquis en permanence pour être revendus, pour les créances, qui sont recouvrées et naissent en permanence (voir chapitre II sur le champ d'application et autres règles générales, section F, Exemples de pratiques de financement visées, par. […]) et, dans une moindre mesure, pour le matériel qui est remplacé périodiquement dans le cours normal des affaires du constituant.

144. La reconnaissance de la constitution automatique d'une sûreté réelle mobilière sur des biens à acquérir soulève la question de savoir si la priorité devrait être

fonction de la date à laquelle la sûreté réelle mobilière est inscrite pour la première fois ou devient opposable ou de la date d'acquisition des biens par le constituant. Cette question est réglée différemment selon les États. Certains États adoptent une solution différente selon la nature du créancier réclamant un droit de préférence. Dans ces États, la priorité remonte à la date d'inscription ou d'opposabilité pour le classement par rapport aux autres créanciers titulaires d'une sûreté conventionnelle, et à la date d'acquisition des biens par le constituant pour le classement par rapport à tous les autres réclamants concurrents. Dans d'autres États, la priorité de tous les biens à acquérir est déterminée face à tous les réclamants concurrents en fonction de la date à laquelle la priorité a été initialement établie.

145. Il est généralement admis que la deuxième approche réussit mieux et plus efficacement à promouvoir l'offre de crédit garanti. Les régimes modernes en matière d'opérations garanties prévoient donc généralement que, dans ces cas, la priorité d'une sûreté réelle mobilière s'applique à tous les biens grevés visés par l'avis inscrit, indépendamment de la question de savoir s'ils existaient avant l'inscription, au moment de l'inscription, ou après l'inscription. Le Guide a adopté cette approche (voir recommandation 96).

f) Application des règles de priorité à une sûreté réelle mobilière sur le produit

146. Si un créancier détient une sûreté sur le produit (pour la définition de "produit", voir Introduction, section B, Terminologie), la question est de savoir quel sera le rang de cette sûreté par rapport aux droits des réclamants concurrents. Peuvent figurer parmi ces derniers, entre autres, un autre créancier du constituant titulaire d'une sûreté sur le produit et un créancier du constituant qui a obtenu une sûreté judiciaire sur le produit.

147. Des biens constituant un produit pour un créancier garanti peuvent constituer des biens initialement grevés pour un autre créancier garanti. Par exemple, le créancier A peut détenir une sûreté sur l'ensemble des créances du constituant au titre de sa sûreté sur la totalité de ses stocks existants et futurs et sur le produit résultant de leur vente ou de leur disposition d'une autre manière, et le créancier B peut détenir une sûreté sur la totalité des créances existantes et futures du constituant en tant que biens initialement grevés. Si, par la suite, le constituant vend à crédit les stocks sur lesquels le créancier A détient une sûreté, les deux créanciers ont une sûreté sur la créance née de la vente: le créancier A sur la créance en tant que produit des stocks grevés et le créancier B sur la créance en tant que bien initialement grevé.

148. L'approche en matière de priorité adoptée dans les États qui reconnaissent une sûreté réelle mobilière sur le produit varie souvent en fonction de la nature des réclamants concurrents et du type de bien qui donne naissance au produit. Dans les conflits de priorité entre titulaires de sûretés concurrentes, les règles de priorité relatives au produit du bien initialement grevé peuvent se déduire de celles qui s'appliquent aux droits sur les biens initialement grevés. Par conséquent, la date à laquelle une sûreté réelle mobilière sur un bien grevé a été rendue opposable ou la date à laquelle un avis a été inscrit sur le registre général des sûretés serait également la date à laquelle une sûreté sur le produit de ce bien grevé serait devenue opposable ou aurait été inscrite, selon le cas.

149. En cas de concurrence entre les créanciers garantis détenant des sûretés réelles mobilières sur des biens en tant que produit et les créanciers garantis détenant des sûretés sur des biens en tant que biens initialement grevés, certains États font une distinction entre le produit sous forme de créances et le produit sous forme de biens meubles corporels (par exemple, des biens meubles corporels obtenus en échange). Ces États font habituellement aussi une distinction entre le produit résultant de la vente de stocks et le produit résultant de la vente de matériel. La règle générale est qu'un créancier garanti qui constitue une sûreté sur des créances nées de la vente de stocks en tant que biens initialement grevés aura la priorité sur un créancier qui revendique les créances en tant que produit, indépendamment de la date à laquelle leurs sûretés ont respectivement été rendues opposables.

150. D'autres États ne font aucune distinction en fonction de la forme du produit ou de la nature des biens. La règle veut que c'est la première sûreté ayant fait l'objet d'une inscription qui prime les sûretés d'un réclamant concurrent. Par exemple, si la date d'inscription d'une sûreté réelle mobilière sur des biens dont la vente génère le produit est antérieure à la date d'inscription d'une sûreté sur le produit en tant que bien initialement grevé, c'est la sûreté sur les biens donnant naissance au produit qui a la priorité. Inversement, si un avis de sûreté sur le produit en tant que bien initialement grevé a fait l'objet d'une inscription avant la sûreté du réclamant concurrent sur les biens donnant naissance au produit, c'est la sûreté du créancier sur le produit en tant que bien initialement grevé qui aura la priorité. Cette dernière approche est recommandée dans le Guide (voir recommandation 97).

151. Dans les cas où l'ordre de priorité de sûretés concurrentes sur le bien initialement grevé n'est pas déterminé par l'ordre de leur inscription sur le registre général des sûretés (par exemple lorsque les droits liés au financement d'une acquisition bénéficient d'un rang de priorité spécial), il faudra déterminer séparément la règle de priorité devant s'appliquer au produit (voir chapitre XI sur les droits liés au financement d'une acquisition, par. [...]; voir également recommandations 181 et 182 (approche unitaire) et 194 à 196 (approche non unitaire)).

B. Remarques sur des biens particuliers

152. Les conflits de priorité particuliers qui surviennent généralement dans le cas des biens meubles corporels ont été examinés ci-dessus. Le principe du "premier arrivé" est un point de départ utile pour établir les priorités.

153. Comme il a toutefois été indiqué, ce principe doit être adapté dans certaines situations. Certains aménagements concernent les autres créanciers garantis (par exemple, les sûretés réelles mobilières grevant des biens attachés, des masses ou des produits finis). D'autres aménagements concernent les réclamants concurrents qui ne sont pas des créanciers garantis (par exemple, les bénéficiaires d'un transfert, les preneurs à bail, les titulaires d'une licence ou les représentants de l'insolvabilité).

154. Outre ces aménagements dus à la diversité des obligations garanties et des réclamants concurrents, les régimes modernes en matière d'opérations garanties établissent également un certain nombre de règles de priorité spéciales qui s'appliquent uniquement à certains types de biens et qui sont le fait de l'utilisation

de méthodes particulières pour rendre l'opposabilité applicable à ces types de biens. La présente section examine les questions de priorité afférentes à ces types de biens.

1. Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable

155. De nombreux pays ont adopté des règles de priorité spéciales pour les sûretés réelles mobilières sur des instruments négociables, comme les chèques, les lettres de change ou les billets à ordre. Ces règles reflètent l'importance du concept de négociabilité dans ces États.

156. Comme on l'a vu ailleurs (voir chapitre V sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière), dans de nombreux États les sûretés réelles mobilières sur des instruments négociables peuvent être rendues opposables par inscription sur le registre général des sûretés ou par transfert de la possession de l'instrument (voir recommandation 37). Dans ces États, la sûreté rendue opposable par transfert de la possession prime souvent celle rendue opposable par inscription, indépendamment du moment où l'inscription intervient. Cette règle se justifie par le fait qu'elle résout le conflit de priorité en faveur de la préservation de la négociabilité des instruments dans tous les cas. Afin de maintenir la cohérence des lois régissant les instruments négociables (pour une règle d'interprétation concernant l'expression "loi régissant les instruments négociables", voir Introduction, sect. B, Terminologie), le Guide recommande d'adopter ce principe de priorité (voir recommandation 98).

157. Pour la même raison, la priorité est souvent accordée dans ces États à un acheteur ou à une autre personne à qui l'instrument est transféré (dans une opération contractuelle) si cette personne est considérée comme un porteur protégé par la loi régissant les instruments négociables. La priorité est également accordée à l'acheteur ou au bénéficiaire du transfert qui prend possession de l'instrument négociable et fournit une prestation de bonne foi sans savoir que le transfert est effectué en violation des droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté. À cet égard, il convient de noter que la connaissance de l'existence d'une sûreté de la part de la personne à qui l'instrument a été transféré ne signifie pas en soi que cette personne n'a pas agi de bonne foi. L'acheteur doit savoir que le transfert libre de sa sûreté est interdit en vertu de la convention constitutive de sûreté. Là aussi, le Guide adopte une règle de priorité qui suit les principes susmentionnés de la loi régissant les instruments négociables (voir recommandation 99).

2. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire

158. Un régime global pour les priorités règle généralement un certain nombre de conflits de priorité différents relatifs aux sûretés réelles mobilières sur les droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire (pour une définition du "compte bancaire", voir Introduction, section B, Terminologie). Certains États considèrent le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire simplement comme une créance. Dans ces États, aucune règle spéciale ne régit la constitution ou l'opposabilité des sûretés réelles mobilières sur le droit au paiement de fonds. Dans d'autres États, l'opposabilité peut également être assurée par prise de contrôle. Dans ces cas, les États doivent également déterminer les conséquences en termes de priorité du recours à cette méthode pour obtenir l'opposabilité (voir par. 39 et 40 plus haut). Plusieurs types de conflit de priorité peuvent survenir.

159. Un type de conflit de priorité concerne une sûreté réelle mobilière rendue opposable par prise de contrôle et une sûreté réelle mobilière rendue opposable par une autre méthode. Dans cette situation, les États ont adopté la position selon laquelle la priorité est accordée à la sûreté réelle mobilière rendue opposable par prise de contrôle. La raison en est que cela facilite les opérations financières qui font appel à des fonds crédités sur un compte bancaire et évite aux créanciers garantis de faire des recherches dans le registre général des sûretés. Cette position a également été adoptée dans le Guide (voir recommandation 100, première phrase).

160. Un deuxième type de conflit de priorité concerne deux sûretés dont chacune est rendue opposable par prise de contrôle. Dans ce cas, la logique, généralement adoptée dans les États qui reconnaissent les accords de contrôle, est d'accorder la priorité à la sûreté qui a été rendue opposable la première (c'est-à-dire dans l'ordre dans lequel les accords de sûretés respectifs ont été conclus). Ce conflit se produira rarement dans les faits car il est improbable qu'une banque dépositaire conclue sciemment plusieurs accords de contrôle portant sur le même compte bancaire en l'absence d'accord entre les deux créanciers garantis sur la manière dont la priorité sera déterminée. Néanmoins, le conflit peut théoriquement survenir, et la position adoptée dans le Guide est donc que le principe de priorité habituel du "premier arrivé" devrait s'appliquer dans ces situations (voir recommandation 100, deuxième phrase).

161. Un troisième type de conflit de priorité concerne la situation où l'un des créanciers garantis est la banque dépositaire elle-même. Dans ce cas, il existe un argument solide pour accorder la priorité à la banque dépositaire. Étant donné que cette dernière aura généralement gain de cause dans une telle situation en raison du droit à compensation dont elle jouit habituellement en vertu de la loi régissant les opérations non garanties (à moins d'avoir expressément renoncé à son droit), une règle de priorité qui avantage la banque permet dans ce cas de résoudre le conflit dans les limites du régime des opérations garanties sans avoir recours à une autre loi. Le Guide recommande d'adopter ce principe (voir recommandation 100, troisième phrase).

162. Les États qui adoptent la règle de priorité spéciale qui vient d'être indiquée ont seulement noté qu'ils prévoient souvent une exception pour le cas où le conflit de priorité se produit entre la banque dépositaire et un créancier garanti qui obtient le contrôle du compte bancaire en devenant client de la banque dépositaire. Dans ces cas, ils estiment généralement que la priorité devrait être accordée au client. Cette approche s'explique par le fait que, en acceptant le créancier garanti concurrent comme client, la banque dépositaire libère en général sa créance dans l'accord de dépôt conclu avec son client. En outre, elle perdrait souvent son droit à compensation dans cette situation; puisque le compte bancaire n'est pas au nom du constituant, il n'y aurait pas de réciprocité entre elle et lui et donc, aucun droit à compensation (voir recommandation 100, troisième phrase).

163. Un quatrième type de conflit concerne une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire et tout droit à compensation que la banque dépositaire peut détenir à l'encontre du constituant-client. Pour éviter de nuire à la relation entre la banque et son client, les règles de compensation donnent en général la priorité au droit à compensation de la banque dépositaire. Dans certains États, cette notion de priorité a été explicitement incorporée dans la

loi régissant les opérations garanties. C'est aussi la position qui est recommandée dans le Guide (voir recommandation 101).

164. Un cinquième type de conflit de priorité peut survenir entre une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire et les droits du bénéficiaire du transfert de fonds effectué par le constituant depuis ce compte bancaire. Le terme "transfert de fonds" recouvre divers transferts, y compris par chèque et par voie électronique. Dans ces situations, un argument de principe solide en faveur de la libre négociabilité des fonds milite pour une règle qui accorde la priorité au bénéficiaire du transfert pour autant qu'il ne sache pas que le transfert est effectué en violation des droits du créancier garanti découlant de la convention constitutive de sûreté. Si, en revanche, le bénéficiaire du transfert savait que le transfert était effectué en violation de la convention constitutive de sûreté, il prendrait les fonds grevés de la sûreté. C'est la recommandation qui a été adoptée dans le Guide, étant entendu qu'elle ne vise pas à porter atteinte aux droits des bénéficiaires d'un transfert de fonds crédités sur un compte bancaire en vertu de la loi autre que la loi sur les opérations garanties (voir recommandation 102).

3. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant des espèces

165. Afin de maximiser la négociabilité des espèces, de nombreux États permettent au bénéficiaire d'un transfert de prendre des espèces libres des droits d'autres personnes, y compris des titulaires de sûretés réelles mobilières grevant des espèces (pour la définition du terme "espèces", voir Introduction, section B, Terminologie). Pour ce qui est des bénéficiaires d'un transfert de fonds depuis un compte bancaire, la seule exception à cette règle de priorité concerne la situation où le bénéficiaire sait que le transfert d'espèces se fait en violation de la convention constitutive de sûreté conclue entre le titulaire du compte et la partie garantie (par exemple, si le bénéficiaire s'est entendu avec le titulaire du compte pour priver le créancier garanti de ses droits). Comme dans des situations similaires comportant le transfert de fonds depuis des comptes bancaires, la seule connaissance de l'existence de la sûreté n'empêcherait pas le bénéficiaire du transfert d'exercer ses droits. Là aussi, conformément à la pratique généralement acceptée en ce qui concerne les espèces, le Guide recommande d'adopter ce principe de priorité (voir recommandation 103).

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

166. La loi régissant les engagements de garantie indépendants se fonde essentiellement sur les pratiques des lettres de crédit et des garanties bancaires. Comme il a déjà été mentionné (voir chapitre V sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière), une sûreté réelle mobilière sur le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant est rendue opposable uniquement par prise de contrôle. La méthode classique de prise de contrôle étant l'obtention d'une acceptation, dans le cas où il y a plusieurs payeurs potentiels (par exemple, le garant/émetteur, le confirmateur et plusieurs personnes désignées), le contrôle peut uniquement être obtenu à l'égard de chaque garant/émetteur, confirmateur ou personne désignée qui a donné une acceptation. La règle de priorité se concentre donc normalement sur la personne qui est le payeur.

167. Normalement, dans la rare éventualité d'un conflit de priorité entre le titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur le droit de recevoir le produit d'un engagement de

garantie indépendant rendue opposable par prise de contrôle et le titulaire d'une sûreté réelle mobilière rendue opposable en raison du fait qu'elle garantit le paiement d'une créance, d'un instrument négociable ou d'un autre bien meuble incorporel, le premier primera (voir recommandations 48 et 104). Comme dans le cas des comptes bancaires, cette règle se fonde sur la nécessité de faciliter les opérations impliquant des engagements de garantie indépendants en dispensant les parties de la nécessité de faire des recherches dans le registre général des sûretés pour déterminer si la créance garantie par l'engagement indépendant est également grevée d'une sûreté, encourageant ainsi la confiance dans les engagements de garantie indépendants. Dans la pratique, ce type particulier de conflit de priorité est assez rare, car dans la plupart des cas le bénéficiaire d'une créance sera simultanément le bénéficiaire de l'engagement de garantie indépendant. En tout état de cause, conformément au principe général du "premier arrivé", entre deux sûretés rendues opposables par prise de contrôle au moyen de l'acceptation, la priorité est accordée à celle qui est acceptée en premier par le payeur. Cette règle spéciale se fonde essentiellement sur la pratique, en ce sens qu'elle est nécessaire pour maintenir les coûts des engagements de garantie indépendants à un niveau faible. Étant donné que ces derniers relèvent d'un domaine hautement spécialisé du droit commercial qui a été largement développé par la pratique, le Guide recommande que les règles de priorité respectent ces principes (voir recommandation 104).

5. Priorité d'une sûreté réelle mobilière grevant un document négociable ou des biens meubles corporels représentés par un document négociable

168. Les régimes modernes en matière d'opérations garanties ont généralement des règles qui traitent d'au moins deux conflits de priorité concernant des documents négociables, comme les récépissés d'entrepôt et les connaissements. Le premier est un conflit entre le détenteur d'une sûreté réelle mobilière grevant un document négociable ou les biens meubles corporels représentés par ce dernier et une personne à laquelle ce document a été dûment transmis. Afin de préserver la négociabilité conformément au droit des opérations non garanties, la plupart des États prévoient que la sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable et les biens meubles corporels représentés par ce dernier sont subordonnés à tout droit supérieur acquis par le bénéficiaire du transfert du document conformément à la loi régissant les documents négociables. Pour cette même raison, c'est la position recommandée dans le Guide (voir recommandation 105).

169. Le deuxième est un conflit entre le détenteur d'une sûreté sur les biens meubles corporels représentés par le document négociable qui découle d'une sûreté sur le document négociable et le détenteur d'une sûreté sur les biens meubles corporels résultant d'une autre opération (par exemple, la constitution d'une sûreté directement sur les biens). Ce type de conflit peut survenir soit lorsque la sûreté constituée directement sur les biens meubles corporels est devenue opposable alors que les biens étaient représentés par le document négociable, soit lorsqu'elle est devenue opposable avant que les biens ne soient représentés par un document négociable. Dans un cas comme dans l'autre, la priorité est habituellement accordée à la sûreté sur le document négociable. Cette règle de priorité encourage la confiance dans les documents négociables en tant que moyen commercial, en particulier en liaison avec les connaissements émis dans le cadre de ventes internationales. Cette position a donc été adoptée dans le Guide (voir recommandation 106).

170. Toutefois, une exception à cette règle est justifiée dans le cas particulier où le bien meuble corporel représenté par le document négociable est un bien autre que des stocks. Normalement, les créanciers s'attendent à ce que les stocks soient expédiés et à ce qu'un connaissement ou un récépissé d'entrepôt soit émis, et ils peuvent donc escompter que pendant une courte période les biens grevés directement par leur sûreté seront couverts par un connaissement ou un récépissé, ce qui n'est généralement pas le cas pour le matériel. Par conséquent, la règle donnant la priorité absolue à la sûreté par rapport aux documents négociables a moins d'importance dans ce cas et une exception peut se justifier. La règle ne s'applique donc pas si les biens meubles corporels sont des biens autres que des stocks et que la sûreté réelle mobilière directement constituée (à savoir, la sûreté du créancier garanti qui n'est pas en possession du document négociable) a été rendue opposable avant l'une des deux dates suivantes, la plus rapprochée étant retenue: a) celle à laquelle les biens sont devenus des biens représentés par le document négociable; et b) celle à laquelle le constituant de la sûreté et un créancier garanti en possession du document ont conclu un accord prévoyant que les biens seront représentés par un document négociable pour autant que les biens deviennent ainsi représentés dans un délai (par exemple de 30 jours) à compter de la date de l'accord. Dans ce cas particulier, la règle de priorité usuelle du "premier arrivé" s'appliquerait, et le premier créancier qui a rendu opposable sa sûreté sur les biens (directement ou en prenant une sûreté sur un document négociable représentant ces biens) aura la priorité. Cette exception offre une certaine protection aux titulaires de sûretés réelles mobilières sur des biens meubles corporels autres que des stocks lorsque le constituant, sans informer lesdits titulaires et sans leur autorisation, fait représenter ces biens par un document négociable. Pour ces raisons, le Guide recommande également de prévoir une telle exception (voir recommandation 106, deuxième phrase).

C. Recommandations

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que, le document A/CN.9/637 présentant l'ensemble des recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties, celles-ci ne sont pas reproduites ici. Une fois finalisées, elles figureront à la fin de chaque chapitre.*]

A/CN.9/637/Add.2 [Original: anglais]

Note du Secrétariat sur la terminologie et les recommandations du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa douzième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

VIII. Droits et obligations des parties 1-80

A. Remarques générales 1-68

1. Introduction 1-7

2. Autonomie des parties 8-15

a) Remarques générales 8-13

b) Sources des droits et des obligations des parties 14-15

3. Règles impératives sur les droits et obligations avant défaillance 16-39

a) Remarques générales 16-23

b) Obligation de conserver les biens grevés 24-31

c) Obligation de préserver la valeur des biens grevés 32-34

d) Obligation de restituer les biens grevés et de faire radier tout avis inscrit 35-39

4. Règles non impératives relatives aux droits et obligations avant défaillance . 40-46

5. Règles non impératives types régissant les droits et obligations avant défaillance 47-68

a) Remarques générales 47-49

b) Règles non impératives lorsque le créancier est en possession des biens grevés 50-58

c) Règles non impératives lorsque le constituant est en possession des biens grevés 59-65

d) Règles non impératives quelle que soit la personne en possession des biens grevés 66-68

B. Remarques sur des biens particuliers 69-80

C. Recommandations . . . . . .

VIII. Droits et obligations des parties

A. Remarques générales

1. Introduction

1. Comme pour toute autre convention, les questions qui ont trait à la formation, à l'interprétation, à l'effet, à l'inexécution et à la résolution d'une convention constitutive de sûreté sont soumises au droit général des contrats. En outre, du fait qu'une convention constitutive de sûreté exprime l'accord passé entre le constituant et le créancier garanti, elle est normalement soumise à des règles spéciales. Il s'ensuit qu'elle a habituellement effet entre les parties, même si elle n'est pas opposable aux tiers.

2. Le contenu d'une convention constitutive de sûreté varie selon les besoins et les souhaits des parties. En règle générale, ses clauses portent sur trois éléments principaux. Premièrement, la convention comporte un certain nombre de dispositions qui sont impératives pour la constitution d'une sûreté. Celles-ci concernent, par exemple, l'identification des biens grevés et de l'obligation garantie (pour la définition des termes "bien grevé" et "obligation garantie", voir Introduction, section B, Terminologie). Au chapitre IV (Constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties)), le Guide recommande que les conditions de forme pour l'établissement d'une convention produisant ses effets entre les parties soient réduites au minimum et faciles à satisfaire (voir recommandations 12 à 14).

3. Deuxièmement, la convention constitutive de sûreté comprend habituellement un certain nombre de dispositions précisant quels seront les droits et les obligations des parties une fois qu'elle aura pris effet entre celles-ci. Nombre de ces dispositions ont trait aux conséquences d'une défaillance du constituant ou d'un manquement par le créancier garanti à l'une de ses obligations. Souvent, les faits constitutifs d'une défaillance du constituant et les moyens dont dispose le créancier garanti pour faire exécuter les dispositions de la convention sont énumérés en détail. Les conséquences importantes que la réalisation peut avoir pour les droits des tiers ont généralement amené les États à énoncer de manière assez précise un ensemble de règles impératives régissant la défaillance et la réalisation (voir chapitre X (Réalisation)). Ces règles visent le plus souvent à protéger les droits des constituants et des tiers. Du fait de leur nature impérative, elles l'emportent nécessairement sur toutes les dispositions de la convention accordant au créancier des droits et moyens contraires, sauf à faire l'objet d'une renonciation de la part du constituant après la défaillance (voir recommandation 129) ou de la part du créancier garanti à un moment quelconque (voir recommandation 130). Si elles ne sont pas contraires à ces règles, en revanche, les dispositions de la convention régissent la relation entre les parties après défaillance.

4. Troisièmement, les conventions constitutives de sûreté comportent en général un certain nombre de dispositions destinées à régir certains aspects de la relation entre les parties après la constitution mais avant la défaillance. Pour que les opérations garanties soient efficaces et prévisibles, il faut souvent ajouter des clauses détaillées sur certains de leurs aspects. De nombreux États encouragent activement les parties à adapter les dispositions de leur convention à leurs propres

besoins. Cependant, comme dans le cas des droits et obligations après défaillance, ces mêmes États posent également diverses règles impératives relatives aux droits et obligations avant défaillance (en particulier lorsque les droits des tiers peuvent être affectés). Cela étant, afin d'offrir aux constituants et aux créanciers garantis un maximum de souplesse pour élaborer leur convention "sur mesure", ils limitent généralement ces règles impératives au minimum.

5. Si les États se refusent généralement à imposer un ensemble exhaustif de règles impératives régissant les droits et obligations avant défaillance, ils souhaitent toutefois offrir aux constituants et aux créanciers garantis des orientations sur la question. En effet, beaucoup d'entre eux adoptent un nombre plus ou moins important de règles non impératives (ou supplétives) qui s'appliquent sauf disposition contraire des parties dans leur convention constitutive de sûreté. Le présent chapitre ne traite pas l'ensemble des situations dans lesquelles les États pourraient, s'ils le souhaitent, élaborer de telles règles, mais propose plutôt une simple liste indicative et non exhaustive des règles supplétives avant défaillance que l'on rencontre fréquemment dans les législations nationales actuelles.

6. La discussion ci-après porte sur trois principaux points. Le premier, examiné dans la section A.2, concerne le principe de l'autonomie des parties et la mesure dans laquelle celles-ci devraient être libres de façonner les dispositions de leur convention (si l'on part du principe que cette dernière satisfait aux conditions de fond et de forme exigées pour la constitution d'une sûreté). Le deuxième, analysé à la section A.3, concerne les règles impératives qui devraient régir les droits et obligations des constituants et des créanciers garantis avant défaillance. Le troisième, qui fait l'objet des sections A.4 et A.5, concerne le type de règles non impératives qui pourraient figurer dans une législation moderne relative aux opérations garanties.

7. La section B du présent chapitre examine différentes règles impératives et non impératives concernant les droits et obligations avant défaillance pour certains types de biens et d'opérations. Enfin, la section C du chapitre présente une série de recommandations.

2. Autonomie des parties

a) Remarques générales

8. Au chapitre II (Champ d'application et autres règles générales), le Guide pose le principe de l'autonomie des parties qui est l'un des piliers de son approche fondamentale (voir recommandation 8). Dans la plupart des États, ce principe relève du droit général des contrats et s'applique à la loi sur les opérations garanties du simple fait qu'une convention constitutive de sûreté est un contrat. L'idée centrale est que, à moins qu'un État n'en dispose autrement, le créancier garanti et le constituant devraient être libres de façonner leur convention constitutive de sûreté comme ils l'entendent. Si l'autonomie des parties confère aux fournisseurs de crédit une grande latitude pour déterminer la teneur de la convention, l'idée ici est qu'en donnant la possibilité aux créanciers garantis et aux constituants de structurer leur opération et de répartir les droits et obligations avant défaillance de la manière la mieux adaptée à leurs objectifs, on permettra aux constituants de bénéficier d'un accès plus large au crédit garanti.

9. Le principe de l'autonomie des parties comporte deux dimensions distinctes lorsqu'il s'applique aux droits et obligations avant défaillance. La première concerne les États. Si ceux-ci devraient être libres d'adopter des règles impératives destinées à régir les aspects essentiels de la relation entre les parties, ces règles devraient être limitées en nombre et leur portée clairement précisée. La deuxième concerne les effets recherchés par le constituant et le créancier garanti dans leur convention. Toute disposition dérogeant aux règles non impératives ou les modifiant, ou traitant de questions non visées par les règles supplétives d'un État, n'oblige que les parties elles-mêmes et, sauf dans la mesure prévue par les principes généraux du droit des contrats, n'a aucune incidence sur les droits des tiers.

10. Les lois, qu'il s'agisse de celles sur les opérations garanties ou d'autres, limitent parfois l'autonomie des parties par des règles impératives. Ainsi, de nombreux États ont fortement réglementé les opérations de consommateurs, en limitant souvent strictement la possibilité pour les créanciers garantis et les constituants de concevoir leur propre régime de droits et d'obligations avant défaillance. Par exemple, une règle interdit aux créanciers garantis de restreindre le droit des consommateurs-constituants à vendre les biens grevés ou à en disposer. De même, de nombreux États limitent l'autonomie des parties lorsque des "biens de famille" ou des "acquêts" sont en jeu. Une règle, par exemple, interdit aux créanciers garantis de limiter l'utilisation que peuvent faire les constituants de ces "biens de famille" (voir recommandation 2, alinéa b)).

11. Outre ces règles impératives applicables à certains constituants et à certains biens, il est fréquent que les États imposent différentes règles impératives de nature plus générale. Ces règles figurent habituellement dans les lois créant le régime d'opérations garanties. Comme on l'a vu, elles ont trait le plus souvent à la défaillance et à la réalisation (par exemple, la règle de conduite dans le contexte de la réalisation ne peut faire l'objet d'une renonciation ni unilatérale ni par convention; voir recommandation 128). Certaines, cependant, concernent aussi les droits et obligations avant défaillance (par exemple, la partie en possession des biens grevés doit en prendre raisonnablement soin, les restituer et faire radier tout avis inscrit dès le complet paiement de l'obligation garantie; voir recommandation 107). Elles sont examinées à la section suivante du présent chapitre.

12. L'autonomie des parties étant le principe fondamental, le créancier garanti et le constituant énonceront généralement en détail, dans leur convention constitutive de sûreté, un certain nombre d'éléments structurant leur accord. Ils préciseront souvent au moins six points relatifs à leurs droits et obligations avant défaillance, à savoir:

a) Les biens qui seront grevés et les conditions dans lesquelles des biens non grevés à l'origine peuvent le devenir ultérieurement;

b) L'obligation qui sera garantie dans le cadre de la convention (ainsi que les obligations futures susceptibles d'être garanties);

c) Ce que le constituant peut et ne peut pas faire des biens grevés (notamment le droit de les utiliser, de les transformer, d'en percevoir les fruits et les recettes et d'en disposer);

d) Quand et comment le créancier peut prendre possession des biens grevés avant défaillance, ainsi que ses droits et obligations à l'égard des biens grevés en sa possession;

e) Un ensemble de déclarations, garanties et obligations du constituant; et

f) Les faits constitutifs de la défaillance (essentiellement celle du constituant, mais aussi celle du créancier garanti).

13. C'est dans ce contexte d'autonomie des parties et compte tenu de sa portée habituelle telle que définie dans la convention constitutive de sûreté que devraient être interprétées les différentes règles impératives et non impératives énoncées ci-après.

b) Source des droits et des obligations des parties

14. Comme on l'a vu, la plupart des règles impératives et non impératives relatives aux droits et obligations des parties avant défaillance ont trait à la manière dont les prérogatives et les devoirs attachés au droit de propriété sont répartis entre le constituant et le créancier garanti. Conformément au principe de l'autonomie des parties et sous réserve des limites éventuellement applicables (voir par. 9 à 11 ci-dessus), la plupart des États considèrent que ce sont les parties elles-mêmes qui devraient déterminer leurs droits et obligations réciproques avant défaillance. Il importe donc de déterminer la source de ces droits et obligations.

15. En principe, ces droits et obligations sont déterminés par les conditions particulières que les parties ont prévues dans leur convention, y compris toutes conditions générales incorporées par référence. En outre, la législation nationale de la plupart des États prévoit que, puisque la convention constitutive de sûreté peut se fonder sur une relation continue entre les parties qui est courante dans un secteur ou un domaine précis, celles-ci devraient être liées par les usages auxquels elles ont consenti. Enfin, à moins d'en décider autrement, les parties devraient dans l'exécution de leur convention être liées par toutes les habitudes qui se sont établies entre elles. Le Guide part de l'idée que la convention entre les parties constitue la source première de leurs droits et obligations réciproques, à quoi s'ajoutent les usages auxquels elles ont consenti et, en l'absence d'accord contraire, leurs propres habitudes (voir recommandation 106).

3. Règles impératives sur les droits et obligations avant défaillance

a) Remarques générales

16. On trouve des règles impératives relatives aux droits et obligations des parties avant défaillance aussi bien dans les lois sur les opérations garanties que dans d'autres lois. Ces règles relèvent en général de trois grandes catégories. La première, qui figure habituellement dans les législations sur la protection des consommateurs ou sur les biens de famille, est d'une portée et d'une application très particulières. Le Guide reconnaît l'importance que les États peuvent attacher à ces questions (voir recommandation 2, alinéa b)). Cependant, afin de tirer le meilleur parti, sur le plan économique, du régime des opérations garanties, ils devraient préciser clairement la portée de ces limites à la liberté des parties d'adapter les droits et obligations avant défaillance à leurs besoins et à leurs souhaits.

17. La deuxième catégorie de règles porte sur les éléments de fond que les parties peuvent inclure dans leur convention. Ces règles sont généralement conçues comme des limites générales aux droits des créanciers garantis et s'appliquent que le constituant soit un consommateur ou une entreprise. Elles peuvent varier énormément d'un État à l'autre. Par exemple, dans le contexte de l'insolvabilité, certains États réservent aux créanciers chirographaires un traitement spécial généralement assez restreint. D'autres États ne permettent pas aux créanciers de limiter le droit d'un constituant à utiliser ou à transformer les biens grevés si l'utilisation ou la transformation est conforme à la nature et à la destination des biens. D'autres encore ne permettent pas à un créancier garanti d'utiliser les fruits et recettes générés par les biens grevés en sa possession ni de les affecter au paiement de l'obligation garantie.

18. En raison de l'importance qu'il attache au principe de l'autonomie des parties, le Guide estime que les États ne devraient généralement pas adopter de règles impératives sur la relation avant défaillance restreignant le nombre ou la nature des obligations que les créanciers garantis et les constituants peuvent exiger les uns des autres. Cependant, les préoccupations évoquées plus haut sont souvent fondées et, selon la nature particulière de leur économie ou de l'entreprise commerciale qui octroie la sûreté réelle mobilière, les États peuvent ressentir le besoin de réglementer cette relation de manière plus stricte. Dans ce cas, ces règles impératives devraient toutefois: a) être formulées de façon claire; b) être rédigées en termes précis et restrictifs et non généraux; et c), comme les règles analogues relatives à la relation après défaillance, reposer sur des motifs d'ordre public reconnus tels que la bonne foi, la loyauté commerciale et le comportement "commercialement raisonnable" (voir recommandations 127 et 128).

19. Une troisième catégorie de règles impératives avant défaillance vise à empêcher que les objectifs fondamentaux du régime d'opérations garanties soient détournés. Les États mettent généralement en place des règles impératives de ce type pour imposer des obligations minimums à la partie qui est en possession ou a le contrôle des biens grevés. Par exemple, l'objet de la sûreté étant de fournir au créancier, en cas de défaillance, le droit prioritaire au paiement de la somme d'argent générée par la vente des biens grevés, il serait conforme à cet objectif que le constituant soit tenu de ne pas dilapider les biens ou d'éviter toute détérioration des biens autre que celle liée à une utilisation normale, afin d'en préserver la valeur économique dans l'intérêt du créancier garanti.

20. Les règles imposant au constituant et, lorsqu'il est en possession des biens grevés, au créancier garanti, l'obligation de prendre raisonnablement soin de ces biens, et plus généralement les règles destinées à conserver les biens grevés, visent à inciter les parties à une convention constitutive de sûreté à se conduire de manière responsable. Ce type de règles n'a cependant pas le même impact que les règles de protection du consommateur ou les règles impératives énonçant les éléments de fond d'une convention constitutive de sûreté. Ces dernières doivent être respectées pour que la sûreté elle-même soit créée et ne peuvent être écartées ni au moment de la négociation de la convention ni ultérieurement.

21. De la même manière, les parties ne peuvent déroger par convention aux règles impératives fixant leurs droits et obligations généraux avant défaillance. Les États ne leur permettent habituellement pas, par exemple, d'écarter par contrat leur obligation de prendre raisonnablement soin des biens grevés. Cela ne les empêche

pas toujours, cependant, de renoncer à se prévaloir d'un manquement à cette obligation une fois le manquement survenu. De nombreux États prévoient que le créancier garanti peut ultérieurement libérer le constituant de ses obligations avant défaillance (y compris celles imposées par des règles impératives) ou renoncer à se prévaloir de tout manquement de sa part. En revanche, compte tenu du rapport de forces habituel entre les parties, nombre de ces mêmes États estiment que le constituant ne devrait pas être autorisé à libérer le créancier garanti des obligations, avant défaillance, qui lui seraient imposées par des règles impératives.

22. Les règles impératives sur la relation avant défaillance recommandées dans le Guide visent des objectifs généraux qui sont conformes à ce qui a été défini comme étant les principes essentiels d'un régime efficace d'opérations garanties (voir recommandation 1). Elles fixent des droits et obligations avant défaillance qui a) encouragent les parties en possession des biens grevés à les conserver; et b) garantissent qu'une fois l'obligation payée, le constituant recouvrera l'utilisation et la jouissance pleines et entières des biens précédemment grevés.

23. Le chapitre XI (Financement des acquisitions) du Guide envisage que certains États puissent choisir de conserver la réserve de propriété et le crédit-bail en tant que techniques indépendantes de financement d'acquisitions. Le vendeur ou le bailleur bénéficie alors non pas d'une sûreté réelle mobilière, mais plutôt d'un droit de revendiquer la propriété du bien, jusqu'au paiement complet du prix d'achat dans le cas d'une vente et pendant toute la durée de l'opération dans le cas d'un crédit-bail (pour la définition des termes "sûreté réelle mobilière", "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition", "droit de réserve de propriété" et "droit de crédit-bail", voir Introduction, section B, Terminologie). Pour cette raison, même si les objectifs économiques fondamentaux de ces opérations sont identiques à ceux d'une sûreté réelle mobilière ordinaire en garantie du paiement d'une acquisition, les règles impératives relatives aux droits et obligations des parties avant défaillance (le vendeur qui reste propriétaire et l'acheteur qui est en possession du bien mais n'a qu'un droit de propriété éventuel ou le bailleur qui est propriétaire et le preneur à bail qui n'a qu'un droit de possession et d'usage) devront être formulées de manière légèrement différente. Ces adaptations nécessaires sont examinées au chapitre XI, section A.8.

b) Obligation de conserver les biens grevés

24. Le bien grevé est l'un des principaux éléments assurant au créancier le remboursement de l'obligation garantie. C'est aussi un bien que le constituant espère et souhaite normalement continuer d'utiliser librement une fois le prêt ou le crédit remboursé. Ils ont donc l'un comme l'autre intérêt à le conserver.

25. Le plus souvent, la personne qui est en possession du bien grevé sera la mieux placée pour en assurer la conservation. Cela explique pourquoi les États font normalement peser sur elle l'obligation de prendre raisonnablement soin du bien. Ce n'est qu'exceptionnellement, et presque toujours dans le cas de biens meubles incorporels, qu'une personne n'ayant pas la possession symbolique du bien grevé pourrait être la mieux placée pour en prendre soin. L'objectif étant de répartir équitablement l'obligation de prendre soin des biens grevés et d'inciter les parties à les préserver, il importe peu que ces biens soient en la possession du constituant ou du créancier garanti. Le devoir impératif incombant à la personne en possession des biens devrait être identique dans les deux cas.

26. La teneur précise de cette obligation peut varier considérablement selon la nature du bien grevé. Dans le cas de biens meubles corporels, la partie en leur possession est avant tout tenue à leur conservation matérielle (pour la définition des termes “biens meubles corporels” et “biens meubles incorporels”, voir Introduction, section B, Terminologie). Lorsqu’il s’agit de biens meubles corporels inanimés, elle serait tenue en particulier de les maintenir en bon état et de ne pas les utiliser dans un but différent de leur usage normal compte tenu des circonstances. Par exemple, si le bien grevé est une machine, la partie qui est en sa possession et l’utilise ne doit pas la laisser dehors sous la pluie et doit également en assurer l’entretien régulier. Ou encore, si une sûreté est prise, par exemple, sur un véhicule destiné au transport de passagers, la personne qui se trouve en sa possession et qui est autorisée à l’utiliser ne peut s’en servir comme camionnette à des fins commerciales.

27. Lorsque les biens grevés sont des stocks, l’obligation de conservation pourrait exiger d’autres mesures, plus contraignantes, de la part de la personne en leur possession. À la différence du matériel, les stocks sont souvent exposés et plus faciles à voler. De ce fait, le constituant (la partie la plus susceptible d’en avoir la possession) doit fournir une garantie suffisante contre le “coulage” des stocks et les exposer convenablement pour éviter la casse ou les stocker de manière à prévenir toute détérioration. Par exemple, s’il s’agit de matériel électronique coûteux, ou de verrerie particulièrement fragile, il pourrait être nécessaire de les conserver dans des caisses fermées à clef; et s’il s’agit de denrées alimentaires périssables, la personne en leur possession devrait les stocker dans des locaux réfrigérés.

28. Dans le cas de biens meubles corporels vivants comme des animaux, l’obligation devrait être la même. Il ne suffit pas de maintenir l’animal en vie. La personne en possession doit veiller à ce qu’il soit bien nourri et maintenu en bonne santé (par exemple à ce qu’il reçoive des soins vétérinaires adéquats). Lorsque l’animal nécessite un entretien particulier pour le maintenir en bonne condition (par exemple un exercice adapté pour un cheval de course, une traite régulière pour une vache), l’obligation de soin comprend aussi cet entretien. Enfin, comme pour le matériel, l’animal ne peut pas non plus être utilisé dans un but anormal. Ainsi, on ne saurait utiliser un taureau primé dont la valeur repose dans le prix des saillies comme bête de somme.

29. Si le bien grevé est un droit au paiement d’une somme d’argent représenté par un instrument négociable, l’obligation de soin comprendra indiscutablement la conservation matérielle de l’instrument. En pareil cas, cependant, elle consistera en outre à prendre les mesures nécessaires pour maintenir ou préserver les droits du constituant à l’encontre des signataires antérieurs liés par l’instrument (par exemple présenter l’instrument, faire dresser protêt, si la loi l’exige, et notifier le refus). Il peut également incomber à la personne en possession d’un instrument négociable d’éviter que le constituant ne perde ses droits à l’encontre des signataires antérieurs en prenant certaines mesures contre les personnes tenues au paiement à titre subsidiaire (par exemple les garants). Lorsque le bien corporel est un document négociable, là encore, la personne en possession doit le conserver matériellement. De plus, si celui-ci est limité dans le temps, elle doit le présenter avant sa date d’expiration pour demander la remise matérielle des biens qu’il représente.

30. Lorsque le bien grevé est incorporel, il est plus difficile de définir l’obligation de soin raisonnable par rapport à la personne en possession du bien. Souvent, le bien en question est un simple droit contractuel à recevoir un paiement. Le caractère de

l'obligation de conservation en pareil cas est examiné plus loin à la section B. Lorsque le bien grevé est un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, un bien de propriété intellectuelle ou le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant, les États prévoient généralement les droits et obligations respectifs des parties à l'opération dans une législation spéciale régissant ce type de biens particulier.

31. Lorsqu'ils déterminent l'étendue de l'obligation de conservation qui incombe à la personne en possession des biens grevés, les États font une analyse coût-avantages pour en dégager la meilleure manière de garantir une répartition équitable de cette obligation. Le problème principal est d'éviter de faire peser une charge excessive sur la personne en possession des biens, en particulier lorsqu'il s'agit du créancier garanti et non du constituant. Compte tenu de ce qui précède, le Guide recommande aux États d'adopter une règle impérative générale sur la relation avant défaillance imposant aux parties en possession des biens grevés l'obligation d'en prendre raisonnablement soin pour les conserver (voir recommandation 107).

c) Obligation de préserver la valeur des biens grevés

32. Dans de nombreux cas, la conservation matérielle du bien grevé suffit pour en préserver la valeur. Parfois, toutefois, des mesures supplémentaires sont nécessaires. Le cas particulier des biens meubles incorporels est examiné ci-dessous dans la section A.5. S'agissant des biens meubles corporels, les États font habituellement une distinction entre les obligations du constituant et celles du créancier garanti. Étant donné que le bien grevé représente pour le second une garantie de paiement, le premier est parfois tenu d'accomplir des actes, non seulement pour le conserver matériellement, mais aussi pour en préserver la valeur. Le constituant pourrait, par exemple, être tenu d'installer des mises à jour de logiciel ou de restituer du matériel à un fournisseur pour réparation dans le cadre d'une procédure de rappel. Là encore, pour déterminer l'étendue de cette obligation du constituant, les États doivent en peser les avantages et les contraintes.

33. Les États n'imposent que rarement aux créanciers garantis d'obligation de préservation de la valeur des biens grevés au motif que, si les créanciers garantis doivent assumer la lourde obligation de surveiller de près le bien grevé, ce dernier perdra tout simplement sa valeur de garantie au détriment du constituant. Par exemple, les créanciers garantis ne devraient pas être tenus de prendre de mesures pour maintenir la valeur marchande d'une marque, ni de procéder à une analyse des investissements pour préserver la valeur d'un portefeuille d'actions. En tout état de cause, il est toujours dans l'intérêt du constituant que le bien grevé conserve sa valeur et, de ce fait, les parties prévoient normalement la possibilité pour celui-ci d'indiquer au créancier garanti en possession du bien les mesures à prendre pour en préserver la valeur dans de tels cas. En règle générale, toute somme dépensée à cette fin est soit payée à l'avance par le constituant soit ajoutée à l'opération garantie.

34. Du fait que les parties prévoient normalement dans leur convention constitutive de sûreté des obligations supplémentaires visant à préserver la valeur des biens grevés, les États n'adoptent pas en général de règle impérative imposant directement une telle obligation aux constituants ou aux créanciers garantis. Conformément à cette tendance générale, le Guide ne recommande pas aux États d'adopter de règle impérative sur la relation avant défaillance obligeant les parties en possession des biens grevés à en préserver la valeur avant défaillance.

d) Obligation de restituer les biens grevés et de faire radier tout avis inscrit

35. L'objectif central d'une sûreté est d'accroître les chances d'exécution de l'obligation garantie, soit du fait que le constituant sera incité à rembourser cette obligation, soit du fait que la valeur du bien grevé sera affectée à son paiement. Une sûreté n'est ni un moyen d'obtenir du constituant un excédent de valeur ni un transfert déguisé du bien grevé au créancier. Dès que l'obligation garantie a été satisfaite juridiquement, la sûreté prend fin et le constituant a le droit de reprendre possession et de jouir pleinement de la propriété du bien libre de toute sûreté. Pour donner effet à ce droit, la plupart des États adoptent des règles impératives régissant les obligations du créancier garanti une fois que l'obligation garantie a été remboursée en totalité et qu'il a été mis fin à l'ensemble des engagements de crédit. Ces obligations sont de deux types: certaines concernent la restitution au constituant des biens grevés dans le cas où le créancier garanti était en possession desdits biens au moment de l'exécution de l'obligation garantie, d'autres visent les mesures à prendre pour permettre au constituant de jouir de ses droits sur ces biens en levant tous les obstacles découlant de l'existence antérieure de la sûreté.

36. Le Guide envisage la possibilité que les créanciers garantis rendent leurs droits opposables, dans la plupart des cas, en prenant possession du bien grevé (voir recommandation 36). En outre, même si la sûreté est rendue opposable par inscription et non par prise de possession, les constituants peuvent néanmoins, compte tenu du principe de l'autonomie des parties, consentir à ce que les créanciers garantis prennent possession des biens. Ce consentement peut être donné soit au moment de la constitution de la sûreté soit ultérieurement. Dans le second cas, il n'est même pas nécessaire que le constituant contrevienne à la convention constitutive de sûreté. Quelle que soit son origine, la possession du créancier garanti est fondée sur la convention entre les parties et est liée aux objectifs de celle-ci.

37. L'objectif d'une sûreté étant de garantir l'exécution d'une obligation, le constituant devrait pouvoir, une fois cette obligation exécutée, recouvrer soit la possession des biens grevés, soit l'accès sans restriction à ces biens, soit les deux, d'où l'obligation formelle faite par de nombreux États au créancier garanti de lui restituer les biens dès le complet paiement de l'obligation garantie et la fin de tous les engagements de crédit. Dans ces États, il incombe au créancier de remettre les biens et non au constituant de les réclamer ou les reprendre. Dans d'autres États, le créancier n'est pas tenu de les remettre, mais doit uniquement permettre au constituant de les réclamer. Lorsqu'un tiers, du fait de la création de la sûreté, détient pour le compte du créancier garanti des biens meubles corporels qu'il possédait initialement pour le compte du constituant, de nombreux États exigent que le créancier indique à ce tiers que l'obligation garantie a été payée et que la possession se fait de nouveau pour le compte exclusif du constituant. De nombreux États prévoient une obligation analogue lorsque le créancier garanti a conclu un accord de contrôle (pour la définition du terme "contrôle", voir Introduction, Section B, Terminologie) avec une institution de dépôt. Ils exigent généralement que le créancier informe expressément le dépositaire que l'accord de contrôle n'a plus d'effet. Ces différentes exigences ont toutes pour but de permettre au constituant d'exiger effectivement son droit d'utiliser librement les biens grevés une fois que l'obligation garantie a été payée en totalité et qu'il a été mis fin à l'ensemble des engagements de crédit.

38. Certains États considèrent que le créancier doit également accomplir certains actes pour que le constituant soit placé dans la même position que celle qu'il occupait avant la constitution de la sûreté. Dans le cas de biens meubles incorporels, il serait tenu d'aviser tout tiers débiteur (par exemple le débiteur d'une créance) que l'obligation garantie a été payée en totalité et que le constituant est de nouveau fondé à recevoir paiement de l'obligation. De manière plus générale, certains États font obligation aux créanciers garantis de libérer les biens grevés et, dans les cas où la sûreté a été rendue opposable par inscription d'un avis sur un registre, de prendre des mesures pour supprimer les effets attachés à l'inscription. Ainsi, par exemple, lorsque les inscriptions ne sont pas automatiquement supprimées d'un registre à l'expiration d'une période relativement courte, de nombreux États imposent aux créanciers de demander leur radiation. De même, lorsque la sûreté a fait l'objet d'une annotation sur un certificat de propriété, certains États font obligation au créancier garanti de faire le nécessaire pour que cette annotation soit retirée du certificat. Le point commun à ces différentes exigences est que le créancier garanti doit prendre des mesures pour supprimer toute preuve formelle de son droit antérieur qui risquerait de laisser croire à des tiers que sa sûreté pourrait encore grever les biens du constituant.

39. La règle impérative que le Guide recommande d'adopter pour régir la relation entre les parties après paiement de l'obligation garantie reflète dans une large mesure les considérations susmentionnées. Son objectif premier est d'assurer que le constituant recouvre l'usage et la jouissance complets des biens précédemment grevés et puisse effectivement les utiliser dans des opérations avec des tiers libre de tout obstacle découlant de la sûreté qui n'existe plus (voir recommandations 68 et 108).

4. Règles non impératives relatives aux droits et obligations avant défaillance

40. Outre différentes règles impératives régissant les droits et obligations des parties avant défaillance, la plupart des États ont établi un ensemble de règles non impératives plus ou moins nombreuses sur d'autres questions se posant avant la défaillance. Ces règles qui sont applicables "sauf convention contraire des parties" sont appelées différemment d'un État à l'autre (par exemple *jus dispositivum*, lois supplétives, *normas supletorias*, règles supplétives, règles par défaut). Elles ont toutefois une particularité commune: elles ont vocation à s'appliquer automatiquement, en tant que clauses supplémentaires de la convention constitutive de sûreté, sauf s'il est avéré que les parties avaient l'intention de les écarter ou de les modifier.

41. Différents motifs sont invoqués pour justifier ces règles non impératives. Certains États les utilisent pour protéger la partie la plus faible, en partant du principe que la partie la plus forte s'en servirait comme référence si elle cherchait à négocier une disposition contractuelle différente. D'autres les considèrent comme des règles qui reflètent simplement les conditions d'une convention que les parties auraient elles-mêmes négociées si leur attention s'était portée sur ces points particuliers. Dans le Guide, on estime que ces règles non impératives se justifient véritablement par le fait qu'elles peuvent être utilisées pour promouvoir des objectifs généraux conformes à la logique d'un régime d'opérations garanties. Il n'est pas difficile de trouver des exemples de règles non impératives fondées sur ce motif. Dans de nombreux États, la loi dispose que, sauf convention contraire des

parties, le constituant déposera toute somme obtenue d'une assurance en raison de la perte ou de l'endommagement du bien grevé sur un compte de dépôt contrôlé par le créancier garanti, ou que, toujours à moins d'une convention contraire entre les parties, les recettes générées par le bien grevé peuvent être conservées par le créancier garanti pendant la durée de la convention constitutive de sûreté, à titre de biens grevés supplémentaires, de manière à être affectées, en cas de défaillance, au paiement de l'obligation garantie. Compte tenu de cet objectif général, il y a au moins quatre raisons pour lesquelles les États pourraient choisir de mettre en place un ensemble de règles non impératives.

42. Premièrement, en répartissant les droits et les obligations entre le créancier garanti et le constituant de la manière dont ils auraient eux-mêmes vraisemblablement convenu, et compte tenu des objectifs fondamentaux d'un régime d'opérations garanties, un ensemble de règles non impératives contribue à réduire le coût des opérations, car il évite aux parties d'avoir à négocier et à rédiger de nouvelles dispositions dans la mesure où il apporte déjà une solution satisfaisante. Les règles non impératives jouent ici un rôle de clauses tacites ou supplétives (c'est-à-dire applicables en l'absence de convention contraire) qui, à moins qu'une intention différente n'ait été exprimée dans la convention constitutive de sûreté, sont réputées en faire partie intégrante. Un exemple de clause tacite serait la règle permettant à un créancier garanti en possession du bien grevé d'obtenir toutes les recettes qu'il génère et de les affecter directement au paiement de l'obligation garantie.

43. Deuxièmement, même les parties les plus avisées et les plus expérimentées n'ont pas une connaissance infaillible de l'avenir. Quel que soit le soin qu'elles aient mis à rédiger leur convention, des imprévus se produiront. Pour parer à la nécessité d'une décision judiciaire ou arbitrale destinée à combler ces lacunes lorsqu'elles se présentent et à réduire le nombre de litiges potentiels, les États prévoient généralement des règles d'interprétation. Ces règles de base, non impératives, renvoient les parties à d'autres principes juridiques plus généraux auxquels il peut être fait appel pour résoudre les problèmes imprévus. Un exemple de règle de ce type prévoit que le constituant reste titulaire du droit principal (qu'il s'agisse du droit de propriété, d'un droit réel moindre ou d'un droit personnel) sur lequel la sûreté a été prise. Ainsi, pour faire face à n'importe quel événement imprévu, les parties peuvent commencer par se référer au principe selon lequel l'exercice de tout droit n'ayant pas expressément été attribué au créancier garanti reste réservé au constituant.

44. Troisièmement, le fait de prévoir dans la loi un ensemble relativement complet de droits et d'obligations des parties avant défaillance accroît l'efficacité et la prévisibilité en attirant l'attention des parties sur les points qu'elles devraient examiner lors de la négociation de leur convention. Un ensemble de règles supplétives qu'elles peuvent choisir d'écarter peut servir d'outil d'aide à la rédaction en leur fournissant une liste récapitulative de questions qu'elles souhaiteront peut-être aborder au moment de la finalisation de la convention. Même lorsqu'elles décident de modifier ces règles non impératives afin de mieux réaliser leurs objectifs, le fait de les avoir prises en considération garantit que ces questions ont été examinées et n'ont pas été oubliées par inadvertance.

45. Enfin, les règles non impératives permettent au principe de l'autonomie des parties de fonctionner de manière très efficace. Cet avantage est particulièrement

évident dans les opérations à long terme dans lesquelles les parties ne peuvent anticiper toutes les éventualités. Ces règles permettent une plus grande souplesse et réduisent les coûts d'exécution. En considérant la convention comme complète en elle-même, par exemple, et en imposant aux parties de formaliser toutes les modifications qu'elles y apporteront par la suite, on ne fait qu'accroître le coût de l'opération pour le constituant. Puisqu'il s'agit de règles non impératives, les parties peuvent toujours les écarter par une clause contractuelle expresse, prévoyant par exemple qu'un document écrit contient l'ensemble de la convention des parties et que les modifications orales sont interdites.

46. Les avantages de laisser les parties définir leur relation à l'aide d'un ensemble de règles non impératives sont largement reconnus par de nombreux systèmes juridiques internes (voir par exemple les articles 2736 à 2742 du Code Civil du Québec (Canada) et les articles 9-207 à 9-210 du Code de commerce uniforme des États-Unis), par les organisations proposant des lois types régionales (par exemple l'article 15 de la Loi modèle sur les sûretés (Model Law on Secured Transactions) de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) et l'article 33 de la Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières de l'Organisation des États américains (OEA)) et par les conventions internationales relatives à la vente internationale (par exemple l'article 6 de la Convention des Nations Unies sur les ventes)[1] ou à certains aspects des opérations garanties sur les biens meubles (par exemple l'article 11, paragraphe 1, de la Convention des Nations Unies sur la cession et l'article 15 de la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles de l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit)).

5. Règles non impératives types régissant les droits et obligations avant défaillance

a) Remarques générales

47. Le présent chapitre ne traite pas de toutes les situations dans lesquelles les États pourraient souhaiter élaborer des règles non impératives. Il n'aborde pas, par exemple, la question des règles non impératives qui pourraient être mises en place concernant des clauses additionnelles à celles qui sont exigées pour que la sûreté existe (par exemple, les éléments pouvant figurer dans la convention constitutive et qui s'ajouterait au minimum nécessaire à la constitution). Ces règles remplissent une fonction différente, et leur opportunité, leur portée et leur teneur relèveraient donc de considérations de principe différentes. Pour la même raison, ce chapitre n'aborde pas non plus la question des règles non impératives destinées à régir les droits et obligations des parties après défaillance. Celles-ci sont examinées au chapitre X (Réalisation).

48. Les règles non impératives examinées dans la présente section sont celles qui portent sur les droits et obligations des parties avant défaillance. Étant donné qu'elles reflètent généralement les besoins, les pratiques et les politiques respectifs des États, leur configuration varie énormément. Un certain nombre d'entre elles sont cependant communes à de nombreuses législations nationales actuelles et entrent généralement dans deux grandes catégories; celles qui viennent compléter les règles impératives relatives aux droits et obligations des créanciers garantis en possession

[1] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.12.

des biens grevés et celles qui énoncent les droits conservés par le constituant indépendamment de savoir qui est en possession de ces biens.

49. Comme les règles impératives, ces règles non impératives visent à inciter ceux qui ont le contrôle et la garde des biens grevés à se comporter de manière responsable. Les États les organisent donc le plus souvent selon que les biens grevés sont en la possession du créancier garanti ou du constituant. Toutefois, certaines règles non impératives ont vocation à s'appliquer que ce soit le créancier ou le constituant qui ait la possession des biens grevés. Ces trois possibilités sont envisagées ci-après.

b) Règles non impératives lorsque le créancier est en possession des biens grevés

50. Comme on l'a vu plus haut, la plupart des États ont adopté des règles impératives imposant aux créanciers garantis en possession des biens grevés d'en prendre raisonnablement soin, de les conserver et de les entretenir. Généralement, lorsque le créancier garanti a le droit d'utiliser les biens grevés, il est également tenu de faire effectuer toutes les réparations nécessaires pour les maintenir en bon état. La teneur essentielle de ces règles impératives a déjà été expliquée. En outre, certains États adoptent un ensemble de règles non impératives imposant aux créanciers d'autres obligations de soin, en particulier lorsque les biens grevés génèrent des fruits civils et naturels ou d'autres sortes de revenus. Les paragraphes ci-après portent sur les règles non impératives de ce type les plus fréquentes.

51. S'agissant de l'obligation fondamentale de soin et de conservation, de nombreux États imposent expressément au créancier garanti de veiller à ce que les biens meubles corporels grevés restent clairement identifiables. S'il s'agit de biens fongibles mélangés à d'autres biens de même nature, cette obligation devient une obligation de conserver une quantité suffisante de biens de même qualité que ceux initialement grevés. De plus, lorsque l'entretien nécessite des mesures dépassant les capacités mêmes du créancier, les États lui imposent souvent d'en aviser le constituant et permettent à celui-ci, si nécessaire, de reprendre temporairement possession des biens pour les réparer, en prendre soin ou les conserver, ou encore en préserver la valeur.

52. Lorsque le bien grevé est un instrument représentant le droit du constituant au paiement d'une somme d'argent, l'obligation de soin incombant au créancier garanti ne se limite pas toujours à la conservation matérielle de l'instrument. De nombreux États imposent au créancier garanti en possession d'un instrument négociable d'éviter que le constituant ne perde ses droits à l'encontre des signataires antérieurs en prenant certaines mesures contre les personnes tenues au paiement à titre subsidiaire (par exemple les garants). Ces États prévoient en outre souvent que soit le constituant soit le créancier garanti peut demander par voie judiciaire l'exécution de l'obligation de paiement.

53. Une règle non impérative corollaire de l'obligation du créancier garanti de prendre soin du bien grevé consiste à lui permettre d'être remboursé des dépenses raisonnables exposées pour conserver le bien et de faire ajouter ces dépenses à l'obligation garantie. De nombreux États lui permettent également d'utiliser ou d'exploiter raisonnablement le bien grevé (voir recommandation 109, alinéa b)). En contrepartie, le créancier garanti doit permettre au constituant d'inspecter le bien grevé à tout moment raisonnable et sera tenu de verser des dommages-intérêts pour

toute détérioration du bien autre que celle liée à un usage normal (recommandation 109, alinéa c)).

54. Le créancier garanti étant en possession du bien grevé, il sera le plus souvent le mieux placé pour en percevoir le produit monétaire (recettes ou fruits civils) ou non monétaire (fruits naturels, qui sont aussi inclus dans la définition du terme "produit", voir Introduction, section B, Terminologie). Pour cette raison, il est fréquent que les États adoptent une règle non impérative selon laquelle le produit monétaire et le produit non monétaire sont recouvrés par le créancier garanti en possession du bien. Le constituant étant normalement en mesure de retirer le meilleur prix des fruits naturels du bien grevé (par exemple du lait d'un troupeau de vaches, des œufs d'un poulailler, de la laine d'un troupeau de moutons), les États prévoient habituellement que, dans les rares cas où le créancier garanti prend possession d'animaux vivants, il doit remettre au constituant les fruits afin que ce dernier puisse en disposer. Lorsque les fruits découlent d'une augmentation naturelle du nombre d'animaux, une règle non impérative fréquente veut que les progénitures soient automatiquement grevées de la sûreté et détenues par le créancier dans les mêmes conditions que leurs parents.

55. Lorsque le produit est monétaire, il n'est souvent guère logique d'obliger le créancier, après l'avoir perçu, à le remettre au constituant. La règle non impérative habituelle est que le créancier garanti peut soit affecter le produit en espèces au remboursement de l'obligation garantie, soit le conserver sur un compte distinct à titre de sûreté supplémentaire. Ce principe s'applique que l'argent reçu soit des intérêts, un mélange d'intérêts et de capital, ou un dividende en actions. Certains États donnent même au créancier le choix entre vendre les actions supplémentaires reçues à titre de dividende (le produit de la vente étant traité comme des dividendes en espèces) ou les conserver (comme les petits des animaux) à titre de bien grevé supplémentaire. Cependant, il arrive aussi souvent que le créancier garanti et le constituant prévoient dans leur convention constitutive de sûreté que, tant que le second n'est pas défaillant, il peut conserver les dividendes (qu'ils prennent la forme d'espèces ou d'actions).

56. On observe une grande diversité dans les règles non impératives régissant le droit du créancier garanti de disposer des biens grevés en sa possession. Certains États prévoient qu'il peut céder l'obligation garantie et la sûreté, c'est-à-dire qu'il peut effectivement transférer la possession du bien grevé à la personne à laquelle il cède l'obligation garantie. Certains États prévoient également que le créancier garanti peut constituer une sûreté sur le bien grevé pour garantir sa propre dette ("renantissement du bien grevé") du moment qu'il n'est pas porté atteinte au droit du constituant de recouvrer les biens après avoir payé l'obligation garantie. Ces conventions de "renantissement" sont souvent limitées aux actions, obligations et autres instruments détenus sur un compte de valeurs mobilières, mais dans certains États, les créanciers peuvent renantir des biens meubles corporels tels que diamants, métaux précieux et œuvres d'art. De nombreux autres États, en revanche, interdisent au créancier garanti en possession de renantir les biens grevés, même s'il peut le faire sans porter atteinte au droit du constituant de recouvrer ses biens une fois l'obligation garantie exécutée.

57. Le risque de perte ou de détérioration des biens est normalement attaché à la propriété et non à la possession. Néanmoins, de nombreux États prévoient que lorsque les biens grevés en possession du créancier garanti sont détruits ou subissent

une détérioration anormale, le créancier est présumé fautif et doit réparer le préjudice. Cependant, la même règle non impérative prévoit généralement que le créancier n'est pas responsable s'il peut démontrer que la perte ou la détérioration sont intervenues sans qu'il ait commis de faute. Étant donné qu'il sera toujours de l'intérêt du créancier garanti de veiller au maintien de la valeur des biens grevés, de nombreux États prévoient qu'il a un intérêt assurable. S'il assure les biens contre la perte ou le dommage, quelles qu'en soient les causes, il est fondé à ajouter le coût de l'assurance à l'obligation garantie.

58. Cette dernière règle est un exemple particulier d'un principe plus général adopté en tant que règle non impérative dans de nombreux États et recommandé par le Guide: les dépenses raisonnables engagées par le créancier garanti dans l'exécution de son obligation de prendre raisonnablement soin des biens grevés dont il a la garde peuvent être mises à la charge du constituant et sont automatiquement ajoutées à l'obligation garantie (voir recommandation 109, alinéa a)). Le paiement d'impôts, les factures de réparation, les frais de stockage et les primes d'assurance sont des exemples de ces dépenses raisonnables dont le paiement incombe en définitive au constituant.

c) Règles non impératives lorsque le constituant est en possession des biens grevés

59. L'un des objectifs principaux d'un régime d'opérations garanties efficace est d'inciter un constituant qui demeure en possession des biens grevés à se conduire de manière responsable. Le fait d'empêcher tout acte qui entraînerait une diminution de la valeur des biens grevés supérieure à leur dépréciation liée à une utilisation normale va dans le sens de cet objectif. La plupart des États imposent donc au constituant non dépossédé la même obligation de soin et de conservation qu'aux créanciers garantis en possession des biens grevés. Le constituant non dépossédé est notamment tenu de faire correctement assurer les biens et de payer les impôts sans retard. S'il engage lui-même ces dépenses alors que le constituant demeure en possession des biens, le créancier garanti a le droit d'être remboursé par celui-ci et peut ajouter ces dépenses à l'obligation garantie.

60. Cependant, de nombreux États adoptent, outre ces règles impératives, des règles non impératives applicables aux sûretés sans dépossession qui visent à maximiser le potentiel économique des biens grevés. En particulier, le fait d'encourager l'utilisation et l'exploitation par le constituant des biens grevés est considéré comme un moyen de faciliter la production de recettes et le remboursement de l'obligation garantie. Pour cette raison, les États prévoient souvent que, sauf convention contraire, le constituant non dépossédé ne renonce pas aux prérogatives générales liées au droit de propriété (le droit d'utiliser le bien, d'en jouir, d'en percevoir les fruits ainsi que d'en disposer) du simple fait qu'une sûreté a été constituée. Cela signifie qu'en temps normal, il peut utiliser, louer, transformer et mélanger les biens grevés avec d'autres biens de manière raisonnable et conforme, d'une part, à leur nature et à leur destination et, d'autre part, aux objectifs que les parties ont énoncés dans la convention constitutive de sûreté. En pareil cas, le créancier garanti devrait avoir le droit de surveiller les conditions dans lesquelles les biens grevés sont conservés, utilisés et transformés par le constituant en leur possession, et d'inspecter les biens à tout moment raisonnable (voir recommandation 108, alinéa c)).

61. Si les biens grevés en possession du constituant génèrent des revenus, dans la mesure où la sûreté du créancier s'étend aux revenus ou aux recettes desdits biens, le constituant peut aussi être obligé de tenir des livres appropriés et de rendre raisonnablement des comptes concernant la disposition et la gestion de ce produit. Ses obligations particulières dans le cas de biens meubles incorporels (par exemple droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, redevances pour concession de brevets, de droits d'auteur ou de marques), notamment son droit au paiement sous forme de créances, sont examinées à la prochaine section.

62. De nombreux États disposent actuellement d'une règle non impérative empêchant que les fruits et les recettes (par opposition au produit d'actes de disposition au sens strict) soient automatiquement grevés en vertu de la convention constitutive de sûreté, l'objectif étant de donner au constituant la chance d'obtenir un financement supplémentaire en séparant ces nouveaux biens de la sûreté existante. D'autres prévoient une règle supplétive qui veut que les fruits et les recettes soient automatiquement grevés par la sûreté initiale, l'objectif étant alors de refléter les attentes et les intentions normales des parties. En tout état de cause, cette règle étant toujours supplétive, si les parties souhaitent exclure les fruits et les recettes de la sûreté, soit au moment de sa négociation, soit à tout moment ultérieur, elles sont libres de le faire.

63. Le Guide prévoit au chapitre IV sur la constitution (voir recommandation 18) qu'une sûreté s'étend à tous les produits générés par le bien grevé. Ainsi, sauf convention contraire, tous biens additionnels tirés des biens grevés lorsqu'ils se trouvent en possession du constituant sont automatiquement grevés par la sûreté, qu'ils soient considérés comme des fruits civils ou naturels ou comme un produit (au sens strict). Si les fruits sont en nature (par exemple augmentation du nombre d'animaux ou encore dividendes en actions), le constituant peut les utiliser et les exploiter dans les mêmes conditions que les biens initialement grevés. Lorsqu'il s'agit de produits agricoles (lait, œufs, laine...), la plupart des États prévoient que le constituant peut les vendre et que les droits du créancier garanti s'étendent au produit de leur disposition. Lorsque les fruits civils sont des recettes (par exemple des loyers perçus pour la location d'un bien ou des intérêts perçus sur un prêt octroyé), la sûreté s'étend à ces recettes pour autant qu'elles restent identifiables. Cependant, en règle générale, le constituant non dépossédé ne recueille pas seulement les fruits et les recettes, il dispose également des fruits dans le cours normal de ses affaires sans être soumis à la sûreté (en générant probablement un produit qui deviendra un bien grevé).

64. L'obligation de conserver le bien grevé implique normalement que le constituant qui en a la possession est responsable de la perte ou de la détérioration, que celle-ci soit causée par sa faute ou résulte d'un événement fortuit. En d'autres termes, à la différence du créancier garanti en possession du bien qui n'est pas responsable envers le constituant pour une perte ou une détérioration résultant d'un événement fortuit, le constituant, lui, est responsable quelle que soit la cause de la perte, et serait en tout état de cause défaillant en vertu de la convention.

65. En principe, le constituant ne peut disposer des biens grevés sans l'autorisation du créancier garanti. S'il le fait, l'acheteur prendra le bien sous réserve de la sûreté (voir recommandation 75). Par exception, cependant, le constituant peut disposer des biens grevés libres de la sûreté s'il s'agit de stocks ou de biens de consommation et s'il les vend dans le cours normal de ses affaires (voir

recommandation 77). Malgré cette limite à la disposition, comme le constituant conserve normalement le plein usage du bien grevé, la plupart des États adoptent des règles non impératives l'autorisant à constituer des sûretés supplémentaires sur des biens déjà grevés, leurs fruits et leurs recettes et le produit de leur disposition. Les recommandations du Guide sont compatibles avec cette approche. En outre, si le constituant n'est pas autorisé à accorder des sûretés additionnelles, cela ne l'empêche pas d'en constituer, même si, ce faisant, il violera probablement la convention constitutive de sûreté.

d) Règles non impératives quelle que soit la personne en possession des biens grevés

66. Outre les droits conférés et les obligations imposées expressément soit aux créanciers garantis soit aux constituants parce qu'ils sont en possession des biens grevés, il existe des règles non impératives, adoptées par de nombreux États, qui s'appliquent tant au créancier garanti lorsqu'il y a dépossession qu'au constituant en l'absence de dépossession. On rencontre fréquemment deux règles de ce type, l'une concernant les obligations du constituant, l'autre les droits du créancier garanti.

67. La première est un corollaire de l'idée selon laquelle le constituant en possession des biens grevés devrait en maintenir la valeur. Lorsque celle-ci vient à diminuer de manière significative, même pour des raisons qui ne sont imputables à aucune négligence de sa part, certains États prévoient que le constituant devra apporter des sûretés (ou des biens) supplémentaires pour compenser cette dépréciation imprévisible. De plus, cette règle est souvent étendue à la dépréciation normale des biens grevés due à l'usure ou aux conditions du marché, dès lors qu'elle atteint un pourcentage important de la valeur initiale des biens. En général, les parties prévoient des clauses de garantie complémentaire dans leur convention et indiquent précisément dans quelles conditions le constituant sera tenu d'apporter des biens supplémentaires en garantie, en cas de chute vertigineuse de la valeur des biens grevés.

68. Une deuxième règle non impérative fréquente a trait au droit du créancier garanti de céder à la fois l'obligation garantie et la sûreté qui s'y rattache. En l'absence de convention contraire, un créancier garanti peut librement effectuer une telle cession (voir, par exemple, l'article 10 de la Convention des Nations Unies sur la cession et la recommandation 24). Certains États prévoient en outre qu'il peut le faire même en dépit de limitations contractuelles à la cession (voir l'article 9, paragraphe 1, de la Convention des Nations Unies sur la cession et la recommandation 23). Lorsque le créancier garanti est en possession du bien grevé, il peut également, par voie de conséquence, transférer cette possession au nouveau créancier garanti. En tout état de cause, cependant, en l'absence d'une convention contraire entre le constituant et le créancier garanti initial (le cédant) qui autorise expressément un tel arrangement, le cessionnaire de l'obligation garantie ne peut acquérir ou faire valoir à l'égard du constituant ou du bien grevé de droits ou de prérogatives supérieurs à ceux dont pourrait se prévaloir le cédant.

B. Remarques sur des biens particuliers

69. Les règles impératives et non impératives relatives aux droits et obligations des parties avant défaillance ont trait à la manière dont les prérogatives et les

devoirs liés au droit de propriété sont répartis entre le constituant et le créancier garanti. Les plus importants sont: a) l'obligation, invariablement assignée à la partie en possession du bien grevé, d'en prendre soin, de l'entretenir et de le conserver; b) le droit d'utiliser, de transformer, de mélanger et de fabriquer le bien grevé; c) le droit de recueillir les fruits, recettes et produits générés par le bien et de les utiliser; et, dans certains États, d) le droit du créancier garanti de nantir ou renantir le bien grevé ou d'en disposer, sous réserve ou non de la sûreté.

70. Ces règles envisagent généralement des situations où des biens meubles corporels sont concernés. Néanmoins, au chapitre III (Approches fondamentales en matière de sûretés), le Guide reconnaît l'importance des biens meubles incorporels et, en particulier, des droits au paiement en tant que biens grevables. Si certaines catégories de biens incorporels sont exclues du Guide (à savoir les valeurs mobilières et les droits au paiement en vertu de contrats de financement; voir recommandation 4, alinéas c) et d)), il s'applique à nombre d'autres types de biens incorporels, notamment les créances contractuelles et non contractuelles, les droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire et le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant (voir recommandation 2, alinéa a)).

71. La constitution d'une sûreté sur un droit à paiement concerne forcément des parties autres que le constituant et le créancier garanti, et bien évidemment le débiteur de la créance. Étant donné que le bien grevé constitue l'obligation due au constituant par un tiers, les États ont été tenus d'élaborer des règles détaillées sur la relation triangulaire entre les parties, d'une part, et entre les parties et les tiers, d'autre part. Ces règles traitent des droits et obligations des parties et des tiers, que le droit à paiement soit attaché à un bien corporel (par exemple, un instrument ou un document négociable) ou incorporel (par exemple, une créance, des droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, le produit d'un engagement de garantie indépendant). La plupart des règles relatives à la relation entre le constituant et le créancier garanti, d'une part, et le débiteur de l'obligation (désigné dans le Guide par l'expression "tiers débiteur"), d'autre part, sont impératives. D'autres, en revanche, ne le sont pas. Les droits et obligations des tiers débiteurs sont présentés en détail au chapitre IX.

72. La présente section porte sur les droits et obligations avant défaillance entre le cédant (le constituant) et le cessionnaire (le créancier garanti) (pour la définition des termes "cédant" et "cessionnaire", voir Introduction, section B, Terminologie). Comme dans le cas des biens meubles corporels, la plupart des États considèrent que ce sont les parties elles-mêmes qui devraient déterminer leurs droits et obligations réciproques avant défaillance (voir recommandation 106). Aussi la majorité des règles relatives à ces droits et obligations sont-elles non impératives. Cependant, compte tenu de l'incidence que ces règles pourraient avoir sur des tiers, les États adoptent souvent une combinaison de règles impératives et non impératives. Les articles 11 à 14 de la Convention des Nations Unies sur la cession sont un bon exemple de cette pratique pour le cas des cessions internationales de créances.

73. Certains des aspects les plus importants de la convention entre le cédant et le cessionnaire ont trait aux garanties que le premier donne au second. En temps normal, il est présumé que: a) le cédant a le droit de céder la créance; b) la créance n'a pas déjà été cédée; et c) le débiteur de la créance ne peut opposer au cédant

aucune exception ni aucun droit à compensation. En d'autres termes, si le cédant a des doutes sur l'un quelconque de ces points, il doit les mentionner expressément dans la convention, ou déclarer expressément qu'il ne garantit rien au créancier garanti concernant ces points. En tout état de cause, parallèlement aux obligations du constituant à l'égard des biens corporels avant défaillance, le cédant doit prendre toutes les mesures raisonnables nécessaires au maintien de son droit de recouvrer la créance. Par ailleurs, à moins d'une mention expresse contraire de sa part, le cédant est présumé ne pas garantir que le débiteur de la créance peut effectivement payer. Ces différentes obligations sont énoncées sous forme de règles non impératives dans la législation nationale de la plupart des États et font l'objet d'une recommandation en ce sens dans le Guide (voir recommandation 110).

74. La valeur de la créance cédée étant constituée par le paiement qu'effectue le débiteur de la créance, et ce dernier n'étant obligé de payer le cessionnaire que s'il a connaissance des droits de ce dernier (voir recommandations 114 et 115), il importe de donner au cessionnaire tous les moyens lui permettant de porter la cession à la connaissance du débiteur. La plupart des États prévoient donc que soit le cédant soit le cessionnaire peut notifier la cession au débiteur et lui donner des instructions relatives à la manière dont le paiement doit être effectué. Néanmoins, pour éviter que des instructions contradictoires ne soient données, ces États prévoient généralement aussi, qu'une fois la cession notifiée, seul le cessionnaire peut indiquer au débiteur le mode et le lieu de paiement. Le Guide adopte également ce cadre bien établi pour la notification au débiteur de la créance (voir recommandation 111).

75. Il peut, bien sûr, se trouver des situations dans lesquelles le cédant et le cessionnaire (ou l'un des deux seulement) ne souhaitent pas que le débiteur de la créance ait connaissance de la cession. Ce souhait peut être lié aux caractéristiques particulières de l'activité du constituant ou aux conditions économiques générales. Pour cette raison, les États prévoient habituellement que le cédant et le cessionnaire peuvent convenir de différer la notification de la cession au débiteur de la créance. Tant que cette notification n'est pas intervenue, le débiteur continuera de payer le cédant conformément à la convention initiale qui les lie ou à toute instruction de paiement ultérieure. Le manquement de la part d'une des parties (généralement le cessionnaire) à une obligation de ne pas notifier la cession ne devrait pas nuire au débiteur de la créance. Ce dernier sera alors tenu de payer conformément aux instructions données et pourra être libéré de sa dette à hauteur des montants ainsi versés (voir recommandation 115). Néanmoins, de nombreux États prévoient également que, sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire, un tel manquement à l'obligation de ne pas notifier la cession peut faire naître une responsabilité pour tout préjudice en résultant. Le Guide recommande que ces principes généraux s'appliquent à la notification de la cession au débiteur de la créance (voir recommandation 111).

76. La sûreté portant en fait sur le droit au paiement, il importe de préciser l'effet de tout paiement fait par le débiteur de la créance, soit au cédant soit au cessionnaire, sur les droits respectifs de ces derniers. De nombreux États ont adopté des règles non impératives destinées à régir les paiements effectués de bonne foi qui n'étaient pas forcément conformes à l'intention du cédant ou du cessionnaire, ce qui arrive parfois lorsque le débiteur de la créance a reçu des instructions de paiement

contradictoires ou qu'il a pris connaissance de la cession sans avoir reçu de notification formelle.

77. En général, ces règles couvrent deux cas de figure. Premièrement, il est possible, même si le débiteur de la créance n'a pas été avisé de la cession, que le paiement soit fait dans les mains du cessionnaire. Étant donné l'objectif de la sûreté sur la créance, il est plus efficace de permettre au cessionnaire de conserver ce paiement en l'affectant au règlement de l'obligation du cédant. Deuxièmement, si le paiement est fait dans les mains du cédant postérieurement à la cession, et là encore indépendamment de la question de savoir si le débiteur de la créance avait été avisé de la cession, le cédant devrait être tenu de remettre le paiement reçu au cessionnaire. Pareillement, une fois le débiteur avisé, si l'obligation de paiement consiste en partie à restituer certains biens meubles corporels au cédant, les États prévoient souvent que ceux-ci doivent être remis au cessionnaire. Par exemple, si cette obligation du débiteur vise en partie le transfert d'un instrument négociable au cédant, une fois que la notification a été reçue, cet instrument devrait être transféré au cessionnaire. Le Guide recommande l'adoption de cet ensemble de pratiques pour régir les paiements effectués à la mauvaise personne (voir recommandation 112, alinéa a)). Dans tous ces cas, bien entendu, les règles adoptées par de nombreux États sont non impératives et le cédant et le cessionnaire pourraient donc adopter une solution différente dans leur convention.

78. En cas de cessions multiples de la créance, le débiteur peut recevoir de multiples notifications et ne pas savoir quel cessionnaire est le plus fondé à recevoir paiement. Il arrive alors qu'il paie de bonne foi dans les mains d'un cessionnaire ayant un rang de priorité moins élevé. En pareil cas, les États prévoient généralement que le cessionnaire de rang plus élevé ne doit pas être privé de ses droits à obtenir paiement ni, lorsque l'obligation de paiement comprend la restitution de biens au cédant, de ses droits à recevoir également lesdits biens. Le cessionnaire de rang moins élevé doit alors remettre le paiement au cessionnaire de rang plus élevé. Conformément à son approche générale en matière de répartition des droits et obligations entre le cédant et le cessionnaire avant défaillance, le Guide recommande que ces principes généraux régissent les cas où le paiement a été fait de bonne foi dans les mains d'une personne qui n'était pas en réalité fondée à le recevoir (voir recommandation 112, alinéa a)).

79. Quelles que soient les circonstances dans lesquelles le cessionnaire obtient paiement, les États prévoient systématiquement une règle impérative selon laquelle il ne peut le conserver qu'à hauteur de ses droits sur la créance. En d'autres termes, contrairement au cas d'une réalisation ordinaire après défaillance (voir chapitre X (Réalisation)), si le débiteur effectue un paiement supérieur au montant du solde de la dette du cédant, le cessionnaire ne peut conserver le surplus (voir recommandation 151), mais doit le remettre à la personne à laquelle il revient (le cessionnaire de rang immédiatement inférieur ou le cédant, selon le cas). De la même manière qu'un créancier garanti qui a été entièrement remboursé doit, soit remettre les biens meubles corporels au constituant, soit faire en sorte que tout avis concernant ses droits soit radié du registre général des sûretés, les États imposent généralement aussi à un cessionnaire qui a été entièrement remboursé d'en aviser le débiteur de la créance et d'indiquer à ce dernier qu'il ne devrait plus recevoir de paiements. Telle est l'approche recommandée dans le Guide (voir recommandation 112, alinéa b)).

80. Ces règles impératives et non impératives relatives aux droits et obligations avant défaillance des cédants et des cessionnaires de biens meubles incorporels contribuent à structurer la relation qui les lie. À bien des égards, les règles non impératives illustrent ce à quoi sont destinées des règles supplétives, ce qui explique qu'elles soient explicitement mentionnées dans la législation nationale de nombreux États. C'est aussi pour cette raison que le Guide recommande de les faire figurer dans toute loi relative aux opérations garanties, afin de favoriser l'efficacité de la cession et du recouvrement de créances, tout en permettant aux cédants et aux cessionnaires de structurer leurs propres opérations de manière différente afin qu'elles correspondent à leurs propres besoins et à leurs propres souhaits.

C. Recommandations

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que, le document A/CN.9/637 présentant l'ensemble des recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties, celles-ci ne sont pas reproduites ici. Une fois finalisées, elles figureront à la fin de chaque chapitre.*]

A/CN.9/637/Add.3 [Original: anglais]

Note du Secrétariat sur la terminologie et les recommandations du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa douzième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

IX. Droits et obligations des tiers débiteurs 1-38
A. Remarques générales 1-38
1. Introduction 1-5
2. Incidence d'une sûreté réelle mobilière sur les obligations d'un tiers débiteur . . . 6-38
a) Incidence générale 6-7
b) Incidence d'une sûreté réelle mobilière sur les obligations du débiteur d'une créance 8-21
c) Incidence d'une sûreté réelle mobilière sur les obligations du débiteur dans le cadre d'un instrument négociable 22-26
d) Incidence d'une sûreté réelle mobilière sur les obligations de la banque dépositaire 27-32
e) Incidence d'une sûreté réelle mobilière sur les obligations d'un garant/émetteur, d'un confirmateur ou d'une personne désignée dans le cadre d'un engagement de garantie indépendant 33-36
f) Incidence d'une sûreté réelle mobilière sur les obligations de l'émetteur ou d'un autre débiteur dans le cadre d'un document négociable 37-38
B. Recommandations . . . . . .

IX. Droits et obligations des tiers débiteurs

A. Remarques générales

1. Introduction

1. L'exemple type de l'opération garantie est le cas où un constituant grève un bien meuble corporel, comme du matériel ou des stocks, en faveur d'un créancier garanti. Au chapitre III, cependant, le Guide note aussi l'importance des biens meubles incorporels dans les opérations garanties modernes. Bien que certaines catégories de biens meubles incorporels puissent être exclues du Guide, beaucoup

d'autres, en particulier les droits à paiement, y sont incluses (voir recommandation 2, al. a)).

2. Lorsque le bien grevé dans une opération garantie consiste en un droit à l'égard d'un tiers, l'opération est nécessairement plus complexe que lorsqu'il s'agit d'un objet simple tel qu'un matériel. Les droits à l'égard de tiers peuvent être des "créances", des "instruments négociables", des "documents négociables", "des droits à recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant" ou des "droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire" (pour les définitions de ces termes, voir Introduction, sect. B, Terminologie). Si ces droits présentent des différences importantes, ils partagent une caractéristique fondamentale commune: la valeur du bien grevé est le droit d'obtenir l'exécution d'une obligation par un tiers débiteur (c'est-à-dire un tiers qui doit une obligation au constituant). Il peut s'agir de droits à l'égard de tiers qui n'entrent dans aucune des cinq catégories pour lesquelles le Guide ne prévoit pas de recommandations spécifiques. Le Guide couvre ces droits également lorsqu'ils servent de biens grevés, et les mêmes principes examinés dans ce chapitre pour les cinq catégories spécifiques s'appliquent à ces autres droits, sauf dans la mesure où leur nature exige une règle différente que l'on pourrait trouver dans un autre ensemble de règles spécialement consacrées à eux. Le reste du chapitre portera sur les cinq catégories de droits mentionnés plus haut.

3. Selon la nature du droit à l'égard d'un tiers que constitue le bien grevé, le tiers débiteur est désigné dans le Guide par des termes différents. Par exemple, lorsque le droit est une créance, il est appelé "débiteur de la créance" et, lorsque l'obligation donne un droit au produit d'un engagement de garantie indépendant, il est appelé "garant/émetteur, confirmateur ou autre personne désignée" (pour les définitions de ces termes, voir Introduction, sect. B, Terminologie).

4. Lorsque le bien grevé est un droit à l'égard d'un tiers débiteur, l'opération garantie affecte non seulement le constituant et le créancier garanti mais aussi le tiers débiteur. C'est pourquoi les États prévoient généralement une protection appropriée pour que le tiers débiteur ne soit pas pénalisé du fait, notamment, qu'il n'est pas partie à l'opération garantie. Cette protection ne devrait pas toutefois rendre inutilement contraignante la constitution de sûretés réelles mobilières sur des droits à l'égard de tiers débiteurs, étant donné que les sûretés facilitent l'octroi de crédit par le créancier garanti au constituant, ce dont peut aussi profiter indirectement le tiers débiteur.

5. Les règles détaillées qui régissent les droits et obligations mutuels des constituants et des parties garanties lorsque le bien grevé est un droit à paiement ont été examinées au chapitre VIII. Le présent chapitre passe d'abord en revue, à la section A.2 a), un certain nombre de questions générales. Il aborde ensuite, dans les sections A.2 b) à A.2 f), les droits et obligations des tiers débiteurs dans les différents contextes où ils se manifestent le plus fréquemment. Il se termine, à la section B, par une série de recommandations.

2. Incidence d'une sûreté réelle mobilière sur les obligations d'un tiers débiteur

a) Incidence générale

6. Il est généralement admis par les États qu'il serait inapproprié qu'une sûreté réelle mobilière sur un droit à l'exécution d'une obligation par un tiers débiteur

modifie la nature ou l'ampleur de cette obligation à l'égard du créancier dudit tiers. Ce principe de base se retrouve également dans des instruments internationaux. Par exemple, l'article 15 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances n'autorise les modifications de l'obligation que si elles concernent l'identité de la personne à laquelle le paiement est dû (et, avec certaines restrictions, l'adresse ou le compte auxquels le paiement doit être effectué; voir par. 11 ci-dessous). Le principe est général et est également applicable aux tiers débiteurs quelle que soit la manière dont naît l'obligation ou dont elle est exprimée (par exemple qu'il s'agisse d'un droit à paiement en vertu d'un instrument négociable, d'un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, du droit de recevoir le produit d'un engagement indépendant, ou d'un droit en vertu d'un instrument négociable).

7. Lorsqu'un instrument négociable ou un document négociable atteste un droit à l'égard du tiers débiteur, le principe susmentionné est déjà consacré dans une législation, bien établie dans la plupart des États, qui précise l'effet d'une cession sur l'obligation du débiteur. Cette législation est généralement désignée dans le Guide comme étant la loi régissant les instruments négociables. Il n'est pas nécessaire que la loi sur les opérations garanties énonce de nouveau ces règles. En conséquence, le Guide renvoie généralement à cette législation établie pour donner effet au principe. Une protection semblable est prévue par la loi régissant les comptes bancaires ainsi que par la loi et la pratique régissant les engagements de garantie indépendants auxquels le Guide renvoie également.

b) Incidence d'une sûreté réelle mobilière sur les obligations du débiteur d'une créance

8. Si l'incidence d'une sûreté réelle mobilière sur le débiteur dans le cadre d'un instrument négociable ou d'un document négociable est bien établie dans la plupart des États, ce n'est pas toujours le cas lorsque la sûreté porte sur une créance. C'est pourquoi le présent Guide traite de façon assez détaillée l'incidence d'une sûreté sur l'obligation du débiteur d'une créance. Ses principes et recommandations proviennent pour l'essentiel (souvent littéralement) des règles analogues de la Convention des Nations Unies sur la cession.

9. Dans de nombreux États aujourd'hui, il n'est pas possible de constituer une sûreté sur une créance. Le seul mécanisme par lequel le débiteur d'une créance peut utiliser celle-ci comme un bien pour garantir un prêt est de la transférer (ou de la céder) à un créancier. De plus, dans certains États, il n'est pas possible de céder une créance à titre de garantie (c'est-à-dire de faire que le cessionnaire ne puisse recouvrer la créance que si le cédant lui-même continue de devoir une obligation envers le cessionnaire). Dans ces États, seuls les transferts purs et simples de créances sont possibles. Quel que soit le type d'opération (c'est-à-dire cession pure et simple, arrangement de garantie appelé sûreté réelle mobilière ou transfert à titre de garantie), les mécanismes juridiques par lesquels les droits et obligations mutuels des parties, et leurs droits à l'égard des tiers débiteurs, sont similaires. Pour cette raison, et parce qu'il est parfois difficile de déterminer exactement la nature de l'opération sous-jacente entre le cédant et le cessionnaire, de nombreux États traitent toutes les formes de transfert de créances à peu près de la même manière.

10. Conformément à cette approche, qui est également celle qu'a adoptée la Convention des Nations Unies sur la cession, le Guide vise non seulement les sûretés réelles mobilières sur des créances mais aussi les transferts purs et simples et

les transferts à titre de garantie (voir recommandation 3; pour la définition des termes “cession”, “cédant”, “cessionnaire” et de termes voisins, voir Introduction, sect. B, Terminologie). La discussion ci-après vise donc le débiteur de la créance dans des opérations où la créance a fait l’objet d’un transfert pur et simple ou a été utilisée en tant que bien grevé (que ce soit dans le cadre d’une cession pure et simple à des fins de garantie ou d’une cession à titre de garantie) et, sauf indication contraire, le terme “cession” est employé dans le présent chapitre pour désigner les trois types d’opérations. Cela ne revient pas cependant à faire du transfert pur et simple d’une créance une opération garantie (voir recommandation 3).

11. La Convention des Nations Unies sur la cession prévoit, à quelques exceptions près, que la cession d’une créance n’a pas d’incidences sur les droits et obligations du débiteur de la créance à moins que ce dernier n’y consente. On trouve un principe semblable dans le droit national de nombreux États. Le seul effet que peut avoir la cession sur le débiteur de la créance est le changement de la personne, de l’adresse ou du compte auxquels le débiteur de la créance doit effectuer le paiement. Toutefois, pour éviter de mettre le débiteur en difficulté, la Convention des Nations Unies sur la cession dispose que de tels changements de la personne, de l’adresse ou du compte auxquels le paiement est dû n’entraînent pas de changement de la monnaie du paiement ou de l’État dans lequel le paiement doit être effectué, sauf s’il s’agit de remplacer la monnaie par celle de l’État dans lequel le débiteur de la créance est situé (voir art. 15 de la Convention des Nations Unies sur la cession et recommandation 114).

12. Lorsque la cession d’une créance est un transfert pur et simple, la propriété du droit d’obtenir exécution par le débiteur de la créance change également. Alors que pour certains États ce type d’opération implique un changement de propriété, pour d’autres le droit représenté par la créance a simplement été transféré au patrimoine du cessionnaire. Mais quelle que soit la façon dont l’opération est caractérisée, cela ne signifie pas nécessairement que la partie à laquelle le paiement doit être effectué change aussi car, dans de nombreux cas, le cessionnaire conclut avec le cédant un accord de service ou un arrangement semblable en vertu duquel le second continue de recouvrer la créance au nom du premier.

13. Même lorsque la cession d’une créance est effectuée à titre de garantie, l’opération est parfois structurée comme un transfert immédiat au cessionnaire. Le cédant recouvre alors normalement la créance au nom de ce dernier, mais tant qu’il n’y a pas défaillance, il n’a pas à remettre en paiement plus qu’il n’est nécessaire en vertu de la convention existant entre eux. Parfois, cependant, la cession est soumise à des conditions, et le cessionnaire n’acquiert aucuns droits sur la créance tant qu’il n’y a pas défaillance du cédant. Jusqu’à ce moment-là, le tiers débiteur continuera de payer le cédant en vertu de l’obligation initiale contractée entre eux.

14. Le résultat est en général le même lorsque la cession d’une créance implique la constitution d’une sûreté réelle mobilière. La cession ne signifie pas nécessairement que la partie à laquelle le paiement doit être effectué changera. Dans de nombreux cas, l’arrangement entre le cédant et le cessionnaire voudra que le paiement soit effectué au cédant (au moins avant toute défaillance de sa part). C’est seulement en cas de défaillance que le cessionnaire cherche en général à recevoir le paiement directement du débiteur de la créance. Dans d’autres cas, les parties conviendront que le paiement doit être effectué au cessionnaire. Dans les arrangements de ce type, le cessionnaire conserve généralement l’argent reçu sur un compte distinct et n’en

retire que le montant nécessaire pour remplir l'obligation de paiement du cédant. Le solde est conservé pour le cédant, et remis lorsque le crédit a été intégralement payé.

15. Étant donné que le débiteur de la créance ne sera normalement libéré de son obligation que si le paiement est effectué à la partie fondée à la recevoir en vertu de la loi (et ne le sera peut-être pas si le paiement est effectué par erreur à une partie différente), il a évidemment intérêt à connaître l'identité de la partie à laquelle le paiement doit être effectué (qui n'est pas nécessairement le "propriétaire" de la créance). Ainsi, de nombreux États le protègent en lui permettant d'effectuer un paiement libératoire conformément au contrat initial jusqu'à ce qu'il ait reçu notification de la cession et de tout changement de la personne ou de l'adresse auxquelles le paiement devrait être effectué. Ce principe offre une protection importante au débiteur de la créance car on ne pourra considérer qu'il n'est pas libéré par le paiement au seul motif qu'il l'a effectué à une partie qui n'était plus le créancier, même s'il n'avait pas connaissance du changement (voir art. 17, par. 1 de la Convention des Nations Unies sur la cession, et recommandation 115, al. a)).

16. En revanche, une fois que le débiteur de la créance a été avisé de la cession et de toutes nouvelles instructions de paiement, il est approprié d'exiger de lui qu'il effectue le paiement conformément à la cession et aux instructions (sous réserve de la limite indiquée au paragraphe 10, selon laquelle les instructions ne peuvent modifier la monnaie du paiement ni l'État dans lequel le paiement doit être effectué à moins que le nouvel État soit celui dans lequel le débiteur de la créance est situé). Ce principe est capital pour assurer la viabilité économique des opérations garanties dans lesquelles le bien grevé sur lequel compte le créancier garanti est une créance. Si le débiteur de la créance gardait la possibilité de payer le cédant, cela priverait le cessionnaire de la valeur de la cession. La valeur de la créance est réduite car chaque paiement effectué par le débiteur en diminue le solde. Il est particulièrement important d'obtenir le paiement directement du débiteur une fois que des instructions ont été données lorsque le cédant est en difficulté financière (voir art. 17, par. 2 de la Convention des Nations Unies sur la cession, et recommandation 115, al. b)).

17. Comme il a été indiqué plus haut, il serait inapproprié que la cession d'une créance modifie la nature ou l'ampleur de l'obligation du débiteur. Il s'ensuit notamment que la cession ne devrait pas priver le débiteur de la créance, sans son consentement, des exceptions découlant du contrat initial ou des droits à compensation nés avant la réception de la notification d'une cession (voir art. 18 de la Convention des Nations Unies sur la cession, et recommandation 116).

18. Ce principe ne devrait cependant pas empêcher le débiteur de la créance de s'engager à ne pas opposer à un cessionnaire les exceptions et les droits à compensation qu'il aurait autrement pu opposer au cédant. Un tel engagement a pour effet de conférer à la créance la même "négociabilité" que celle qui permet à des "porteurs légitimes" ou à des "acheteurs protégés" de demander l'exécution d'instruments négociables sans se soucier d'exceptions ou de droits à compensation (pour la signification du terme "porteur protégé", voir par exemple l'article 29 de la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux[1]) (la Convention des Nations Unies sur les lettres de change et les billets à ordre). Étant donné que la créance aurait pu être incorporée dans un

[1] Ibid., numéro de vente: F.95.V.16.

billet à ordre négociable ou un instrument négociable similaire, avec le consentement du débiteur, il n'y a aucune raison d'empêcher celui-ci de convenir d'obtenir le même résultat que celui qui aurait été produit par l'utilisation du billet à ordre négociable ou de l'instrument négociable (voir recommandation 117, al. a)). Cependant, dans la plupart des États, comme dans la Convention des Nations Unies sur les lettres de change et les billets à ordre, certaines exceptions peuvent être opposées même à un porteur légitime ou à un acheteur protégé (voir par exemple, le paragraphe 1 de l'article 30 de la Convention des Nations Unies sur les lettres de change et les billets à ordre). En principe, le même résultat devrait s'ensuivre lorsque le débiteur d'une créance convient de ne pas opposer d'exceptions au cessionnaire d'une créance (voir art. 19, par. 2 de la Convention des Nations Unies sur la cession et recommandation 117, al. b)).

19. Lorsqu'une créance est créée contractuellement, il est toujours possible que son débiteur convienne avec le créancier initial de modifier ultérieurement les termes de l'obligation. Si elle fait l'objet d'une cession, il faut déterminer l'incidence de la modification sur les droits du cessionnaire. Si la modification intervient avant la cession, le droit effectivement cédé au cessionnaire est la créance initiale ainsi modifiée. La plupart des États adoptent aussi le point de vue selon lequel le débiteur d'une créance n'est pas affecté par une cession dont il n'a pas connaissance. Ainsi, par exemple, si la modification intervient après la cession, mais avant que le débiteur ait pris connaissance de cette dernière, il est compréhensible qu'il estime que l'accord de modification a été conclu avec le créancier et qu'il est donc valable. En conséquence, les États prévoient généralement qu'une telle modification produit effet à l'égard du cessionnaire (voir, par exemple, art. 20, par. 1, de la Convention des Nations Unies sur la cession et recommandation 118, al. a)).

20. Si la convention portant modification des termes de la créance est conclue après la cession et après que le débiteur en a été avisé, la modification est généralement sans effet à moins que le cessionnaire n'y consente car, à ce stade, le droit du cessionnaire sur la créance a déjà été établi et serait autrement modifié sans son consentement. Certains États prévoient toutefois des exceptions limitées à cette règle. Par exemple, si le droit au paiement de la créance n'a pas encore été pleinement acquis du fait d'une exécution incomplète de l'obligation par le créancier initial (le cédant) et si le contrat initial prévoit la possibilité d'une modification, celle-ci peut produire effet à l'égard du cessionnaire. Dans certains cas, il n'est même pas nécessaire que le contrat initial prévoie expressément la modification. L'exemple usuel serait le cas où le contrat initial régit une relation à long terme entre le débiteur et le créancier et que des modifications interviennent fréquemment. Le cessionnaire peut alors s'attendre à des modifications raisonnables dans le cours normal des affaires, même après la cession. En conséquence, certains États prévoient qu'une modification à laquelle un cessionnaire raisonnable consentirait produit effet à l'égard du cessionnaire, même si elle intervient après que le débiteur a pris connaissance de la cession, pour autant que la créance n'ait pas encore été pleinement acquise par exécution (voir l'article 20, par. 2, de la Convention des Nations Unies sur la cession et la recommandation 118, al. b)).

21. En général, le droit du cédant de recevoir paiement du débiteur de la créance prend naissance parce que le cédant a exécuté l'obligation pour laquelle le paiement doit être effectué (par exemple la vente d'un véhicule, la fourniture d'un service). Parfois le débiteur de la créance peut verser un acompte, ou payer une partie du prix

avant que le bien ne soit remis ou le service rendu. Ce paiement peut fort bien se retrouver entre les mains du cessionnaire (soit parce que le cédant le lui a remis, soit parce que le cessionnaire a avisé le débiteur de la créance et a obtenu paiement directement). Normalement, le droit des contrats dispose que, si une partie n'exécute pas son obligation, l'autre partie peut faire annuler le contrat ou demander des dommages-intérêts pour inexécution. Toutefois, une fois que le paiement est entre les mains du cessionnaire, de nombreux États indiquent que le débiteur ne peut exercer un recours que contre le cédant, et que les sommes reçues par le cessionnaire ne peuvent être récupérées. Le principe qui sous-tend cette règle découle du droit général des obligations. En l'absence de fraude, les créanciers d'une partie manquant à ses obligations contractuelles ne sont pas autorisés à réclamer de l'argent qui a pu être versé de bonne foi à d'autres créanciers. Par conséquent, si un paiement est effectué au cédant, qui le transfère ensuite au cessionnaire, ou s'il est fait directement au cessionnaire, ce dernier se trouve dans la même position que n'importe quel autre créancier qui a été payé par le cédant, et ne devrait pas être tenu de restituer le paiement reçu au débiteur de la créance simplement parce que le cédant n'a pas exécuté son obligation corrélative. Essentiellement, cela signifie que le débiteur de la créance supporte le risque d'insolvabilité de son partenaire contractuel. Le Guide recommande l'adoption d'une règle reflétant ce principe général (voir recommandation 119).

c) Incidence d'une sûreté réelle mobilière sur les obligations du débiteur dans le cadre d'un instrument négociable

22. Dans la plupart des États, la loi régissant les instruments négociables (pour le sens de cette expression, voir Introduction, Sect. B, Terminologie, par. 6) est bien établie et prévoit des règles claires sur l'incidence du transfert d'un instrument sur les obligations des parties à ce dernier. En principe, l'application de ces règles est maintenue dans le contexte des sûretés réelles mobilières grevant des instruments négociables (voir recommandation 120).

23. Ainsi, par exemple, le créancier garanti ayant une sûreté sur un instrument négociable ne peut obtenir paiement de cet instrument que conformément aux termes de celui-ci. Même si le constituant a manqué à son obligation découlant de la convention constitutive de sûreté, le créancier garanti ne peut demander l'exécution de l'instrument négociable au débiteur que si le paiement est dû en vertu de l'instrument. Par exemple, si un instrument négociable n'est payable qu'à l'échéance, le créancier garanti ne peut en exiger le paiement plus tôt (même si le constituant de la sûreté, par opposition au débiteur dans le cadre d'un instrument négociable, est défaillant) que conformément aux termes de l'instrument lui-même.

24. En outre, sauf convention contraire du débiteur, le créancier garanti ne peut obtenir paiement de l'instrument négociable que conformément à la loi régissant les instruments négociables. Normalement, cette loi prévoit qu'il doit en être porteur (en d'autres termes être en sa possession et avoir obtenu tout endossement nécessaire) ou avoir acquis les droits d'un porteur. C'est pourquoi, pour être assuré d'être libéré, le débiteur est souvent autorisé par la loi régissant les instruments négociables d'insister pour ne payer que le porteur de l'instrument. Dans certains États toutefois, une personne à laquelle le porteur a transféré l'instrument peut en demander exécution si elle en a la possession.

25. En vertu de la loi régissant les instruments négociables, le créancier peut ou non être soumis aux droits et exceptions du débiteur dans le cadre de l'instrument. Si le créancier garanti est un porteur "protégé" de l'instrument négociable, il est en droit de demander l'exécution de ce dernier libre de certains droits et exceptions du débiteur. Il s'agit des droits et exceptions dits "personnels", tels que les droits et exceptions contractuels classiques que le débiteur aurait pu opposer au porteur précédent. En revanche, le créancier garanti, même en tant qu'acheteur protégé, reste soumis aux exceptions dites "réelles" du débiteur, telles que l'incapacité juridique, le dol, ou la libération dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité.

26. Si le créancier garanti est un porteur de l'instrument négociable, mais non un porteur "protégé", il a néanmoins le droit d'obtenir paiement de l'instrument négociable, mais est généralement soumis aux droits et aux exceptions que le débiteur aurait pu opposer à un porteur antérieur, y compris à tous les droits et exceptions "personnels", à moins que la partie responsable dans le cadre de l'instrument négociable ait effectivement renoncé à son droit d'opposer ces droits et exceptions, soit dans l'instrument négociable lui-même soit par convention distincte.

d) Incidence d'une sûreté réelle mobilière sur les obligations de la banque dépositaire

27. Dans les États où une sûreté réelle mobilière ne peut être constituée sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire qu'avec le consentement de la banque dépositaire, celle-ci n'est aucunement tenue de donner son consentement. Dans ces États, le résultat est que, même entre le créancier garanti et le constituant, une sûreté réelle mobilière ne peut être constituée sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire sans le consentement de la banque. D'autres États, en revanche, n'exigent pas le consentement de la banque dépositaire pour la constitution de la sûreté réelle mobilière. Néanmoins, même dans ces États, les droits et obligations de la banque dépositaire elle-même ne peuvent être affectés sans son consentement (voir recommandation 121, al. a)). Dans l'un et l'autre cas, cela se justifie principalement par le rôle capital des banques dans les systèmes de paiement et par la nécessité d'éviter d'empiéter sur la loi et la pratique bancaires (voir aussi par. 28).

28. Si de telles obligations ne sont pas imposées à une banque dépositaire et que les droits et obligations d'une telle banque ne sont pas modifiés sans son consentement, c'est pour éviter qu'elle ne soit exposée à des risques inconsidérés qu'elle n'est pas en mesure de gérer en l'absence de garanties appropriées. La banque dépositaire est exposée à d'importants risques opérationnels, du fait qu'elle débite ou crédite des comptes bancaires quotidiennement, les fonds crédités l'étant souvent à titre provisoire, et supposant parfois d'autres opérations avec ses clients. Ces risques sont aggravés par le risque juridique que constitue le non-respect, par la banque dépositaire, dans ses opérations ordinaires, des lois relatives aux instruments négociables et aux transferts de crédits et d'autres réglementations relatives aux systèmes de paiement. La banque est aussi exposée au risque que constitue le non-respect de certaines obligations qui lui sont imposées en vertu d'autres lois, telles que les lois relatives à la confidentialité des opérations avec les clients. De plus, la banque dépositaire est généralement exposée à des risques découlant de dispositions réglementaires en vertu de lois et réglementations destinées à assurer sa sûreté et sa

solidité. Enfin, elle est aussi exposée aux risques qu'entraîne pour sa réputation le choix des clients avec lesquels elle accepte de réaliser des opérations.

29. L'expérience des États où le consentement de la banque dépositaire est requis pour imposer des obligations nouvelles ou modifiées montre que les parties sont souvent en mesure de négocier des arrangements satisfaisants de telle sorte que la banque soit assurée de gérer les risques compte tenu de la nature de l'opération et du client. En particulier, pour éviter toute atteinte aux droits à compensation de la banque dépositaire à l'égard du titulaire d'un compte, les systèmes juridiques qui permettent à la banque dépositaire d'obtenir une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire auprès d'elle prévoient qu'elle conserve tous droits à compensation qu'elle pourrait détenir en vertu d'une loi autre que la loi sur les opérations garanties (voir recommandation 121, al. b)).

30. Les mêmes principes s'appliquent à l'opposabilité, à la priorité et à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire. Par exemple, dans les États qui prescrivent un "contrôle" de la méthode permettant d'assurer l'opposabilité d'une telle sûreté, des règles appropriées sont prévues pour préserver la confidentialité de la relation entre la banque et son client (pour la définition du terme "contrôle", voir Introduction, sect. B, Terminologie) Ces règles prévoient par exemple que la banque n'est nullement tenue de répondre aux demandes d'informations de personnes souhaitant savoir si un accord de contrôle existe ou si le titulaire du compte conserve le droit de disposer des fonds crédités sur son compte (voir recommandation 122, al. b)).

31. Dans les États où la sûreté réelle mobilière sur le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire est rendue opposable par l'inscription d'un avis sur un registre public ou par reconnaissance de la part de la banque dépositaire, l'inscription ou la reconnaissance peut ou non imposer à la banque dépositaire l'obligation de suivre les instructions du créancier garanti concernant les fonds qui sont sur le compte. Si une banque dépositaire n'est pas tenue par les lois applicables d'un État particulier à une telle obligation, le créancier garanti aura généralement le droit, lors de la réalisation de la sûreté, d'obtenir les fonds qui sont sur le compte bancaire si le client-constituant a donné ordre à la banque dépositaire de suivre les instructions du créancier concernant les fonds ou si la banque dépositaire est convenue avec ce dernier de le faire. En l'absence de telles instructions ou d'un tel accord, le créancier garanti peut être contraint de réaliser la sûreté sur le compte bancaire en recourant à une procédure judiciaire pour obtenir une décision du tribunal enjoignant à la banque dépositaire de lui remettre les fonds crédités sur le compte.

32. Dans les États où la banque dépositaire est autorisée à subordonner sa position prioritaire, elle n'est nullement tenue de subordonner ses droits à la sûreté que fait valoir un autre créancier du titulaire du compte. Même si, pour faciliter la constitution, l'opposabilité, la priorité et la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, le créancier garanti est prêt à devenir client de la banque dépositaire pour ce qui est du compte bancaire, cette dernière n'est pas tenue de l'accepter en tant que client. Ce résultat est compatible avec la position générale adoptée dans le Guide, selon laquelle tous mécanismes par lesquels une loi sur les opérations garanties vise à faciliter la constitution de sûretés sur des fonds crédités sur un compte bancaire ne devrait pas

aller à l'encontre des dispositions réglementaires nationales ou d'autres lois destinées à assurer la sûreté et la solidité du système bancaire.

e) Incidence d'une sûreté réelle mobilière sur les obligations d'un garant/émetteur, d'un confirmateur ou d'une personne désignée dans le cadre d'un engagement de garantie indépendant

33. Les droits et obligations du garant/émetteur, du confirmateur ou de la personne désignée dans le cadre d'un engagement de garantie indépendant sont assez bien établis dans la loi et la pratique régissant ce type d'engagement (pour les définitions de ces termes, voir Introduction, sect. B, Terminologie). Cette loi et cette pratique très spécialisées ont renforcé l'utilité des engagements de garantie indépendants, notamment dans le commerce international. En conséquence, lors de l'élaboration de la loi sur les opérations garanties en la matière, il faudrait prendre grand soin de ne pas empiéter sur ces mécanismes commerciaux utiles.

34. Pour cela, il est utile de faire la distinction entre l'engagement de garantie indépendant lui-même et le droit de tirage, d'une part, et le droit du bénéficiaire d'un tel engagement de recevoir un paiement (ou un autre article de valeur) dû par le garant/émetteur ou la personne désignée, d'autre part. Si prévoir une sûreté réelle mobilière sur le premier sans compromettre l'utilité de l'engagement est une tâche délicate (généralement effectuée par un transfert convenu de l'engagement lui-même), une sûreté sur le second présenterait moins de risques car elle ne concernerait que le droit du bénéficiaire de recevoir ce qui devient exigible et n'aurait pas d'incidences pour le garant/émetteur, le confirmateur ou une personne désignée. Pour cette raison, le Guide recommande des règles qui facilitent l'utilisation à titre de garantie du droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant (terme défini avec soin qui désigne le droit de recevoir le produit par opposition aux espèces et autres actifs qui constituent effectivement le produit de l'engagement de garantie indépendant, comme ce terme est communément utilisé dans la pratique des engagements de garantie indépendants), mais sous certaines conditions strictes visant à éviter de compromettre l'utilité de ces engagements. Les règles de base qui devraient régir l'interaction de la loi relative aux engagements de garantie indépendants et la loi sur les opérations garanties sont énoncées ci-après.

35. Un principe fondamental veut que les droits du créancier garanti sur le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant soient soumis aux droits que la loi et la pratique régissant les engagements de garantie indépendants confèrent au garant/émetteur, au confirmateur ou à une personne désignée. Ainsi, un créancier garanti ne peut faire valoir un droit au paiement du produit autrement non payable à son constituant. Pour la même raison, le bénéficiaire d'un transfert acquiert généralement l'engagement (y compris à la fois le droit de tirage et le droit de recevoir paiement du produit) sans être affecté par une sûreté réelle mobilière de l'auteur du transfert grevant le produit de cet engagement (voir recommandation 123, al. a) et b)). Pour la même raison aussi, si le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée détient une sûreté sur le produit d'un engagement de garantie indépendant, ses droits indépendants ne sont pas lésés (voir recommandation 123, al. c)).

36. Selon un principe tout aussi important, un garant/émetteur, un confirmateur ou une personne désignée ne devrait pas être tenu de payer une personne autre qu'un

confirmateur, une personne désignée, un bénéficiaire désigné, un bénéficiaire accepté du transfert de l'engagement de garantie indépendant ou un cessionnaire accepté du produit d'un engagement de garantie indépendant (voir recommandation 124). Cette règle se justifie par le fait que l'utilité des engagements de garantie indépendants en tant que méthode peu coûteuse et efficace pour faciliter le commerce serait compromise si le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée devait vérifier l'opération de base par laquelle le droit est censé avoir été transféré et à laquelle il n'avait pas consenti. Mais si le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée accepte un créancier garanti ou un bénéficiaire du transfert du produit de l'engagement de garantie indépendant, ces derniers peuvent opposer leurs droits à la personne ayant donné l'acceptation (voir recommandation 125).

f) Incidence d'une sûreté réelle mobilière sur les obligations de l'émetteur ou d'un autre débiteur dans le cadre d'un document négociable

37. Dans la plupart des États, la loi régissant les documents négociables est bien établie et prévoit des règles claires quant à l'incidence du transfert d'un document sur les obligations des parties à ce document. En principe, l'application de ces règles est maintenue dans le contexte des sûretés réelles mobilières grevant des documents négociables (voir recommandation 126).

38. Cela signifie, entre autres, que le droit d'un créancier garanti de réaliser une sûreté réelle mobilière sur un document négociable et, par conséquent, sur les biens meubles corporels représentés par ce document est limité par la loi régissant les documents négociables qui veut que ces biens meubles corporels soient entre les mains de l'émetteur ou d'un autre débiteur dans le cadre de ce document, et que l'obligation de l'émetteur ou du débiteur de remettre les biens meubles corporels n'ait effet qu'à l'égard du destinataire ou de tout porteur ultérieur. Ainsi, si le document négociable n'a pas été transféré au créancier garanti conformément à la loi régissant les documents négociables, l'émetteur ou autre débiteur n'aura aucune obligation de remettre les biens meubles corporels au créancier garanti. Par exemple, si en vertu de la loi sur les documents négociables, le document doit avoir été endossé au moment où il est transféré pour que le bénéficiaire du transfert ait le droit de recevoir les biens représentés par le document, et si le bénéficiaire du transfert détient un document dépourvu d'endossement, le débiteur n'est pas tenu de remettre les biens représentés par le document. En pareil cas, le créancier garanti devra peut-être saisir un tribunal pour faire ordonner que le document soit remis en sa possession. L'ordonnance du tribunal exigerait soit que le document soit transféré (ou transféré et endossé) au créancier garanti lui-même ou à une personne désignée par lui, soit que l'émetteur ou un autre débiteur remette les biens au créancier garanti ou à une autre personne désignée par lui.

B. Recommandations

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que, du fait que toutes les recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties sont incluses dans le document A/CN.9/637, elles ne sont pas reproduites ici. Une fois leur texte définitif établi, elles seront reproduites à la fin de chaque chapitre.*]

A/CN.9/637/Add.4 [Original: anglais]

Note du Secrétariat sur la terminologie et les recommandations du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa douzième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
X.	Réalisation d'une sûreté réelle mobilière	1-102
A.	Remarques générales	1-82
1.	Introduction	1-9
2.	Principes généraux de réalisation	10-35
a)	Généralités	10
b)	Nécessité d'une défaillance avant la réalisation	11-14
c)	Bonne foi et caractère commercialement raisonnable	15
d)	Liberté des parties de convenir de la procédure de réalisation	16-17
e)	Supervision judiciaire de la réalisation	18-20
f)	étendue des droits après défaillance du constituant	21-26
g)	étendue des droits après défaillance du créancier garanti	27-28
h)	Réalisation judiciaire et extrajudiciaire	29-32
i)	Cumul des droits après défaillance	33-34
j)	Droit du créancier garanti prioritaire de prendre le contrôle de la réalisation	35
3.	Étapes procédurales précédant la réalisation et droits du constituant	36-45
a)	Généralités	36
b)	Avis d'intention de procéder à une réalisation extrajudiciaire	37-41
c)	Forme et teneur de l'avis	42-44
d)	Autorisation donnée au constituant de disposer des biens grevés	45
4.	Exercice extrajudiciaire des droits du créancier garanti	46-67
a)	Généralités	46-47
b)	Appréhension des biens grevés entre les mains du constituant	48-53
c)	Vente ou autre mode de disposition des biens grevés	54-56

d) Allocation du produit de la disposition 57-59
e) Acquisition des biens grevés à titre d'exécution de l'obligation garantie 60-64
f) Gestion et vente d'une entreprise 65-67
5. Effets de la réalisation 68-72
a) Le constituant, le créancier garanti et les tiers. 68-69
b) Autres parties 70-71
c) Caractère définitif 72
6. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un produit 73-74
7. Articulation entre le régime de réalisation des sûretés mobilières et le régime de réalisation des sûretés immobilières. 75-79
8. Réalisation d'une sûreté sur un bien attaché à un bien meuble, une masse ou un produit fini 80-82
B. Remarques sur des biens particuliers 83-102
1. Généralités. 83
2. Réalisation d'une sûreté sur une créance 84-88
3. Réalisation en cas de transfert pur et simple d'une créance 89-91
4. Réalisation d'une sûreté sur un instrument négociable 92-94
5. Réalisation d'une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire 95-98
6. Réalisation d'une sûreté sur un droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant 99-100
7. Réalisation d'une sûreté sur un document négociable 101-102
C. Recommandations . . . . . .

X. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière

A. Remarques générales

1. Introduction

1. Les parties à un accord espèrent généralement chacune que l'autre s'acquittera volontairement de toutes ses obligations, qu'il s'agisse d'obligations entre elles ou à l'égard de tiers, et que ces obligations naissent d'un contrat ou par l'effet de la loi. Ce n'est qu'en cas d'inexécution qu'elles envisagent une réalisation forcée par une procédure judiciaire. En règle générale, les États élaborent avec soin, pour les actions civiles ordinaires, des régimes d'exécution qui établissent un équilibre entre les droits des débiteurs, des créanciers et des tiers. Dans la plupart des États, le créancier qui cherche à obtenir une exécution forcée, est tenu, en vertu de ces

régimes, d'intenter une action en justice pour faire reconnaître son droit, puis de faire saisir les biens du débiteur et de les faire vendre sous la supervision d'un agent public. Sur le montant de la vente, le créancier judiciaire recevra paiement de la créance dont lui est redevable le débiteur judiciaire.

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

3. Quelle que soit la raison, même après un ou plusieurs paiements non effectués, il est dans l'intérêt des deux parties à une convention constitutive de sûreté, et des tiers en général, que le constituant tente de rattraper ces paiements et continue volontairement de s'acquitter de l'obligation promise. Une procédure d'exécution forcée est toujours moins efficace qu'une exécution volontaire, parce que: a) elle coûte cher; b) elle prend du temps; c) le résultat n'est pas toujours certain; d) elle aboutit généralement à une rupture totale de la relation entre les parties; et e) les conséquences à long terme pour les constituants et les tiers sont souvent catastrophiques. C'est pourquoi de nombreux États encouragent activement les parties à une convention constitutive de sûreté à prendre des mesures pour éviter tout manquement qui pourrait conduire à une exécution forcée. C'est aussi pour cela que les créanciers garantis surveillent souvent de près les activités commerciales de leurs constituants. Par exemple, ils examinent périodiquement les livres comptables, inspectent les biens grevés et prennent contact avec les constituants qui montrent des signes de difficultés financières. Les constituants qui ont du mal à remplir leurs obligations coopèrent généralement avec leurs créanciers garantis pour trouver des moyens de prévenir ou de surmonter ces difficultés. Dans certains cas, le constituant peut demander l'assistance du créancier garanti pour élaborer un nouveau plan d'affaires. Dans d'autres, le constituant et un créancier individuel, ou le constituant et tout son groupe de créanciers peuvent tenter ensemble de modifier de manière informelle certains aspects de leurs conventions.

4. Il existe de nombreux types de convention de réaménagement des dettes. Parfois, les parties concluent un "concordat" ou un arrangement de "restructuration", qui prolonge le délai de paiement, modifie d'une autre manière l'obligation du constituant ou augmente ou réduit les biens grevés qui garantissent ces obligations. Deux facteurs principaux pèsent sur les négociations visant à

parvenir à un concordat: a) le droit du créancier garanti de réaliser ses sûretés sur les biens grevés si le constituant ne s'acquitte pas de l'obligation garantie; et b) la possibilité qu'une procédure d'insolvabilité soit engagée par ou contre le constituant.

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

6. Au cœur d'un régime d'opérations garanties se trouve le droit du créancier garanti de compter sur le montant susceptible d'être tiré de la vente des biens grevés pour se rembourser. Les mécanismes de réalisation qui permettent aux créanciers de prévoir exactement ce qu'il leur en coûtera en temps et en argent de disposer des biens grevés et le produit probable du processus de réalisation auront un impact considérable sur l'offre de crédit et le coût du crédit. Un régime d'opérations garanties devrait, par conséquent, comporter des règles de fond et de procédure à la fois efficaces, économiques et prévisibles pour la réalisation d'une sûreté après la défaillance d'un constituant. Du fait que la réalisation a une incidence directe sur les droits du constituant, des autres personnes ayant un droit sur les biens grevés et des autres créanciers du constituant, ce régime devrait aussi prévoir des garanties suffisantes pour protéger ces droits.

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

8. Le présent chapitre examine le droit du créancier garanti de réaliser sa sûreté en cas d'inexécution de l'obligation garantie ("défaillance") de la part du constituant. Si ce dernier est insolvable, la loi sur l'insolvabilité peut limiter l'exercice de ce droit (voir le chapitre XIV, relatif à l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière). La section A.2 du chapitre porte sur les principes généraux qui régissent la défaillance et la réalisation. La section A.3 examine les procédures qu'un créancier garanti peut être tenu de suivre avant d'exercer ses voies de droit et énonce les droits du constituant après défaillance. Les différentes voies de droit dont disposent généralement les créanciers garantis sont examinées à la section A.4, et la section A.5 traite des effets de la réalisation sur le constituant, le créancier garanti et les tiers. La réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur le produit est étudiée à la section A.6 et la manière dont s'articulent les régimes de réalisation relatifs aux biens meubles et aux biens immeubles à la section A.7. Enfin, les types de modifications qui pourraient être nécessaires pour une réalisation efficace des sûretés sur des biens attachés à des biens meubles et des sûretés grevant une masse ou un produit fini sont examinés à la section A.8.

9. La réalisation de sûretés réelles mobilières sur des créances, des instruments négociables, des droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, des droits de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant et des documents négociables ne s'intègre pas facilement dans les procédures générales de réalisation contre des biens meubles corporels (pour les définitions de ces termes, voir Introduction, section B, Terminologie). Il en résulte que de nombreux États ont des règles particulières pour la réalisation des sûretés sur les biens meubles incorporels, les créances et divers autres droits à paiement. Ces situations particulières sont examinées dans les sections B.1 à B.7 du présent chapitre, qui se termine, à la section C, par une série de recommandations.

2. Principes généraux de réalisation

a) Généralités

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

b) Nécessité d'une défaillance avant la réalisation

11. Une sûreté réelle mobilière garantit l'exécution par un constituant (ou, dans le cas d'un tiers constituant, l'exécution par le débiteur) d'une obligation envers le créancier garanti. Ainsi, dans le cas standard, la sûreté devient réalisable dès qu'il y a défaut de paiement de l'obligation garantie de la part du constituant. Il existe toutefois un certain nombre d'autres événements emportant défaillance qui sont généralement énoncés dans la convention constitutive de sûreté. N'importe lequel de ces événements, à moins que le créancier garanti n'ait renoncé à l'invoquer, suffit pour constituer une défaillance et permettre ainsi une réalisation forcée de la sûreté. En d'autres termes, la convention conclue entre les parties et le droit général des obligations déterminent si le constituant est défaillant et quand la procédure de réalisation peut être engagée. Le droit général des obligations détermine aussi habituellement si un avis formel de défaillance doit être adressé au débiteur et, dans l'affirmative, quel en est le contenu.

12. Parfois, il y a défaillance non pas parce qu'un paiement n'a pas été effectué, mais parce qu'un autre créancier saisit les biens grevés en vertu d'un jugement ou cherche à réaliser sa propre sûreté. Certains États prévoient que, sauf stipulation dans la convention constitutive de sûreté, la saisie, par un autre créancier, de biens grevés vaut manquement à toutes les conventions constitutives de sûretés qui portent sur les biens saisis. Ce principe répond à un souci d'efficacité. Dans la mesure où les biens grevés garantissent le paiement dû au créancier, dès lors qu'ils

font l'objet d'une procédure judiciaire, celui-ci devrait pouvoir intervenir pour protéger ses droits. Dans ces cas, les règles de procédure donnent souvent à ce créancier le droit d'obtenir la disposition forcée des biens grevés. Le créancier garanti s'appuiera sur ces mêmes règles de procédure pour intervenir dans de telles actions judiciaires et procédures d'exécution en vue de protéger ses droits et son rang de priorité.

13. En général, les États prévoient qu'un créancier garanti prioritaire pourra, s'il en décide ainsi, prendre le contrôle du processus de réalisation d'un créancier garanti de rang inférieur. Cette règle découle du fait que les deux créanciers garantis exercent les mêmes prérogatives au titre du même régime de sûreté, de sorte que leurs droits de réalisation devraient être déterminés par leurs rangs de priorité respectifs. D'autres États protègent les droits des créanciers de rang supérieur en prévoyant qu'aucune vente effectuée par un créancier de rang inférieur en réalisation de sa sûreté ne peut porter atteinte à leurs droits.

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

c) Bonne foi et caractère commercialement raisonnable

15. La réalisation d'une sûreté a des conséquences graves pour les constituants, les débiteurs et les tiers intéressés (par exemple un créancier garanti de rang inférieur, un garant, ou encore un copropriétaire du bien grevé). Pour cette raison, certains États imposent spécifiquement aux créanciers garantis, lorsqu'ils exercent leurs droits, l'obligation générale et absolue d'agir de bonne foi et de manière commercialement raisonnable. Étant donné l'importance de cette obligation, ces États prévoient aussi que le créancier garanti et le constituant ne peuvent à aucun moment y renoncer ou la modifier (voir les recommandations 128 et 129). En outre, comme indiqué, un créancier garanti qui manque aux obligations qui lui incombent en matière de réalisation est tenu de verser des dommages-intérêts aux personnes lésées du fait de ce manquement (voir la recommandation 133). Ainsi, s'il n'agit pas d'une façon commercialement raisonnable lorsqu'il dispose des biens grevés et que, de ce fait, il retire de cette réalisation un montant moindre que s'il avait agi d'une façon commercialement raisonnable, il doit indemniser toute personne lésée par cette différence.

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

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

17. Les États qui autorisent les parties à renoncer par convention à leurs droits légaux ou contractuels après défaillance imposent néanmoins un certain nombre de restrictions à cette faculté. Par exemple, ils ne permettent généralement pas que l'obligation du créancier d'agir de bonne foi et de manière commercialement raisonnable fasse l'objet d'une renonciation (voir la recommandation 129). Pour les autres obligations, de nombreux États font une distinction entre les droits du constituant et ceux du créancier garanti. Dans certains États, le constituant ne peut renoncer aux obligations après défaillance du créancier garanti ou convenir de les modifier qu'après la survenue d'une défaillance. Le fait d'autoriser une renonciation après défaillance permet souvent au constituant et au créancier garanti d'organiser à l'amiable une disposition des biens grevés qui maximise le montant susceptible d'en être retiré, au profit du créancier garanti, du constituant et des autres créanciers de ce dernier (voir la recommandation 130). Souvent aussi, ces mêmes États autorisent un créancier garanti à renoncer à tout moment à ses droits envers le constituant (soit avant, soit après la défaillance) en partant du principe qu'il y a peu de risques que ce dernier impose des conditions abusives au moment de l'octroi du crédit (voir la recommandation 131). En tout état de cause, la modification des droits des parties à la convention constitutive de sûreté est sans incidence sur les droits des tiers, et la charge de la preuve pèse sur celui qui conteste la convention (voir la recommandation 132).

e) Supervision judiciaire de la réalisation

18. En règle générale, lorsqu'un constituant est défaillant et que les tentatives d'aménagement des obligations ont échoué, il est probable qu'une réalisation forcée de la sûreté sur les biens grevés s'ensuive. Dans certains cas, toutefois, les constituants contestent soit l'allégation du créancier garanti selon laquelle ils seraient défaillants, soit son calcul du montant qui lui est dû par suite de la

défaillance. Pour des raisons d'ordre public, les États prévoient généralement que les constituants ont toujours le droit de saisir les tribunaux pour qu'ils confirment, rejettent, modifient ou contrôlent l'exercice des droits de réalisation d'un créancier.

19. Il ne s'agit pas d'imposer des procédures judiciaires inutiles aux créanciers garantis, mais plutôt de permettre aux constituants et aux autres parties intéressées de s'assurer du respect des procédures impératives après défaillance (voir la recommandation 134). Par conséquent, pour que la contestation de la réalisation par le constituant puisse être traitée rapidement et à moindres frais, de nombreux États, en pareil cas, remplacent les règles normales de la procédure civile par une procédure judiciaire accélérée (voir la recommandation 135). Par exemple, on peut n'accorder aux constituants et aux autres parties intéressées qu'un délai limité pour présenter des contestations ou opposer une exception. D'autres États permettent aux constituants de s'opposer au créancier garanti sur ces points même après le commencement de la réalisation, ou lors de la répartition du produit de la réalisation, ou lorsque le créancier garanti cherche à recouvrer la différence entre le montant de l'obligation et le produit de la réalisation si celui-ci est insuffisant. D'autres États encore permettent aux constituants d'obtenir non seulement des dommages-intérêts compensatoires, mais aussi des dommages-intérêts punitifs, s'il est prouvé que le créancier garanti soit n'avait pas le droit de réaliser sa sûreté, soit l'avait réalisée pour un montant supérieur à celui effectivement dû.

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

f) Étendue des droits après défaillance du constituant

i) Généralités

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

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

22. Lorsqu'une défaillance a été signalée, le débiteur, le tiers constituant et les tiers intéressés tenteront souvent de refinancer l'obligation garantie ou de remédier autrement à la défaillance alléguée. Dans de tels cas, les États doivent décider quels droits ces différentes parties peuvent exercer, et dans quel délai. Habituellement, les constituants et les tiers se voient accorder le droit d'obtenir la libération des biens grevés à condition de rembourser intégralement l'obligation garantie.

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

24. De plus, les États adoptent en général une attitude souple en ce qui concerne le délai dans lequel le remboursement peut être effectué. Le souci du créancier garanti est d'être payé. Tant que ce paiement du principal, des intérêts et des frais de réalisation exposés intervient avant que les droits de tiers ne soient affectés, il n'y a aucune raison d'insister sur la disposition du bien grevé. En d'autres termes, quiconque exerce le droit peut le faire jusqu'à ce que: a) le créancier garanti dispose des biens grevés ou finisse de recouvrer le paiement après la disposition des biens grevés; b) il conclue une convention en vue de la disposition des biens grevés; ou c) il acquière les biens grevés à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie, selon ce qui intervient en premier. Jusqu'à ce qu'un de ces événements se produise, l'obligation garantie peut être remboursée intégralement et les biens grevés libérés. Pour les mêmes raisons (reconnaissance du fait que pour le créancier, le principal souci est d'être payé, et pour le constituant, de ne pas perdre son bien), le Guide recommande que le remboursement emportant libération des biens grevés soit autorisé jusqu'à ce que les tiers acquièrent des droits, qu'un accord aux fins de la disposition des biens ait été conclu, ou que le créancier garanti ait acquis le bien grevé à titre d'exécution de l'obligation garantie (voir la recommandation 137).

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

26. Les États abordent de façon très différente le droit à la régularisation. Certains ne prévoient pas de tel droit dans la loi, mais autorisent les parties à le stipuler dans la convention constitutive de sûreté. D'autres, en revanche, prévoient que le constituant ne peut pas renoncer à ce droit, et qu'il est le seul à pouvoir l'exercer. Enfin, certains États autorisent toute partie intéressée à remédier à une défaillance et à régulariser l'inexécution de l'obligation garantie. Lorsque cette régularisation est autorisée, le délai pour exercer ce droit est le même que le délai pour l'exercice du droit à la libération des biens grevés. Du fait que la régularisation conserve l'obligation garantie au lieu de l'éteindre, le constituant peut de nouveau être défaillant par la suite. Afin d'éviter une série de défaillances et de régularisations stratégiques, les États qui permettent la régularisation limitent souvent le nombre de fois où l'exécution d'une obligation garantie peut être rétablie après défaillance. Le Guide ne formule pas de recommandation particulière en ce qui concerne la régularisation. La principale raison à cela est que l'on considère qu'il appartient plutôt aux États de décider d'autoriser ou non, dans leur droit général des obligations, les clauses de déchéance du terme dans les conventions constitutives de sûreté (qui anéantiraient le droit à la régularisation).

g) Étendue des droits après défaillance du créancier garanti

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

28. Contrairement à l'exécution ordinaire des jugements, la réalisation des sûretés réelles mobilières fait l'objet d'une importante limitation supplémentaire. Un créancier garanti ne peut procéder à la réalisation que contre les biens effectivement grevés par sa sûreté et non contre l'ensemble des biens du constituant (le créancier garanti peut exercer toute voie de droit qui s'offre à un créancier chirographaire pour recouvrer auprès du constituant la différence entre le montant de l'obligation garantie et le produit de la réalisation si celui-ci est insuffisant). Dans le cadre de cette contrainte supplémentaire, des principes analogues à ceux qui régissent l'exécution en général s'appliquent à la réalisation d'une sûreté. Le créancier garanti ne peut réaliser sa sûreté que contre les droits réels particuliers que le constituant détient effectivement sur les biens grevés. Ainsi, par exemple, si la faculté du constituant de vendre un bien grevé ou d'en disposer d'une autre manière, de le louer ou de le mettre sous licence est limitée, la réalisation par le créancier garanti de sa sûreté ne saurait écarter ces restrictions. Autrement dit, si par exemple un constituant détient des biens dans le cadre d'une licence de marque, la sûreté ne portera que sur ses droits en tant que titulaire de la licence, sous réserve des clauses opposables de ladite licence, et ne conférera au créancier garanti aucun droit général d'utiliser la marque ou d'en disposer.

h) Réalisation judiciaire et extrajudiciaire

29. En vertu d'un principe général du droit régissant les relations entre débiteur et créancier, la plupart des États exigent que l'exécution se fasse par voie judiciaire. Les créanciers doivent poursuivre leurs débiteurs, obtenir un jugement, puis faire appel à d'autres agents ou autorités publics (huissiers de justice, notaires ou police) pour le faire exécuter. Pour protéger le constituant et les autres parties ayant des droits sur les biens grevés, certains États imposent une obligation similaire aux créanciers garantis, en leur demandant de faire appel exclusivement aux tribunaux ou à d'autres autorités publiques pour réaliser leurs sûretés. Cependant, la procédure judiciaire pouvant être lente et coûteuse, elle a souvent moins de chances de dégager le montant le plus élevé possible lors de la disposition des biens vendus. En outre, du fait que les frais liés à la réalisation seront inclus dans le coût de l'opération de financement, une procédure inefficace aura un impact négatif sur l'offre et le coût du crédit.

30. Pour faciliter les opérations garanties, certains États exigent seulement une intervention préalable minimale des agents ou autorités publics dans le processus de réalisation. Par exemple, le créancier garanti peut être tenu de demander à un tribunal qu'il ordonne la prise de possession, ce que le tribunal fait sans entendre les parties. Dans d'autres cas, une fois en possession du bien, le créancier garanti peut le vendre directement sans intervention du tribunal, à condition qu'il fasse appel à un huissier assermenté pour gérer le processus conformément aux procédures prescrites. Cette approche, moins formelle, se justifie par le fait qu'il est souvent plus souple, plus rapide et moins coûteux de laisser le créancier garanti ou un tiers de confiance prendre le contrôle des biens et en disposer que de laisser les autorités publiques prendre en main la procédure. Un système bien conçu peut offrir une protection au constituant et aux autres personnes ayant intérêt à ce que le montant qui sera retiré de la vente des biens grevés soit le plus élevé possible, tout en permettant de réaliser au mieux la sûreté sur ces biens. En outre, le fait de savoir que le tribunal peut facilement intervenir suffit souvent pour inciter les parties à se montrer coopératives et raisonnables et leur éviter ainsi d'avoir à le saisir. Enfin, à la différence du créancier judiciaire ordinaire, la plupart des créanciers garantis sont des fournisseurs de crédit. Leur souci de préserver leur réputation les conduira donc à faire preuve de mesure au moment de la réalisation.

31. Dans certains États, le créancier garanti n'est pas tenu de saisir les tribunaux ou d'autres autorités publiques pour réaliser sa sûreté et a le droit de ne recourir qu'à des procédures extrajudiciaires. Ces États imposent généralement, en pareils cas, un certain nombre de règles impératives concernant, par exemple, l'obligation d'envoyer un avis de défaillance ou d'intention de disposer, l'obligation d'agir de bonne foi et de manière commercialement raisonnable, et l'obligation de remettre au constituant le produit de la disposition. En outre, ils n'autorisent pas le créancier garanti à prendre possession des biens grevés de manière extrajudiciaire si un tel acte conduit à troubler l'ordre public. Ces exigences ont pour but et pour effet de conférer de la souplesse aux méthodes utilisées pour la disposition des biens grevés de façon à permettre une réalisation économiquement efficace tout en protégeant le constituant et les autres parties intéressées contre des mesures prises par le créancier garanti qui, dans le contexte commercial, ne seraient pas raisonnables. Pour apporter le maximum de souplesse dans la réalisation et obtenir ce faisant le prix le plus élevé possible lors de la disposition, le Guide recommande que les créanciers

puissent opter pour une procédure judiciaire ou extrajudiciaire pour réaliser leurs sûretés (voir la recommandation 139). En tout état de cause, dans les États qui autorisent la réalisation extrajudiciaire, il est toujours possible de saisir les tribunaux pour faire reconnaître et protéger les revendications et exceptions légitimes du constituant et d'autres parties ayant des droits sur les biens grevés (voir la recommandation 134).

32. Même dans les États où un créancier garanti est autorisé à agir sans intervention officielle, il a aussi le droit normalement de saisir les tribunaux pour réaliser sa sûreté. En outre, du fait qu'une sûreté est constituée pour accroître la probabilité qu'un créancier reçoive le paiement d'une obligation garantie, la réalisation d'une sûreté après défaillance ne devrait pas empêcher un créancier garanti de tenter de demander l'exécution de l'obligation garantie selon la procédure judiciaire ordinaire (voir la recommandation 141). Un certain nombre de raisons peuvent inciter un créancier garanti à choisir l'une ou l'autre de ces options de préférence à la réalisation extrajudiciaire. Il souhaitera peut-être éviter le risque de voir ses actes contestés par la suite. Il peut aussi parvenir à la conclusion qu'il devra de toute façon demander l'ouverture d'une procédure judiciaire pour recouvrer une partie de sa créance car il s'attend à ce que le produit de la réalisation soit insuffisant. Il peut encore craindre un trouble de l'ordre public au moment de la réalisation. De fait, de nombreux États encouragent les créanciers garantis à saisir les tribunaux en prévoyant une procédure de réalisation moins coûteuse et plus rapide. Ils peuvent par exemple autoriser la réalisation d'une sûreté dans le cadre d'une procédure comportant uniquement la preuve par déclaration sous serment. Ils peuvent aussi prévoir des règles disposant que les parties doivent être entendues, que les contestations doivent être réglées dans un délai très court (72 heures par exemple), et qu'une décision doit être rendue aussi rapidement que possible. Certains États autorisent même un créancier garanti qui a obtenu un jugement par une procédure ordinaire à saisir les biens grevés et à en disposer sans suivre la procédure de saisie et de vente officielle. Enfin, la plupart des États prévoient que ces voies de droit sont cumulatives. Un créancier garanti qui choisit une voie extrajudiciaire particulière peut changer d'avis et choisir ensuite une autre voie extrajudiciaire pour réaliser ses sûretés dans la mesure où l'exercice d'un droit ne rend pas impossible l'exercice d'un autre droit (voir la recommandation 140 et les paragraphes 33 et 34 ci-après).

i) Cumul des droits après défaillance

33. Il arrivera parfois que, pour disposer entièrement de tous les biens grevés, un créancier soit obligé d'exercer plus d'une voie de droit. Comme on l'a observé, cela arrive généralement lorsqu'un créancier garanti liquide une entreprise. Cela peut aussi se produire si, par exemple, une vente est la manière la plus efficace de réaliser une sûreté sur les stocks, ou si l'acquisition des biens par le créancier garanti à titre d'exécution de l'obligation garantie est le moyen le plus efficace de réaliser une sûreté sur le matériel. De plus, il y aura, à l'occasion, des situations où un créancier garanti estimera qu'une voie de droit sera optimale, avant de découvrir qu'une autre permettra d'obtenir une valeur plus élevée en cas de disposition. C'est pourquoi la plupart des États prévoient le cumul des voies de droit du créancier garanti. Ainsi, le créancier procédant à la réalisation n'aura peut-être pas seulement la possibilité de choisir la voie de droit à exercer, mais pourra en exercer plusieurs, simultanément ou successivement. Peut-être même pourra-t-il exercer parallèlement

des voies de droit judiciaires et extrajudiciaires. Ce n'est que quand l'exercice d'une voie de droit (par exemple la prise de possession et la disposition d'un bien grevé) rend impossible l'exercice d'une autre (par exemple l'acquisition d'un bien grevé à titre d'exécution de l'obligation garantie) qu'il ne pourra les cumuler. Là encore, le Guide part du principe selon lequel, la maximisation de la souplesse dans la réalisation permettra probablement d'obtenir la valeur la plus élevée pour les biens grevés, et il recommande que les créanciers garantis soient autorisés à cumuler les voies de droit judiciaires et extrajudiciaires (voir la recommandation 140).

34. Une sûreté est octroyée afin d'augmenter les chances qu'un créancier reçoive le paiement de l'obligation garantie. Les différents moyens de réalisation après la défaillance, et en particulier les voies de droit extrajudiciaires du créancier garanti, visent à atteindre cet objectif. Certains États n'autorisent pas les créanciers garantis à cumuler à la fois les voies de droit (judiciaires ou extrajudiciaires) portant sur les biens grevés et celles portant sur les obligations garanties. Ils partent du principe que les voies de droit extrajudiciaires sont une faveur accordée au créancier garanti et que celui-ci devrait, par conséquent, être tenu de choisir soit de réaliser sa sûreté de manière extrajudiciaire soit d'ester en justice pour faire exécuter l'obligation garantie. D'autres États autorisent le créancier garanti à cumuler les voies de droit extrajudiciaires et le droit de faire exécuter l'obligation selon le droit des contrats. De plus, ils permettent que les deux procédures soient simultanées ou successives, dans n'importe quel ordre. Le fait de demander à un créancier garanti de choisir, au début de la réalisation, l'un ou l'autre moyen de procéder complique la réalisation et en augmente le coût, car cela exige que le créancier détermine si le produit de la réalisation risque d'être insuffisant. S'il arrive à cette conclusion, il sera contraint d'ester en justice pour faire exécuter l'obligation, et de faire valoir sa priorité uniquement au moment d'une vente judiciaire à des fins de réalisation. Ce processus est moins rapide, plus coûteux, et produira normalement une valeur moindre au moment de la vente. Afin de maximiser la valeur de la réalisation, le Guide recommande que les créanciers garantis soient autorisés à cumuler les procédures pour réaliser la sûreté par des voies extrajudiciaires et pour faire exécuter l'obligation garantie par voie judiciaire, sous réserve toujours que le créancier garanti ne puisse pas réclamer davantage que son dû (voir la recommandation 141).

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

35. Le créancier garanti de rang supérieur voudra souvent prendre le contrôle d'un processus de réalisation commencé par un autre créancier (que ce soit dans le cadre d'une procédure d'exécution d'un jugement ou simplement de la réalisation d'une sûreté). Les États accordent généralement ce droit aux créanciers garantis procédant à la réalisation suivant la loi sur les opérations garanties, mais certains ne permettent pas aux créanciers garantis de procéder à une réalisation extrajudiciaire une fois qu'un créancier judiciaire (qu'il s'agisse d'un créancier chirographaire ou d'un créancier garanti qui peut avoir aussi intenté une action en exécution devant les tribunaux) a saisi les biens grevés. Lorsque les États accordent à un créancier garanti le droit de prendre le contrôle d'un processus de réalisation commencé par un créancier judiciaire, ils lui imposent souvent d'exercer ce droit dans un certain délai (à savoir avant que les enchères commencent) et de rembourser au créancier judiciaire les frais d'exécution que celui-ci a engagés jusque là. Afin de maximiser l'efficacité de la réalisation des sûretés, le Guide recommande d'accorder au créancier garanti de rang supérieur à celui du créancier garanti procédant à la

réalisation le droit de prendre le contrôle de la réalisation commencée tant par d'autres créanciers garantis par voie extrajudiciaire que par des créanciers judiciaires (voir la recommandation 142).

3. Étapes procédurales précédant la réalisation et droits du constituant

a) Généralités

36. Les États ont élaboré des mécanismes procéduraux pour faciliter la réalisation effective et efficace par le créancier garanti et la protection des droits du constituant et des tiers ayant un droit sur les biens grevés. Généralement, un créancier garanti peut: a) obtenir un jugement par la voie ordinaire et demander à un agent public de saisir les biens grevés et de les vendre aux enchères; b) engager une procédure judiciaire accélérée pour faire reconnaître la défaillance du débiteur et demander immédiatement à un agent public de saisir et vendre les biens grevés; ou c) exercer ses droits sans procédure judiciaire. Ces mécanismes sont destinés à assurer un équilibre entre des droits concurrents après défaillance mais avant l'exercice effectif des voies de droit du créancier garanti. C'est pourquoi les États prévoient habituellement qu'ils s'appliquent indépendamment de la voie de droit choisie par le créancier garanti, y compris par conséquent si le créancier garanti: a) saisit et vend les biens grevés de gré à gré, en affectant le produit de la vente au remboursement de l'obligation non réglée; b) acquiert le bien grevé en paiement de l'obligation garantie; ou c) reprend l'entreprise du débiteur et la gère pour payer l'obligation garantie.

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

37. Lorsqu'un créancier garanti choisit de faire exécuter la convention constitutive de sûreté en engageant une action ordinaire contre le constituant auprès des tribunaux au titre de l'obligation garantie, les règles normales de procédure civile (notamment celles qui ont trait à l'avis de défaillance et à la possibilité d'entendre les parties sur le fond) s'appliqueront à l'action judiciaire et au processus de réalisation après jugement. Généralement, toutefois, ces règles ne s'appliquent directement qu'aux procédures formelles des tribunaux. C'est pourquoi les États qui autorisent la réalisation extrajudiciaire adoptent le plus souvent des règles distinctes en cette matière, pour veiller à ce que les droits des parties concernées soient protégés de manière adéquate, tout en permettant une souplesse maximale dans le processus de réalisation.

38. La nécessité reconnue d'adresser un avis de réalisation extrajudiciaire place les États devant un choix fondamental. Dans certains, un créancier garanti doit envoyer un préavis de son intention de procéder à une réalisation extrajudiciaire avant même de chercher à obtenir la possession des biens grevés. Cela signifie qu'il doit adresser au constituant (et aussi, généralement, aux tiers ayant des droits sur les biens grevés) un avis écrit spécifiant la défaillance, les biens grevés, son intention de demander la possession des biens, le délai dans lequel le constituant doit, soit remédier à la défaillance, soit remettre les biens (en général entre 15 et 20 jours) et, souvent, la voie de droit particulière qu'il entend suivre pour en disposer. Dans d'autres États, le moment où doit être envoyé l'avis est différé, et sa teneur matérielle est souvent moins détaillée. Par exemple, le créancier garanti n'est pas tenu de communiquer un préavis de son intention de prendre possession des biens grevés, mais il est en droit d'en prendre immédiatement possession au moment où il

avise formellement le constituant de la défaillance. Une fois en possession des biens grevés, toutefois, il ne peut généralement pas en disposer sans aviser à l'avance (en général 15 à 20 jours) le constituant et les tiers intéressés du mode et des modalités de disposition qu'il envisage si le constituant ne remédie pas entre-temps à la défaillance.

39. Ces deux approches comportent des avantages et des inconvénients. Le principal avantage d'un régime exigeant un préavis de l'intention du créancier garanti de procéder à la réalisation et de prendre possession des biens grevés est qu'il attire l'attention du constituant et du débiteur sur la nécessité de protéger leurs droits sur les biens grevés (le débiteur saura forcément qu'il est défaillant, mais peut-être pas le tiers constituant). Cela peut impliquer, par exemple, de contester la réalisation, de remédier à la défaillance du débiteur ou de chercher des acheteurs potentiels pour les biens grevés. Le fait d'aviser les autres parties intéressées permet à ces dernières de suivre la réalisation ultérieure de la sûreté par le créancier garanti, de contester la réalisation ou, si c'est dans leur intérêt, de remédier à la défaillance et, s'il s'agit de créanciers garantis dont les sûretés sont prioritaires (et que le constituant est défaillant également à leur égard), de participer à la procédure de réalisation ou d'en prendre le contrôle. Les inconvénients de ce type d'avis comprennent son coût, le fait que le créancier garanti doive peut-être choisir une voie de droit avant d'avoir inspecté de près les biens grevés, la possibilité qu'elle donne à un constituant non coopératif de mettre les biens grevés hors de portée du créancier et le risque que d'autres créanciers se précipitent pour faire valoir leurs droits sur les biens de l'entreprise du constituant et gênent le processus de disposition. De plus, si les exigences de forme et de fond relatives aux avis ne sont pas claires et simples, il y a un risque de non-respect "technique", débouchant sur une procédure judiciaire, avec les frais et retards que cela comporte.

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

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

ait consenti à une réalisation extrajudiciaire dans la convention constitutive de sûreté, qu'au moment où le créancier garanti cherche à obtenir la possession, le constituant ne s'y oppose pas, et que le créancier garanti ait avisé le constituant de la défaillance et de son intention de chercher à obtenir la possession sans saisir de tribunal (voir la recommandation 144).

c) Forme et teneur de l'avis

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

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

44. Plusieurs approches permettent de trouver le bon équilibre entre, d'une part, la nécessité de faire en sorte que l'avis apporte suffisamment d'informations aux parties intéressées pour leur permettre de décider en connaissance de cause comment protéger au mieux leurs droits et, d'autre part, la nécessité d'une réalisation rapide et peu coûteuse. Certains États imposent une lourde charge aux créanciers garantis, tant pour ce qui est du moment où doit être adressé l'avis que de son contenu. D'autres n'imposent que des prescriptions minimales. Le Guide

recommande que l'avis soit donné avant l'obtention de la possession (voir la recommandation 144). Si le créancier garanti est déjà en possession des biens, l'avis n'est pas nécessaire. Néanmoins, dans un cas comme dans l'autre, le créancier doit informer le constituant de la manière dont il a l'intention de réaliser sa sûreté sur les biens grevés. S'il envisage de recourir à une vente extrajudiciaire, l'avis sera communiqué, sauf urgence, avant la disposition des biens grevés (voir la recommandation 146). Même si la loi sur les opérations garanties doit prévoir l'envoi de l'avis de manière efficace, rapide et fiable (voir la recommandation 147), le Guide recommande que les États conservent une certaine marge de manœuvre pour déterminer le contenu de l'avis et la manière dont il doit être donné (voir la recommandation 147). De même, il recommande que, dans le cas où le créancier garanti décide d'acquérir le bien grevé à titre d'exécution totale ou partielle de la dette (voir la recommandation 153), l'avis laisse au constituant suffisamment de temps pour s'opposer à la proposition (voir la recommandation 154).

d) Autorisation donnée au constituant de disposer des biens grevés

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

4. Exercice extrajudiciaire des droits du créancier garanti

a) Généralités

46. Lorsqu'un créancier garanti choisit de faire exécuter la convention constitutive de sûreté par voie judiciaire, il lui faudra, après obtention d'un jugement, saisir et vendre les biens grevés. Dans certains États, les règles normales de procédure civile relatives au processus d'exécution après jugement s'appliquent. En général, cela signifie que des agents publics ou des autorités publiques (par exemple huissiers de justice, notaires ou police) prendront possession des biens grevés pour les vendre aux enchères publiques. Dans d'autres États, même après avoir obtenu un jugement,

le créancier garanti peut exercer son droit extrajudiciaire de prendre possession des biens grevés et en disposer de manière extrajudiciaire. Dans d'autres États encore, il doit, une fois le jugement obtenu, suivre une procédure judiciaire pour le faire exécuter, cette procédure étant toutefois simplifiée.

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

b) Appréhension des biens grevés entre les mains du constituant

48. Avant la défaillance, le constituant est généralement en possession des biens grevés. Parfois, cependant, il aura déjà transféré la possession au créancier garanti, soit au moment où la sûreté a pris effet entre eux (voir la recommandation 15) soit plus tard, comme moyen de rendre la sûreté opposable (voir la recommandation 37) ou en réponse à une demande ultérieure du créancier avant la défaillance. Dans d'autres cas, les biens grevés peuvent être en la possession d'un tiers qui agit pour le créancier garanti ou sous ses ordres. Lorsqu'il en est ainsi, de nombreux États n'exigent pas du créancier garanti qu'il prenne des mesures supplémentaires pour commencer la réalisation. Autrement dit, le créancier n'a pas besoin de donner un avis formel de défaillance au constituant, il suffit qu'il envoie un avis de son intention de disposer une fois qu'il a décidé ce qu'il compte faire. Certains États, en revanche, exigent que le créancier en possession des biens informe le constituant de la défaillance et du fait qu'il détient à présent les biens grevés en vue de réaliser sa sûreté. Ces États considèrent aussi généralement que la défaillance met fin à tout accord en vertu duquel le créancier en possession des biens grevés peut les utiliser.

49. Lorsque le créancier n'est pas en possession des biens grevés, il doit prendre activement des mesures pour les récupérer auprès du constituant ou pour informer le tiers qui les détient pour le compte du constituant que la sûreté est devenue réalisable. Les États qui autorisent la réalisation extrajudiciaire prévoient généralement que, lorsqu'un constituant est défaillant, le créancier garanti a automatiquement le droit de prendre possession des biens grevés. En d'autres termes, il n'est pas nécessaire, en attendant la réalisation extrajudiciaire, que les biens soient placés sous le contrôle d'un agent public. L'idée est que si le créancier garanti peut prendre des décisions quant à la possession suite à la défaillance, il en résultera de la souplesse dans la réalisation et un moindre coût en termes de préservation des biens en attendant leur disposition. Ce raisonnement est aussi celui qui sous-tend la recommandation du Guide selon laquelle le créancier garanti, après défaillance, a droit automatiquement à la possession (voir la recommandation 143).

50. Le droit du créancier garanti à la possession s'accompagne du droit de décider exactement comment les droits découlant de cette possession devraient être exercés. Parfois, les créanciers garantis prennent personnellement possession des biens grevés contre lesquels ils procèdent à la réalisation. Cependant, dans de nombreux cas, ils ne le font pas. Ils peuvent, par exemple, remettre les biens en question à un

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

51. Les États considèrent généralement que la prise de possession des biens grevés par les créanciers garantis est une étape importante dans le processus de réalisation et imposent des règles de procédure précises aux créanciers qui réclament la possession. Autrement dit, bien que le créancier garanti puisse avoir un droit automatique à la possession, la manière de procéder est réglementée. En général, trois approches sont possibles pour élaborer les mécanismes procéduraux permettant aux créanciers garantis qui n'ont pas la possession des biens grevés d'obtenir celle-ci. Dans certains États, le créancier garanti ne peut prendre possession des biens que par une décision judiciaire, soit à la suite d'une procédure *ex parte*, soit plus souvent, à la suite d'une procédure *inter partes*. Dans d'autres États, aucune décision judiciaire n'est requise, mais le constituant doit avoir autorisé le créancier à obtenir la possession par voie extrajudiciaire dans la convention constitutive de sûreté, et le créancier doit l'aviser à l'avance (habituellement 10 ou 20 jours) de son intention de réclamer la possession et de réaliser la sûreté. Enfin, dans quelques États, le créancier est habilité à réclamer et à prendre possession des biens sans saisir de tribunal, et sans avoir à aviser préalablement le constituant de son intention, sous réserve que le constituant l'y ait autorisé dans la convention constitutive de sûreté (voir le paragraphe 38 ci-avant). Toutefois, même dans ces pays, le créancier n'a pas un droit absolu d'obtenir la possession par voie extrajudiciaire. Il y a toujours un risque que le créancier abuse de ses droits en menaçant le constituant, en l'intimidant, en portant atteinte à l'ordre public ou en réclamant les biens grevés frauduleusement. C'est pourquoi la plupart de ces États subordonnent tout acte du créancier visant à obtenir la possession à l'obligation pour ce dernier de ne pas troubler l'ordre public. Si le constituant résiste, il faut une décision judiciaire de mise en possession. Les États qui autorisent la prise de possession extrajudiciaire par le créancier sous réserve d'un préavis de 10 ou 20 jours adoptent aussi généralement cette approche et exigent une décision judiciaire s'il y a un risque de trouble à l'ordre public quand le créancier cherche à obtenir la possession après expiration du délai.

52. Comme indiqué plus haut (voir les paragraphes 39 à 41), dans les États où la prise de possession est subordonnée à un avis de la part des créanciers garantis, il y a toujours un risque qu'un constituant défaillant tente de dissimuler ou transférer les biens grevés avant que le créancier garanti n'en prenne le contrôle. Il peut aussi arriver que les biens soient utilisés de manière abusive, qu'ils soient dispersés s'il n'en est pas pris soin ou, selon les conditions du marché, qu'ils perdent rapidement de la valeur. Pour parer à ces éventualités, la plupart des États prévoient que les créanciers garantis peuvent obtenir une décision accélérée d'un tribunal ou d'une autre autorité compétente. En outre, dans le cas particulier où les biens grevés risquent de perdre rapidement de leur valeur, et que les créanciers garantis soient ou non tenus de communiquer à l'avance un avis d'intention de procéder à la

réalisation, de nombreux États autorisent le tribunal à ordonner la vente immédiate des biens périssables.

53. La décision relative aux formalités à remplir par un créancier garanti pour obtenir la possession des biens dépend du compromis que trouvent les États entre la protection des droits du constituant et une réalisation efficace en vue de réduire les coûts. Elle dépend également d'une appréciation de la probabilité, dans la pratique, d'abus de la part des créanciers garantis ou d'un comportement incorrect des constituants en possession des biens. Afin de réduire le coût de la réalisation et de limiter au minimum le risque d'utilisation abusive ou de dépréciation des biens, le Guide recommande que le créancier garanti soit autorisé à obtenir la possession par des voies extrajudiciaires, mais seulement si le constituant y a consenti dans la convention constitutive de sûreté, si le créancier a avisé le constituant de son intention de prendre possession et si, au moment où le créancier cherche à obtenir la possession, le constituant ne s'y oppose pas (voir la recommandation 144). De plus, le Guide recommande que le créancier n'ait pas besoin d'aviser le constituant de son intention de prendre possession et de disposer des biens lorsque ceux-ci sont périssables ou risquent de perdre rapidement de leur valeur entre le moment où l'avis a été adressé et celui où le créancier peut effectivement entrer en leur possession (voir la recommandation 146). Cependant, pour que le créancier garanti puisse exercer cette possibilité, le constituant doit avoir autorisé la prise de possession extrajudiciaire dans la convention constitutive de sûreté et ne pas s'y opposer au moment où le créancier cherche effectivement à obtenir la possession (voir la recommandation 144).

c) Vente ou autre mode de disposition des biens grevés

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

55. Le plus souvent, les garanties procédurales par lesquelles les États contrôlent les actions des créanciers garantis concernent les renseignements à donner dans l'avis qui doit être adressé au constituant et aux tiers qui ont un droit sur les biens grevés. En principe, le type de renseignements requis devrait être identique que les États optent pour un avis préalable ou postérieur à la prise de possession. Ainsi, par

exemple, les États demandent souvent aux créanciers d'indiquer la méthode de publicité à utiliser pour un acte de disposition proposé, la date, l'heure et l'endroit de la vente, si celle-ci se fera par enchère publique ou par appel d'offres, si les biens seront vendus séparément, par lot ou d'un seul tenant, et si la disposition inclut les locations, licences ou permis qui leur sont associés, le cas échéant. L'objectif devrait être de maximiser le montant retiré de la réalisation des biens grevés, sans porter atteinte aux revendications et exceptions légitimes du constituant et d'autres personnes. C'est la raison pour laquelle même les États qui exigent généralement des avis détaillés ne le font pas lorsque les biens grevés sont destinés à être vendus sur un marché public reconnu. Dans de tels cas, c'est le marché qui fixe la valeur des biens, et il n'est pas possible d'obtenir un prix supérieur en adoptant un autre mode de vente et en communiquant un avis à cet effet (voir la recommandation 146).

56. Du fait qu'une disposition extrajudiciaire de biens grevés a le même caractère définitif qu'une vente contrôlée par un tribunal, non seulement la plupart des États imposent des règles relativement détaillées quant au contenu de l'avis et au délai qui doit s'écouler avant que la vente puisse avoir lieu, mais ils encore autorisent les parties intéressées à s'opposer au moment et aux modalités de l'acte de disposition proposé. Habituellement, il existe des procédures accélérées spéciales pour que les objections puissent être rapidement entendues et prises en considération (voir les recommandations 134 et 135). En règle générale, c'est lorsque le créancier procédant à la réalisation a le plus de souplesse quant au moment et à la méthode de disposition que le coût de la réalisation est le plus bas, la réalisation la plus rapide et le produit reçu le plus élevé. Pour ces raisons, le Guide recommande de la souplesse pour les créanciers garantis, et seulement le strict minimum de renseignements nécessaires dans l'avis pour avertir les parties de la réalisation et de la nécessité de protéger leurs intérêts si elles le souhaitent (voir les recommandations 147 et 148).

d) Allocation du produit de la disposition

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

58. Lorsqu'un créancier garanti procède à la réalisation au moyen d'une vente extrajudiciaire, les États posent généralement dans leur loi sur les opérations garanties une série de règles relatives au produit de la vente. Il y a souvent des règles spéciales portant sur la manière dont le produit doit être conservé par le créancier garanti jusqu'à sa distribution. Elles indiquent aussi généralement si et

quand un créancier garanti est tenu de remettre le produit à tout ou partie des autres créanciers (tels que les créanciers garantis dont la sûreté sur les biens grevés est de rang inférieur à celle du créancier garanti ayant procédé à la réalisation ou, si le régime de réalisation prévoit une purge des droits, les créanciers garantis de rang supérieur et les créanciers privilégiés). Le créancier garanti ne doit souvent tenir compte de ces autres droits que s'ils ont fait l'objet d'une inscription ou ont été rendus opposables d'une autre manière, ou encore s'ils lui ont été expressément notifiés (par exemple dans le cas de créances privilégiées qu'il n'est pas nécessaire d'inscrire). Invariablement, les États prévoient aussi que tout excédent de produit restant après satisfaction de tous les créanciers fondés à recevoir paiement doit être remis au constituant (voir la recommandation 149).

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

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

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

61. Dans de nombreux États, au contraire, le créancier garanti est en droit de proposer au constituant d'acquérir les biens grevés à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie. Lorsque les créanciers garantis disposent d'une telle option, les États prévoient généralement que tout accord qui transfère automatiquement la propriété des biens grevés au créancier garanti en cas de défaillance n'a pas d'effet s'il a été conclu avant la défaillance. En revanche, il a force obligatoire s'il a été conclu après la défaillance, et conformément aux procédures de réalisation particulières destinées à empêcher un comportement

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

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

63. Afin d'éviter un éventuel comportement abusif ou la collusion entre le créancier garanti et le constituant, certains États exigent non seulement que le constituant consente à l'acquisition des biens par le créancier garanti, mais aussi que les tiers ayant des droits sur ces biens en soient avisés. Ces derniers ont ensuite le droit de s'opposer à la convention proposée et peuvent exiger du créancier garanti qu'il réalise la sûreté au moyen d'une vente. De plus, certains États exigent l'accord d'un tribunal dans certaines circonstances, par exemple lorsque le constituant a payé une part importante de l'obligation garantie et que la valeur des biens grevés dépasse largement le montant restant dû. Enfin, certains États exigent qu'un créancier garanti qui propose d'acquérir les biens grevés à titre d'exécution de l'obligation garantie soit tenu de fournir au préalable une estimation officielle et indépendante de la valeur de ces biens.

64. Les États devraient imposer ou non une ou plusieurs de ces prescriptions, en particulier l'intervention préalable d'un tribunal, en fonction de leur évaluation des coûts et des avantages de chacune d'entre elles. Conformément à l'objectif général, qui est de bénéficier d'une souplesse maximale pour obtenir la valeur de réalisation la plus élevée possible, le Guide recommande que le créancier garanti ou le constituant puisse proposer à l'autre que les biens soient attribués à titre d'exécution de l'obligation garantie (voir les recommandations 153 et 156). De même, pour garantir que toutes les parties comprennent toutes les implications de la proposition, il recommande qu'un avis adéquat de l'intention du créancier garanti d'acquérir les biens en paiement soit donné au constituant et aux tiers, et qu'il indique non seulement les biens concernés, mais aussi le montant dû à la date d'envoi de l'avis, le montant de l'obligation dont l'exécution est proposée par la prise en paiement des biens, et un délai relativement court à l'expiration duquel la proposition sera réputée avoir été acceptée par le constituant et par les tiers (voir la recommandation 154). L'idée est qu'il est plus efficace et moins coûteux, pour fournir les informations pertinentes aux parties intéressées, de demander au créancier garanti d'indiquer sa propre évaluation des biens grevés que de prévoir une évaluation indépendante. Il est supposé aussi que, une fois informés de la proposition du créancier garanti, le constituant ou les tiers seront en mesure d'en évaluer le caractère raisonnable. C'est la raison pour laquelle le Guide recommande également que le constituant ou les

tiers se voient accorder le droit de s'opposer à l'acquisition par le créancier garanti des biens grevés. S'ils le font dans les délais, le créancier garanti doit renoncer à cette voie de droit et en exercer une autre, le plus souvent une vente extrajudiciaire ou un autre mode de disposition (voir la recommandation 155).

f) Gestion et vente d'une entreprise

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

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

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

5. Effets de la réalisation

a) Le constituant, le créancier garanti et les tiers

68. Pour rendre le régime de réalisation aussi rapide que possible, les États adoptent généralement des règles détaillées qui déterminent l'effet de la réalisation sur la relation entre le constituant et le créancier garanti, les droits des parties susceptibles d'acheter les biens grevés lors d'une vente en réalisation de la sûreté et les droits des autres créanciers garantis de recevoir le produit de la vente des biens grevés. L'objectif premier d'une procédure de réalisation est de générer une valeur que le créancier garanti pourra affecter au remboursement de l'obligation garantie non payée. Dans le cas le plus fréquent, le créancier garanti acquiert cette valeur en vendant les biens grevés et en imputant le produit de cette vente au paiement de l'obligation. S'il y a un excédent, il doit le restituer au constituant ou à toute autre personne y ayant droit. De plus, comme on vient de le voir, la plupart des États prévoient qu'en cas de produit insuffisant, le créancier garanti conserve un droit contractuel ordinaire d'ester contre le constituant en tant que créancier chirographaire pour la somme restant due. Les détails de la manière dont le produit de la disposition est normalement réparti en pareil cas ont déjà été examinés (voir les paragraphes 57 à 59 ci-avant).

69. Cependant, comme on l'a vu, il arrive que le créancier garanti acquière le bien grevé à titre d'exécution de l'obligation garantie. Tous les États n'adoptent pas des règles identiques pour régir les effets de ce cas particulier. Ils prévoient généralement que le créancier qui prend le bien en paiement peut le garder même si sa valeur est supérieure à celle du montant de l'obligation garantie restant due. Ainsi, à la différence d'une vente, le créancier garanti peut conserver un excédent. Nombre de ces États prévoient également qu'en contrepartie, le créancier garanti qui acquiert le bien à titre d'exécution de l'obligation n'a aucun recours contre le constituant si sa valeur est inférieure au montant de l'obligation. L'acquisition vaut paiement complet et éteint donc l'obligation garantie. D'autres États, en revanche, permettent aux créanciers qui ont pris des biens grevés en paiement de se retourner contre leur constituant si leur valeur est insuffisante par rapport à l'obligation garantie. En pareil cas, il devient nécessaire d'établir la valeur des biens pris en paiement, afin de pouvoir calculer le montant de la différence. Certains États exigent du créancier garanti qu'il fournisse une estimation indépendante de la valeur des biens pris en paiement; d'autres lui demandent simplement d'indiquer la valeur qu'il leur attribue. Dans un cas comme dans l'autre, on l'a vu, le constituant ou un autre créancier peut demander au créancier garanti de vendre le bien au lieu de le prendre en paiement. Pour des raisons déjà exposées (voir le paragraphe 64 ci-avant), le Guide recommande que les créanciers garantis puissent prendre le bien à titre d'exécution totale ou partielle de l'obligation garantie, à condition d'indiquer la valeur qu'ils lui attribuent dans l'avis envoyé au constituant et aux tiers (voir la recommandation 154).

b) Autres parties

70. Lorsqu'un créancier garanti réalise sa sûreté au moyen de la vente des biens grevés, différentes approches sont possibles pour déterminer les effets de la vente sur les autres parties. Dans certains États, la vente (y compris la vente extrajudiciaire) éteint toutes les sûretés attachées aux biens grevés. En pareil cas, même les créanciers garantis ayant un rang de priorité supérieur à celui du créancier

garanti procédant à la réalisation perdent leur sûreté et ne pourront prétendre qu'au produit de la vente, avec un rang de priorité équivalent. Les acheteurs des biens obtiendront un titre de propriété libre de tout droit, et l'on peut penser qu'ils seront prêts à payer plus cher à cet effet. Dans d'autres États, la vente par un créancier (qu'il s'agisse d'une vente administrée judiciairement ou d'une vente privée qu'il organise lui-même) n'éteint que les droits ayant un rang de priorité inférieur à ceux du créancier garanti procédant à la réalisation, et le créancier garanti ayant un rang de priorité supérieur conservera sa sûreté sur les biens grevés. Les acheteurs n'obtiendront pas un titre de propriété libre de tout droit et feront donc des offres plus basses. Le postulat est que c'est normalement le créancier garanti dont le rang de priorité est le plus élevé qui prendra le contrôle de la réalisation (de sorte que toutes les sûretés seront éteintes) ou qu'un créancier garanti de rang inférieur remboursera le créancier de rang supérieur de manière à ce que tous les droits soient éteints. Si les deux approches permettent généralement d'éteindre l'ensemble des droits, la deuxième offre un maximum de souplesse au créancier procédant à la réalisation et à l'acheteur pour parvenir à un arrangement différent au cas où l'acheteur n'est pas en mesure de financer la totalité du coût du bien grevé mais est disposé à l'acquérir à un prix réduit du fait qu'il est grevé d'une sûreté de rang supérieur. Pour maximiser la souplesse et l'efficacité lors de la réalisation, le Guide recommande d'adopter la deuxième approche pour les dispositions extrajudiciaires (voir les recommandations 158 à 160). En ce qui concerne les dispositions judiciaires, afin d'éviter d'interférer avec les règles générales de procédure civile régissant l'exécution, le Guide laisse la question à d'autres lois (voir la recommandation 157).

71. Lorsqu'un créancier garanti acquiert les biens grevés à titre d'exécution de l'obligation garantie, les États prévoient généralement qu'il les acquiert dans les mêmes conditions que s'ils avaient été transférés dans une vente en réalisation. Les États pourraient prévoir que l'acquisition a pour effet de purger l'ensemble des droits, ce qui conduirait invariablement les créanciers garantis d'un rang de priorité supérieur à celui du créancier garanti procédant à la réalisation à prendre le contrôle de la réalisation. C'est pourquoi la plupart des États prévoient que les droits des autres créanciers garantis sont déterminés par leur rang de priorité par rapport au créancier procédant à la réalisation. Ainsi, par exemple, lorsqu'un État permet à un créancier garanti de prendre un bien grevé en paiement, ce créancier acquiert le bien sous réserve des droits des créanciers garantis de rang supérieur. À l'inverse, s'il y a des créanciers garantis de rang inférieur, leurs droits seront normalement éteints lors de l'acquisition des biens grevés par un créancier garanti de rang supérieur. Pour les mêmes raisons que celles applicables à la vente extrajudiciaire, le Guide recommande que le créancier garanti qui acquiert le bien en paiement le prenne libre de sûretés de rang inférieur, mais sous réserve des droits des créanciers de rang supérieur (voir la recommandation 158).

c) Caractère définitif

72. Les lois sur les opérations garanties prévoient normalement que la réalisation est définitive. Cela signifie qu'à compter de la vente ou de l'acceptation en paiement conformément aux procédures de réalisation requises, elle ne peut normalement pas être rouverte. À moins que l'on puisse prouver une fraude, la mauvaise foi ou la collusion entre le vendeur et l'acheteur, la vente est définitive. Que le créancier garanti accepte le bien grevé en paiement ou que les biens soient

vendus à un tiers qui en fait l'acquisition lors d'une vente en réalisation, les effets de la réalisation à l'égard des autres parties sont généralement les mêmes: la sûreté du créancier garanti procédant à la réalisation est éteinte, de même que les droits du constituant et ceux de tout créancier garanti et de toute autre personne ayant un droit de rang inférieur sur les biens. Dans les États où la vente emporte purge de tous les droits sur les biens grevés, l'acheteur ou le créancier qui prend les biens grevés en paiement obtient un titre de propriété libre de tout droit. Le plus souvent cependant, la loi prévoit que les droits de certaines autres personnes sur les biens grevés (en particulier ceux des créanciers garantis de rang supérieur à celui du créancier garanti procédant à la réalisation) perdurent malgré la disposition des biens dans le cadre de la procédure de réalisation.

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

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

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

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

75. Il est fréquent que la qualification des biens corporels en biens meubles ou immeubles change au cours du temps, et que des biens meubles deviennent des biens immeubles. Par exemple, des matériaux de construction peuvent être

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

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

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

78. Le Guide suit le schéma général adopté par de nombreux États pour résoudre les conflits entre créanciers ayant des droits concurrents sur les biens attachés. Lorsque les biens meubles corporels perdent leur identité par incorporation à un bien immeuble, toute sûreté mobilière sur ces biens est éteinte. En revanche, lorsque le bien meuble devient un bien attaché, la sûreté est maintenue et reste automatiquement opposable. Le créancier garanti peut également assurer l'opposabilité en inscrivant la sûreté au registre immobilier (voir les recommandations 38 et 42). Les droits de réalisation du créancier garanti sur le bien attaché et leur articulation avec ceux des créanciers garantis qui peuvent avoir des

sûretés sur le bien immeuble dépendent ensuite du rang de priorité des droits concurrents (voir les recommandations 84 et 85). Si le créancier garanti dont les droits portent sur le bien attaché est prioritaire, il peut détacher le bien et réaliser sa sûreté en tant que sûreté sur des biens meubles, sous réserve du droit du créancier garanti ou d'une autre partie intéressée payant le prix du bien attaché. Si toutefois le détachement d'un bien attaché à un bien immeuble (par exemple un ascenseur attaché à un bâtiment) endommage le bien immeuble (et ce, non pas du fait de la diminution de la valeur de l'immeuble), le créancier garanti procédant à la réalisation doit indemniser les personnes ayant des droits sur le bien immeuble. Si un autre créancier ayant une sûreté sur le bien immeuble a priorité, le créancier garanti peut exercer ses droits uniquement dans le cadre du régime régissant les sûretés sur des biens immeubles, à condition d'avoir assuré l'opposabilité par inscription sur le registre immobilier (voir les recommandations 161, alinéa a), et 162).

79. La réalisation de sûretés sur des biens attachés à des biens immeubles devient plus complexe encore lorsque le créancier garanti a pris un droit réel sur un bien immeuble et une sûreté sur un bien meuble devenu un bien attaché audit bien immeuble. En pareil cas, la plupart des États permettent au créancier de réaliser la sûreté de plusieurs façons: il peut réaliser la sûreté sur le bien attaché et le droit réel sur le reste de l'immeuble, ou encore réaliser le droit réel sur l'ensemble de l'immeuble, y compris le bien attaché. Dans le premier cas, ses droits devront être prioritaires par rapport à tous les autres droits sur le bien immeuble (voir la recommandation 162). Dans le deuxième cas, ses droits seront déterminés par le régime de priorité régissant les biens immeubles (voir la recommandation 161, alinéa b)).

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

80. De nombreux types de biens meubles corporels sur lesquels une sûreté a été constituée sont destinés à être attachés à d'autres biens corporels, à être transformés en un produit fini, ou à être mélangés à d'autres biens corporels pour former une masse. Beaucoup d'États, en pareil cas, soumettent les sûretés à des règles qui déterminent si la propriété du bien attaché, du produit fini ou de la masse a été transférée à un tiers. Le Guide recommande que les sûretés qui sont opposables en général s'étendent aux biens qui sont devenus attachés à d'autres biens, aux biens transformés en produits finis et aux biens mélangés pour former une masse (voir les recommandations 41 à 44). Normalement, lorsque les États prévoient la continuité de l'opposabilité des sûretés sur des biens corporels attachés à d'autres biens, transformés en produits finis ou mélangés à d'autres biens, ils appliquent également les règles générales à la réalisation contre ce type de biens (par exemple, moteurs de voiture, produits finis en fibre de verre, stocks mélangés de vêtements, céréales en silo, pétrole en citerne). Le raisonnement est que l'adoption d'un régime de réalisation différent de celui qui s'applique de manière générale créerait une confusion inutile.

81. S'agissant de la réalisation d'une sûreté sur un bien attaché à un bien meuble, les règles qui s'appliquent sont semblables à celles applicables aux sûretés sur des biens attachés à des biens immeubles. Un créancier garanti de rang inférieur à celui procédant à la réalisation peut payer la créance de ce dernier; un créancier garanti

de rang supérieur peut prendre le contrôle du processus de réalisation; et le créancier garanti procédant à la réalisation est responsable de toute dommage causé par le fait qu'il ait détaché le bien. Cependant, la différence avec le traitement des sûretés sur des biens attachés à des biens immeubles est que le créancier garanti n'a pas besoin d'être prioritaire par rapport aux droits concurrents sur le bien meuble pour réaliser sa sûreté sur le bien attaché (voir les recommandations 162 et 163).

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

B. Remarques sur des biens particuliers

1. Généralités

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

2. Réalisation d'une sûreté sur une créance

84. Lorsqu'une sûreté est constituée sur une créance, le bien grevé est le droit du constituant de recevoir le paiement du débiteur de la créance (pour la définition des termes "créance", "cession", "cédant", "cessionnaire" et "débiteur de la créance", voir Introduction, section B, Terminologie). Il serait certes possible en théorie d'exiger du cessionnaire qu'il réalise la cession en saisissant la créance et en la vendant ou en la conservant en paiement de l'obligation garantie, mais ce serait un

moyen lourd et inefficace de réaliser la valeur économique du bien. C'est la raison pour laquelle la plupart des États qui permettent aux créanciers de constituer une sûreté sur leurs créances et autres droits donnent la possibilité au cessionnaire de percevoir le paiement directement auprès du débiteur de la créance dès lors que le cédant est défaillant. Cela suppose deux conditions essentielles: premièrement, que le cédant sache que le cessionnaire procède à la réalisation (soit après défaillance, soit en accord avec le constituant avant défaillance), et, deuxièmement, que le débiteur de la créance sache qu'il doit à partir de cet instant effectuer les paiements entre les mains du cessionnaire.

85. Au chapitre VIII (Droits et obligations des parties à une convention constitutive de sûreté), le Guide analyse la relation entre le cédant, le cessionnaire et le débiteur de la créance, notamment le droit du cessionnaire de donner pour instruction au débiteur de la créance de payer directement entre ses mains à la suite d'une défaillance du cédant (voir les recommandations 111 à 113). Le Guide prévoit aussi, notamment, au chapitre IX (Droits et obligations des tiers débiteurs), une protection pour le débiteur de la créance, qui n'aura pas à payer deux fois à la réception de la notification et des instructions de paiement données par le cessionnaire ou le cédant (voir les recommandations 114 à 120).

86. De nombreux États considèrent que le principal droit de réalisation du cessionnaire consiste simplement à recouvrer la créance. S'il fait le nécessaire pour rendre ses droits opposables au débiteur de la créance, il n'aura qu'à percevoir le paiement et à en affecter le produit à l'obligation du cédant. Cela est justifié par le fait que les droits du cédant et des tiers seront protégés simplement par l'affectation normale des sommes reçues à la réduction de l'obligation garantie. Conformément à l'approche adoptée par ces États, le Guide recommande qu'aucune démarche supplémentaire ne soit exigée pour procéder à la réalisation (voir la recommandation 165).

87. Néanmoins, il peut y avoir des cas où le cessionnaire voudra recouvrer la totalité de la valeur actuelle d'une créance dont le remboursement est prévu en plusieurs mensualités. Il peut alors, après avoir notifié au débiteur de la créance son intention de procéder au recouvrement, vendre ou transférer la créance à un tiers. Pour protéger les droits du cédant en pareil cas, de nombreux États prévoient que le cessionnaire ne peut conserver aucun excédent, principe que le Guide adopte non seulement pour de telles dispositions de créances, mais aussi pour le recouvrement ordinaire de créances (voir la recommandation 113, alinéa b)). De plus, le cessionnaire doit agir de manière commercialement raisonnable lorsqu'il dispose de la créance (voir la recommandation 128).

88. Dans certains cas, la créance elle-même sera garantie par d'autres droits personnels ou réels (par exemple par une garantie personnelle donnée par un tiers ou une sûreté sur des biens meubles du débiteur de la créance). De nombreux États prévoient un droit automatique pour le cessionnaire de réaliser ces autres droits si le débiteur de la créance ne s'acquitte pas du paiement de la créance à l'échéance. Il s'agit là d'une conséquence normale de la sûreté (l'accessoire suit le principal), et le Guide adopte une recommandation semblable à l'égard des garanties de l'obligation de payer du tiers débiteur (voir la recommandation 166). Cette règle s'applique également au droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant (voir les recommandations 25, alinéa b), 48, 104, 124 et 166).

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

89. Le Guide s'applique aux transferts purs et simples de créances ainsi qu'aux sûretés sur les créances (voir la recommandation 3). Toutefois, dans le cas d'un transfert pur et simple, le cédant transfère généralement l'ensemble de ses droits sur la créance. Il ne conserve donc aucun droit sur la créance, et n'a par conséquent aucun intérêt à sa réalisation (généralement par recouvrement). Le présent chapitre, consacré à la réalisation, ne s'applique donc au transfert pur et simple d'une créance que lorsque le cessionnaire conserve une possibilité de recours contre le cédant en cas de non-recouvrement des créances. En d'autres termes, ce n'est que lorsque le cédant peut être responsable en dernier ressort envers le cessionnaire qu'il a un intérêt dans le mode de recouvrement des créances ou dans d'autres formes de disposition de celles-ci (voir la recommandation 164).

90. Les possibilités de recours contre le cédant en cas de non-recouvrement des créances ayant fait l'objet d'un transfert pur et simple découlent généralement du fait que le cédant a garanti tout ou partie du paiement des créances par leur débiteur. Elles peuvent aussi naître d'autres accords fonctionnellement équivalents, comme lorsque: a) le cédant accepte de racheter une créance vendue au cessionnaire si le débiteur de la créance ne paie pas; ou b) le cédant accepte simplement de payer toute différence entre le prix d'achat d'un ensemble de créances et le produit effectif du recouvrement de ces créances lorsque celui-ci est insuffisant.

91. Lorsque l'on parle de possibilité de se retourner contre le cédant en cas de "non-recouvrement", on ne vise ici que le cas où le débiteur de la créance ne paie pas pour des raisons de crédit (par exemple l'incapacité financière de payer). Par conséquent, le fait que le débiteur de la créance ne paie pas des biens corporels ou des services au motif que ceux-ci sont de mauvaise qualité ou parce que le cédant ne respecte pas les spécifications fournies ne constituerait pas un cas de non-recouvrement. En revanche, en cas de non-paiement pour des raisons de crédit, les règles régissant normalement le recouvrement de créances et la réalisation de la sûreté s'appliqueraient (voir les recommandations 165 et 166).

4. Réalisation d'une sûreté sur un instrument négociable

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

93. Lorsqu'une sûreté est constituée sur un instrument négociable, les créanciers garantis, normalement, en ont la possession. En cas de défaillance du constituant, de nombreux États permettent au créancier garanti de demander paiement ou de réaliser

par un autre moyen leur sûreté sur l'instrument. Il peut par exemple le présenter pour en demander le paiement ou même, si la défaillance intervient avant l'échéance, le vendre à un tiers et affecter le produit obtenu au paiement de l'obligation du constituant. Le raisonnement est que la négociabilité de l'instrument serait compromise si le créancier garanti était obligé d'accomplir toutes les formalités requises, soit pour vendre l'instrument, soit pour l'accepter en paiement de l'obligation garantie. Conformément à ces pratiques, le présent Guide ne recommande pas que soient imposées d'autres formalités quelles qu'elles soient aux créanciers garantis procédant à la réalisation après la défaillance (voir la recommandation 167).

94. De même que pour les créances, il est possible que l'instrument négociable soit lui-même garanti par quelque autre droit personnel ou réel (par exemple une garantie personnelle apportée par un tiers ou une sûreté sur des biens meubles du débiteur de la créance). De nombreux États accordent au créancier garanti un droit automatique de réaliser ces autres droits si le débiteur dans le cadre de l'instrument ne s'acquitte pas du paiement sur présentation. Le Guide recommande d'adopter cette approche pour la réalisation des garanties relatives au paiement d'un instrument négociable (voir la recommandation 168).

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

95. De nombreux États envisagent la possibilité de constituer une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire (pour la définition de ce terme et des termes connexes, voir Introduction, section B, Terminologie). Dans une convention de compte, la banque est généralement considérée comme le débiteur du déposant et a l'obligation de lui payer tout ou partie du dépôt sur demande. Le droit bancaire étant étroitement lié à des pratiques commerciales importantes, le Guide recommande de s'y conformer et prévoit aussi des garanties supplémentaires pour les banques dont les déposants peuvent avoir constitué des sûretés sur leurs droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire (voir les recommandations 32, 49, 100, 101, 122 et 123). Par exemple, même si un déposant a conclu une convention constitutive de sûreté avec un créancier, la banque dépositaire: a) a les mêmes droits et obligations à l'égard du déposant; b) a les mêmes droits à compensation; c) n'est tenue de payer aucune autre personne que celle qui a le contrôle du compte; et d) n'est pas tenue de répondre aux demandes d'informations (voir les recommandations 122 et 123).

96. Dans de nombreux États, si le bien grevé est un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, le créancier garanti peut demander paiement ou exercer d'une autre manière son droit au paiement des fonds après la défaillance, ou même avant s'il en est ainsi convenu avec le constituant. La réalisation intervient normalement lorsque le créancier garanti demande à la banque de transférer les fonds sur son propre compte, ou de recouvrer d'une autre manière les sommes créditées sur le compte. Le raisonnement est que le bien grevé est le droit de recevoir paiement des fonds crédités sur le compte, et qu'il serait inefficace que le créancier garanti soit tenu de procéder à la réalisation en prenant possession des biens et en accomplissant les formalités applicables à la vente de biens grevés ou en les prenant en paiement de l'obligation garantie. Conformément à l'objectif consistant à renforcer la souplesse et l'efficacité de la réalisation, le Guide

recommande que les créanciers procédant à la réalisation d'une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire puissent le faire en recouvrant les fonds qui sont sur le compte (voir la recommandation 169).

97. Parfois, les États imposent au créancier garanti d'obtenir une décision de justice avant de réaliser une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire. Une telle exigence est compréhensible lorsque le créancier garanti peut avoir obtenu l'opposabilité par inscription au registre général des sûretés. En revanche, lorsque la banque a connaissance de la sûreté parce qu'elle a conclu un accord de contrôle avec le créancier garanti, exiger une décision de justice serait une formalité inutile. Pour cette raison, le Guide recommande que le créancier garanti ne soit pas tenu, lorsqu'un accord de contrôle a été conclu, de saisir un tribunal pour procéder à la réalisation (voir la recommandation 170). À l'inverse, lorsqu'il n'a pas été conclu d'accord de contrôle, il recommande qu'une décision de justice soit exigée, à moins que la banque ne consente expressément à remettre les fonds au créancier garanti (voir la recommandation 171).

98. Bien souvent, le créancier garanti est en fait la banque dépositaire elle-même. En pareil cas, un processus de réalisation formel faisant intervenir un acte spécifique de recouvrement et d'affectation des fonds au remboursement de l'obligation garantie serait superflu. En cas de défaillance, une banque dépositaire agissant en qualité de créancier garanti exerce normalement son droit à compensation pour affecter les fonds présents sur le compte directement au paiement de l'obligation garantie non acquittée. Conformément à cette pratique, le Guide recommande qu'aucune sûreté que pourrait détenir la banque dépositaire sur le droit au paiement de fonds crédités sur le compte n'ait d'incidence sur la réalisation de ses droits à compensation (voir les recommandations 26 et 122, alinéa b)).

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

99. Certains États permettent à des personnes qui ont le droit d'exiger un paiement ("de tirer") en vertu d'un engagement de garantie indépendant de constituer une sûreté sur le droit de recevoir le produit de ce droit (pour la définition de ce terme et des termes connexes, voir Introduction, section B, Terminologie). Le Guide recommande que l'on puisse constituer une sûreté sur le droit de recevoir ce produit, sous réserve d'une série de règles régissant les obligations entre le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée et le créancier garanti (voir les recommandations 27, 48 et 50). La loi et les pratiques commerciales régissant les engagements de garantie indépendants étant très spécialisées, le Guide recommande d'adopter un certain nombre de règles destinées à refléter la loi et la pratique existantes (voir les recommandations 124 à 126). Ainsi par exemple, lorsque la sûreté est constituée automatiquement, aucun acte de transfert distinct de la part du constituant ne devrait être nécessaire pour que le créancier garanti réalise une sûreté sur un droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant.

100. La pratique générale des États est d'autoriser le créancier garanti dont la sûreté porte sur le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant à demander paiement ou à exercer d'une autre manière son droit au paiement du produit après la défaillance, ou même avant s'il en est ainsi convenu avec le constituant. Toutefois, la réalisation ne lui permet pas de réclamer le paiement au

garant/émetteur, au confirmateur ou à la personne désignée (voir la recommandation 27). Cela étant, il est normalement procédé à la réalisation lorsque le créancier garanti indique au garant/émetteur, au confirmateur ou à une autre personne désignée qu'il est fondé à recevoir paiement de tout produit autrement dû au constituant. Le raisonnement est que le garant/émetteur, le confirmateur ou l'autre personne désignée ne peuvent être soumis à aucune obligation envers quiconque autre que le bénéficiaire, qui seul peut demander le paiement de l'engagement de garantie indépendant. Le Guide suit la pratique relative aux engagements de garantie indépendants et recommande que la réalisation de la sûreté soit limitée au recouvrement du produit lorsque celui-ci a été payé (voir la recommandation 172).

7. Réalisation d'une sûreté sur un document négociable

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

102. Néanmoins, entre le constituant et le créancier garanti, la réalisation intervient lorsque le créancier garanti présente le document à l'émetteur. À ce moment-là, le créancier garanti est en possession des biens meubles corporels et la réalisation de la sûreté obéit alors aux principes normaux recommandés en matière de réalisation de sûretés sur des documents négociables ou sur des biens meubles corporels représentés par ces documents (voir la recommandation 173). Selon ce que les parties ont convenu, le créancier peut disposer du document soit en cas de défaillance, soit avant avec l'accord du constituant. Il doit le faire de manière commercialement raisonnable, et le prix obtenu à la vente du document sera affecté au paiement de l'obligation garantie.

C. Recommandations

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

A/CN.9/637/Add.5 [Original: anglais]

Note du Secrétariat sur la terminologie et les recommandations du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa douzième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

XI. Financement d'acquisitions 1-213

A. Remarques générales 1-213

1. Introduction 1-12

a) La nature des "opérations de financement d'acquisitions" 1-6

b) Diversité des formes de financement d'acquisitions 7-11

c) Plan du chapitre 12

2. Contexte commercial 13-43

a) Généralités 13

b) Crédit d'acquisition non garanti et garanti 14-19

c) Vente avec réserve de propriété et opérations similaires 20-29

d) Locations, opérations de location-vente et crédits-baux 30-35

e) Sûretés réelles mobilières des vendeurs 36-39

f) Financement d'acquisitions par des prêteurs 40-43

3. Méthodes de financement de l'acquisition de biens meubles corporels 44-59

a) Généralités 44-45

b) Approches favorisant le financement d'acquisitions par le vendeur 46-51

c) Approches encourageant l'offre de crédit d'acquisition par le vendeur et le prêteur 52-55

d) Approches fondées sur le concept pleinement intégré de sûreté réelle mobilière "en garantie du prix d'achat" 56-59

4. Choix fondamentaux 60-84

a) Généralités 60-65

b) L'équivalence fonctionnelle, concept générique de financement d'acquisitions 66-73

c) Approches unitaire et non unitaire de l'équivalence fonctionnelle 74-84

5. Constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties) 85-96

6. Opposabilité aux tiers 97-117

a) Généralités 97-104

b) Opposabilité aux tiers des opérations de financement d'acquisitions d'un point de vue général 105-109

c) Délai de grâce pour l'inscription de certaines opérations de financement d'acquisitions 110-113

d) Exceptions à l'inscription pour les opérations de consommateurs 114-117

7. Priorité 118-182

a) Généralités 118

b) Position prioritaire des fournisseurs de financement d'acquisitions 119-126

c) Priorité des droits découlant du financement de l'acquisition de biens de consommation 127-130

d) Priorité des droits découlant du financement de l'acquisition de biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation . . 131-134

e) Priorité des droits découlant du financement de l'acquisition de stocks . . . 135-141

f) Opérations multiples de financement d'acquisitions 142-146

g) Priorité des droits des parties finançant une acquisition sur les droits des créanciers judiciaires 147-150

h) Priorité des droits sur des biens attachés à des biens meubles, des masses ou des produits des parties finançant leur acquisition 151-155

i) Priorité des droits sur des biens immeubles des parties finançant leur acquisition 156-159

j) Priorité des parties finançant l'acquisition sur le produit en général 160-162

k) Priorité des parties finançant l'acquisition sur le produit de biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation . . 163-166

l) Priorité des parties finançant l'acquisition sur le produit des stocks 167-172

m) Priorité entre les droits de fournisseurs de financement d'acquisitions concurrents 173-178

n) Conséquence de la non-opposabilité de droits d'acquisition 179-182

8. Droits et obligations des parties avant défaillance 183-187

9. Réalisation 188-196

10. Conflit de lois 197-200

11. Transition 201-205

12. Insolvabilité 206-213

B. Recommandations . . . . . .

XI. Financement d'acquisitions

A. Remarques générales

1. Introduction

a) La nature des "opérations de financement d'acquisitions"

1. L'achat et la vente de biens meubles corporels (pour la définition du terme "bien meuble corporel", voir Introduction, section B, Terminologie) représentent une activité essentielle dans une économie commerciale. Pratiquement toutes les entreprises acquièrent ou vendent de tels biens à un moment ou à un autre. Pour certaines, ces opérations (par exemple se procurer des matières premières pour leur transformation et revente ou acheter des stocks en gros pour les distribuer à des détaillants ou les revendre au détail) sont primordiales. Pour d'autres, l'achat et la vente de biens meubles corporels ne constituent pas leur activité centrale mais sont néanmoins importants dans la mesure où ces entreprises ont besoin d'investir dans du matériel et peut-être d'augmenter, de moderniser ou de remplacer celui-ci régulièrement.

2. Cependant, l'acquisition de biens meubles corporels ne concerne pas que les entreprises. Les consommateurs font constamment l'achat de tels biens, qu'il s'agisse de biens de consommation de faible prix, de biens durables intermédiaires, tels que mobilier, appareils électroniques et matériel de cuisine, ou de biens très onéreux comme les voitures et les autocaravanes.

3. Dans de nombreux cas, les entreprises ou les consommateurs font l'acquisition de biens meubles corporels au comptant. Souvent aussi, les biens nécessaires sont achetés à crédit. Lorsqu'une entreprise ou un consommateur acquiert des biens meubles corporels à crédit et que les droits sur ces biens servent de sûreté pour ce crédit, il s'agit d'une forme d'opération garantie, que le Guide appelle "opération de financement d'acquisitions". Le droit que le vendeur ou le créancier conserve ou obtient sur les biens fournis à l'acheteur ou au constituant peut être appelé, en fonction de ses caractéristiques, "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition", "droit de réserve de propriété", ou "droit de crédit-bail" (pour la définition des termes "constituant", "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition", "droit de réserve de propriété" et "droit de crédit-bail", voir Introduction, section B, Terminologie).

4. Les opérations de financement d'acquisitions sont l'une des principales sources de crédit pour de nombreux acheteurs de biens meubles corporels. En outre, elles sont primordiales pour de nombreux vendeurs, même lorsque leurs clients n'acquièrent pas normalement de façon régulière des biens à crédit. Ainsi, dans de nombreux États, la vente d'automobiles fait intervenir généralement une opération de financement d'acquisitions. Si les acheteurs ont rarement recours à ce type d'opération pour d'autres achats, leur existence est primordiale pour l'activité des vendeurs d'automobiles. À de nombreux égards, les opérations de financement d'acquisitions sont identiques aux opérations garanties ordinaires décrites dans les précédentes sections du Guide. À d'autres égards, cependant, elles présentent des caractéristiques particulières qui ont conduit les États à prévoir des règles spéciales dans plusieurs situations. Le présent chapitre examine la façon dont les États

pourraient mettre en place un régime efficace qui régisse tous les types d'opération de financement d'acquisitions.

5. En raison du nombre et de la diversité des opérations de financement d'acquisitions en usage aujourd'hui, il importe aux fins du présent chapitre d'indiquer clairement comment le Guide utilise ce terme, ainsi que divers autres termes. Dans plusieurs cas, ces autres termes coïncident avec ceux employés à l'heure actuelle dans de nombreux États. On a volontairement évité dans le présent chapitre de se servir de termes nouveaux et inconnus. Les termes utilisés ici ont la signification que leur donnent les définitions, laquelle peut fort bien différer de leur signification actuelle dans tel ou tel État.

6. La seule expression nouvelle est celle, générique, d'"opération de financement d'acquisitions". Il y a opération de financement d'acquisitions lorsqu'une personne peut revendiquer un droit réel sur des biens meubles corporels pour garantir l'obligation qu'a une autre personne de rembourser toute fraction non payée du prix d'achat (ou son équivalent économique), que ce droit soit en faveur d'un vendeur, d'un bailleur ou d'un prêteur. Une opération dans laquelle un vendeur conserve la propriété des biens vendus à cet effet est également une opération de financement d'acquisitions. Une opération de financement d'acquisitions comporte donc deux éléments clefs: a) le crédit est utilisé dans le but précis de permettre à l'acheteur d'acquérir un bien meuble corporel; et b) les droits qui sont revendiqués ou conservés sont en rapport direct avec les biens acquis.

b) Diversité des formes de financement d'acquisitions

7. Comme cela est noté à la section B du chapitre premier (Approches fondamentales en matière de réglementation des opérations garanties) du Guide, les États ont mis au point un large éventail de mécanismes juridiques qui permettent aux fournisseurs de crédit de s'assurer le remboursement de l'obligation contractée par leur débiteur. Tandis que seuls certains sont traditionnellement appelés sûretés réelles mobilières, tous ont pour fonction économique de garantir l'obligation de remboursement.

8. Une diversité similaire – sinon plus grande – de mécanismes juridiques s'offre généralement à ceux (souvent vendeurs) qui financent l'acquisition de biens meubles corporels par un acheteur. Un vendeur, par exemple, qui reste propriétaire des biens vendus jusqu'à ce que l'acheteur ait payé intégralement le prix d'achat (vendeur réservataire) accorde à son acheteur un crédit et finance, par conséquent, l'acquisition de ces biens par l'acheteur. Le droit de réserve de propriété n'est que l'un des divers mécanismes qui s'offrent aux vendeurs. Un vendeur peut également transférer la propriété à un acheteur étant entendu que cette propriété s'éteindra rétroactivement si l'acheteur ne rembourse pas le prix d'achat convenu (la vente s'effectue sous "condition résolutoire"); ou un vendeur peut transférer la propriété à un acheteur tout en constituant une sûreté réelle mobilière sur le bien vendu.

9. Les vendeurs ne sont que l'une des catégories de fournisseurs de financements qui peuvent accorder un crédit à une personne pour lui permettre d'acquérir un bien meuble corporel. Les prêteurs peuvent également accorder un crédit à un acheteur pour lui permettre précisément d'acheter des biens à un vendeur. Étant donné que les vendeurs et les prêteurs peuvent tous deux accorder à des acheteurs un crédit pour leur permettre d'acquérir des biens meubles corporels, il se peut que plusieurs

personnes revendiquent, sur le même bien, un droit dans le cadre d'une opération de financement de l'acquisition de ce bien.

10. Une autre forme, toujours, d'opération de financement d'acquisitions peut même ne comprendre aucun contrat de vente. Un bailleur qui loue un bien à un preneur dans des conditions équivalentes, sur le plan économique, à celles d'une vente à crédit fournit de la même façon un financement qui permet au preneur d'acquérir l'usage et la jouissance de ce bien comme s'il en était propriétaire, même si la propriété ne passe jamais du bailleur au preneur. Comme dans le cas des vendeurs, il existe différentes façons dont les bailleurs peuvent structurer le contrat de façon à permettre au preneur d'acquérir l'équivalent économique d'un droit de propriété sur les biens loués. Le Guide appelle le droit du bailleur dans ce cas "droit de crédit-bail".

11. Enfin, un prêteur qui accorde un crédit à un preneur à bail pour lui permettre de payer tous les loyers échus peut, en fonction des conditions du crédit, être un créancier garanti finançant l'acquisition fondé à revendiquer une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition du bien mis en location. Si le crédit accordé permet effectivement au preneur de conclure le contrat de crédit-bail avec le bailleur, le prêteur finance l'utilisation (et l'acquisition fictive) de ce bien par le preneur.

c) Plan du chapitre

12. Le présent chapitre examine, à la section A.2, le contexte commercial des opérations actuelles de financement d'acquisitions et, à la section A.3, les diverses méthodes de financement d'acquisitions qui ont été adoptées à ce jour dans différents systèmes juridiques. La section A.4 énonce les choix politiques cruciaux que doivent faire les États qui adoptent une législation destinée à régir les divers types d'opération de financement d'acquisitions. Le reste du chapitre examine ensuite comment les multiples éléments d'un régime des opérations garanties traités dans d'autres chapitres du Guide s'appliquent dans le cas spécifique du financement d'acquisitions. Sont examinés, à la section A.5, la constitution de tels mécanismes (leur efficacité entre les parties), à la section A.6, l'opposabilité de ces mécanismes, à la section A.7, la priorité sur les droits de réclamants concurrents, à la section A.8, les droits et obligations des parties avant défaillance, à la section A.9, la réalisation, à la section A.10, le conflit de lois, à la section A.11, les questions liées à la transition et, à la section A.12, les questions liées au traitement des opérations de financement d'acquisitions dans le cadre de l'insolvabilité. Le chapitre conclut, à la section B, par une série de recommandations spécifiques.

2. Contexte commercial

a) Généralités

13. Les premiers paragraphes du présent chapitre ont résumé plusieurs façons différentes dont un acheteur peut financer l'acquisition de biens meubles corporels tels que des matières premières, des stocks et du matériel. La présente section examine plus en détail le contexte commercial de ces diverses opérations et leur fonctionnement effectif dans différents États aujourd'hui. Cette analyse a pour but d'illustrer la grande diversité des opérations, faisant intervenir une grande diversité de fournisseurs de crédit, qui sont utilisées pour financer l'acquisition de biens

meubles corporels, et de montrer la façon dont de nombreuses opérations servent à cette fin bien qu'elles ne soient pas désignées comme telles. Elle a pour but aussi de faire ressortir que la portée et les effets de ces diverses opérations varient considérablement parmi les nombreux États qui y ont recours. Enfin, en examinant brièvement les avantages et les inconvénients que présente chacune de ces opérations traditionnelles à titre de mécanisme, cette analyse cherche à mettre en contexte l'approche particulière que recommande le Guide pour le financement d'acquisitions.

b) Crédit d'acquisition non garanti et garanti

14. Une première distinction à opérer, lorsqu'on envisage l'achat et la vente de biens meubles corporels dans un contexte commercial, est celle qui existe entre les ventes au comptant et celles à crédit. Parfois, les acheteurs ont assez de liquidités pour acheter du matériel, des matières premières et des stocks au comptant. Généralement, cependant, les entreprises commerciales acquièrent une partie importante de leurs matières premières, de leurs stocks et de leur matériel à crédit.

15. Lorsque des biens meubles corporels sont achetés à crédit, l'acheteur obtient souvent ce crédit sans apporter de garantie, en règle générale, de l'une des deux façons suivantes. D'une part, il peut simplement emprunter un montant égal au prix d'achat à un tiers sans apporter de garantie. Par exemple, l'opération de vente peut, tout en s'effectuant elle-même au comptant, être financée en fait par une ligne générale de crédit émise par le prêteur principal de l'entreprise. Cette méthode est simple, mais la cote de crédit ou la réputation de l'acheteur risque de limiter l'offre de ce type de crédit ou de rendre prohibitif le coût de ce crédit tiers.

16. D'autre part, l'acheteur peut convenir avec un vendeur d'acheter le bien à des conditions de crédit qui lui permettent d'effectuer le paiement (éventuellement en plusieurs versements) après la vente. Dans ce cas, le vendeur transfère la possession et la propriété du bien à l'acheteur mais ne reçoit le prix d'achat qu'après soit en un seul versement, soit en versements réguliers. Cette méthode ne diffère pas réellement d'un financement par des tiers, à ceci près que c'est le vendeur, et non plus des tiers, qui assume le risque de non-paiement. Cependant, les vendeurs sont souvent réticents à assumer un tel risque sans garanties.

17. C'est pourquoi, dans la pratique, nombre d'acheteurs jugent souvent nécessaire de fournir une certaine forme de sûreté s'ils veulent acquérir des biens meubles corporels à crédit. La sûreté pourrait parfaitement grever d'autres biens existants de l'acheteur. Par exemple, une entreprise pourrait constituer une sûreté sur son usine ou sur son entrepôt pour garantir le remboursement d'un prêt destiné à l'acquisition de matériel, de stocks ou de matières premières. Généralement, cependant, le bien le plus évident sur lequel l'acheteur puisse constituer une sûreté – et souvent le seul dont il dispose – est le bien en cours d'acquisition.

18. La garantie d'un crédit destiné à l'acquisition de biens peut naître de plusieurs façons. Dans certains États, par exemple, la loi reconnaît aux vendeurs des droits spéciaux qui les autorisent à annuler la vente et à récupérer le bien vendu si l'acheteur ne paie pas le prix d'achat dans un délai donné après la livraison. De même, d'autres États accordent aux vendeurs un droit automatique (non conventionnel) de revendiquer une priorité ou un privilège lors de la répartition du produit d'une vente (forcée) du bien qu'ils ont fourni. Souvent, cependant, la sûreté

que revendique une partie qui finance l'acquisition ne naît pas par l'effet de la loi, mais résulte d'une convention entre le vendeur ou le prêteur et l'acheteur.

19. Dans la pratique commerciale, le crédit finançant une acquisition est le plus souvent consenti dans le cadre d'une convention avec l'acheteur. Comme nous l'avons dit déjà, ces opérations conventionnelles de financement peuvent prendre plusieurs formes et faire intervenir une grande diversité de fournisseurs de crédit. Par exemple, l'acheteur peut officiellement accorder une sûreté sur le bien à un financeur tiers; il peut officiellement accorder cette sûreté au vendeur; ou l'acheteur et le vendeur peuvent convenir d'un autre mécanisme juridique qui, sans revêtir la forme d'une sûreté réelle mobilière, sera son équivalent économique. Traditionnellement, deux autres mécanismes, qui utilisent la propriété comme sûreté, ont joué un rôle de premier plan dans le financement d'acquisitions: a) la réserve de propriété; et b) le bail. Ils sont examinés tour à tour. On analysera ensuite les mécanismes modernes de financement d'acquisitions auxquels peuvent recourir les vendeurs et les prêteurs.

c) Vente avec réserve de propriété et opérations similaires

20. Pour satisfaire le besoin de crédit de son client, un fournisseur de matières premières, de stocks ou de matériel peut lui remettre les biens en vertu d'une convention par laquelle la propriété de ces biens vendus n'est transférée à l'acheteur que lorsque le prix d'achat aura été payé intégralement. Souvent, la convention est conclue entre le vendeur et l'acheteur sans intermédiaire. Parfois, cependant, le vendeur peut vendre les biens au comptant à une institution financière ou à un autre prêteur, qui peut ensuite vendre les biens à l'acheteur en vertu d'une convention qui lui permet de rester propriétaire des biens (ou de s'en réserver la propriété) jusqu'au paiement intégral du prix d'achat.

21. Il existe de nombreux types de conventions par lesquelles les vendeurs peuvent rester propriétaires des biens vendus jusqu'au paiement intégral du prix. Le mécanisme de réserve de propriété est très couramment utilisé. Dans cette opération, le droit de l'acheteur de devenir propriétaire est subordonné au paiement du prix d'achat; tant que ce prix n'est pas payé, le vendeur n'est pas tenu de transférer la propriété à l'acheteur. Ce dernier obtient généralement la possession immédiate du bien, mais le vendeur en reste propriétaire.

22. Les conventions reposant sur la réserve de propriété sont parfois appelées "ventes sous condition". Généralement, cependant, dans les opérations appelées "ventes sous condition", ce n'est pas la vente elle-même qui est conditionnelle (c'est-à-dire que le contrat de vente ne dépend pas de la survenue d'un événement futur et incertain non lié à la vente elle-même), mais plutôt le transfert de la propriété à l'acheteur. Le vendeur reste propriétaire des biens vendus jusqu'à ce que l'acheteur ait intégralement remboursé le prix d'achat ou respecté toute autre clause du contrat de vente.

23. Hormis la clause de réserve de propriété, il existe une grande diversité d'opérations dans lesquelles le vendeur utilise la propriété des biens vendus comme garantie du paiement du prix d'achat. Parfois, par exemple, celui-ci structure l'opération sous la forme d'une vente à terme, le transfert n'intervenant qu'à l'échéance indiquée. Dans d'autres opérations, la possession du bien est transférée à l'acheteur dans le cadre d'une "promesse de vente" ou d'une "option d'achat".

Certains États tentent de réglementer ces opérations en disposant qu'une promesse de vente comportant une livraison vaut vente. Parfois, un vendeur transférera effectivement la propriété à un acheteur au moment de la vente, étant entendu que ce droit de propriété s'éteindra rétroactivement si ce dernier ne rembourse pas le prix d'achat convenu conformément au contrat.

24. Dans chacun de ces cas, l'élément clef est le fait que le vendeur qui consent à repousser le paiement intégral (et octroie ainsi un crédit) est protégé soit en retardant le transfert de la propriété du bien à l'acheteur, soit – ce qui est moins fréquent – en transférant la propriété à l'acheteur étant entendu qu'il a le droit de la récupérer si l'acheteur ne paie pas. En principe, l'idée est que l'acheteur ne devient irrévocablement propriétaire de la chose vendue que lorsque le prix d'achat est entièrement payé.

25. Le "dépôt-vente" est une autre forme d'opération qui utilise la même fonction économique. Il présente généralement la structure suivante. Le déposant (vendeur fictif) reste propriétaire des biens meubles corporels (habituellement des stocks destinés à la revente) mais en transfère la possession au dépositaire qui est autorisé à les revendre à un tiers. Lorsque cette vente est formée, le dépositaire est tenu de remettre au déposant un montant convenu. Dans le cas d'un véritable dépôt-vente, le dépositaire n'est pas tenu dans l'absolu de payer le prix convenu; il a l'obligation soit de payer ce prix, soit de restituer les biens au déposant (droit dont un véritable acheteur ne peut se prévaloir). Il est donc primordial de se pencher sur la nature de l'obligation faite au dépositaire: si celui-ci doit payer le prix convenu, mais seulement lorsqu'il aura vendu les biens, et si le déposant conserve la propriété des biens à titre de garantie (comme dans une opération avec réserve de propriété), cette opération relève du financement d'acquisitions examiné dans le présent chapitre, y compris si la propriété des biens en dépôt-vente n'est jamais formellement transférée au dépositaire parce que les biens sont réputés avoir été transférés directement du déposant au tiers qui a fait l'achat auprès du dépositaire.

26. La vente avec réserve de propriété est la plus fréquente de ces opérations. Dans certains États, l'opération de base peut être aménagée au moyen de diverses clauses qui accroissent grandement son utilité en tant que mécanisme de financement d'acquisitions. Ainsi, par exemple, les parties peuvent être autorisées à convenir d'une clause prévoyant le transfert de la propriété après paiement de "toutes les créances" ou "du solde du compte courant". En vertu de ces clauses, le vendeur reste propriétaire des biens vendus jusqu'à ce que toutes les dettes que l'acheteur a contractées à son égard (et pas seulement celles nées du contrat de vente en question) soient acquittées. Cela veut dire, par exemple, que le vendeur pourra opposer à tous les autres réclamants éventuels sa propriété réservée sur le bien vendu jusqu'au complet paiement de la fraction impayée du prix d'achat de tous les autres biens qu'il a vendus à cet acheteur.

27. Dans certains États, en outre, les parties sont autorisées à ajouter des clauses concernant les "produits finis" en vertu desquelles soit la propriété du vendeur s'étend aux produits finis fabriqués à partir des biens dont il a conservé la propriété, soit le vendeur est réputé détenir une sûreté réelle mobilière sur ces produits finis. De même, certains États autorisent les clauses concernant le "produit" (pour la définition du terme "produit", voir Introduction, section B, Terminologie), en vertu desquelles le vendeur peut revendiquer soit la propriété du produit généré par la vente des biens dont il est resté propriétaire, soit une sûreté réelle mobilière sur ce

produit (pour le traitement du produit dans le cas des sûretés réelles mobilières ordinaires, voir recommandations 19 et 20), bien que cela soit rarissime. Dans la plupart de ces États, toutefois, la sûreté sur le produit ainsi obtenue par le vendeur ne bénéficie d'aucune priorité spéciale.

28. La latitude qui est accordée dans l'aménagement de l'opération de réserve de propriété varie considérablement d'un État à l'autre, mais nombreux sont les États qui adoptent une position traditionnelle. Dans ces États, la loi applicable limite strictement le champ de la propriété réservée. Ce droit ne peut être revendiqué: a) que sur les biens meubles corporels vendus (ni sur le produit de la disposition, ni sur les biens venus en remplacement); b) que tant que les biens demeurent dans leur état initial (non modifiés par la transformation); c) que pour garantir le prix de vente de ces biens; ou d) que si plusieurs des conditions ci-dessus sont réunies.

29. Vu l'importance primordiale que continue de revêtir aujourd'hui la réserve de propriété dans bon nombre d'États, l'expression "droit de réserve de propriété" est employée de manière générique, aux fins du présent chapitre, pour désigner le droit du fournisseur dans tous les types d'opérations de vente où l'acheteur ne devient irrévocablement propriétaire du bien vendu que lorsque le prix d'achat est payé intégralement (pour la définition du terme "droit de réserve de propriété", voir Introduction, section B, Terminologie).

d) Locations, opérations de location-vente et crédits-bails

30. Un fournisseur peut également recourir à la location pour permettre à ses clients d'obtenir l'usage d'un bien sans avoir à en payer immédiatement le prix d'achat. Plusieurs opérations de location sont susceptibles de servir de mécanisme de financement d'acquisitions. Un fournisseur de matériel, par exemple, peut simplement louer un article à une entreprise, qui en prend possession et verse des loyers mensuels. Dans ce type d'accord, le fournisseur reste nécessairement (en tant que bailleur) propriétaire du matériel, le preneur à bail se contentant de régler les loyers à leur échéance. S'il est concevable qu'un tel contrat de location porte sur des matières premières ou des stocks, en règle générale, les parties y ont recours pour permettre à des entreprises d'acquérir l'usage de matériel (par exemple engins, véhicules, ordinateurs, photocopieuses, présentoirs et mobilier de bureau).

31. Dans de nombreux cas, le contrat de location est structuré de façon à obtenir l'équivalent fonctionnel d'une vente avec réserve de propriété. Le bail, par exemple, peut correspondre à la durée de vie du matériel vendu, de sorte qu'à l'échéance du bail, le preneur aura eu du matériel la même jouissance que s'il en avait été propriétaire (qu'il en devienne propriétaire ou non à terme et qu'il ait ou non l'obligation d'acheter l'équipement à l'échéance). Dans d'autres cas, le bail peut être inférieur à la durée de vie du matériel mais, à son échéance, le preneur a la possibilité d'acheter le matériel à un prix nominal ou de prolonger le bail jusqu'à la fin de la durée de vie. Dans certains États, ce type de bail ne peut exister que si le preneur n'est pas obligé d'acquérir le bien loué, voire n'en a pas le droit. Dans ces États, ce qui distingue le bail de la vente avec réserve de propriété, c'est que la propriété n'est jamais transférée, mais ce transfert ne joue pas pour déterminer s'il convient de qualifier cette opération de financement d'acquisitions. Que l'opération soit ou non appelée "bail" ou "location", l'important au fond est de savoir si le preneur à bail acquiert l'usage du bien pour au moins la plus grande partie de sa

durée de vie contre des loyers nominaux qui représentent l'équivalent économique de son prix dans le cadre d'une vente à tempérament.

32. Dans un certain nombre d'États, on obtient un résultat semblable à une vente avec réserve de propriété à l'aide de mécanismes appelés "opérations de location-vente". Tous les États n'emploient toutefois pas cette expression pour désigner ce type d'arrangement. Dans certains États, l'opération se déroule comme suit. Pour commencer, le preneur à bail (loueur-acheteur) choisit le matériel chez le fournisseur (loueur-vendeur). Il demande ensuite à une société de crédit-bail (généralement une institution financière ou l'une de ses filiales) d'acheter le matériel au comptant et de le lui louer. Comme dans un crédit-bail ordinaire, très souvent, le bail couvre la durée de vie du matériel; à l'échéance de ce bail, le preneur devient automatiquement propriétaire ou a la possibilité d'acheter le matériel pour un montant nominal. Dans d'autres États, cette expression désigne des opérations par lesquelles une entreprise prend le bien en location directement auprès du fabricant et soit en acquiert automatiquement la propriété, soit a la possibilité d'acheter le matériel à l'échéance du bail. Aux fins du Guide, cette expression s'entend de toute opération qui commence par un contrat de location mais qui prévoit que le preneur à bail acquiert la propriété du bien à l'échéance du bail.

33. Une autre opération de financement d'acquisitions encore prend la forme d'un bail: il s'agit de ce que de nombreux États appellent le "crédit-bail". Dans ces États, les crédits-bails bénéficient d'avantages fiscaux spéciaux qui ont pour effet sur le plan économique d'en réduire le coût pour le preneur. Que le contrat de crédit-bail soit un arrangement bipartite entre un bailleur et un preneur ou un arrangement tripartite, l'opération prend la forme d'une location. La réalité économique, cependant, est que dans chaque cas, le preneur paie le prix d'achat nominal du matériel en plusieurs versements, tandis que le bailleur reste le propriétaire jusqu'au paiement intégral. Il importe de noter toutefois que l'incidence économique de cette opération en tant que mécanisme servant à financer une acquisition n'a pas nécessairement de rapport avec la façon dont le crédit-bail peut être qualifié à des fins fiscales. Par voie de conséquence, une opération peut constituer un crédit-bail aux fins des opérations garanties sans toutefois constituer un crédit-bail à des fins fiscales, ou inversement.

34. Les États où des opérations prenant la forme de locations sont généralement utilisées pour financer des acquisitions non seulement emploient des termes différents pour qualifier ces opérations, mais leur attribuent aussi des conséquences différentes. Ainsi, dans certains États, le preneur à bail a la faculté de vendre le bien pris en location et l'acquéreur de bonne foi pourra faire valoir ses droits à l'encontre du bailleur. Dans quelques-uns de ces États toutefois, le bailleur peut revendiquer un droit sur le produit de la vente. Dans d'autres États, il peut toujours faire valoir ses droits à l'encontre d'un acquéreur apparent. Dans certains États encore, le bailleur peut reprendre son bien sans décision de justice en cas de défaillance du preneur. Dans d'autres, il doit d'abord mettre officiellement fin au contrat avant de reprendre possession par voie de justice. Enfin, dans certains États, ces opérations sont strictement encadrées par des règles impératives, tandis que, dans d'autres, les modalités de location sont adaptées aux besoins de liquidités du preneur à bail, au régime fiscal de l'État et à d'autres besoins du bailleur et du preneur.

35. L'analyse ci-dessus fait apparaître une grande diversité d'opérations de location. En fonction de la nature du matériel, les baux peuvent aller de quelques

mois à plusieurs années et les articles loués peuvent aller de matériel très onéreux tel que des aéronefs à du matériel de plus faible valeur tel que des ordinateurs. Dans tous les cas toutefois, et quelle que soit la manière dont un État définit le crédit-bail à des fins fiscales ou comptables, l'expression "droit de crédit-bail" s'entend généralement, aux fins du présent chapitre, de toutes les opérations qui prennent la forme d'un bail mais dans lesquelles le preneur à bail jouit de l'équivalent fonctionnel de la propriété que celle-ci lui soit ou non formellement transférée (pour la définition du terme "droit de crédit-bail", voir Introduction, section B, Terminologie).

e) Sûretés réelles mobilières des vendeurs

36. Dans de nombreux États, aujourd'hui, on dispose de plusieurs autres moyens juridiques de garantir l'exécution des obligations de paiement de l'acheteur. Les sûretés, nous l'avons vu, naissent parfois par l'effet de la loi. Ces sûretés non conventionnelles des vendeurs présupposent en principe que la propriété du bien vendu a été transférée à l'acheteur. Dans certains États, par exemple, le vendeur de biens meubles corporels se voit accorder un "privilège" de haut rang ou une "créance privilégiée" sur les sommes générées par une vente forcée de ces biens. Que la vente forcée soit le fait du vendeur qui a lui-même obtenu un jugement contre l'acheteur, d'un autre créancier judiciaire de l'acheteur ou d'un créancier garanti qui fait valoir une sûreté sur les biens, le vendeur peut revendiquer son statut de créancier privilégié. De surcroît, lorsqu'il existe, ce droit prioritaire (souvent appelé "privilège du vendeur") se voit généralement accorder une priorité qui est supérieure même à celle de créanciers garantis contractuels.

37. Dans certains États, un vendeur a également le droit de refuser de livrer des biens meubles corporels à un acheteur qui n'est pas disposé à payer le prix à la livraison. Ce droit comprend en principe aussi celui d'interrompre le transport des biens par un transporteur (le droit d'arrêter des marchandises en cours de transport). Parfois, ce droit est prorogé comme droit de revendication pendant une courte période (30 jours, par exemple) après la livraison des biens. Aucun de ces droits, cependant, n'est particulièrement efficace pour financer l'acquisition de biens car ils présupposent toujours une vente au comptant et non à crédit.

38. Outre ces droits attachés au contrat de vente, les vendeurs étaient traditionnellement en droit aussi de prendre une sûreté ordinaire sur les biens qu'ils vendaient. Dans de nombreux États, ce mécanisme n'a toutefois pas été efficace en raison de l'absence de sûretés sans dépossession; un vendeur transférant la propriété d'un bien à un acheteur devait par exemple conserver ou reprendre possession du bien comme gage. À l'inverse, d'autres États ont depuis longtemps autorisé les vendeurs à prendre des sûretés sans dépossession, généralement sous la forme d'une "hypothèque mobilière". De même, certains États qui n'autorisaient pas les hypothèques sur des biens meubles ont récemment modifié leur législation pour autoriser un vendeur à conclure un contrat pour obtenir une sûreté sans dépossession sur les biens qu'il vend. Ce type de sûreté n'existe généralement que dans les États qui ont également décidé de permettre aux prêteurs de prendre des sûretés sans dépossession sur des biens meubles corporels.

39. Le développement des sûretés sans dépossession au profit d'un vendeur s'est généralement accompagné d'une autre évolution. Les vendeurs qui prennent une sûreté sont en mesure, s'ils suivent la procédure appropriée, de revendiquer la

priorité sur toutes les autres sûretés grevant le bien vendu qui sont constituées par l'acheteur. Dans certains États, cette sûreté spéciale du vendeur est appelée "hypothèque du vendeur"; dans d'autres "privilège du fournisseur" ou "charge du fournisseur"; dans d'autres encore "sûreté en garantie du prix d'achat". Le nom importe peu. Ce qui compte, c'est que: a) la sûreté sans dépossession du vendeur est identique, par la forme, à celle que peut prendre un prêteur ordinaire; et b) elle confère des avantages particuliers. Le vendeur qui prend une telle sûreté peut généralement revendiquer un rang de priorité supérieur à celui de tout autre créancier garanti qui fait valoir des droits sur le bien accordés par l'acheteur.

f) Financement d'acquisitions par des prêteurs

40. Dans la plupart des économies modernes, les prêteurs occupent un segment important du marché du financement d'acquisitions. Néanmoins, de nombreux États ont toujours fortement restreint la capacité du prêteur à financer une acquisition. Par exemple, il était souvent impossible pour les acheteurs de constituer des sûretés sans dépossession sur des biens qu'ils étaient en train d'acquérir. Aujourd'hui, plusieurs États qui autorisent les prêteurs à prendre des sûretés sans dépossession ne leur permettent toujours pas d'obtenir également une priorité particulière lorsqu'ils octroient un crédit pour financer une acquisition. De ce fait, même lorsque l'argent avancé à l'acheteur avait spécifiquement pour but de financer l'achat de biens et était effectivement utilisé à cet effet, le prêteur qui prenait une sûreté sur ces biens était considéré être un créancier garanti ordinaire soumis aux règles de priorité ordinaires qui régissent les sûretés réelles mobilières. En conséquence, dans ces États, un prêteur qui finance l'acquisition d'un bien particulier aura un rang inférieur à celui d'un prêteur garanti préexistant qui détenait une sûreté sur les biens acquis ultérieurement par un acheteur du type de biens achetés.

41. La seule façon, pour les prêteurs, d'obtenir le statut privilégié des vendeurs et des crédit-bailleurs était d'acquérir leurs droits. Ainsi, par exemple, lorsqu'un vendeur conservait la propriété de biens pour en garantir le paiement par l'acheteur, les prêteurs payaient parfois directement le prix d'achat au vendeur pour se faire céder le droit à paiement découlant du contrat de vente, ainsi que le droit de réserve de propriété du vendeur. De même, lorsque la loi permettait aux vendeurs de prendre une sûreté conventionnelle assortie d'une priorité spéciale sur le bien vendu, le prêteur pouvait acheter cette sûreté. Enfin, dans le cas d'un crédit-bail, le prêteur achetait parfois le contrat de location (comprenant le droit de crédit-bail) au crédit-bailleur. La forme particulière de transaction dite de location-vente dans certains pays est une adaptation moderne de cette technique ancienne. Bien que ces droits obtenus des vendeurs permettent aux prêteurs de pénétrer le marché du financement d'acquisitions, ils ne favorisent pas la concurrence ouverte entre fournisseurs de crédit dans la mesure où: a) le consentement du vendeur sera exigé (ce qui aura souvent un coût pour le prêteur) ou le prêteur devra s'engager dans plusieurs opérations (comme l'achat et la subrogation des droits du vendeur) pour obtenir le résultat souhaité; et b) le prêteur devra devenir propriétaire du bien acquis (un statut qu'il ne souhaitera peut-être pas assumer).

42. Afin de promouvoir la concurrence en matière de crédit d'acquisition, certains États autorisent aujourd'hui les prêteurs qui financent l'acquisition de biens meubles corporels à obtenir, pour leur propre compte, une sûreté prioritaire sur ces biens. Autrement dit, dans ces États, il est maintenant possible, pour les prêteurs,

d'accéder directement à un statut prioritaire auquel ils ne pouvaient auparavant accéder qu'en achetant le droit prioritaire accordé par un acheteur à un vendeur. Les prêteurs qui aident financièrement une entreprise à acheter des biens meubles corporels ne pourront pas tous revendiquer une sûreté garantissant le paiement de l'acquisition. Pour pouvoir le faire: a) le prêteur doit consentir le crédit pour permettre à l'acheteur d'acquérir les biens; b) le crédit doit effectivement être utilisé à cet effet; et c) le droit ne peut être revendiqué que sur les biens ainsi acquis.

43. Bien que ce type de sûreté détenue par un prêteur en garantie du paiement d'une acquisition existe dans plusieurs États, l'idée selon laquelle un prêteur pourrait directement faire valoir une sûreté prioritaire n'est pas largement acceptée. En effet, la plupart des États qui permettent aux vendeurs de garantir le prix d'achat des biens vendus par un droit distinct de réserve de propriété ne permettent pas aux prêteurs de revendiquer des sûretés prioritaires garantissant le paiement d'acquisitions. Dans ces États, les prêteurs et les vendeurs peuvent prendre une sûreté sans dépossession, mais seuls les vendeurs sont en principe autorisés à revendiquer une sûreté prioritaire en garantie du paiement d'une acquisition, ce qu'ils peuvent faire en lieu et place d'une réserve de propriété.

3. Méthodes de financement de l'acquisition de biens meubles corporels

a) Généralités

44. Par le passé, les États ont adopté, pour réglementer les opérations de financement de l'acquisition, des méthodes très diverses. Comme nous l'avons vu, cependant, l'objectif était généralement de protéger les droits des vendeurs. Jusqu'à une date récente, de surcroît, il n'était pas possible pour un acheteur, dans de nombreux États, d'accorder des sûretés sans dépossession sur des biens meubles corporels, même à un vendeur. C'est ce qui explique que la technique de réserve de propriété se soit développée dans la pratique quotidienne des pays de droit romano-germanique, dans ceux de *common law* et dans ceux qui ont un autre système. Certains États ont promulgué une législation incorporant et réglementant cette technique de financement d'acquisitions. Le plus souvent, cependant, les États ne l'ont pas fait et leur droit actuel en matière de financement d'acquisitions est le fruit de pratiques contractuelles qui ont ensuite été reconnues officiellement et développées par les tribunaux.

45. Afin de bien comprendre les options fondamentales qui s'offrent actuellement aux États en matière de financement d'acquisitions, il est utile de rappeler brièvement les trois principales approches qui ont été suivies dans ce domaine: a) favoriser l'offre de crédit d'acquisition par le vendeur; b) promouvoir l'offre de crédit d'acquisition par le vendeur et par le prêteur comme mécanismes complémentaires mais distincts; et c) adopter une approche pleinement intégrée qui ne fasse pas de distinction de principe entre vendeurs et prêteurs.

b) Approches favorisant le financement d'acquisitions par le vendeur

46. De nombreux États ont axé leur loi sur le financement d'acquisitions sur la protection des vendeurs. Aucun parlement ou tribunal d'un État quel qu'il soit n'a entrepris d'empêcher les institutions financières de financer des acquisitions. Toutefois, dans ces États, dans la mesure où ce domaine était conçu comme complémentaire au droit de la vente, la réserve de propriété et les mécanismes

économiquement équivalents dont seuls les vendeurs pouvaient se servir, contrairement aux institutions financières, étaient les principaux, voire les seuls, mécanismes de financement d'acquisitions qui permettaient aux acheteurs d'obtenir la possession des biens vendus.

47. Le caractère et les effets de la réserve de propriété, élément du droit des ventes qui touche spécifiquement aux aspects réels de l'opération, varient largement d'un État à l'autre. Ces différences sont souvent le produit de l'histoire et des pratiques contractuelles spécifiques adoptées en fonction des règles juridiques existantes dans chaque État (et souvent pour échapper aux restrictions qu'elles imposaient). Dans ce secteur, par conséquent, la législation a eu tendance à se développer sans méthode, de nouveaux types de contrat et de nouvelles clauses ajoutées à des types de contrat connus étant inventés au coup par coup, au fil des besoins, faute d'un régime pleinement développé qui régirait les opérations de financement d'acquisitions. En conséquence, les pratiques contractuelles courantes ne sont pas forcément conformes aux principes énoncés dans la législation de l'État et ne reflètent pas ce que le secteur commercial adopterait si le régime juridique était conçu pour promouvoir un crédit garanti efficace.

48. L'approche selon laquelle les vendeurs sont la principale source de financement d'acquisitions se fonde parfois sur une décision politique qui vise à protéger les petits et moyens fournisseurs de biens meubles corporels contre les grandes institutions financières. Elle prend acte de l'importance que ces fabricants et ces distributeurs revêtent pour l'économie nationale et de la position dominante que les grandes institutions occupent sur le marché du crédit. On avance souvent plusieurs arguments pour justifier la décision de principe consistant à accorder un traitement spécial aux vendeurs. L'un d'eux est que, pour accroître leurs ventes, les fournisseurs ont intérêt à proposer un crédit à faible taux. Un autre est que le coût de ce crédit est abordable, car de nombreux fournisseurs ne réclament pas d'intérêts avant la défaillance. Enfin, comme les fournisseurs seront généralement plusieurs à vouloir vendre des biens meubles corporels à un acheteur donné, celui-ci se verra proposer des prix compétitifs.

49. Un État qui envisage de réformer sa législation sur les opérations garanties devra étudier de près ces arguments. Certains pourront se justifier, d'autres non. Par exemple, le fait qu'un fournisseur vende des biens avec réserve de propriété ne signifie pas nécessairement que le crédit qu'il consent sera gratuit pour l'acheteur. Pour obtenir les fonds à rétrocéder, le fournisseur doit lui-même acquitter un coût. Lorsqu'il ne réclame aucun intérêt à l'acheteur tant que ce dernier paye le prix d'achat des biens en temps voulu, on peut supposer que le vendeur inclura le coût des fonds dans le prix des biens qu'il vend et le répercutera sur l'acheteur.

50. Même lorsqu'un État désireux de promouvoir la fabrication et la fourniture de biens meubles corporels souhaite inciter les vendeurs à octroyer du crédit, il ne doit, ni ne devrait, le faire au point que d'autres parties ne puissent plus proposer, à des fins d'acquisition, des financements compétitifs. De la même façon que la concurrence entre vendeurs fait généralement baisser les prix pour les acheteurs, la concurrence entre fournisseurs de crédit réduit normalement le coût de ce dernier pour les emprunteurs et en accroît l'offre. Outre qu'elle permettra aux acheteurs d'emprunter aux taux les plus abordables, elle donnera probablement naissance à de nouvelles sources de crédit pour les acheteurs, ce qui accroîtra leur aptitude à

acheter des biens meubles corporels sans que les vendeurs aient eux-mêmes à fournir un financement à tous leurs acheteurs potentiels.

51. Les obstacles juridiques qui empêchent les prêteurs autres que les vendeurs et les crédit-bailleurs de consentir directement du crédit d'acquisition à des acheteurs ou qui exigent de ces prêteurs qu'ils n'accordent du crédit que par l'intermédiaire du vendeur ou du crédit-bailleur (en se faisant céder le droit de réserve de propriété ou le droit de crédit-bail) peuvent également se révéler inefficaces à d'autres égards. Ce qui est très important, c'est qu'en ne traitant le financement d'acquisitions que sous l'angle de la protection des droits réels des vendeurs et des crédit-bailleurs, on risque en fait de réduire la portée des droits pouvant par ailleurs être revendiqués par ces derniers. De nombreux régimes actuels d'opérations garanties offrent aux créanciers garantis un certain nombre de droits qui souvent n'étaient pas ou pas toujours proposés aux vendeurs qui utilisent la réserve de propriété pour garantir leurs créances. Il s'agit, par exemple, du droit automatique de revendiquer une sûreté: a) sur des produits fabriqués à partir des biens sur lesquels une sûreté a été constituée; b) sur tout produit généré par la vente des biens grevés; ou c) d'utiliser la sûreté pour garantir tous les montants que l'acheteur peut devoir au vendeur.

c) Approches encourageant l'offre de crédit d'acquisition par le vendeur et le prêteur

52. En partie pour accroître l'éventail de ceux qui peuvent financer une acquisition et en partie pour permettre aux vendeurs de disposer d'une panoplie complète de droits dont disposaient auparavant les prêteurs qui prenaient des sûretés, de nombreux États ont modifié leur régime de financement d'acquisitions de façon à encourager l'offre de crédit par le vendeur et le prêteur. Pour obtenir ce résultat, on a adopté différentes méthodes.

53. Dans certains États qui reconnaissent aux vendeurs, en matière d'acquisition, des droits spéciaux reposant sur une réserve de propriété, les vendeurs réservataires peuvent maintenant étendre leurs droits par contrat en introduisant des clauses supplémentaires dans le contrat de vente. Par exemple, certains États autorisent les vendeurs réservataires à insérer une clause qui étend leur droit aux biens fabriqués à partir du bien initialement vendu ou qui permet d'utiliser la réserve de propriété sur certains biens comme une sûreté pour garantir l'ensemble des obligations dues au vendeur par l'acheteur (on parle souvent de "clause d'intégralité des sommes"). Il arrive parfois qu'un État autorise également un vendeur réservataire à insérer une clause étendant son droit aux créances de sommes d'argent ou aux autres produits provenant de la vente des biens. Néanmoins, dans la plupart des États qui continuent d'accorder aux vendeurs des droits spéciaux reposant sur une réserve de propriété, seule la réserve simple est traitée comme un mécanisme de transfert de propriété; les réserves plus complexes soit ne sont pas reconnues, soit sont traitées comme donnant naissance à des sûretés, à des droits fiduciaires ou à d'autres droits. Cela signifie également que certains États ont aussi renforcé les droits des acheteurs dans le cadre d'une vente avec clause de réserve de propriété en reconnaissant le droit futur que détient un acheteur sur les biens acquis dans le cadre d'une telle vente et en lui permettant d'accorder, sur les biens, une sûreté de rang inférieur (ou, pour les biens qui seront acquis à l'avenir, un droit futur sur ces biens) à un autre créancier.

54. Quelques États ont réformé leur législation sur les opérations garanties pour permettre aux vendeurs de prendre des sûretés privilégiées en garantie du paiement

d'acquisitions, mais continuent de permettre que la réserve de propriété, les crédits-bails et des mécanismes similaires coexistent comme opérations distinctes de financement d'acquisitions. Dans ces États, les divers mécanismes par lesquels la propriété est utilisée pour garantir l'obligation d'un acheteur sont cependant généralement réglementés essentiellement par les mêmes règles que celles qui régissent les sûretés prises par un vendeur en garantie du paiement d'acquisitions. D'autres États encore continuent d'accorder aux vendeurs, parallèlement aux sûretés réelles mobilières qui garantissent le paiement d'acquisitions, les droits traditionnels liés au financement de ces dernières tout en permettant également aux prêteurs de revendiquer des sûretés sur les biens vendus. Pour éviter toute coordination imparfaite des divers types de financement, ces États vont souvent plus loin et imposent aux vendeurs d'inscrire un avis relatif à un droit de réserve de propriété sur le registre des sûretés et de suivre les mêmes procédures de réalisation que celles qui s'appliqueront aux sûretés.

55. Cette dernière approche se fonde sur une décision politique qui vise à assurer, autant que possible, l'égalité de traitement de toutes les opérations utilisées pour financer l'acquisition de biens meubles corporels. On suppose qu'en s'efforçant de créer des possibilités plus ou moins égales pour tous les fournisseurs de crédit, on accroîtra la concurrence entre eux, ce qui augmentera le volume de crédit disponible et réduira son coût, ce qui est dans l'intérêt des vendeurs comme des acheteurs. Ces types de régime modernisé intègrent donc les droits des vendeurs et des crédit-bailleurs dans le régime des opérations garanties, facilitant ainsi le financement sur la sûreté de l'acheteur ou le droit futur du crédit-bailleur, mais empêchent dans le même temps d'autres prêteurs de revendiquer directement une sûreté de premier rang sur les biens achetés. En d'autres termes, bien que ces États aient adopté des régimes qui contribuent largement à la création de possibilités égales pour la fourniture de crédit d'acquisition, il existe encore un statut prioritaire privilégié dont bénéficient les vendeurs par rapport aux prêteurs qui financent l'acquisition.

d) Approches fondées sur le concept pleinement intégré de sûreté réelle mobilière "en garantie du prix d'achat"

56. Certains États sont allés encore plus loin. Ils ont non seulement adopté une approche qui autorise et encourage l'offre de crédit par le vendeur et le prêteur, mais aussi des régimes qui traitent de manière égale tous les fournisseurs de crédit, les prêteurs pouvant acquérir la même priorité privilégiée que les vendeurs qui prennent des sûretés sur les biens qu'ils vendent. À des fins de réglementation, les divers droits que possèdent les propriétaires en matière de financement d'acquisitions (réserve de propriété, crédit-bail et mécanismes similaires) sont a) pleinement intégrés dans une sûreté fonctionnelle unique; et b) traités de la même façon que les sûretés ordinaires que peuvent prendre les prêteurs et les vendeurs en garantie du paiement d'une acquisition. Dans de nombreux États qui ont adopté cette méthode, ces diverses sûretés sont regroupées sous l'appellation de sûreté réelle mobilière "en garantie du prix d'achat" (pour les définitions des termes "sûreté réelle mobilière" et "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition", voir Introduction, section B, Terminologie).

57. Dans les États qui ont adopté le concept de sûreté réelle mobilière "en garantie du prix d'achat", deux principes importants régissent son application. Le premier est que cette sûreté, appelée, dans le Guide, "sûreté réelle mobilière en garantie du

paiement d'une acquisition", est un concept générique. Il s'applique donc à toute opération par laquelle un prêteur fournit à une personne un crédit qui doit lui permettre d'acheter des biens meubles corporels et détient sur les biens achetés une sûreté qui garantira le remboursement du crédit. Le deuxième est que la sûreté réelle mobilière en garantie du prix d'achat est un type de sûreté. Par conséquent, sauf lorsque les circonstances particulières d'un financement d'acquisition obligent à appliquer une règle spéciale, toutes les règles applicables aux sûretés en général s'appliquent également aux sûretés qui garantissent le paiement d'acquisitions.

58. Dans les États qui ont adopté le concept pleinement intégré de sûreté réelle mobilière en garantie du prix d'achat, les principales caractéristiques d'un régime des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'une acquisition (selon la terminologie du Guide) sont les suivantes:

a) La sûreté peut être prise non seulement par les fournisseurs de biens meubles corporels, mais aussi par d'autres fournisseurs de crédit d'acquisition, y compris les prêteurs et les crédit-bailleurs;

b) Le créancier garanti qui finance l'acquisition reçoit, à des fins de garantie, une sûreté, qu'il reste ou non propriétaire des biens acquis;

c) L'acheteur peut proposer à d'autres créanciers une sûreté de rang inférieur sur les mêmes biens (et utiliser ainsi la pleine valeur de ses sûretés sur les biens acquis pour obtenir un crédit supplémentaire);

d) Que la convention constituant la sûreté en garantie du paiement de l'acquisition soit qualifiée de sûreté, ou qu'il s'agisse d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail, le créancier garanti qui finance l'acquisition doit, comme les autres créanciers garantis, inscrire sa sûreté dans un registre général;

e) Une fois inscrite au registre général, la sûreté est opposable;

f) Lorsqu'elle est inscrite peu de temps après la livraison des biens à l'acheteur, la sûreté qui garantit le paiement de l'acquisition aura normalement priorité sur les réclamants concurrents, y compris sur un créancier titulaire d'une sûreté antérieure sur des biens futurs (ou à acquérir) de l'acheteur; et

g) S'il est vendeur ou crédit-bailleur, le créancier garanti qui finance l'acquisition peut, dans le cadre ou en dehors d'une procédure d'insolvabilité, opposer ses sûretés de la même façon que tout autre créancier garanti sans posséder en plus un quelconque droit de réalisation.

59. Ces dernières décennies, un nombre croissant d'États ont adopté cette approche pleinement intégrée du financement d'une acquisition. Cette tendance peut également s'observer au niveau international. Par exemple, la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles de l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) régit l'opposabilité des réserves de propriété et des crédits-bails par des règles distinctes, mais similaires quant au fond à celles qui régissent les sûretés. Elle étend ainsi au-delà des sûretés le registre international qui y est prévu pour englober les réserves de propriété et les crédits-bails. De surcroît, en vertu de la Convention des

Nations Unies sur la cession[1], les mêmes règles s'appliquent a) aux cessions de sûretés; b) aux cessions effectuées à des fins de garantie; et c) aux cessions pures et simples (voir art. 2, alinéa a)), ce qui évite d'établir une distinction entre les sûretés et les mécanismes de transfert de propriété. L'article 22 de la Convention, en effet, qui vise expressément divers conflits de priorité, y compris un conflit naissant entre un cessionnaire de créances et un créancier du cédant dont les réserves de propriété sur des biens meubles corporels s'étendent aux créances nées de la vente de ces biens. Enfin, la Loi modèle sur les sûretés de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement, la Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières de l'Organisation des États américains et le Guide sur les registres de biens meubles de la Banque asiatique de développement suivent la même approche du financement d'acquisitions.

4. Choix fondamentaux

a) Généralités

60. Le Guide (voir chap. I, sect. B, Approches fondamentales en matière de sûretés) examine les approches fondamentales des sûretés que pourrait adopter un État cherchant à réformer sa législation sur les opérations garanties. Il pose notamment la question de savoir comment traiter les opérations qui remplissent la fonction économique d'une sûreté, mais s'effectuent en utilisant la propriété sur un bien pour garantir le paiement intégral de la créance du prêteur. Cette question se pose aussi bien dans le contexte d'une insolvabilité qu'en dehors.

61. De nombreux États continuent de maintenir dans toutes les situations une diversité formelle de mécanisme de financement. De ce fait, ils reconnaissent à la fois les sûretés et des mécanismes tels que les transferts fiduciaires de propriété, les hypothèques et les ventes avec droit de rachat lorsqu'un transfert de propriété des biens d'un emprunteur est effectué pour garantir l'exécution d'une obligation. D'autres États maintiennent cette diversité formelle hors des contextes d'insolvabilité mais, dans leur régime d'insolvabilité, ils qualifient de sûretés les opérations où le droit de propriété (ou le titre) est utilisé pour garantir le paiement d'une créance. Dans ces derniers États, toutes les opérations qui remplissent le rôle économique d'une sûreté sont traitées comme étant, à des fins de garantie, fonctionnellement équivalentes.

62. D'autres États ont appliqué l'approche de l'"équivalence fonctionnelle" aussi bien dans le contexte d'une insolvabilité qu'en dehors. Ils reconnaissent le caractère spécifique de ces différentes opérations de transfert de propriété: ils continuent de permettre aux vendeurs de pratiquer la réserve de propriété ou la vente sous condition résolutoire, et aux prêteurs de réaliser des opérations garanties ou de vente avec droit de rachat. Mais pour bien coordonner ces diverses opérations afin de les traiter le plus également possible, ces États les soumettent toutes, quelle que soit leur appellation, à un cadre de règles qui produit des résultats fonctionnellement équivalents.

63. Certains États, enfin, vont au bout de cette logique fonctionnelle et adoptent ce qu'on pourrait appeler une approche "intégrée" (ou "unitaire"). Leur régime d'opérations garanties qualifie de sûreté l'ensemble des diverses opérations qui

---

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

remplissent, quelle que soit leur forme, la fonction économique d'une sûreté et les nomme expressément "sûretés réelles mobilières" (pour la définition du terme "sûreté réelle mobilière", voir Introduction, sect. B, Terminologie). Ainsi, dans ces États, le régime ne se contente pas de maintenir différents mécanismes traités comme étant "fonctionnellement équivalents", mais les requalifie tous de sûretés dans la mesure où ils remplissent la fonction économique d'une sûreté.

64. Le Guide recommande aux États d'adopter cette dernière approche en matière d'opérations garanties non liées à une acquisition. Toutes les opérations où des droits sur les biens du constituant, y compris la propriété, sont utilisés pour garantir une obligation de remboursement ordinaire contractée par un emprunteur envers un fournisseur de crédit devraient être traitées comme des sûretés et identifiées comme telles, aussi bien dans le contexte d'une insolvabilité qu'en dehors (voir recommandations 11 et 12). Le Guide parle d'approche "intégrée et fonctionnelle". Comme il a été expliqué (voir par. [...] ci-dessus), cette approche présente principalement trois avantages: a) elle encourage de façon plus évidente la concurrence entre fournisseurs de crédit pour ce qui est des prix et est donc plus à même d'accroître l'offre de crédit bon marché; et b) elle permet mieux de choisir des principes législatifs en fonction de leur efficacité comparative; et c) dans la mesure où toutes les opérations constituant des sûretés sont traitées de la même manière, le régime est plus facile à adopter et à appliquer.

65. Lorsque l'obligation garantie est le paiement du prix d'achat d'un bien meuble corporel (c'est-à-dire lorsqu'il y a une opération de financement d'acquisition) la question est plus complexe d'un point de vue théorique car les parties concernées ne sont pas toutes des prêteurs. Elles sont également des vendeurs. Par conséquent, pour savoir s'ils doivent adopter l'approche intégrée et fonctionnelle, les États devront déterminer a) s'il faudrait que la logique des opérations garanties l'emporte sur celle du droit des ventes et de la location (ou, plus particulièrement, celle du droit de la propriété) lorsque des vendeurs et des crédit-bailleurs utilisent ces opérations pour garantir le paiement du prix d'achat de biens meubles corporels (ou son équivalent économique); ou b) s'il faudrait que la logique du crédit-bail et de la vente l'emporte, comme principe fondamental d'organisation, sur celle des opérations garanties. Pour trancher ces questions, les États doivent commencer par examiner s'ils devraient adopter l'approche consistant à produire des résultats fonctionnellement équivalents comme étant la manière la plus efficace d'atteindre l'objectif d'égalité substantielle entre les parties qui financent l'acquisition; ensuite, si tel est le cas, ils doivent examiner s'ils devraient adopter l'approche intégrée comme étant la manière la plus efficace d'élaborer un cadre de règles instaurant l'équivalence fonctionnelle des résultats.

b) L'équivalence fonctionnelle, concept générique de financement d'acquisitions

66. Il a été indiqué plus haut (voir par. [...]) que les principes de fonctionnalité et d'intégration, bien qu'étroitement liés, étaient indépendants. Il a aussi été noté que l'égalité pour ce qui est de proposer du crédit est l'un des principaux objectifs que les États devraient viser lorsqu'ils réformeront leur législation sur les opérations garanties en général.

67. L'adoption, par les États, du principe de fonctionnalité pour le financement d'acquisitions se justifie par de bonnes raisons de politique économique. Dans les économies de marché, l'instauration d'une égalité des fournisseurs de crédit

renforcera la concurrence entre eux, ce qui accroîtra le volume de crédit disponible et réduira son coût. Il n'y a aucune raison économique impérative pour que le fabricant ou le distributeur de biens meubles corporels ait un monopole sur l'offre de crédit aux acheteurs. Une fois accepté le principe selon lequel les prêteurs devraient pouvoir être en concurrence pour proposer du crédit d'acquisition à des acheteurs, il ne faudrait pas que le régime juridique en vertu duquel ils le font crée des incitations pour l'un ou l'autre des sous-groupes. La façon la plus efficace de veiller à ce que l'offre de crédit se fonde uniquement sur les conditions proposées par le prêteur est de fixer des règles juridiques qui les traitent tous d'une manière qui produise des résultats fonctionnellement équivalents.

68. Il s'ensuit que les acheteurs devraient être autorisés à rechercher la meilleure offre possible pour satisfaire leurs besoins en matière de crédit d'acquisition. Ils devraient pouvoir négocier de la même façon, avec tout prêteur potentiel, les clauses du prêt, les conditions de remboursement, les intérêts qui seront demandés, les événements qui constitueraient une défaillance et la portée de leur sûreté. Un régime qui permettrait à certains prêteurs d'obtenir de meilleures sûretés compromettrait cette égalité de négociation. Autrement dit, du point de vue économique, il n'existe, dans le financement d'acquisitions, rien qui doive inciter un État à adopter, en matière de concurrence du crédit, une approche différente de celle qu'il adopte pour les financements ordinaires non liés à une acquisition.

69. Il existe aussi des raisons juridiques qui peuvent inciter un État à adopter l'approche visant à produire des résultats fonctionnellement équivalents. Les États, nous l'avons noté ci-dessus (voir par. 36 à 39), ont longtemps organisé le crédit pour acheteurs de biens meubles corporels en accordant des droits spécifiques aux vendeurs (probablement en partant du postulat que ceux-ci fourniraient l'essentiel du crédit d'acquisition et que la plupart des ventes seraient des opérations ponctuelles portant sur des biens uniques). Dans cette hypothèse, la principale préoccupation était de faire en sorte que, si l'acheteur ne payait pas le prix d'achat, le vendeur puisse récupérer le bien vendu rapidement, efficacement et sans sûretés tierces. Autrement dit, le crédit ne faisait que s'adjoindre à la vente et le principal souci du vendeur était de recevoir la valeur du bien fourni à l'acheteur. Deux nouvelles tendances, au cours des dernières décennies, ont contraint les États à revoir cette position.

70. Premièrement, avec le développement des économies, les besoins de crédit d'acquisition ont augmenté et les vendeurs ont constaté que, souvent, ils n'étaient pas en mesure de les satisfaire tous. Lorsque des fabricants, des grossistes et des détaillants achetaient d'importantes quantités de matières premières et de stocks, en particulier, il est devenu de plus en plus fréquent que des banques, des organismes financiers et d'autres prêteurs accordent aux acheteurs un crédit afin de leur permettre d'acquérir ces matières et ces stocks. Deuxièmement, le matériel de fabrication et de distribution est devenu de plus en plus perfectionné et onéreux. Les fournisseurs étaient souvent dans l'impossibilité d'accorder à leurs acheteurs potentiels le financement dont ils avaient besoin. En outre, souvent pour des raisons fiscales, les acheteurs ont découvert qu'il était parfois plus avantageux économiquement d'acquérir le matériel nécessaire par une opération de location plutôt que par un achat. Par leur structure, souvent, ces opérations de location équivalaient à une vente à crédit.

71. Dans ces deux cas, une personne autre que le vendeur direct des biens fournissait un crédit d'acquisition à un acheteur (ou acheteur fictif). Les États ont alors dû décider s'il fallait continuer de faire des droits du vendeur le modèle des opérations de financement d'acquisitions. Les principales préoccupations tenaient au fait que: a) les vendeurs, contrairement aux autres parties finançant l'acquisition, telles que les prêteurs, pouvaient traditionnellement obtenir sur les biens vendus, par réserve de propriété, une sûreté de rang supérieur; et b) lorsque l'opération était structurée comme une location et non comme une vente dans laquelle le vendeur transférait la propriété à l'acheteur contre le droit d'annuler la vente en cas de non-paiement du prix d'achat, il était généralement impossible, pour le preneur à bail, d'utiliser le bien loué pour garantir d'autres crédits. Ces préoccupations ont conduit les États à se demander si un concept générique d'opération de financement d'acquisition pourrait être une meilleure façon d'organiser cette branche du droit des opérations garanties.

72. De nombreux États ont conclu que, même lorsqu'ils ont décidé que les vendeurs devraient continuer à pouvoir protéger leurs droits en restant propriétaires des biens vendus jusqu'à leur paiement intégral par l'acheteur, le régime juridique serait moins incertain et entraînerait moins de différends s'il n'opérait pas de distinction purement formelle entre les droits des différents fournisseurs de crédit d'acquisition. Cela les a conduits à simplifier le régime en adoptant l'approche qui produit des résultats fonctionnellement équivalents: toutes les opérations utilisées pour financer l'acquisition de biens meubles corporels seraient traitées fondamentalement de la même manière, indépendamment de leur forme et du statut juridique du créancier (vendeur, crédit-bailleur ou prêteur).

73. Conformément à la recommandation selon laquelle les États devraient appliquer le principe des résultats fonctionnellement équivalents aux opérations garanties non liées à une acquisition, le présent chapitre recommande aux États d'appliquer ce principe à toutes les opérations de financement d'acquisitions, quelle que soit leur appellation (voir la définition de l'objet dans le chapitre XI, options A et B). Il leur recommande par conséquent d'adopter des régimes qui produisent des résultats fonctionnellement équivalents, même s'ils décident de ne pas adopter l'approche pleinement intégrée (voir recommandation 174 pour l'approche unitaire et recommandation 185 pour l'approche non unitaire).

c) Approches unitaire et non unitaire de l'équivalence fonctionnelle

74. Le deuxième choix fondamental que doivent faire les États a trait à la façon de concevoir leur législation pour obtenir des résultats fonctionnellement équivalents. Ici encore, le principal objectif est de faire en sorte que, dans toute la mesure possible, le régime juridique qui crée cette équivalence fonctionnelle facilite l'offre de crédit la plus large possible au prix le plus bas. Ce type d'efficacité juridique peut être obtenu de deux façons.

75. Premièrement, les États peuvent choisir d'effacer toute distinction entre les diverses formes d'opération de financement d'acquisitions et adopter une caractérisation unique de ces mécanismes. Cette manière de procéder est celle que le Guide recommande pour les sûretés en général. La méthode pour parvenir à des résultats fonctionnellement équivalents est qualifiée d'approche "intégrée". Au vu des alternatives exposées dans le présent chapitre, l'approche intégrée sera caractérisée comme étant l'approche unitaire du financement d'acquisitions. Dans

l'approche unitaire, toutes les opérations de financement d'acquisitions donneront lieu à des "sûretés réelles mobilières garantissant le paiement" et les prêteurs seront considérés comme des "créanciers garantis finançant l'acquisition" (pour la définition des termes "sûretés réelles mobilières garantissant le paiement" et "créanciers garantis finançant l'acquisition", voir Introduction, sect. B, Terminologie).

76. Les États peuvent aussi choisir de conserver la forme des opérations de financement d'acquisitions existantes et la caractérisation donnée par les parties (vente, location ou prêt), sauf si un tribunal s'y oppose. Pour ce faire cependant, ils vont devoir ajuster et rationaliser leurs règles techniques pour chaque opération de façon à assurer l'équivalence fonctionnelle dans l'ensemble du régime. Le présent Guide qualifie cette méthode de réglementation du crédit d'acquisition d'"approche non unitaire". Dans ce cas, les opérations de financement d'acquisitions donneront lieu soit à des "droits de réserve de propriété" et à des "droits de crédit-bail" lorsqu'un mécanisme de transfert de propriété sera utilisé, soit à des "sûretés garantissant le paiement d'une acquisition" en faveur de "créanciers garantis finançant l'acquisition" lorsqu'une sûreté aura été constituée, que ce soit en faveur d'un prêteur ou d'un vendeur transférant la propriété à un acheteur (pour les définitions des termes mentionnés dans le présent paragraphe, voir Introduction, section B, Terminologie).

77. En fonction de la loi autre que la loi sur les opérations garanties, la décision d'adopter telle ou telle approche peut avoir des conséquences importantes. Par exemple, les droits des tiers, que ce soit dans le cadre ou en dehors de la procédure d'insolvabilité, peuvent être affectés (les questions relatives à l'insolvabilité sont examinées dans la section A.12 et le chapitre XIV, Incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière). En outre, ayant opté pour l'une ou l'autre de ces approches, les États vont également devoir déterminer la façon dont ils élaboreront les règles qui régiront tous les aspects des opérations de financement d'acquisitions et les intégrer au droit commun de la vente et de la location.

78. Trois conséquences principales découlent de la décision d'un État d'adopter l'approche unitaire. Premièrement, tous les mécanismes de financement d'acquisitions, quelle que soit leur forme, seront considérés comme des sûretés et soumis aux mêmes règles qui régissent les sûretés non liées à une acquisition. Deuxièmement, les droits détenus par un créancier sur des biens meubles corporels dans le cadre d'une vente avec réserve de propriété, d'une vente sous condition résolutoire, d'un contrat de location-vente, d'un crédit-bail ou d'une opération similaire seront considérés comme une sûreté garantissant le paiement d'une acquisition et régis comme une sûreté accordée à un prêteur. Troisièmement, dans ces cas, l'acheteur sera considéré avoir acquis la propriété du bien, même si le vendeur ou crédit-bailleur prétend rester propriétaire par contrat.

79. Les États auront deux moyens d'appliquer l'approche unitaire lorsque des vendeurs utiliseront une réserve de propriété ou un crédit-bail. Ils pourront prévoir que l'acheteur devient propriétaire en toutes circonstances, auquel cas ils devront modifier d'autres textes de loi (législation fiscale, par exemple) s'ils veulent que les vendeurs de ces opérations soient taxés comme des propriétaires. Ils pourront, également, prévoir que l'acheteur ne devient propriétaire qu'aux fins de la législation sur les opérations garanties et des branches connexes du droit (législation relative aux débiteurs et aux créanciers et législation de l'insolvabilité, en

particulier). Il est toutefois important de noter que, pour que le régime soit cohérent, les États doivent suivre la même démarche pour les opérations de financement d'acquisitions que pour les opérations de financement non liées à des acquisitions.

80. Étant donné que le Guide adopte une approche unitaire du crédit non lié au financement d'acquisitions, les opérations traditionnellement accomplies par des prêteurs, comme les ventes avec droit de rachat, les cessions-bails et les transferts fiduciaires de propriété, sont toutes considérées comme des sûretés ordinaires. C'est uniquement dans le cas d'opérations accomplies par des vendeurs (et celles qui leur sont apparentées, comme les crédits-bails) que le Guide envisage la possibilité d'adopter une approche non unitaire. Cela dit, même lorsque les États adopteront une approche non unitaire, ils devront adapter le régime de façon à intégrer le principe d'équivalence fonctionnelle (voir recommandation 185). Le régime devra, par exemple, traiter tous les fournisseurs de crédit d'acquisition de manière fonctionnellement équivalente: les vendeurs qui restent propriétaires; ceux qui ne restent pas propriétaires mais conservent le droit d'annuler la vente; ceux qui ne restent pas propriétaires mais prennent une sûreté ordinaire garantissant le paiement des biens vendus; les crédit-bailleurs qui restent propriétaires; et les prêteurs qui prennent une sûreté ordinaire garantissant le paiement des biens vendus ou loués.

81. En principe, les États qui adoptent l'approche non unitaire pourront obtenir l'équivalence fonctionnelle entre les droits des vendeurs qui restent propriétaires et des crédit-bailleurs, d'une part, et ceux des créanciers garantis qui financent l'acquisition, d'autre part, cela de deux façons. Ils pourront soit a) calquer les droits accordés aux réclamants réservataires et similaires sur ceux accordés aux créanciers garantis qui financent l'acquisition et ne sont ni vendeurs ni crédit-bailleurs; soit b) calquer les droits accordés à ces derniers sur ceux déjà accordés aux créanciers réservataires. Dans le premier cas, toutes les parties qui financent l'acquisition seront traitées de la même manière (comme des créanciers garantis qui financent l'acquisition), mais ceux qui restent propriétaires auront des droits légèrement différents de ceux des propriétaires ordinaires. Dans le second cas, les parties et les créanciers garantis qui financent l'acquisition seront tous traités de la même manière (comme des propriétaires), mais les créanciers garantis qui financent l'acquisition et ceux qui possèdent une sûreté non liée à une acquisition seront soumis à des règles légèrement différentes. Même si, sur la forme, ces options semblent toutes deux viables, il vaudra mieux, si l'on veut permettre aux parties d'obtenir un crédit garanti de façon simple et efficace, choisir, pour obtenir l'équivalence fonctionnelle dans un régime non unitaire, la première approche.

82. On pourra commencer par définir l'objectif à atteindre. Il faudra se demander quelle approche sera la plus à même de produire le crédit le plus transparent et le moins onéreux, indépendamment de la source du crédit. Premièrement, il sera très difficile de concevoir des règles qui traiteront les prêteurs en propriétaires (notamment parce que les prêteurs n'ont généralement pas d'expérience de la vente ou de l'entretien des biens qu'ils financent). Deuxièmement, même si ces prêteurs étaient qualifiés de propriétaires, ils ne jouiraient pas d'une propriété ordinaire puisque leurs droits de réalisation seraient ajustés pour protéger les droits de certains tiers qui pourraient avoir pris des sûretés sur le droit futur de l'acheteur. Troisièmement, il sera très difficile de concevoir des règles qui distingueront les droits accessoires accordés à deux catégories de prêteur, à savoir les prêteurs garantis ordinaires et les prêteurs garantis qui financent l'acquisition.

Quatrièmement, il est bien plus simple de calquer les droits et obligations d'un vendeur qui possède un droit lié au financement de l'acquisition (par exemple pour ce qui est de la constitution, de l'opposabilité, de la priorité sur des réclamants concurrents et de la réalisation) sur ceux d'un vendeur ou d'un prêteur qui détient une sûreté garantissant le paiement de l'acquisition (créancier garanti finançant l'acquisition). La raison en est que cette approche améliorera la cohérence globale du régime des opérations garanties tout en permettant aux États d'apporter les ajustements requis pour maintenir la cohérence de leur régime de propriété tel qu'il s'exprime dans le droit des ventes et de la location. C'est pourquoi le Guide recommande aux États qui choisiront d'adopter une approche non unitaire des opérations de financement d'acquisitions de chercher à obtenir l'équivalence fonctionnelle en calquant les droits de réserve de propriété et les droits de crédit-bail sur les sûretés en garantie du paiement d'acquisitions, plutôt que l'inverse (voir recommandation 185).

83. Le Guide recommande aux États d'adopter, pour les opérations garanties non liées à une acquisition, l'approche unitaire pour obtenir l'équivalence fonctionnelle du financement d'acquisition. Dans le cadre de cette orientation générale, il suggère aux États, dans la mesure où ils peuvent le faire, d'adopter, pour obtenir l'équivalence fonctionnelle de l'ensemble des mécanismes de financement d'acquisition, l'approche unitaire. Nonobstant cette suggestion, cependant, il reconnaît que certains États pourront ressentir le besoin de conserver, pour les vendeurs, les crédits-bailleurs et autres fournisseurs, la forme des mécanismes de transfert de propriété. C'est pourquoi chacune des sous-sections suivantes du présent chapitre (A.5 à A.11) examine les questions qui se posent dans les systèmes juridiques contemporains. Chaque sous-section conclut en examinant la façon dont il faudrait réformer la législation relative au financement d'acquisitions en cas d'adoption de l'une ou l'autre de ces approches (unitaire ou non unitaire) pour parvenir à l'équivalence fonctionnelle.

84. À la section B, de surcroît, le présent chapitre contient des recommandations parallèles présentées comme option A et option B. La première option présente la façon dont les États devraient concevoir une approche unitaire et fonctionnelle des opérations de financement d'acquisitions. Le Guide recommande implicitement cette approche pour les États qui adoptent pour la première fois une législation devant régir l'ensemble des opérations garanties, même si des États ayant un régime complet des opérations garanties peuvent certainement aussi en tirer profit. La deuxième option traite de la façon dont les États qui choisissent de conserver une approche non unitaire devraient régir le financement d'acquisitions par des mécanismes de transfert de propriété, notamment des réserves de propriété, des opérations de crédit-bail et des sûretés garantissant le paiement d'acquisitions, de sorte que les avantages économiques de l'équivalence fonctionnelle puissent également être obtenus par une approche non unitaire.

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

85. Dans le chapitre sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties), le Guide examine les conditions à réunir pour rendre une sûreté efficace entre les parties (notamment par le constituant et par le créancier garanti). Ce chapitre utilise également l'expression "constitution" pour caractériser les conditions à réunir pour obtenir l'efficacité entre les parties. Comme l'explique le

chapitre, l'objectif est de rendre ces conditions aussi simples que possible (voir par. [...]). La façon dont ces conditions pourront être transposées pour réglementer l'efficacité entre les parties des droits naissant d'une opération de financement d'acquisition dépendra du fait de savoir si l'État adoptera une approche "unitaire" ou "non unitaire".

86. Dans les États qui continuent de considérer les opérations avec réserve de propriété et les crédits-bails comme des sûretés distinctes, il n'est en outre pas certain que le mot "constitution" soit le plus approprié pour décrire la manière dont le vendeur dans une opération avec réserve de propriété ou le bailleur dans le cadre d'un crédit-bail "acquièrent" leurs droits. Par exemple, les droits de propriété du crédit-bailleur ne naissent pas du contrat de location; le crédit-bailleur est déjà propriétaire au moment où il conclut la location avec le preneur à bail. De même, le vendeur qui reste propriétaire ne crée pas un nouveau droit en sa faveur; il ne fait que continuer de faire valoir le droit de propriété qu'il possédait avant de conclure l'accord avec l'acheteur. Néanmoins, par commodité, les accords en vertu desquels un crédit-bailleur et un vendeur peuvent opposer leur propriété à un preneur à bail ou à un acheteur auquel ils auront accordé la possession d'un bien meuble corporel seront parfois appelés accords "créant" les droits correspondants. On pourra dire, certes, que dans certains États où l'acheteur découlant d'une clause de réserve de propriété acquiert un droit de propriété futur, il se crée un nouveau type de propriété scindée et qu'il faudrait donc parler de la "création" d'un droit de réserve de propriété qui ne correspond pas exactement à une propriété traditionnelle.

87. Les États qui ne traitent pas toutes les opérations de financement d'acquisitions de la même manière imposent, pour ce qui est de rendre les droits d'acquisition efficaces entre les parties, des critères très variés. Pour commencer, ces critères peuvent varier au sein d'un même État en fonction de l'opération de financement d'acquisition (réserve de propriété, crédit-bail, sûreté) dont il est question. En outre, ils peuvent grandement varier d'un État à l'autre, même pour le même type d'opération de financement d'acquisition. De fait, les États ne conçoivent pas tous les droits de réserve de propriété et les droits de crédits-bails de la même façon et n'imposent donc pas tous les mêmes critères pour ce qui est de créer ou de réserver un tel droit.

88. En tant que droit lié au financement d'une acquisition, la réserve de propriété est généralement considérée comme un droit réel qui s'adjoint à un contrat de vente (comme par exemple une clause dans un des documents attestant la vente). Il s'ensuit que, dans de nombreux États, les conditions de forme à réunir pour créer un droit de réserve de propriété sont celles qui s'appliquent aux contrats de vente en général, sans autre formalité particulière. En conséquence, si un État accepte qu'un contrat de vente de biens meubles corporels soit conclu verbalement, la clause qui prévoit que le vendeur reste propriétaire jusqu'au paiement intégral du prix d'achat pourra également être verbale. Dans ces cas, la réserve de propriété du vendeur pourra être convenue verbalement ou par référence à une correspondance entre les parties, à une commande ou à une facture où les conditions générales de vente figurent en caractères imprimés. Ces documents n'ont même pas besoin de porter la signature de l'acheteur, mais celui-ci peut implicitement accepter les conditions qu'ils énoncent en acceptant la livraison des biens et le paiement d'une fraction du prix d'achat indiqué sur la commande ou sur la facture, par exemple. Dans d'autres États, même si un contrat de vente ordinaire peut être conclu verbalement, un écrit

(même minimal), un visa pour date certaine, une notarisation, voire une inscription peuvent être exigés pour qu'une clause de réserve de propriété figurant dans un contrat de vente soit efficace même entre les parties.

89. Les fournisseurs de crédit qui utilisent des crédits-bails, des contrats de location-vente et des opérations apparentées restent également propriétaires du fait de la nature de ces contrats. L'efficacité entre les parties de la sûreté du crédit-bailleur, par exemple, dépendra du fait de savoir si les parties respectent les formalités ordinaires d'opposabilité applicables au crédit-bail ou au contrat de location-vente en question.

90. Dans la plupart des États, seul le vendeur ou le crédit-bailleur effectif peut obtenir un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail (selon le cas) et être tenu de suivre les formalités qui s'y attachent. D'autres fournisseurs de crédit d'acquisition, tels les prêteurs, peuvent ne pas obtenir directement un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail. Pour ce faire, ils doivent se faire céder le contrat de vente par le vendeur ou le contrat de location par le crédit-bailleur. Ainsi, les formalités d'efficacité du droit revendiqué par le prêteur sont, premièrement, celles applicables à l'opération initiale menée avec l'acheteur ou le preneur à bail et, deuxièmement, celles applicables à la cession de ce type de contrat. Dans beaucoup de ces mêmes États, un prêteur qui fournit un crédit d'acquisition peut également prendre une sûreté réelle mobilière. Toutefois, ces États ne permettent pas habituellement aux prêteurs d'acquérir les droits privilégiés d'un vendeur qui conserve la propriété, ni (dans les États qui permettent aux vendeurs de prendre une sûreté réelle mobilière sans dépossession) d'acquérir la position privilégiée des vendeurs qui détiennent une sûreté réelle mobilière.

91. On peut envisager toutefois plusieurs raisons pour lesquelles les États voudraient permettre aux prêteurs d'accéder directement (c'est-à-dire sans avoir à se faire céder les droits de propriété d'un vendeur ou d'un crédit-bailleur ou la sûreté en garantie du paiement d'acquisitions d'un vendeur) au statut de créancier garanti finançant l'acquisition. Tout d'abord, si l'on admet qu'un acheteur puisse constituer une sûreté sur son droit futur, il n'y a pas de raison, en principe, de restreindre les prêteurs aux opérations garanties non liées à une acquisition. Ensuite, le fait d'autoriser les prêteurs à financer les acquisitions renforce la concurrence en matière de crédit entre les vendeurs, les crédit-bailleurs et les prêteurs (ce qui est bénéfique en termes d'accès au crédit et de coût du crédit). Enfin, si les prêteurs ne peuvent pas proposer de crédits à l'acquisition, ceux d'entre eux qui souhaiteraient accorder à leurs débiteurs-acheteurs un crédit garanti par le droit futur sur le bien en cours d'acquisition ne bénéficieront pas, à l'égard de ce droit futur, d'une position prioritaire privilégiée face aux autres créanciers garantis. Leur rang de priorité dépendra simplement de la date à laquelle leur sûreté sera devenue opposable aux tiers. Ainsi, le rang de priorité d'un prêteur de date plus récente souhaitant accorder un crédit à un débiteur dans le but exprès de lui permettre d'acquérir des biens meubles corporels sera (en l'absence d'un accord de cession de rang) toujours inférieur à celui d'une partie apportant un financement plus général, mais ayant rendu sa sûreté opposable aux tiers avant lui.

92. Les États qui ne traitent pas les ventes assorties d'une clause de réserve de propriété ou les crédits-bails comme des sûretés adoptent également, pour ce qui est de l'extension de ces droits à d'autres biens, des approches différentes. Dans certains, si les biens qui font l'objet d'une réserve de propriété sont mélangés à

d'autres biens, la réserve s'éteint (dans quelques autres, en revanche, la réserve de propriété demeure efficace entre les parties; dans ces États, faisant exception aux principes généraux du droit de la propriété, aussi longtemps que des biens similaires se trouvent entre les mains de l'acheteur, le vendeur n'a pas besoin d'entreprendre d'autres formalités pour conserver son droit). De même, dans la plupart des États, le droit de réserve de propriété ne peut pas s'étendre à des biens transformés en de nouveaux produits, mais dans un petit nombre d'États, la réserve de propriété est automatiquement conservée même lorsque les biens sont transformés en un nouveau produit. Dans certains États qui ont adopté cette dernière approche, le vendeur est automatiquement en droit de revendiquer une sûreté réelle mobilière sur le nouveau produit, tandis que dans d'autres, le vendeur deviendra simplement un créancier garanti ordinaire. Certains États permettent également aux crédit-bailleurs de continuer à revendiquer la propriété de biens loués qui ont été légèrement modifiés ou, en fonction des conditions du bail, du produit d'une disposition autorisée. Dans ces cas également, aucune formalité supplémentaire n'est requise pour conserver l'efficacité entre les parties de la sûreté réelle mobilière sur les biens modifiés ou le produit.

93. Il existe, pour ce qui est des principes qui régissent les critères d'efficacité entre les parties des sûretés garantissant le paiement d'acquisitions, une plus grande similarité entre les États qui ont adopté une approche pleinement intégrée. Ces critères, en effet, ne présentent pratiquement aucune différence. Dans chaque État, de surcroît, les conditions de forme à réunir pour rendre efficace entre les parties une sûreté garantissant le paiement d'une acquisition sont identiques, que le financement émane d'un vendeur, d'un crédit-bailleur, d'un prêteur ou de toute autre personne. En outre, comme le crédit garanti qui finance l'acquisition est traité simplement comme une catégorie particulière de financement garanti (parce qu'une sûreté en garantie du paiement d'une acquisition est un type de sûreté), ces conditions de forme seront les mêmes, relativement minimales, que celles requises pour les opérations garanties non liées à une acquisition (par exemple, un accord écrit et signé identifiant les parties et décrivant raisonnablement les biens vendus et leur prix; recommandations 13 à 15). Enfin, comme la sûreté qui garantit le paiement d'une acquisition est une sûreté, elle s'étendra aux biens transformés et au produit de la disposition (voir recommandations 19 à 22).

94. La différence entre les deux approches et entre les systèmes juridiques décrits plus haut tient rarement de façon importante à la condition de forme écrite. De fait, la plupart d'entre eux acceptent une correspondance, une facture, une commande ou tout document similaire où figurent les conditions générales de vente, qu'ils soient en papier ou électroniques. C'est, de surcroît, la position générale concernant l'exigence d'un écrit recommandée dans le Guide (voir recommandations 9 et 10). La différence semble tenir davantage à l'exigence d'une signature, qui est souvent requise pour l'efficacité entre les parties. Néanmoins, dans certains États, la signature de l'acheteur n'est pas nécessaire aussi longtemps que le vendeur avec réserve de propriété, le créancier garanti qui finance l'acquisition ou le crédit-bailleur peut démontrer par d'autres moyens que l'acheteur ou le preneur à bail a accepté les clauses du contrat. Ces éléments de preuve pourront être simplement l'acquisition et l'utilisation, par l'acheteur ou le preneur à bail, des biens sans protêt après réception de l'écrit. Enfin, vu le nombre d'opérations d'achat de biens meubles corporels qui sont bien documentées pour d'autres raisons, cette question se pose rarement.

95. Dans l'approche unitaire, les critères d'efficacité entre les parties sont les mêmes que ceux qui s'appliquent aux sûretés non liées à une acquisition et sont identiques quelle que soit la forme juridique (sûreté ordinaire, réserve de propriété, clause résolutoire, crédit-bail) de l'opération (voir recommandation 174).

96. Dans l'éventualité où ils adopteraient une approche non unitaire, les États qui souhaiteraient bénéficier d'un régime qui instaurerait, en matière de crédit, une concurrence équitable devraient mettre sur pied un régime pour la constitution d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition qui permette aux prêteurs d'acquérir le statut privilégié accordé aux vendeurs avec réserve de propriété et aux crédits-bailleurs. Pour cela, ils devraient veiller à ce que les règles qui régissent l'efficacité entre les parties produisent des résultats fonctionnellement équivalents quelle que soit la forme de l'opération de financement d'acquisition (voir recommandation 185). Il faudrait, en particulier, coordonner étroitement les règles qui régissent: a) la capacité des parties au contrat; b) le caractère et les modalités de l'obligation garantie; c) les biens sur lesquels le droit lié au financement de l'acquisition pourrait être pris; d) les exigences d'écrit et de signature; et e) la date d'entrée en vigueur de la convention entre les parties, de façon à ne pas favoriser un type d'opération de financement d'acquisitions par rapport à un autre (voir recommandation 185).

6. Opposabilité aux tiers

a) Généralités

97. Le Guide établit une distinction entre l'efficacité d'une sûreté entre le constituant et le créancier garanti et son opposabilité aux tiers (voir le chapitre sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière, par. [...] et le chapitre sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière, par. [...]). Ce point revêt une importance particulière en ce qui concerne les droits liés au financement d'acquisitions, car selon que l'on adopte une approche unitaire ou non unitaire, cette distinction peut en fait ne pas exister.

98. De nombreux États qui ne considèrent pas les droits de réserve de propriété et les droits de crédit-bail comme des sûretés réelles mobilières n'exigent pas l'inscription de ces opérations. Ils n'exigent pas non plus du vendeur ou du crédit-bailleur qu'il entreprenne d'autres démarches formelles pour assurer l'opposabilité aux tiers que celles nécessaires pour rendre la sûreté efficace entre les parties. Au contraire, dans ces États, lorsque le vendeur et l'acheteur concluent une vente avec réserve de propriété, le droit de propriété du vendeur sur le bien meuble corporel qui a été vendu est opposable à tous.

99. À l'inverse, il est obligatoire, dans certains États, d'inscrire un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail (soit de manière générale, soit pour certains types de biens meubles corporels). Dans ces États, il est fréquent que l'inscription ne soit requise que pour rendre le droit de réserve de propriété du vendeur opposable aux tiers. Il arrive cependant qu'il ne soit fait aucune distinction entre l'efficacité du droit de réserve de propriété entre les parties et son opposabilité aux tiers: dans certains États, l'inscription de la réserve de propriété est une condition nécessaire pour qu'elle produise ses effets, même entre les parties. Il n'est pas surprenant que des approches tout aussi diverses aient également été adoptées en ce

qui concerne les formalités à entreprendre pour rendre un droit de crédit-bail opposable aux tiers.

100. Dans tous ces régimes de réserve de propriété, le vendeur qui bénéficie de la réserve conserve la propriété des biens vendus et livrés à l'acheteur. En conséquence, l'acheteur n'a normalement aucun droit réel sur les biens achetés jusqu'au transfert de la propriété, habituellement lorsque le prix d'achat est payé en totalité. Cela signifie que sauf dans les systèmes juridiques où l'acheteur a un "droit de propriété futur" à grever, aucun autre créancier de l'acheteur ne peut faire valoir de droits sur les biens meubles corporels achetés, aussi longtemps que le vendeur reste propriétaire. Cela s'applique même si un autre créancier accorde un crédit à l'acheteur pour l'acquisition des biens et si la valeur des biens de l'acheteur soumis à un droit de réserve de propriété est supérieure au montant des sommes qu'il doit encore au vendeur. En pareil cas, le seul bien sur lequel l'autre créancier pourrait faire valoir une sûreté serait un bien meuble incorporel (le droit de l'acheteur sur la valeur du prix d'achat payé). On obtiendrait également le même résultat dans le cas d'un crédit-bail. À moins que le bail n'accorde au preneur le droit d'acheter le bien loué au terme du bail et donc un droit de propriété futur que le preneur peut grever, le seul bien du preneur sur lequel ses créanciers pourraient faire valoir des sûretés réelles mobilières seraient un bien meuble incorporel (le droit du preneur sur la valeur des loyers payés).

101. Les États qui ne reconnaissent pas le droit d'un acheteur acquérant des biens dans le cadre d'une opération avec réserve de propriété ou d'un preneur à bail dans le cadre d'un crédit-bail d'accorder une sûreté réelle mobilière sur les biens acquis ou loués font peser sur les emprunteurs des difficultés, voire une impossibilité d'utiliser toute la valeur du titre qu'ils peuvent avoir acquis sur leur bien meuble corporel grevé de droits de réserve de propriété soit de droits du crédit-bail. Ainsi, la logique conceptuelle de la réserve de propriété et du crédit-bail empêche l'acheteur de constituer une sûreté sans dépossession sur les biens acquis ou loués. Il est cependant intéressant de constater que plusieurs de ces mêmes États permettent à l'acheteur d'accorder de multiples prêts ou hypothèques sur des biens immeubles dont le rang de priorité est déterminé en fonction du moment de leur inscription, même si les biens immeubles ont été vendus dans le cadre d'une opération avec réserve de propriété et que le prix d'achat n'a pas encore été payé en totalité.

102. Dans les États qui ont adopté une approche pleinement intégrée, la réserve de propriété et ses équivalents économiques doivent faire l'objet d'une inscription au registre général des sûretés (ou d'autres formalités destinées à les rendre opposables aux tiers), tout comme n'importe quelle autre opération garantie. De plus, dans cette approche, le droit du vendeur qui se réserve par contrat le droit de propriété ou du crédit-bailleur qui reste propriétaire du fait de la nature du crédit-bail devient le droit d'un créancier garanti finançant l'acquisition. L'acheteur ou le preneur à bail peut donc utiliser son titre sur le bien acheté ou loué pour constituer une sûreté en garantie d'un nouveau crédit. Ainsi, le droit du vendeur avec réserve de propriété ou du crédit-bailleur qui a été rendu opposable aux tiers n'est pas un droit de propriété, mais plutôt une sûreté réelle mobilière avec la même opposabilité aux tiers que dans le cas d'un vendeur qui vend purement et simplement les biens meubles corporels et qui prend sa propre sûreté sur les biens vendus.

103. Dans l'approche unitaire, les conditions de l'opposabilité aux tiers (sauf dans le cadre de l'acquisition de biens de consommation, voir recommandation 175,

par. 114 à 117 ci-après) sont les mêmes que celles applicables aux sûretés non liées à des acquisitions et ne varient pas en fonction de la forme juridique de l'opération (par exemple, sûreté expressément dénommée comme telle, réserve de propriété, clause résolutoire, crédit-bail) (voir recommandation 174).

104. Les États qui adopteraient une approche non unitaire devraient veiller à ce qu'il n'y ait pas de différences trop importantes entre les conditions d'opposabilité aux tiers applicables aux différents types d'opérations de financement d'acquisitions (voir recommandations 185 et 189). Il faudrait coordonner étroitement un certain nombre de règles afin de ne pas favoriser une forme d'opération par rapport à une autre, en particulier les règles qui régissent a) les modalités de l'opposabilité au tiers; b) les délais de l'opposabilité aux tiers lorsque les conditions sont réunies; et c) les conséquences de l'opposabilité aux tiers sur le droit qu'a l'acheteur ou le preneur à bail d'accorder des droits sur les biens. Plus précisément, pour maximiser la capacité qu'a l'acheteur ou le preneur à bail de bénéficier des biens meubles corporels en cours d'acquisition, les États devraient, dans l'approche non unitaire, prévoir que ces derniers ont le pouvoir d'accorder une sûreté sur des biens faisant l'objet d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail (voir recommandation 187).

b) Opposabilité aux tiers des opérations de financement d'acquisitions d'un point de vue général

105. Comme indiqué au chapitre sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière, le mécanisme général par lequel les sûretés ordinaires peuvent être rendues opposables aux tiers est l'inscription (voir recommandation 32). De même qu'avec les sûretés ordinaires, l'inscription a pour but d'avertir les tiers que ce droit existe peut-être et de servir de base à l'établissement des rangs de priorité des réclamants concurrents. Généralement, l'inscription favorise la concurrence sur le marché du crédit en fournissant aux parties qui apportent le financement des informations qui leur permettent de mieux évaluer les risques qu'elles prennent.

106. Pour cette raison, le Guide recommande de subordonner, de manière générale, l'opposabilité aux tiers de tous les types d'opérations de financement d'acquisitions (qu'elles soient appelées sûretés, réserves de propriété, crédits-bails ou autres) à l'inscription d'un avis au registre général des sûretés. Cet avis mentionnerait explicitement l'existence d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition. Lorsque le Guide recommande aussi d'autres mécanismes destinés à assurer l'opposabilité aux tiers des opérations garanties ordinaires (par exemple la prise de possession ou l'inscription sur un registre spécialisé), il faudrait également prévoir la possibilité d'utiliser ces mécanismes pour assurer l'opposabilité aux tiers des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions (voir recommandations 174 et 185).

107. Avec l'approche unitaire, il faudra coordonner l'inscription d'avis sur les sûretés consenties en garantie du paiement d'une acquisition et celles non liées à des acquisitions au registre général des sûretés afin de lever tout doute quant au rang de priorité relatif des réclamants concurrents. Il sera en particulier nécessaire que les créanciers indiquent dans leur avis qu'ils font valoir une sûreté en garantie du paiement d'acquisitions.

108. Avec l'approche non unitaire, il faudra également coordonner les règles qui régissent l'inscription d'un avis relatif aux droits avec réserve de propriété et aux droits de crédit-bail et celles, générales, qui ont trait à l'inscription d'un avis relatif aux sûretés réelles mobilières. Pour cela, il faudra adapter soit les règles particulières aux règles générales, soit (ce qui est moins probable) les règles générales aux règles particulières, et établir un registre général des sûretés où sont consignés tous les avis relatifs à ces droits. En les combinant, ces mesures permettront de lever tout doute quant au rang de priorité relatif des réclamants concurrents détenant différents types de droits liés au financement d'acquisitions (pour un examen plus approfondi des mécanismes d'inscription, voir chap. VI, Le système de registre).

109. Les principes qui devraient régir les conflits dits de priorité dans l'approche unitaire, y compris ceux qui surviennent lorsque différentes méthodes ont été utilisées pour assurer l'opposabilité aux tiers (voir recommandations 176 à 182), et qui relèvent souvent de l'opposabilité aux tiers dans l'approche non unitaire (voir recommandations 188 à 190, 192 et 194), sont examinés plus loin dans la section A.7.

c) Délai de grâce pour l'inscription de certaines opérations de financement d'acquisitions

110. Dans le passé, de nombreux États ne demandaient pas aux vendeurs de prendre des mesures supplémentaires pour rendre leurs droits opposables aux tiers. De même, si un vendeur restait propriétaire, il n'était souvent (à quelques exceptions près) pas nécessaire d'inscrire le droit de réserve de propriété. À l'inverse, et conformément à l'approche adoptée par la plupart des États qui ont modernisé récemment leur droit des opérations garanties, le Guide recommande que les vendeurs, les crédit-bailleurs ou les prêteurs fournissant un crédit d'acquisition procèdent à l'inscription (ou prennent d'autres mesures) afin d'assurer l'opposabilité aux tiers (voir recommandations 174 et 189).

111. Parmi les États qui exigent l'inscription dans le cadre du financement d'acquisitions, la plupart s'efforce de rendre le processus d'inscription plus performant en accordant aux vendeurs et autres fournisseurs de crédit d'acquisition un bref "délai de grâce" (de 20 ou 30 jours, par exemple) après la livraison des biens vendus ou loués pour inscrire un avis relatif à l'opération de financement d'acquisitions en question. On trouve de tels délais de grâce aussi bien dans les États qui ne considèrent pas les droits de réserve de propriété et les droits de crédit-bail comme des sûretés que dans ceux qui les considèrent tous comme des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions. Un autre avantage est que le recours au délai de grâce permet aux vendeurs de livrer les biens à l'acheteur sans devoir attendre qu'eux-mêmes ou que les fournisseurs de crédit d'acquisition aient inscrit un avis.

112. Dans l'approche unitaire, si l'avis est inscrit avant l'expiration du délai de grâce, le droit d'un créancier garanti finançant l'acquisition sur des biens autres que des stocks a, par rapport aux autres réclamants, le même rang de priorité que s'il avait procédé à l'inscription au plus tard au moment de la livraison. Cette règle ne peut s'appliquer qu'aux biens autres que des stocks, étant donné que dans le cas de stocks, l'inscription d'un avis et la notification aux parties inscrites finançant les stocks doit avoir lieu avant la remise des biens meubles corporels (voir recommandation 176, variantes A et B).

113. Si un État devait adopter une approche non unitaire, il faudrait que les règles relatives au délai de grâce et à ses effets s'appliquent également à toutes les opérations de financement d'acquisitions quelle que soit sa forme juridique (sûreté expressément dénommée comme telle, réserve de propriété, clause résolutoire, crédit-bail, etc.) (voir recommandation 189, variantes A et B).

d) Exceptions à l'inscription pour les opérations de consommateurs

114. Dans certains États où l'inscription d'un avis relatif aux opérations de financement d'acquisitions serait normalement nécessaire, il est fait exception à cette règle lorsque ces opérations portent sur des biens de consommation (pour la définition de ce terme, voir Introduction, section B, Terminologie). Cela signifie que, dans le cas de biens meubles corporels achetés pour l'usage personnel, domestique ou familial de l'acquéreur, le vendeur ou tout autre fournisseur de crédit d'acquisition n'est pas tenu de procéder à l'inscription de l'opération; ils ne sont en règle générale pas non plus tenus d'accomplir les autres formalités normalement nécessaires pour assurer l'opposabilité aux tiers. Ce type d'opération devient opposable aux tiers au moment même où elle prend effet entre les parties. L'idée est qu'en pareil cas, la nécessité d'avertir d'éventuels financeurs tiers est moins impérieuse (à moins que les consommateurs ne revendent rapidement ces biens), en particulier lorsqu'il s'agit de biens de faible valeur. Dans d'autres systèmes juridiques qui imposent généralement l'inscription, seules les opérations de consommateurs portant sur des montants relativement peu élevés sont exemptées de l'obligation d'inscription (par exemple, jusqu'à une valeur de 3 000 euros ou son équivalent, ou lorsqu'il s'agit d'opérations relevant de la compétence des tribunaux connaissant des litiges mineurs).

115. Dans les deux types de système, l'important marché du crédit à la consommation automobile bénéficie généralement d'un système qui impose l'inscription d'un avis non pas au registre général des sûretés, mais dans un registre spécialisé, ou l'annotation sur un certificat de propriété. En outre, on notera que dans les États qui créent une exemption d'inscription pour les biens de consommation, celle-ci ne s'applique qu'aux opérations de consommateurs: elle ne s'applique donc pas à un certain type de bien en tant que tel (par exemple, les biens de consommation), mais à un type d'opération se rapportant à ces biens. Il demeure nécessaire d'inscrire un avis pour assurer l'opposabilité aux tiers lorsque des biens normalement vendus à des consommateurs sont vendus à un grossiste ou à un détaillant dont ils viendront rejoindre le stock.

116. L'exemption d'inscription ne s'étend pas au matériel et aux stocks achetés à crédit pour l'usage personnel, domestique ou familial de l'acquéreur. Néanmoins, si un délai de grâce était adopté pour l'inscription au registre général des sûretés d'un avis relatif à une opération de financement d'acquisitions portant sur du matériel, ce délai pourrait jouer un rôle équivalent à celui de l'exemption pour les opérations de crédit à court terme dans lesquelles le remboursement aurait été effectué en totalité avant l'expiration du délai de grâce car, en pratique, la partie finançant l'acquisition n'aurait pas besoin de procéder à l'inscription avant l'expiration du délai. S'agissant des opérations de financement d'acquisition de matériel dont les délais de remboursement sont plus longs et des opérations relatives aux stocks en général, il ne serait peut-être pas nécessaire de mettre en place une exemption si la partie qui finance l'acquisition pouvait faire inscrire au registre des opérations garanties un

avis unique pour un ensemble d'opérations à court terme récurrentes réalisées sur une période plus longue (cinq ans, par exemple) (voir recommandations 182 et 196). Ces questions sont examinées en détail plus loin à la section A.7.

117. Dans l'approche unitaire, l'exemption d'inscription (ou de toute autre méthode d'opposabilité aux tiers) pour les opérations de consommateurs s'appliquerait que le créancier garanti finançant l'acquisition soit un vendeur, un crédit-bailleur ou un prêteur, puisqu'ils revendiqueraient tous des droits identiques. Dans une approche non unitaire, les règles relatives à l'exemption d'inscription (ou de toute autre méthode d'opposabilité aux tiers) pour les opérations portant sur des biens de consommation devraient produire les mêmes conséquences quelle que soit la forme juridique de l'opération (sûreté expressément dénommée comme telle, droit de réserve de propriété, droit de crédit-bail, etc.) (voir recommandations 175 et 188).

7. Priorité

a) Généralités

118. Le présent Guide utilise le terme "priorité" pour les situations de concurrence dans lesquelles se trouvent tous ceux qui peuvent avoir des droits sur un bien grevé d'une sûreté (pour la définition des termes "priorité" et "réclamant concurrent", voir Introduction, section B, Terminologie). Ainsi, la notion de priorité s'applique aux situations de concurrence à la fois par rapport à d'autres créanciers (créanciers garantis, autres créanciers garantis finançant une acquisition, créanciers pouvant se prévaloir d'un privilège légal et créanciers judiciaires) et à d'autres réclamants (y compris les propriétaires précédents, les acheteurs et le représentant de l'insolvabilité). Néanmoins, certains États (en particulier certains de ceux qui ne considèrent pas les droits de réserve de propriété et les droits de crédit-bail comme des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions) interprètent la notion de priorité de manière plus restrictive, estimant que seules les situations de concurrence entre créanciers font intervenir des créances prioritaires. Les autres conflits possibles (notamment entre les précédents propriétaires et les acheteurs postérieurs) sont résolus par référence au droit de propriété. Cela étant, de quelque manière qu'on envisage cette situation de concurrence entre différents réclamants potentiels, les droits respectifs des uns et des autres doivent être soigneusement définis.

b) Position prioritaire des fournisseurs de financement d'acquisitions

119. Le Guide recommande, au chapitre sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties), qu'il soit possible de prendre une sûreté ordinaire aussi bien sur des biens présents que sur des biens futurs (ou à venir) (voir recommandation 13). Il recommande également, au chapitre sur la priorité d'une sûreté réelle mobilière, que la priorité soit généralement déterminée par la date de l'inscription d'un avis concernant la sûreté, même dans le cas des biens à venir (voir recommandations 73 et 96). Pour favoriser l'octroi de nouveaux crédits destinés à financer l'acquisition de biens supplémentaires, il faut établir des règles de priorité spéciales applicables aux situations de concurrence entre les vendeurs avec réserve de propriété, les crédits-bailleurs et les créanciers garantis qui financent l'acquisition d'une part, et les créanciers garantis antérieurs n'ayant pas financé l'acquisition qui détiennent des droits sur les biens futurs du constituant d'autre part.

120. Dans les États qui ne considèrent pas les droits de réserve de propriété et de crédits-bails comme des sûretés réelles mobilières, le rang de priorité relatif des différents droits est déterminé par rapport au droit de propriété du vendeur ou du crédit-bailleur. Les droits du vendeur bénéficiant d'une réserve de propriété ou du crédit-bailleur sur le bien vendu l'emportent en pratique sur ceux de tous les autres réclamants concurrents dont les droits découlent de l'acheteur ou du preneur à bail (à l'exception de certains acheteurs de bonne foi). De plus, dans la plupart des systèmes de ce type, aucun des autres créanciers de l'acheteur ou du preneur à bail (y compris les créanciers garantis qui font valoir une sûreté sur les biens à acquérir ou les créanciers qui tentent de faire valoir une sûreté en garantie du paiement d'acquisitions sur les biens) ne peut acquérir de sûreté sur le bien qui fait l'objet de la vente ou du crédit-bail jusqu'à ce que la propriété du bien passe à l'acheteur ou au crédit-bailleur (lorsque le prix d'achat est payé en totalité ou, dans certains cas, le dernier loyer est versé). Au mieux, ces créanciers garantis peuvent se prévaloir d'un droit sur la valeur payée par l'acheteur ou le preneur à bail, à condition qu'ils aient inclus ce type de bien meuble incorporel dans la description des biens visés par leur sûreté. De même, les créanciers judiciaires et les administrateurs de l'insolvabilité peuvent revendiquer les droits des acheteurs ou des preneurs, mais ni eux ni les créanciers garantis ne peuvent saisir le bien lui-même, à moins que le système juridique ne permette à l'acheteur ou au crédit-preneur de grever son droit futur.

121. Dans la plupart de ces États, enfin, il ne peut en aucun cas y avoir concurrence entre des prêteurs faisant valoir un droit en tant que fournisseurs de crédit d'acquisition et un vendeur avec réserve de propriété ou un crédit-bailleur. Tout d'abord, pour des raisons données, l'acheteur ou le preneur à bail ne détient aucun bien sur lequel le prêteur pourrait effectivement faire valoir une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition. Ensuite, il est rare que le prêteur puisse acquérir le droit futur de l'acheteur ou du preneur à bail (par exemple, en se faisant céder conditionnellement ce droit sous réserve d'un nouveau transfert à l'acheteur ou au preneur lorsque le prêt est remboursé); et même s'il le pouvait, ce droit ne serait normalement considéré comme un type de gage ou une vente à réméré et non comme un droit découlant d'une opération de financement d'acquisitions. Dans les systèmes juridiques qui permettent ce type d'opérations, le prêteur qui a acquis le droit de propriété futur détiendrait un droit qui pourrait être invoqué à l'encontre des autres réclamants faisant valoir les droits qui leur ont été conférés par l'acheteur ou le preneur (y compris des acheteurs, des créanciers garantis, des créanciers judiciaires et du représentant de l'insolvabilité), mais pas à l'encontre du vendeur avec réserve de propriété ni du crédit-bailleur. Autrement dit, dans ces systèmes juridiques, la principale (si ce n'est la seule) manière dont un prêteur pourrait acquérir un statut privilégié par rapport aux autres créanciers et réclamants serait d'acheter les droits de réserve de propriété ou de crédit-bail du vendeur ou du crédit-bailleur.

122. Dans les États qui ont adopté l'approche pleinement intégrée, les droits prioritaires d'un vendeur ou d'un crédit-bailleur qui financent une acquisition sont également protégés. À condition que le vendeur bénéficiant d'une réserve de propriété, le crédit-bailleur ou un réclamant détenant un titre analogue fasse inscrire un avis au registre général des sûretés avant l'expiration d'un bref délai de grâce et, dans le cas de stocks, prenne certaines autres mesures présentées plus loin, ils auront priorité sur tous les autres réclamants (à l'exception de certains acheteurs de

bonne foi). Dans ces États, en outre, un prêteur qui apporte un financement destiné à permettre à un acheteur d'acquérir un bien sera également un créancier garanti finançant l'acquisition et aura, à ce titre, priorité sur tous les autres réclamants de la même manière que le vendeur ou le crédit-bailleur. Cela signifie que, contrairement aux États qui n'ont pas adopté l'approche pleinement intégrée, plusieurs créanciers peuvent faire valoir une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'acquisitions. Par conséquent, dans le cadre de l'approche pleinement intégrée, une règle de priorité supplémentaire est nécessaire pour traiter ces situations. Tous ces États prévoient que le vendeur qui prétend rester propriétaire, le crédit-bailleur et le vendeur qui transfère la propriété mais qui prend une sûreté ordinaire en garantie du paiement d'une acquisition auront priorité sur toute autre partie finançant l'acquisition du même bien, même si cette autre partie (par exemple, une banque ou un autre prêteur) a rendu sa sûreté opposable aux tiers avant le vendeur ou le crédit-bailleur. Ainsi, dans les États qui appliquent l'approche pleinement intégrée, le vendeur et le crédit-bailleur peuvent s'assurer, par rapport à tous les autres réclamants, la même position prioritaire privilégiée que le vendeur bénéficiant d'une réserve de propriété et le crédit-bailleur dans un système non unitaire.

123. Alors que les droits découlant d'opérations de financement d'acquisitions sont normalement rendus opposables aux tiers par inscription au registre général des sûretés, de nombreux États prévoient également d'autres méthodes pour assurer l'opposabilité aux tiers. Dans ces États, une de ces méthodes (à savoir la prise de possession par le créancier garanti) produit généralement les mêmes conséquences que l'inscription, à laquelle elle peut être envisagée comme alternative. En conséquence, si une partie qui finance l'acquisition telle qu'un vendeur avec réserve de propriété, un crédit-bailleur ou un vendeur qui prend une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition rend ses droits opposables aux tiers par prise de possession avant l'expiration du délai de grâce prévu (situation extrêmement improbable étant donné les objectifs du financement d'une acquisition, mais théoriquement possible), le principe général de priorité s'appliquera. Dans les États qui permettent également aux prêteurs d'obtenir des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'une acquisition, on obtiendra le même résultat (voir recommandations 174 et 185).

124. Lorsqu'un créancier garanti qui n'a pas financé l'acquisition rend sa sûreté opposable aux tiers par inscription sur un registre spécialisé, le Guide recommande que le créancier qui a procédé à l'inscription au registre spécialisé ait priorité sur ceux qui auront, même antérieurement, procédé à une inscription au registre général des sûretés ou assuré l'opposabilité aux tiers par prise de possession (voir recommandation 74). Pour renforcer l'utilité des registres spécialisés, il faudrait qu'une règle analogue s'applique aux fournisseurs de financement d'acquisitions: ils ne devraient pas pouvoir obtenir de position prioritaire privilégiée simplement par inscription au registre général des sûretés ou par prise de possession avant l'expiration du délai de grâce (voir recommandation 177). Il en découle qu'en règle générale et sous réserve de toute législation hiérarchiquement supérieure, une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'acquisitions qui a été inscrite au registre spécialisé devrait avoir priorité sur une sûreté réelle mobilière non liée au paiement d'acquisitions qui aurait été inscrite audit registre spécialisé, même antérieurement. Toutefois, dans les États qui ne considèrent pas les droits de réserve de propriété et les droits de crédit-bail comme des sûretés réelles mobilières, il faut relativiser cette règle. Dans ces États, le vendeur bénéficiant d'une réserve de propriété ou le crédit-

bailleur sera la partie inscrite en tant que propriétaire dans le registre spécialisé. Aucun autre créancier de l'acheteur ou du crédit-bailleur ne peut inscrire une sûreté réelle mobilière audit registre, de sorte que le vendeur ou le crédit-bailleur aura la priorité simplement en vertu du droit de propriété qu'il a inscrit. Seulement dans les cas où le vendeur transfère la propriété à l'acheteur et prend une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'acquisitions, le principe voulant que la priorité est déterminée par l'inscription dans des registres spécialisés s'appliquerait.

125. Selon l'approche unitaire, tous les créanciers garantis qui financent l'acquisition relèvent du même régime de priorité et doivent prendre les mêmes mesures pour s'assurer une position prioritaire. Après quoi, ils peuvent revendiquer la priorité même sur des créanciers antérieurs détenant des sûretés réelles mobilières non liées au paiement d'acquisitions sur les biens à venir (ou futurs) du constituant. La sûreté en garantie du paiement d'acquisitions dérogeant à la règle générale selon laquelle les rangs de priorité sont déterminés par l'antériorité des inscriptions, on dit souvent qu'elle bénéficie d'une "superpriorité". En cas de concurrence entre des créanciers garantis finançant une acquisition ayant pris toutes les mesures nécessaires pour rendre leurs droits opposables aux tiers, la date d'inscription déterminera généralement leur rang de priorité relatif en vertu des mêmes principes que ceux qui s'appliquent aux sûretés réelles mobilières non liées au paiement d'acquisitions (voir recommandations 174 et 176). La seule différence entre les différentes catégories de créanciers garantis qui financent l'acquisition est qu'en cas de concurrence entre un vendeur ou un crédit-bailleur et un autre créancier faisant tous valoir une sûreté en garantie du paiement d'une acquisition, le vendeur ou le crédit-bailleur aurait toujours priorité, quelle que soit la date d'inscription de ses droits (voir recommandation 178).

126. Les États qui adoptent l'approche non unitaire pour assurer l'équivalence fonctionnelle devraient probablement procéder à deux aménagements mineurs de leur régime existant. Ils devraient, d'une part, permettre aux parties qui financent une acquisition autres que les vendeurs qui bénéficient d'une réserve de propriété et les crédit-bailleurs d'acquérir le statut prioritaire privilégié des vendeurs et des crédits-bailleurs en prenant une sûreté en garantie du paiement de l'acquisition. En pareil cas, il importe d'établir, pour ce qui est du rang de priorité des droits du vendeur ou du crédit-bailleur, des règles équivalentes quelle que soit la forme juridique de l'opération (sûreté expressément dénommée comme telle, réserve de propriété, clause résolutoire, crédit-bail, etc.) (voir recommandations 184 et 185). D'autre part et en contrepartie, en cas de concurrence entre un vendeur bénéficiant d'une réserve de propriété, un crédit-bailleur ou un vendeur ayant pris une sûreté en garantie du paiement d'une acquisition et une partie finançant l'acquisition sans être le vendeur ou le crédit-bailleur, il faudrait absolument prévoir que la priorité va au vendeur ou au crédit-bailleur, quelle que soit la date d'inscription de ces différents droits liés au financement d'acquisitions et sûretés en garantie du paiement d'acquisitions (voir recommandation 195). Par conséquent, dans les cas impliquant un vendeur qui bénéficie d'une réserve de propriété ou un crédit-bailleur, mais où le vendeur transfère la propriété et prend une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition, il serait nécessaire de préciser que la sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition du vendeur aura toujours la priorité sur toutes les autres sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'une acquisition.

c) Priorité des droits découlant du financement de l'acquisition de biens de consommation

127. Les principes généraux de priorité exposés ci-avant constituent un cadre qui permet d'organiser les droits des parties qui financent l'acquisition lorsque plusieurs d'entre eux peuvent avoir des droits concurrents sur le même bien meuble corporel. Cependant, tous les biens meubles corporels n'ont pas la même finalité économique, et tous ne font pas l'objet des mêmes opérations. Pour cette raison, de nombreux États ont établi des distinctions entre les différents types de biens meubles corporels (notamment entre le matériel et les stocks, mais aussi entre les biens commerciaux et les biens de consommation) dans le contexte du financement non lié à une acquisition. Par exemple, certains États prévoient des mécanismes de garantie dont l'appellation varie selon le type de bien (nantissement agricole ou commercial pour le matériel; cession de bien en stock ou sûreté flottante pour les stocks). Dans les États dotés de systèmes pleinement intégrés, où la sûreté réelle mobilière est un concept générique, ces différents mécanismes de garantie ont disparu. Cependant, même dans ces États, on continue de faire une distinction entre les différents types de biens lorsque des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'une acquisition sont en jeu. C'est pourquoi il est instructif d'examiner la manière dont les États ont traité la question du financement d'acquisitions pour les différentes catégories de biens.

128. Le Guide recommande, par exception à la règle générale, que les droits d'une partie finançant l'acquisition de biens de consommation soient opposables sans inscription dans le registre général des sûretés ni transfert de la possession au créancier (voir recommandations 175 et 188). En d'autres termes, le moment qui sert de référence pour déterminer l'opposabilité est celui où la convention a pris effet entre le vendeur, le crédit-bailleur ou le prêteur et l'acheteur, le preneur à bail ou l'emprunteur, selon le cas. Partant, la priorité d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail sur une sûreté réelle mobilière non liée à une acquisition constituée par le vendeur, le crédit-bailleur ou le prêteur est automatiquement acquise dès lors que ce droit prend effet entre les parties.

129. Dans l'approche unitaire, les parties qui financent l'acquisition de biens de consommation peuvent opposer la superpriorité aux créanciers garantis qui ne financent pas l'acquisition sans avoir à rendre ce droit opposable par inscription ou par transfert de la possession (voir recommandation 175).

130. Les États qui adoptent une approche non unitaire devraient prévoir des règles équivalentes qui accordent la priorité aux droits du vendeur ou du crédit-bailleur par rapport aux droits préexistants sur des biens de consommation, quelle que soit la forme juridique de l'opération (qu'il s'agisse par exemple d'une sûreté réelle mobilière dénommée comme telle, d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail). Cette priorité pourrait découler soit des droits de propriété du vendeur ou du crédit-bailleur, soit, dans le cas d'un vendeur ou d'un prêteur qui prendrait une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition, du principe général applicable aux sûretés réelles mobilières grevant des biens de consommation en garantie du paiement de leur acquisition (voir recommandation 188).

d) Priorité des droits découlant du financement de l'acquisition de biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation

131. Comme on l'a vu, dans la plupart des États qui ne considèrent pas le droit de réserve de propriété et le droit de crédit-bail comme des sûretés réelles mobilières, la question de la concurrence entre les parties finançant l'acquisition et celles ne la finançant pas ne se pose pas. Il est rare que des créanciers garantis préexistants qui ne financent pas l'acquisition puissent acquérir des droits sur des biens dont le constituant n'est pas encore propriétaire, et les autres prêteurs ne peuvent généralement pas faire valoir de priorité spéciale lorsqu'ils financent l'acquisition par un acheteur de biens meubles corporels. De plus, même lorsqu'il est possible de prendre une sûreté réelle mobilière sur un droit de propriété futur, ce droit ne se réalisera que lorsque le vendeur ou le crédit-bailleur aura été totalement payé. Ce n'est qu'à ce stade qu'il peut y avoir une réelle concurrence entre les réclamants qui tiennent leurs droits de l'acheteur ou du preneur à bail (par exemple les créanciers garantis, les créanciers judiciaires, le représentant de l'insolvabilité, les acheteurs et les preneurs à bail). Lorsque, malgré tout, le vendeur lui-même prend une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition plutôt que de conserver la propriété du bien, et que son droit se trouve en concurrence avec une sûreté préexistante non liée à une acquisition, il faut prévoir des règles qui déterminent à quel moment cette sûreté prise par le vendeur sera prioritaire. S'agissant de matériel, la vente ou la location concerne généralement un bien unique ou, tout au plus, un nombre relativement faible de biens pouvant être identifiés séparément, qui ne sont généralement pas destinés à être revendus à court terme. C'est pourquoi, dans la plupart des États, les vendeurs réservataires ou les crédit-bailleurs de matériel ne sont pas tenus, pour faire valoir leur droit de propriété, d'accomplir des formalités autres que celles nécessaires pour assurer l'opposabilité.

132. La base de la protection des droits du créancier garanti qui finance l'acquisition est la même dans les États qui appliquent une approche pleinement intégrée: à l'inscription, avant l'expiration d'un délai de grâce consécutif à la remise des biens meubles corporels au constituant, la sûreté réelle mobilière constituée sur le nouveau matériel en garantie du paiement de l'acquisition est prioritaire par rapport aux sûretés qui préexistent sur le matériel futur du constituant. En outre, du fait que dans ces États, le financement de matériel concerne soit un bien unique soit, tout au plus, un nombre relativement faible de biens pouvant être identifiés séparément, qui ne sont généralement pas destinés à être revendus à court terme, les créanciers garantis finançant l'acquisition ne sont pas normalement tenus, pour faire valoir leur sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition, d'accomplir de formalités autres que celles nécessaires pour la rendre opposable.

133. Dans l'approche unitaire, tous les créanciers garantis qui financent l'acquisition de matériel peuvent opposer aux créanciers garantis qui n'ont pas financé l'acquisition la superpriorité de leur sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition, à condition de procéder, avant l'expiration du délai de grâce prévu, à l'inscription, au registre général des sûretés, d'un avis indiquant qu'ils entendent faire valoir ce droit (voir recommandation 176).

134. Les États qui adoptent l'approche non unitaire devraient prévoir des règles équivalentes concernant la priorité (ou, selon la terminologie de cette approche, l'opposabilité) des droits du vendeur ou du crédit-bailleur par rapport aux droits préexistants sur le matériel futur, quelle que soit la forme juridique de l'opération

(qu'il s'agisse par exemple d'une sûreté réelle mobilière dénommée comme telle, d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail). En d'autres termes, même si l'acheteur ou le preneur à bail est autorisé à constituer une sûreté réelle mobilière sur du matériel, donc sur un droit qui reste un droit futur jusqu'au complet remboursement du prix d'achat ou à la dernière échéance du crédit-bail, et même si cette sûreté porte sur du matériel futur ou à venir et est rendue opposable avant la date de la vente, le vendeur réservataire (ou une partie qui finance l'acquisition de manière analogue) sera prioritaire s'il fait inscrire un avis concernant ses droits avant l'expiration du même délai de grâce que celui dont bénéficie toute autre partie finançant l'acquisition. De même, dans cette approche, un vendeur qui transfère la propriété mais qui conserve une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition ou un prêteur qui finance l'acquisition et prend une sûreté réelle mobilière en garantie de son paiement sera prioritaire s'il fait inscrire un avis avant l'expiration du délai de grâce indiqué (voir recommandation 189).

e) Priorité des droits découlant du financement de l'acquisition de stocks

135. Il arrive fréquemment que la concurrence entre une partie finançant une acquisition et un titulaire d'une sûreté réelle mobilière non liée à une acquisition porte sur des stocks. En pareil cas, l'attitude à adopter diffère de celle adoptée pour l'acquisition de matériel. À la différence des parties finançant l'acquisition de matériel, celles qui financent l'acquisition de stocks accordent généralement le crédit en se fondant sur les stocks existants ou futurs et ce pour des périodes courtes, parfois de l'ordre du jour. Les stocks peuvent être en évolution constante, certains étant vendus et d'autres fabriqués ou acquis. Pour obtenir de nouveaux fonds sur stocks, le constituant présente généralement au prêteur des factures ou des certificats qui attestent de l'état des stocks qui garantiront le nouveau crédit.

136. Dans les États qui ne considèrent pas les droits de réserve de propriété et les droits de crédit-bail comme des sûretés réelles mobilières, le rang de priorité relatif (ou l'opposabilité) des différents droits est déterminé par rapport aux droits de propriété du vendeur ou du crédit-bailleur. Il est invraisemblable que des stocks, qui ont pour principale caractéristique d'être vendus, seraient acquis dans le cadre d'un crédit-bail. Lorsque des droits de réserve de propriété sont en jeu, la position du prêteur qui finance l'acquisition des stocks est particulièrement précaire. Il est généralement entendu, lorsque des avances sont faites sur des stocks futurs, que tous les nouveaux stocks sont acquis dans le cadre d'une opération avec réserve de propriété. Il devient alors nécessaire, pour le créancier, de déterminer quels stocks ont été payés en totalité, ce qui a pour effet de rendre plus difficile, pour l'emprunteur, l'obtention d'avances garanties par ses stocks futurs. Il n'en reste pas moins que le vendeur, étant le propriétaire, aura un droit prioritaire sur les stocks qui n'auront pas encore été payés et ce n'est qu'à partir du moment où ils l'auront été par l'acheteur que les autres créanciers pourront faire valoir leurs sûretés réelles mobilières sur ces stocks.

137. Dans les États qui appliquent l'approche pleinement intégrée, les droits de la partie qui finance l'ensemble des stocks sont mieux protégés. Lorsque les nouveaux biens acquis par le constituant sont des stocks, la sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition a priorité sur une sûreté sur les stocks futurs non liée à l'acquisition pour autant qu'un avis la concernant n'ait été inscrit au registre général des sûretés avant la remise des nouveaux stocks au constituant. En outre, dans

certains États qui appliquent l'approche pleinement intégrée, les parties qui financent les stocks, ont des droits préexistants et les ont fait inscrire, doivent être avisées directement de l'existence d'une sûreté de rang supérieur sur les stocks supplémentaires en garantie du paiement de leur acquisition. Cette règle est due au fait qu'il ne serait pas efficace d'imposer aux parties qui financent des stocks sans rapport avec leur acquisition de consulter le registre général des sûretés chaque fois qu'elles accordent un crédit garanti par des stocks en constante évolution. Pour éviter, cependant, de faire peser une charge injustifiée sur les créanciers garantis qui financent l'acquisition, un avis unique et général adressé aux créanciers préexistants connus qui financent des stocks sans rapport avec leur acquisition peut produire ses effets pour tous les envois adressés au même acheteur pendant une période significative donnée (par exemple cinq ans, ou la durée d'inscription requise pour rendre la sûreté opposable). Cela signifierait qu'une fois que les créanciers préexistants qui financent des stocks sans rapport avec leur acquisition auraient été avisés, il ne serait plus nécessaire, pendant la période arrêtée, de procéder à une nouvelle notification pour chacune des multiples opérations sur stocks convenues entre le créancier garanti qui finance l'acquisition et l'acquéreur des stocks.

138. Dans l'approche unitaire, on a adopté pour ce qui concerne les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement de stocks, les règles supplémentaires généralement prévues dans les États qui suivent désormais l'approche pleinement intégrée. En d'autres termes, les créanciers garantis ne peuvent opposer aux parties qui financent des stocks sans rapport avec leur acquisition la superpriorité de leur sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition qu'à condition, avant la remise des stocks au constituant, d'inscrire au registre général des sûretés un avis indiquant qu'ils entendent faire valoir cette sûreté, et d'en aviser par écrit les parties inscrites antérieurement qui octroient un financement non lié à l'acquisition (voir recommandation 176, variante A). Dans cette approche, les créanciers garantis finançant une acquisition ne bénéficient pas de délai de grâce après que l'acheteur a obtenu la possession des biens dans lequel ils pourraient inscrire un avis indiquant qu'ils entendaient faire valoir une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition.

139. Alors que tous les États qui, jusqu'à présent, ont adopté l'approche pleinement intégrée partagent l'avis exposé ci-dessus, on peut imaginer qu'aucune distinction ne devrait être établie entre les stocks et les biens autres que des stocks ou des biens de consommation. En pareil cas, les principes régissant les biens autres que des stocks s'appliqueraient aussi aux sûretés réelles mobilières grevant des stocks en garantie du paiement de leur acquisition. En vue de maintenir le parallélisme entre les approches unitaire et non unitaire, le Guide présente ces options en tant que variantes A et B dans les recommandations 176 et 189.

140. Si un État devait adopter une approche non unitaire, il serait confronté à un choix analogue. Dans la variante A de la recommandation 189 (approche non unitaire) il lui faudrait établir des règles équivalentes concernant la priorité des droits du vendeur par rapport aux droits préexistants sur les stocks futurs, quelle que soit la forme juridique de l'opération (qu'il s'agisse par exemple d'une sûreté réelle mobilière dénommée comme telle, d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail). Ainsi, même si le vendeur réservataire reste propriétaire du bien remis, il faudrait adapter les règles qui régissent la vente de stocks de manière à ce que le titre du vendeur ne soit prioritaire par rapport aux droits préexistants sur les

stocks futurs qu'aux conditions auxquelles ses droits l'emporteraient s'ils naissaient d'une sûreté qu'il aurait prise en garantie du paiement de l'acquisition (voir recommandation 189). En d'autres termes, en application de la variante A, le vendeur réservataire, ou le vendeur ou prêteur qui revendiquerait une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition serait tenu, avant la remise des stocks à l'acheteur, d'inscrire un avis dans le registre général des sûretés indiquant qu'il entendait faire valoir cette sûreté et d'aviser par écrit les parties inscrites antérieurement qui octroient un financement non lié à l'acquisition.

141. En application de la variante B de la recommandation 189 (approche non unitaire), comme le recommande le Guide, aucune distinction ne serait établie entre le matériel et les stocks. Un vendeur réservataire ou un vendeur ou prêteur qui revendiquerait une sûreté réelle mobilière sur des stocks en garantie du paiement de leur acquisition, ne serait tenu que d'inscrire un avis dans le registre général des sûretés indiquant qu'il entendait faire valoir sa sûreté, soit avant que l'acheteur n'ait obtenu la possession des biens, soit avant l'expiration du délai de grâce consécutif à cette prise de possession.

f) Opérations multiples de financement d'acquisitions

142. Dans bien des cas, un vendeur ou une autre partie finançant l'acquisition apportera un financement permettant d'acquérir plusieurs biens. Il pourrait s'agir, par exemple, de ventes multiples de stocks avec des livraisons multiples, ou de ventes multiples de différents matériels. Il faudra donc décider une fois pour toutes si, dans ce type de situation, la partie qui finance l'acquisition devrait bénéficier de ses droits de priorité spéciaux sur l'ensemble du matériel ou des stocks qu'elle a financés sans qu'il ne soit nécessaire de préciser le prix d'achat pour chacune des ventes. Dans l'affirmative, on dit que le système juridique permet la constitution de "sûretés croisées".

143. Dans la plupart des États qui ne considèrent pas les droits de réserve de propriété et les droits de crédit-bail comme des sûretés réelles mobilières, la question des sûretés croisées ne se pose généralement pas. Normalement, dans le cas des ventes avec réserve de propriété et des opérations analogues, le contrat de vente ou de location ne s'applique qu'aux biens sur lesquels il porte. Ainsi, si une même convention peut porter sur des livraisons multiples, elle ne peut porter sur des ventes multiples. La créance prioritaire du vendeur ou du crédit-bailleur, en tant que propriétaire, serait liée aux conditions particulières de chaque vente ou de chaque location. Certains de ces États permettent toutefois d'élargir le droit de réserve de propriété, par exemple en donnant aux parties la possibilité de convenir, lors de la vente de stocks, de clauses dites d'intégralité des sommes. Ces clauses disposent que le vendeur conserve la propriété des biens vendus jusqu'à ce que toutes les dettes qu'a l'acquéreur envers lui (et pas seulement celles nées du contrat de vente en question) aient été acquittées. Dans certains États, cependant, la jurisprudence assimile souvent les ventes avec réserve de propriété comprenant des clauses de ce type à des sûretés.

144. Dans les États qui suivent l'approche pleinement intégrée, la règle générale veut que les sûretés croisées ne portent pas atteinte à la superpriorité des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions, du moins de celles grevant des stocks. Cela signifie que le créancier garanti qui finance l'acquisition peut faire valoir son rang de priorité supérieur à l'égard des stocks dont il a financé

l'acquisition sans être obligé de lier expressément une dette en souffrance à une vente ou à une location particulière. En pareil cas, le droit de priorité spécial ne s'étend pas aux autres stocks ou aux autres biens dont il n'a pas financé l'acquisition.

145. Dans l'approche unitaire, l'objectif est de permettre aux créanciers garantis qui financent l'acquisition de stocks de bénéficier d'un maximum de souplesse et de réduire au minimum l'accumulation de dossiers liés à des opérations d'acquisition multiples financées par le même créancier garanti. C'est pourquoi une seule inscription suffit pour couvrir plusieurs opérations et un seul avis adressé aux créanciers titulaires de sûretés réelles mobilières grevant des stocks à venir du même type peut concerner des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions découlant de plusieurs opérations conclues entre les mêmes parties, sans qu'il soit nécessaire d'identifier chaque opération (voir recommandations 65, 175 et 176, variante A, alinéa c) et variante B, alinéa b)).

146. Dans l'approche non unitaire, puisqu'un contrat de vente ou de location ne s'applique normalement qu'aux biens vendus en l'espèce, il faudrait modifier les règles relatives aux droits de réserve de propriété et aux droits de crédit-bail afin de permettre le recours aux sûretés croisées. En outre, dans la variante A de la recommandation 189, s'agissant de stocks, si un vendeur ou un quelconque créancier garanti qui finance l'acquisition sans être le vendeur prenait une sûreté réelle mobilière sur les biens vendus en garantie du paiement de leur acquisition, il faudrait lui donner la possibilité de constituer des sûretés croisées de la même manière que dans le régime unitaire (voir recommandation 190). Si la variante B de la recommandation 189 était adoptée, aucune notification de la réserve de propriété, du crédit-bail ou de la sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition ne serait nécessaire pour que la partie finançant l'acquisition puisse revendiquer un rang de priorité supérieur.

g) Priorité des droits des parties finançant une acquisition sur les droits des créanciers judiciaires

147. Au chapitre II, relatif à la priorité d'une sûreté réelle mobilière, le Guide recommande que les droits d'un créancier qui obtient une décision de justice et qui prend les mesures nécessaires pour acquérir des droits sur les biens d'un débiteur judiciaire l'emportent généralement sur des sûretés réelles mobilières existantes au titre d'avances que des créanciers garantis existants ont accordées au débiteur après que ceux-ci ont été informés des droits du créancier judiciaire (voir recommandation 81). Lorsque le droit concurrent en question est un droit de réserve de propriété, un droit de crédit-bail ou une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition, il faut tenir compte de considérations légèrement différentes, selon le type des biens meubles corporels. Si, par exemple, ces biens sont des biens de consommation, la partie qui finance l'acquisition n'a pas, pour rendre ses droits opposables, à procéder à leur inscription ou à prendre possession des biens. Ainsi, le vendeur réservataire ou le crédit-bailleur, en tant que propriétaire au moment de la conclusion de l'opération, ne sera pas en conflit de priorité avec un créancier judiciaire, ce dernier n'étant pas en droit de saisir les biens d'une personne autre que son débiteur. De même, dans le cas de biens de consommation, les conflits entre un créancier garanti finançant une acquisition et un

créancier judiciaire seront rares car les opérations de consommateurs font rarement l'objet d'avances futures.

148. Si les biens sont des stocks, la partie qui finance leur acquisition doit être en leur possession ou avoir inscrit ses droits et en avoir avisé les tiers déjà inscrits avant que l'acheteur n'ait obtenu la possession des stocks. Le créancier judiciaire sera donc toujours avisé des droits potentiels de la partie ou du créancier garanti qui finance l'acquisition. Dans un cas, cependant, (s'agissant de matériel) la partie qui finance l'acquisition bénéficie d'un délai de grâce pour inscrire ses droits. Néanmoins, comme pour les biens de consommation, il est rare qu'une partie finançant l'acquisition de matériel fasse des avances futures. Cela étant, lorsqu'un créancier judiciaire demande l'exécution de la décision qu'il a obtenue sur les biens du débiteur, ses droits ne devraient généralement pas pouvoir l'emporter sur ceux d'une partie finançant l'acquisition qui confère à la masse du débiteur judiciaire une valeur supplémentaire.

149. Si l'on adopte l'approche unitaire, il faudrait prévoir que dès lors qu'un créancier garanti qui finance l'acquisition rend ses droits opposables avant l'expiration du délai de grâce, il a également priorité sur les créanciers judiciaires qui inscrivent la décision qu'ils ont obtenue au cours dudit délai (voir recommandation 179).

150. Si l'on adopte l'approche non unitaire, il faudra accorder une protection semblable aux vendeurs réservataires, aux crédit-bailleurs, ainsi qu'aux créanciers garantis finançant l'acquisition qui inscrivent un avis concernant leur sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition avant l'expiration du délai de grâce indiqué (voir recommandation 189). Si la variante A était adoptée, ce principe ne s'appliquerait qu'au financement de l'acquisition de matériel. En revanche, si la variante B était adoptée, le délai de grâce vaudrait aussi pour les stocks et la recommandation s'appliquerait au financement de l'acquisition soit de matériel, soit de stocks.

h) Priorité des droits sur des biens attachés à des biens meubles, des masses ou des produits des parties finançant leur acquisition

151. Le Guide recommande, au chapitre relatif à la priorité d'une sûreté réelle mobilière, qu'une sûreté sur un bien attaché à des biens meubles qui est rendue opposable par inscription sur un registre spécialisé ou annotation sur un certificat de propriété ait priorité sur une sûreté grevant les biens meubles concernés inscrite ultérieurement au registre général des sûretés (voir recommandation 86). Cette recommandation repose sur le fait que les sûretés réelles mobilières opposables produisent leurs effets même après que les biens qu'elles grèvent ont été attachés à d'autres biens. En pareil cas, si deux sûretés ou plus grèvent le bien au moment du rattachement, elles conserveront leur rang de priorité relatif après le rattachement. S'agissant d'une masse ou d'un produit (autrement dit, de biens mélangés), le Guide recommande que les sûretés réelles mobilières s'y étendent et, s'il y en a deux ou plus, qu'elles conservent leur rang de priorité relatif (voir recommandation 87).

152. Dans un cas comme dans l'autre, cependant, il faut également déterminer le rang de priorité relatif des droits pris sur les différents biens meubles corporels unis par rattachement ou par mélange. Le Guide prévoit que les règles de priorité ordinaire s'appliquent, de sorte que le moment de l'inscription au registre général

des sûretés déterminerait le rang de priorité, à moins que l'une des sûretés n'ait été constituée en garantie du paiement d'une acquisition: une telle sûreté prise sur une part de biens mélangés aurait priorité sur les sûretés antérieurement inscrites non liées à des acquisitions (et probablement même sur des sûretés en garantie du paiement d'une acquisition), accordées par le même constituant sur l'ensemble de la masse ou du produit (voir recommandation 89). Le Guide, toutefois, ne tranche pas la question de savoir si une sûreté sur un bien attaché en garantie du paiement de son acquisition devrait être prioritaire par rapport aux sûretés antérieurement inscrites non liées à une acquisition (voire prises en garantie du paiement d'une acquisition), accordées par le même constituant sur les biens corporels auxquels les biens grevés sont attachés.

153. Dans les États qui ne considèrent pas le droit de réserve de propriété et le droit de crédit-bail comme des sûretés réelles mobilières, les règles générales de priorité énoncées au chapitre relatif à la priorité d'une sûreté réelle mobilière ne s'appliqueraient pas directement au financement d'acquisitions. Ce chapitre traite de situations où toutes les formes d'opérations garanties sont considérées comme des sûretés réelles mobilières selon l'approche générale unitaire et fonctionnelle. Or, dans le contexte du financement d'acquisitions, les droits relatifs des parties dépendent des règles générales du droit des biens qui régissent les biens attachés. Normalement, si le bien attaché peut être détaché sans endommager le bien auquel il est attaché, le vendeur réservataire resterait propriétaire du bien attaché. Dans le cas contraire, il faudrait déterminer lequel, du bien attaché ou du bien auquel il est attaché, a le plus de valeur. Si le bien meuble corporel dont le vendeur réservataire est resté propriétaire a plus de valeur que l'autre, ledit vendeur acquiert un droit de propriété sur l'ensemble formé par les deux biens, sous réserve seulement d'une obligation de rembourser la valeur de l'autre bien. Si, à l'inverse, le bien meuble corporel dont le vendeur est resté propriétaire est d'une valeur inférieure à l'autre bien, le vendeur perd son droit de propriété et ne dispose plus, à l'encontre du nouveau propriétaire, que d'une créance égale à la valeur de son ancien bien.

154. Selon l'approche unitaire, les créanciers garantis finançant l'acquisition qui ont des droits sur des biens attachés ou des biens mélangés peuvent généralement opposer une superpriorité aux créanciers garantis ne finançant pas l'acquisition. En d'autres termes, ils ont priorité sur les autres créanciers garantis qui revendiquent un droit sur les biens attachés ou sur les biens meubles corporels mélangés ou transformés. Ils ont priorité, également, sur les créanciers garantis qui ne financent pas l'acquisition des biens auxquels d'autres biens sont attachés, à hauteur au moins de la valeur des biens attachés. Ils ont priorité, enfin, sur les créanciers garantis qui ne financent pas l'acquisition, mais qui ont pris une sûreté réelle mobilière sur l'ensemble de la masse ou du produit (voir recommandations 87 à 89).

155. Si un État devait adopter l'approche non unitaire, il lui faudrait établir des règles équivalentes concernant la priorité des droits du vendeur par rapport aux autres droits sur les biens attachés ou les biens meubles corporels devant être mélangés ou transformés, quelle que soit la forme juridique de l'opération (qu'il s'agisse par exemple d'une sûreté réelle mobilière dénommée comme telle, d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail). En d'autres termes, bien que risquant de perdre son droit de propriété lors du rattachement, le vendeur réservataire d'un bien attaché devrait pouvoir faire valoir sa priorité soit sur la part de la masse ou du produit qu'il a vendue, soit sur les biens attachés qu'il a vendus.

Le mécanisme précis par lequel les règles relatives aux biens attachés à des biens meubles devraient être adaptées dépendra des circonstances juridiques de chacun des États qui aura choisi d'adopter l'approche non unitaire.

i) Priorité des droits sur des biens immeubles des parties finançant leur acquisition

156. Au chapitre relatif à la priorité d'une sûreté réelle mobilière, le Guide recommande qu'après le rattachement, une sûreté réelle mobilière sur des biens attachés à des biens immeubles qui a été rendue opposable conformément au droit immobilier ait priorité sur une sûreté réelle mobilière grevant ces biens attachés qui a été rendue opposable conformément à la loi sur les opérations garanties. À l'inverse, si la sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels est rendue opposable avant leur rattachement et qu'elle est inscrite au registre immobilier, elle aura priorité sur les sûretés grevant l'immeuble concerné inscrites ultérieurement (voir recommandations 84 et 85). La logique de ces dispositions devrait également s'appliquer aux droits de réserve de propriété, aux droits de crédit-bail et aux sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions.

157. Les droits d'une partie qui finance l'acquisition d'un bien meuble corporel qui deviendra un bien attaché devraient avoir priorité sur les droits réels qui existent sur le bien immeuble pour autant qu'un avis relatif aux droits de cette partie soit inscrit au registre immobilier dans un délai raisonnable après le rattachement. Dans ce cas, la personne qui revendique un droit réel existant sur le bien immeuble s'est fondée, lors de sa transaction, sur la valeur du bien au moment où elle a consenti les avances et ne peut alors avoir prévu qu'un bien attaché permettrait ultérieurement de satisfaire sa créance. Lorsque le droit réel qui préexiste sur le bien immeuble garantit un prêt destiné à financer des travaux de construction, cette hypothèse n'est plus valable, et il est moins justifié de préserver le rang de priorité supérieur de la partie qui finance l'acquisition.

158. Selon l'approche unitaire, il est possible, pour régir ces différents cas, d'adopter une règle unique car le droit du créancier garanti qui finance l'acquisition sera toujours une sûreté réelle mobilière (voir recommandation 180). Le créancier garanti finançant l'acquisition d'un bien immeuble et ayant pris les mesures nécessaires pour rendre sa sûreté opposable aura toujours la priorité, sauf face à un prêt de construction garanti par ce bien.

159. Si un État, cependant, devait adopter l'approche non unitaire, il lui faudrait adapter les règles relatives aux biens attachés pour obtenir un résultat fonctionnellement équivalent, quelle que soit la forme de l'opération. Il lui faudrait donc préciser qu'un droit de réserve de propriété et un droit de crédit-bail sur un bien meuble corporel attaché à un bien immeuble demeurent opposables aux tiers ayant des droits sur le bien immeuble, à condition d'être inscrits dans le registre immobilier dans un bref délai après que le bien a été attaché. En revanche, le vendeur réservataire et le crédit bailleur perdent leur priorité face à la partie qui finance des travaux de construction, même lorsque la propriété du bien attaché ne passe pas automatiquement au propriétaire du bien immeuble (comme dans le cas de biens vendus avec réserve de propriété ou loués dans le cadre d'un crédit-bail et qui seraient totalement incorporés au bien immeuble) (voir recommandation 192). De même, le vendeur ou prêteur titulaire d'une sûreté réelle mobilière en garantie du

paiement d'une acquisition aurait la priorité s'il réinscrivait ses droits dans le registre immobilier dans ce même bref délai.

j) Priorité des parties finançant l'acquisition sur le produit en général

160. Dans bien des cas, la partie qui finance l'acquisition sait que l'acheteur revendra le bien qu'il acquiert. C'est évidemment le cas des stocks, mais il peut aussi arriver qu'un fabriquant ou une entreprise commerciale vende son matériel pour en acquérir un plus moderne. Comme l'explique le chapitre relatif à la constitution d'une sûreté réelle mobilière, une sûreté ordinaire sur des biens meubles corporels s'étend normalement au produit de leur disposition (voir recommandation 19). Dans le cadre du financement d'acquisitions, cela soulève trois questions de principe. La première est de savoir s'il devrait être possible d'étendre ainsi une sûreté au produit lorsque l'acquisition est financée au moyen d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail; la deuxième, de savoir si la priorité spéciale des parties finançant l'acquisition devrait aussi s'étendre au produit; et la troisième, de savoir si les règles qui régissent l'exercice de cette priorité doivent être les mêmes, que les biens achetés soient du matériel ou des stocks.

161. Bien que cela soit extrêmement rare, certains États qui ne considèrent pas les droits de réserve de propriété et les droits de crédit-bail comme des sûretés réelles mobilières permettent au vendeur ou au crédit-bailleur d'étendre son droit de propriété au produit généré par la vente des biens lorsque ce produit prend la forme de biens meubles corporels du même type que ceux qui ont été vendus, par exemple lorsque le vendeur reçoit un véhicule dans le cadre de l'achat d'un nouveau véhicule avec reprise. Lorsque le produit de la disposition prend la forme de créances, le droit de propriété prend invariablement fin. Il n'en reste pas moins que dans certains États, le droit de réserve de propriété et le droit de crédit-bail sur un produit incorporel sont transformés en une sûreté réelle mobilière, mais, là encore, ce n'est pas la pratique courante.

162. Le Guide considère qu'un droit de réserve de propriété ou un droit de crédit-bail devrait permettre au vendeur ou au crédit-bailleur de revendiquer un droit sur le produit et que, comme le prévoient la plupart des rares États qui étendent déjà le droit de réserve de propriété au produit, ce droit devrait toujours être une sûreté réelle mobilière et non une continuation du droit de propriété (voir recommandation 193). Les deuxième et troisième questions de principe relatives au produit de biens faisant l'objet d'une vente avec réserve de propriété ou d'un crédit-bail sont traitées dans les deux sous-parties ci-après.

k) Priorité des parties finançant l'acquisition sur le produit de biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation

163. Dans les États qui ne considèrent pas les droits de réserve de propriété et les droits de crédit-bail comme des sûretés réelles mobilières, la question d'éventuels droits spéciaux du vendeur ou du crédit-bailleur sur le produit généré par la vente du matériel, théoriquement envisageables, ne se pose généralement pas car les lois de la vente ou de la location limitent généralement le droit de réserve de propriété du vendeur ou le droit de propriété du crédit-bailleur au seul bien vendu ou loué. En cas de disposition non autorisée, le vendeur ou le crédit-bailleur peut recouvrer le bien en nature entre les mains de la personne à qui il a été transféré. Il arrive,

cependant, que l'on ne puisse retrouver le bien, alors qu'on peut identifier les biens ou les espèces issus de sa disposition. Il arrive aussi que le vendeur ou le crédit-bailleur autorise la vente à condition que son droit de propriété s'étende au produit du bien dont il avait conservé la propriété. Comme il a été noté, dans ces deux cas, quelques rares États permettent au vendeur ou au crédit-bailleur de conserver, par subrogation réelle, un droit de propriété sur le produit du bien qui a fait l'objet de la vente avec réserve de propriété ou du crédit-bail à condition que ce produit prenne la forme de biens meubles corporels du même type. En cas de vente, on désigne fréquemment les droits du vendeur sur les produits par l'expression "réserve de propriété étendue". Dans la plupart des cas, cependant, lorsqu'un tel cas de figure est possible, le droit de réserve de propriété ou le droit de crédit-bail est transformé en sûreté réelle mobilière sur le produit.

164. Dans certains États qui appliquent l'approche pleinement intégrée, la priorité spéciale de la sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition ne s'étend qu'aux biens dont l'acquisition est ainsi financée, tandis que dans d'autres, elle peut également s'étendre à leur produit identifiable, du moins dans le cas d'opérations relatives à du matériel. Le constituant n'acquérant généralement pas le matériel en vue de le revendre immédiatement, il y a peu de risque de porter préjudice aux autres créanciers garantis en étendant la priorité spéciale de la sûreté grevant le matériel en garantie du paiement de son acquisition au produit de sa disposition. Si le matériel devient obsolète ou si le constituant n'en a plus besoin et le vend ou en dispose, il demandera souvent au créancier garanti une mainlevée de la sûreté pour pouvoir disposer d'un bien non grevé. Sans cette mainlevée, la disposition se ferait sous réserve de la sûreté et il serait improbable qu'un acheteur ou un autre cessionnaire soit disposé à payer la valeur totale du matériel. En échange de la mainlevée, le créancier garanti contrôle normalement le paiement du produit de la disposition, par exemple en exigeant qu'il lui soit payé directement afin qu'il puisse l'imputer au paiement de l'obligation garantie. Dans ces conditions, il est improbable qu'un autre créancier se fie à une sûreté prise directement sur un bien du constituant qui constitue le produit de la disposition du matériel initialement grevé par une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de son acquisition.

165. Dans l'approche unitaire, le postulat est que normalement, le matériel n'est pas constamment renouvelé. Le contrôle qu'a sur la disposition des biens le créancier garanti qui en finance l'acquisition tend à prouver que la priorité spéciale accordée aux créanciers garantis qui financent l'acquisition devrait être étendue aux produits des biens grevés par la sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition et au produit de leur disposition (voir recommandation 181).

166. Dans un État qui adopterait l'approche non unitaire, les règles relatives au maintien de la priorité spéciale sur le produit du matériel devraient produire les mêmes effets à l'égard des autres réclamants quelle que soit la forme juridique de l'opération de financement de l'acquisition (qu'il s'agisse par exemple d'une sûreté réelle mobilière dénommée comme telle, d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail). En d'autres termes, le vendeur réservataire ou le crédit-bailleur devrait pouvoir, dans le cas du matériel, se prévaloir de la priorité spéciale sur le produit de la disposition, soit du fait de la continuation de son droit de propriété sur le produit, soit en bénéficiant d'une sûreté réelle mobilière de remplacement lui donnant le même rang de priorité qu'un vendeur qui aurait pris une sûreté en

garantie du paiement de l'acquisition. Il serait également nécessaire de prévoir des règles relatives à l'inscription d'un avis ou à une autre méthode d'opposabilité indiquant que cette sûreté de remplacement sur le produit peut être rendue opposable et, en pareil cas, qu'elle a le même rang de priorité à l'égard des autres réclamants que s'il s'agissait d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition prise par un vendeur ou un crédit-bailleur (voir recommandation 195).

l) Priorité des parties finançant l'acquisition sur le produit des stocks

167. Dans le cas du produit des stocks, la situation diffère de celle du produit du matériel, et ce pour trois raisons. Tout d'abord, les stocks ont vocation à être vendus dans le cours normal des affaires. Ensuite, le produit de leur vente sera essentiellement constitué de créances plutôt que d'une combinaison de biens et de créances. Ainsi, par exemple, un vendeur de vêtements ou de meubles ne reprend généralement pas les anciens vêtements ou meubles de l'acheteur à titre de paiement partiel du prix d'achat. Enfin, il est fréquent qu'un créancier garanti préexistant, lorsqu'il accorde au constituant un crédit destiné au fonds de roulement, avance les fonds régulièrement, voire quotidiennement en se fiant à la supériorité de sa sûreté sur un ensemble de créances existantes et futures en évolution constante qui constitue les biens initialement grevés. Il peut être impossible ou malaisé, pour le constituant, de séparer les créances constituant le produit des stocks qui font l'objet d'un droit découlant du financement d'une acquisition ou d'une sûreté en garantie du paiement de l'acquisition des autres créances sur lesquelles un créancier préexistant a pris une sûreté. Enfin, même s'il pouvait séparer ces différentes créances, le constituant devrait le faire d'une manière transparente pour toutes les parties qui ont financé l'acquisition, sans leur imposer d'exercer un contrôle trop lourd.

168. En l'absence d'une telle séparation rapide, transparente pour toutes les parties qui ont financé l'acquisition et ne nécessitant pas de contrôle trop lourd, on ne pourrait écarter la possibilité que le créancier garanti préexistant qui accorde un crédit garanti par les créances du constituant croie à tort détenir une sûreté de rang supérieur sur toutes les créances du constituant. Un risque de conflit du même ordre existerait entre le créancier garanti préexistant et le vendeur réservataire, le crédit-bailleur ou le créancier garanti finançant l'acquisition quant à la question de savoir qui a la priorité sur quel produit. Tous ces risques et les coûts connexes liés à la surveillance des avoirs pourraient donner lieu à des refus de crédit ou accroître le coût du crédit. Si la priorité sur les stocks de la partie qui en finance l'acquisition ne s'étend pas au produit, cette partie peut elle-même refuser le crédit ou en augmenter les frais.

169. On peut, cependant, considérablement améliorer cette situation. Si, par exemple, la priorité du droit découlant du financement d'une acquisition ou de la sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'acquisitions sur les stocks ne s'étend pas au produit sous forme de créances, un créancier garanti préexistant qui détient une sûreté antérieure sur des créances futures du constituant lui accordera plus probablement, pour lui permettre de payer les stocks qu'il acquiert, un crédit en se fiant à la sûreté de rang supérieur qu'il détient sur les créances. Le montant de l'avance que consent le créancier garanti préexistant devrait être suffisant pour que le constituant puisse payer le prix d'achat au vendeur des stocks car, généralement,

les avances sur créances sont bien plus élevées que les avances garanties par les stocks. En outre, le montant des créances correspond au prix de revente des stocks achetés, qui est lui-même bien supérieur au prix d'achat desdits stocks. Ainsi, il est plus probable que le prix d'achat sera payé sans retard.

170. Dans l'approche unitaire, la difficulté de déterminer quelles créances naissent de la disposition des biens grevés d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de leur acquisition et l'usage généralisé des créances comme bien initial faisant l'objet d'une sûreté distincte constituent deux excellentes raisons de limiter aux produits de la disposition autres que les créances et autres droits à paiement la priorité spéciale accordée aux sûretés grevant des stocks en garantie du paiement de leur acquisition (par exemple, les instruments négociables, les droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire et les droits de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant; voir recommandation 182).

171. Alors que tous les États qui, jusqu'à présent, ont adopté l'approche pleinement intégrée partagent l'avis exposé ci-dessus, on peut imaginer qu'aucune distinction ne devrait être établie entre le produit de stocks et le produit de biens autres que des stocks ou des biens de consommation. En pareil cas, les principes régissant les biens autres que des stocks s'appliqueraient également aux sûretés réelles mobilières grevant des stocks en garantie du paiement de leur acquisition. Cependant, du fait que le droit au produit s'étendrait aussi aux créances et aux autres droits à paiement, la sûreté réelle mobilière grevant le produit n'aurait pas la priorité spéciale d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition, mais celle applicable aux sûretés ordinaires conformément aux règles générales. En vue de maintenir le parallélisme entre les approches unitaire et non unitaire, le Guide présente ces options en tant que variantes A et B dans les recommandations 182 et 186.)

172. Un État qui adopterait une approche non unitaire, comme le recommande le Guide, serait confronté au même choix. Dans la variante A, la priorité spéciale accordée aux parties et aux créanciers garantis qui financent l'acquisition ne devrait pas s'étendre au produit de la disposition sous forme de créances ou d'autres droits à paiement, et ce, quelle que soit la forme juridique de l'opération de financement d'acquisitions (qu'il s'agisse par exemple d'une sûreté réelle mobilière dénommée comme telle, d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail). En particulier, la priorité spéciale du vendeur réservataire de stocks ne devrait pouvoir être exercée que sur d'autres biens meubles corporels et non sur le produit de la disposition des stocks sous forme de créances et d'autres droits à paiement (voir recommandation 196, variante A). En revanche, dans la variante B, le vendeur réservataire, crédit-bailleur ou créancier garanti finançant l'acquisition pourrait faire valoir une sûreté réelle mobilière sur le produit de la disposition de ces stocks, y compris sous forme de créances et d'autres droits à paiement, mais ne bénéficierait que de la priorité déterminée par les règles générales.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission souhaitera peut-être noter que les variantes des recommandations 182 et 196 figurent dans une note car elle n'a pas encore examiné la question. Les paragraphes 167 à 172 devront peut-être être révisés pour tenir compte de sa décision finale à ce sujet.*]

m) Priorité entre les droits de fournisseurs de financement d'acquisitions concurrents

173. Dans les différents conflits de priorité décrits dans la présente section, les réclamants concurrents font valoir différents droits sur des biens meubles corporels. En d'autres termes, il s'agit de conflits pouvant survenir entre les droits d'un vendeur réservataire, d'un crédit-bailleur ou d'un créancier garanti finançant l'acquisition et, principalement, un créancier garanti ne finançant pas l'acquisition. Dans quelques cas, toutefois, la concurrence peut survenir entre deux créanciers faisant l'un et l'autre valoir des droits nés d'une opération de financement d'acquisitions. Selon la loi applicable dans un État donné, il s'agit principalement du cas où un prêteur octroie un crédit à un acheteur afin qu'il puisse verser un acompte, et le vendeur lui propose également un crédit pour le solde du prix d'achat.

174. Dans les États qui ne considèrent pas les droits de réserve de propriété et les droits de crédit-bail comme des sûretés, le rang de priorité relatif des différentes créances est déterminé par rapport au droit de propriété du vendeur ou du crédit-bailleur. À moins que le système ne permette aux autres créanciers de prendre une sûreté sur le droit futur de l'acheteur, les propriétaires et les créanciers garantis n'entreront pas en concurrence. En outre, même si un créancier pouvait prendre une sûreté sur le droit futur d'un acheteur ou d'un preneur à bail, ce droit ne se concrétiserait qu'une fois le vendeur ou le crédit-bailleur totalement remboursé. Ainsi, dans la plupart des États avec ce genre de systèmes, il ne peut jamais y avoir concurrence directe entre des prêteurs qui revendiquent des droits découlant d'une opération de financement d'acquisitions et un vendeur ou un crédit-bailleur. La seule façon, pour un prêteur, d'acquérir un droit lié au financement d'acquisitions serait d'obtenir du vendeur bénéficiant de la réserve de propriété ou du crédit-bailleur la cession de l'obligation garantie.

175. En outre, dans les États qui ne considèrent pas les droits de réserve de propriété et les droits de crédit-bail comme des sûretés, le vendeur (mais non le crédit-bailleur) a souvent la possibilité de transférer la propriété du bien vendu à l'acheteur et de prendre une sûreté. Ces droits du vendeur sont parfois prévus par la loi (privilège du vendeur, par exemple), mais ils peuvent aussi découler d'une convention conclue entre le vendeur et l'acheteur. En pareil cas, l'acheteur peut tout à fait consentir des sûretés concurrentes sur le bien qu'il acquiert. Il s'agit généralement de sûretés constituées après l'achat du bien. Plus rarement, dans la plupart de ces États, elles peuvent aussi être constituées avant, en application d'une sûreté portant sur des biens présents et futurs. Néanmoins, même lorsque le prêteur accorde un crédit pour permettre à l'acheteur d'acquérir le bien, la sûreté qu'il prend sur ce bien est toujours considérée comme une sûreté ordinaire. Ainsi, dans la plupart des États qui ne considèrent pas les droits de réserve de propriété et les droits de crédit-bail comme des sûretés, les prêteurs n'ont pas la possibilité d'accéder directement à la position prioritaire privilégiée accordée au vendeur qui transfère la propriété à un acheteur et prend une sûreté en garantie du paiement de l'acquisition. Dans la plupart de ces États, également, la seule façon pour un prêteur d'acquérir la priorité privilégiée dont bénéficie la sûreté en garantie du paiement d'acquisitions serait d'obtenir du vendeur qui aurait pris une telle sûreté une cession de l'obligation garantie par cette sûreté.

176. Dans les États qui appliquent l'approche pleinement intégrée, les droits de priorité du vendeur et du crédit-bailleur sont protégés parce que les droits qu'ils feraient valoir autrement en tant que propriétaires sont considérés comme des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions et bénéficient, grâce à la notion de priorité spéciale des "sûretés en garantie du prix d'achat", de la même position prioritaire privilégiée. Cette position est également accordée aux vendeurs qui prennent simplement une sûreté sur les biens fournis, et aux prêteurs qui avancent de l'argent à des emprunteurs pour leur permettre d'acquérir des biens corporels. En d'autres termes, il est possible, avec l'approche pleinement intégrée, que naisse un véritable conflit entre plusieurs sûretés en garantie du paiement d'acquisitions. La règle de priorité normale dans ces États veut que, entre des sûretés concurrentes du même type, la première à être inscrite ou, si c'est une autre méthode d'opposabilité qui est utilisée, la première à être rendue opposable, est prioritaire. Ainsi, par exemple, entre deux prêteurs qui tous deux revendiquent une sûreté garantissant le paiement d'une acquisition, le premier à l'inscrire sera prioritaire. Il peut toutefois arriver qu'un vendeur, qui revendique une sûreté garantissant le paiement d'une acquisition, l'enregistre après un prêteur qui a également financé l'acquisition. Dans ce cas, ces systèmes prévalent sur la règle de priorité usuelle afin de protéger le précédent propriétaire du bien vendu. Le vendeur qui rend sa sûreté en garantie du paiement d'une acquisition opposable aura priorité même sur des prêteurs avec des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions préexistantes.

177. Dans l'approche unitaire, en cas de concurrence entre un vendeur et un prêteur faisant l'un et l'autre valoir une sûreté en garantie du paiement d'acquisitions, la sûreté en garantie du paiement d'acquisitions du vendeur est prioritaire, quelles que soient les dates auxquelles ces deux sûretés ont été rendues opposables aux tiers (voir recommandation 178). De plus, en cas de concurrence entre deux sûretés prises par des prêteurs en garantie du paiement d'acquisitions, les règles de priorité normales s'appliquent. En d'autres termes, le moment où ces deux droits sont devenus opposables aux tiers détermine leur rang de priorité relatif.

178. Dans les États qui adoptent l'approche non unitaire, la question se pose tout d'abord de savoir s'il faut ou non permettre aux parties qui financent l'acquisition sans être les vendeurs ni les crédit-bailleurs du bien acquis par leur emprunteur de prendre sur ce bien une sûreté pouvant bénéficier de la priorité privilégiée d'une sûreté en garantie du paiement d'acquisitions. Si la réponse est négative, il n'y aura jamais de concurrence entre deux parties ou plus qui financent l'acquisition. Le Guide recommande que, même si les biens sont vendus dans le cadre d'une vente avec réserve de propriété ou d'un crédit-bail, l'acheteur puisse constituer une sûreté sur les biens vendus ou loués (voir recommandation 187). Il recommande également que des prêteurs qui octroient un crédit d'acquisition à des acheteurs soient autorisés à revendiquer une sûreté garantissant le paiement d'acquisitions (voir recommandations 184 et 185). En conséquence, les États qui adoptent l'approche non unitaire devront également faire face, le cas échéant, à une concurrence entre les fournisseurs de financement d'acquisitions. Si la concurrence survient entre un vendeur réservataire ou un crédit-bailleur et un prêteur, le vendeur ou le crédit-bailleur aura toujours la priorité en raison de son droit de propriété. Si elle survient entre un vendeur qui revendique une sûreté garantissant le paiement d'acquisitions et un prêteur qui revendique une telle sûreté, les États devront adopter une règle régissant la priorité des sûretés du vendeur ou du crédit-bailleur, quelles que soient les dates auxquelles elles ont été rendues opposables. En outre, ils devront

également préciser que, comme c'est le cas des sûretés garantissant le paiement d'acquisitions constituées par des parties autres que les vendeurs et les crédit-bailleurs, la priorité de ces sûretés sera déterminée par le moment où elles sont devenues opposables, indépendamment de la forme de l'opération.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être examiner s'il convient d'inclure une recommandation similaire à la recommandation 178 (approche unitaire) dans la section relative à l'approche non unitaire du chapitre XI).*]

n) Conséquence de la non-opposabilité de droits d'acquisition

179. Normalement, un vendeur réservataire, un crédit-bailleur ou un prêteur qui constitue une sûreté sur des biens acquis par un acheteur s'assurera qu'il a bien pris toutes les mesures nécessaires pour rendre ses droits opposables aux tiers. Dans le cas d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail, cela signifie suivre l'une des méthodes pour assurer l'opposabilité et, si cela implique l'inscription dans le registre général des sûretés, respecter les délais prévus (voir recommandation 189). Dans le cas d'une sûreté en garantie du paiement d'acquisitions, qu'il s'agisse de l'approche unitaire ou non unitaire, le créancier garanti doit prendre les mesures nécessaires pour assurer l'opposabilité et, si l'inscription dans le registre général des sûretés est nécessaire, il doit respecter les délais prévus (voir recommandations 176 et 189).

180. Si l'opposabilité n'a pas été assurée dans les délais applicables, cela a des conséquences importantes pour tous les fournisseurs de financement d'acquisitions. Si un créancier garanti finançant l'acquisition ne procède pas à l'inscription dans les délais (voir par. 122 ci-dessus), cela ne signifie pas qu'il perd sa sûreté. S'il a pris les mesures nécessaires pour assurer l'opposabilité après l'expiration du délai de grâce, le créancier garanti qui revendique une sûreté garantissant le paiement d'une acquisition ne pourra pas faire valoir la priorité spéciale associée à cette sûreté. Dans ce cas, il sera simplement un créancier garanti ordinaire soumis aux règles générales de priorité applicables aux sûretés.

181. La situation est légèrement différente lorsqu'un vendeur réservataire ou un crédit-bailleur ne rend pas ses droits opposables aux tiers dans les délais. Dans ce cas, le vendeur ou le crédit-bailleur perd le bénéfice de la propriété et, s'agissant des droits des tiers, la propriété du bien vendu ou loué est transférée à l'acheteur ou au preneur à bail. La perte complète de droits est la conséquence sévère que subissent ceux qui ne prennent pas les mesures nécessaires pour assurer l'opposabilité. Afin de pallier ces conséquences et de reproduire le résultat atteint en rapport avec les sûretés en garantie du paiement d'acquisitions, il est nécessaire de convertir le droit du vendeur ou du crédit-bailleur en une sûreté ordinaire, soumise aux règles générales de priorité applicables aux sûretés (voir recommandation 193).

182. Un résultat similaire devrait être atteint dans les autres cas où un vendeur réservataire ou un crédit-bailleur est privé de ses droits de propriété. Ainsi, lorsque le droit du vendeur d'un bien qui est rattaché à un bien immeuble n'est pas rendu opposable dans les délais, le vendeur ou le crédit-bailleur perd son droit de propriété. Une fois l'opposabilité assurée, toutefois, le vendeur ou le crédit-bailleur peut revendiquer une sûreté ordinaire.

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être examiner s'il convient d'ajouter une recommandation allant dans le sens de la recommandation 193 pour traiter de la question abordée au paragraphe 182.*]

8. Droits et obligations des parties avant défaillance

183. Comme l'indique le chapitre sur les droits et obligations des parties, il existe, dans la plupart des États, très peu de règles impératives qui régissent les droits et obligations des parties avant défaillance. Dans leur écrasante majorité, les règles et principes applicables sont de nature supplétive (non impérative) et les parties peuvent librement y déroger. De plus, les droits et obligations des parties avant défaillance dépendent, pour la plupart, de la manière dont est envisagée, dans l'État en question, la nature juridique de l'opération par laquelle le financement de l'acquisition est assuré.

184. Dans les États qui ne considèrent pas les droits de réserve de propriété et les droits de crédit-bail comme des sûretés, le régime qui régit les droits et obligations avant défaillance en matière de sûretés non liées à des acquisitions ne peut être purement et simplement transposé aux droits liés au financement d'acquisitions. Les règles applicables aux sûretés en garantie du paiement d'acquisitions (que celles-ci soient prises par un vendeur ou par un prêteur) feront écho à celles qui s'appliquent aux sûretés non liées à des acquisitions. Toutefois, lorsqu'un mécanisme de transfert de la propriété (réserve de propriété, crédit-bail ou opération analogue) est utilisé, il devient nécessaire d'adapter la manière dont ces règles sont formulées.

185. L'objectif étant d'assurer l'équivalence fonctionnelle de toutes les opérations de financement d'acquisitions, il faudra souvent, pour ce faire, renverser les présomptions générales relatives aux prérogatives de propriété. Ainsi, c'est normalement le propriétaire (le vendeur qui bénéficie de la réserve de propriété ou le crédit-bailleur) qui bénéficie du droit d'utiliser un bien et d'en recueillir les fruits civils et naturels. C'est lui encore qui, normalement, supporte le risque de perte ou de dommage, et c'est donc principalement sur lui que repose l'obligation de prendre soin du bien, de l'entretenir, de le maintenir en bon état et de l'assurer. C'est lui enfin qui a le droit, normalement, de grever le bien et d'en disposer. Pour obtenir les résultats souhaités en termes d'équivalence fonctionnelle, ces États devront donc prévoir une combinaison de règles impératives et non impératives qui attribuent à l'acheteur et non au vendeur ou au crédit-bailleur chacune de ces prérogatives et obligations.

186. Les États qui adoptent l'approche unitaire n'ont pas besoin de se préoccuper directement de cette question, une sûreté en garantie du paiement d'acquisitions n'étant qu'un type de sûreté. Partant, il suffirait d'appliquer les règles ordinaires relatives aux droits et obligations avant défaillance à toutes les opérations de financement d'acquisitions, indépendamment de la forme de l'opération concernée. Ainsi, il n'y a pas de raison de présumer que les obligations relatives à l'utilisation, l'obligation de préserver la valeur du bien grevé et le droit de recueillir les fruits civils et naturels du bien, de le grever ou d'en disposer devraient être différents du simple fait que la sûreté concernée est une sûreté en garantie du paiement d'acquisitions. Les créanciers garantis qui financent l'acquisition et les constituants qui souhaitent prévoir une attribution différente des droits et obligations devraient pouvoir le faire strictement dans le même cadre que celui qui s'applique aux droits garantis non liés à des acquisitions (voir recommandations 107 à 110).

187. Dans un État qui adopterait l'approche non unitaire, toutefois, il faudrait énoncer plus en détail les droits et obligations spécifiques des parties avant défaillance pour parvenir à l'équivalence fonctionnelle. S'agissant de vendeurs réservataires ou de crédit-bailleurs, ces règles devront souvent déroger au régime ordinaire des droits de propriété. Comme l'indique le chapitre sur les droits et obligations des parties, la plupart des règles applicables avant défaillance ne seront pas impératives. Cependant, puisque le régime général non impératif devrait poser, s'agissant des droits et obligations avant défaillance, un ensemble de règles que, selon le législateur, les parties choisiraient vraisemblablement pour rendre la sûreté la plus performante possible, il faudrait que les États qui adoptent l'approche non unitaire adoptent des règles non impératives qui fassent écho à celles que le régime adopte pour régir les sûretés en garantie du paiement d'acquisitions prises par les vendeurs ou les prêteurs. Cette démarche présenterait l'avantage supplémentaire d'énoncer clairement le droit qu'a l'acheteur de constituer une sûreté sur ses droits futurs et de confirmer son droit d'utiliser et de transformer le bien de manière raisonnable conformément à sa nature et à sa destination (voir recommandations 107 à 110).

9. Réalisation

188. L'analyse développée dans le chapitre sur la réalisation d'une sûreté montre que, dans la plupart des systèmes juridiques, les règles relatives à l'exercice des droits après défaillance découlent directement de la catégorie dans laquelle le système juridique classe ces différents droits. De nombreux systèmes, par exemple, classent certains droits dans la catégorie des "droits réels" et prévoient des recours particuliers pour assurer leur exercice effectif. D'autres droits relèvent de la catégorie des "droits personnels" et sont généralement exercés par une action juridique ordinaire intentée contre une personne. Dans ces systèmes, le droit de propriété comme les sûretés sur des biens corporels sont des droits réels, que l'on exerce par une action *in rem* ("action sur les biens"). Bien que le mode de réalisation des droits réels par une action *in rem* puisse varier énormément selon le type de droit réel exercé et la configuration particulière des règles de procédure de l'État, ces règles qui régissent l'exercice des droits après défaillance sont, pour la plupart, impératives. Les parties à une opération de financement d'acquisitions ne peuvent donc y déroger.

189. Dans les États qui ne considèrent pas les droits de réserve de propriété et les droits de crédit-bail comme des sûretés, la procédure de réalisation des droits du vendeur ou du crédit-bailleur sera normalement celle ouverte à toute personne qui revendique la propriété d'un bien corporel. Ainsi, par exemple, en cas de défaillance de l'acheteur, le vendeur qui bénéficie de la réserve de propriété peut annuler le contrat et exiger la restitution du bien dont il reste le propriétaire. En pareil cas, et sous réserve de toute clause à l'effet contraire dans le contrat de vente, il doit normalement rembourser au moins en partie les paiements effectués par l'acheteur. Le montant des paiements dus par le vendeur est souvent calculé à partir du total des sommes perçues de l'acheteur, dont on déduit la valeur locative du bien pour la durée pendant laquelle il a été en possession de l'acheteur et la valeur qu'il a perdue en raison de son utilisation par l'acheteur (ou des dommages-intérêts pour dépréciation calculés selon une formule analogue).

190. Dans ces États, un vendeur qui annule la vente n'est généralement pas obligé de rendre compte à l'acheteur des bénéfices qu'il pourrait réaliser lors de la revente ultérieure du bien, mais il ne peut pas non plus, sauf convention contraire dans le contrat, se retourner contre l'acheteur pour un autre élément que le préjudice qui résulterait directement du manquement, par l'acheteur, aux obligations qui lui incombent en vertu du contrat de vente initial. Dans certains systèmes juridiques, la jurisprudence considère aussi parfois qu'il existe, dans les accords de réserve de propriété, une clause tacite selon laquelle le vendeur ne peut reprendre possession d'une partie du bien vendu plus importante que celle nécessaire au remboursement de la partie du prix d'achat restant due. Dans la plupart de ces États, enfin, ni l'acheteur défaillant ni aucun tiers, par exemple un créancier judiciaire ou un créancier ayant pris une sûreté sur le droit futur de l'acheteur sur les biens revendiqués par le vendeur, ne peut exiger du vendeur qu'il abandonne son droit de recouvrer le bien. Étant et ayant toujours été propriétaire du bien revendiqué, le vendeur ne peut être contraint de le vendre comme s'il était simplement un créancier garanti qui a financé l'acquisition et a réalisé une sûreté en garantie du paiement de cette acquisition. Les seuls recours possibles pour des créanciers judiciaires, des créanciers garantis et d'autres créanciers garantis finançant une acquisition sont les suivants: a) acquérir les droits du vendeur ou du crédit-bailleur (en étant subrogé dans les droits de ces derniers), sous réserve de leur accord; ou b) payer ce qui reste dû aux termes du contrat, puis exercer leurs droits sur les biens qui, par la suite, sont la propriété de l'acheteur ou du preneur à bail.

191. La situation d'un vendeur qui revendique la propriété et la possession du bien en vertu d'une clause qui lui permet, après avoir transféré la propriété à l'acheteur, d'annuler rétroactivement la vente si l'acheteur ne paie pas le prix d'achat convenu (condition résolutoire) est semblable à celle d'un vendeur qui bénéficie d'une réserve de propriété: en cas de défaillance, la vente est annulée et le vendeur recouvre la propriété du bien. Il peut ensuite en revendiquer la possession en tant que propriétaire, sous réserve qu'il restitue à l'acheteur ce qui a été payé (calculé de la manière déjà indiquée). En d'autres termes, une fois la condition résolutoire réalisée, les droits et obligations du vendeur qui recouvre la propriété sont identiques à ceux du vendeur qui bénéficie d'une réserve de propriété.

192. La situation du crédit-bailleur est, normalement, légèrement différente. Le crédit-bail étant un contrat à exécution successive (le preneur à bail est en possession du bien et l'utilise tandis que le crédit-bailleur bénéficie d'un droit continu au paiement du loyer), il ne peut, dans la plupart des systèmes juridiques, cesser de produire ses effets que pour l'avenir. Cela signifie que le preneur à bail perd le droit d'acheter le bien à la fin du crédit-bail (ou d'en acquérir automatiquement la propriété s'il en est ainsi convenu dans le contrat), que le crédit-bailleur conserve la totalité des loyers qu'il a perçus et que le preneur à bail est obligé de rendre le bien au crédit-bailleur. Cependant, et sous réserve d'une disposition contraire du contrat, le crédit-bailleur ne pourra demander des dommages-intérêts pour la dépréciation normale du bien. Il ne pourra prétendre à une indemnisation qu'en cas de dilapidation ou de dépréciation extraordinaire. En outre, sauf disposition contraire du contrat de crédit-bail, les crédit-bailleurs ne peuvent généralement pas demander le paiement de la différence entre le montant qu'ils reçoivent à titre de loyer et la dépréciation du bien loué en crédit-bail.

193. Dans l'approche unitaire, le créancier garanti qui finance l'acquisition peut reprendre possession du bien, comme n'importe quel autre créancier garanti. Que le créancier garanti qui finance l'acquisition soit un vendeur, un crédit-bailleur ou un prêteur, il pourra, comme l'indique le chapitre sur la réalisation d'une sûreté, soit vendre le bien, soit, si le constituant et les autres créanciers garantis n'y voient pas d'objection, prendre le bien en paiement de l'obligation garantie. Dans le premier cas, le créancier qui procède à la réalisation pourra organiser une vente judiciaire ou autre. Une fois qu'il a vendu le bien, le créancier garanti doit restituer au constituant tout excédent issu de la vente, mais il possède également une créance chirographaire en cas d'insuffisance du montant rapporté par la vente (voir recommandation 174).

194. Si un État adopte l'approche non unitaire, il lui faudra apporter plusieurs adaptations aux règles qui régissent l'exercice du droit de propriété du vendeur avec réserve de propriété ou du crédit-bailleur pour assurer l'égalité de traitement entre tous les fournisseurs de financement d'acquisitions. Il pourra notamment accorder à l'acheteur ou au preneur à bail et à tout créancier garanti ayant un droit sur le droit futur de l'acheteur ou du preneur à bail le droit de contraindre le vendeur ou le crédit-bailleur de vendre le bien sur lequel il a manifestement un droit de propriété, plutôt que de simplement affirmer le droit qu'a le propriétaire de recouvrer la possession du bien et d'en disposer. Des vendeurs et des prêteurs avec des sûretés en garantie du paiement de l'acquisition peuvent proposer de prendre le bien en paiement de l'obligation non acquittée de l'acheteur, mais l'acheteur ou toute autre partie intéressée peut contraindre le créancier garanti qui finance l'acquisition de vendre le bien à la place. Pour assurer une équivalence fonctionnelle intégrale, il faudrait que les acheteurs et les autres parties intéressées puissent contraindre le vendeur qui bénéficie de la réserve de propriété (un propriétaire, donc) de renoncer à l'exercice de son droit de propriété et de vendre le bien comme s'il était simplement un créancier garanti qui finance l'acquisition. Il faudrait également adapter les droits du vendeur et du crédit-bailleur de sorte qu'ils soient tenus de rendre compte de tout excédent généré par la vente, tout en leur permettant, en cas d'insuffisance, de recouvrer les sommes manquantes comme de simples créanciers contractuels, sans devoir introduire une action distincte en dommages et intérêts.

195. Il est bien plus fréquent que la vente donne lieu à une insuffisance qu'à un excédent. Il n'en reste pas moins qu'en imposant à tous les fournisseurs de financement d'acquisitions (notamment les vendeurs réservataires et les crédits-bailleurs) de rendre compte à l'acheteur et aux autres créanciers qui détiennent une sûreté sur le droit futur de l'acheteur sur tout excédent produit par la réalisation, on incite ces autres créanciers à surveiller de près la réalisation et l'on améliore ainsi les chances d'en tirer le meilleur prix possible. De même, en accordant au fournisseur de financement d'acquisitions une créance en cas d'insuffisance, on permet au créancier de réaliser la totalité de sa créance et l'on améliore ses chances de remboursement. Une règle, qui ne permettrait pas, en l'absence de clause contractuelle indemnitaire, à certains fournisseurs de financement d'acquisitions (notamment des vendeurs réservataires ou des crédits-bailleurs) de demander le paiement des sommes restant dues après la réalisation alors qu'un vendeur ou un prêteur qui exercerait une sûreté en garantie du paiement de l'acquisition pourrait le faire, serait injuste et contre-performante. Les droits du vendeur, en particulier, ne devraient pas être sensiblement différents (que ce soit à son avantage ou à son

désavantage) selon qu'il a choisi de bénéficier d'une réserve de propriété ou de prendre une sûreté en garantie du paiement d'une acquisition.

196. Du point de vue de la stricte logique juridique, on peut obtenir, en matière de réalisation, des résultats fonctionnellement équivalents, que l'on adopte une approche unitaire ou non unitaire. La nécessité d'apporter certaines adaptations aux régimes de réserve de propriété et de crédit-bail existants pour bénéficier pleinement de l'égalité de traitement de toutes les sources de financement de l'acquisition, comme le recommande le Guide (voir recommandation 197), indique qu'il est peut-être préférable, pour les États qui n'ont pas encore obtenu ce résultat coordonné au moyen d'adaptations législatives, judiciaires ou contractuelles de leurs règles qui régissent les droits de réserve de propriété et les droits de crédit-bail, de le faire en adoptant l'approche unitaire. Néanmoins, l'approche non unitaire, mise en œuvre conformément aux recommandations du Guide (voir recommandation 197), permettra d'obtenir un régime de réalisation efficace pour les opérations de financement d'acquisitions.

10. Conflit de lois

197. De nombreux systèmes juridiques, lorsqu'ils présentent les règles relatives au droit applicable, établissent une distinction entre les droits de propriété découlant d'un contrat de vente ou de crédit-bail et les sûretés. Ainsi, les règles de conflit de lois relatives aux obligations (par exemple, non seulement les ventes et les crédits-bails, mais aussi les licences et les créances) peuvent être différentes de celles qui s'appliquent aux conventions portant création d'une sûreté sur des biens meubles corporels. Le traitement des conflits de lois en relation avec les sûretés en général, avec les recommandations correspondantes, figurent dans le chapitre sur le conflit de lois. La présente analyse s'occupe uniquement de savoir si les droits de réserve de propriété, les droits de crédit-bail et les sûretés en garantie du paiement d'acquisitions devraient faire l'objet de recommandations distinctes.

198. Malgré les différences conceptuelles entre les droits qui découlent de la propriété et les sûretés, lorsqu'un droit de réserve de propriété est utilisé pour garantir l'exécution d'une obligation de paiement et que la possession a été remise à l'acheteur, l'opération est en apparence identique à la constitution d'une sûreté réelle mobilière sans dépossession. En outre, le bien concerné est tout aussi mobile et, par conséquent, a autant de chances de traverser des frontières internationales. Comme le Guide recommande que des prêteurs puissent acquérir non seulement des sûretés, mais aussi des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions sur le droit futur d'un acheteur, il est possible qu'une fois qu'un bien a franchi une frontière, et à moins que les mêmes règles de conflit de lois ne s'appliquent à tous les droits de ce type, différentes lois régissent le droit de réserve de propriété et la sûreté en garantie du paiement d'acquisitions. Pour des raisons d'efficacité et de transparence des opérations, ce type de conflits devrait être évité dans la mesure du possible, et les mêmes règles de conflit de lois devraient régir les deux types d'opérations.

199. Dans l'approche unitaire, le fait qu'une opération de financement d'acquisition fasse intervenir un droit de réserve de propriété, un droit de crédit-bail ou une sûreté en garantie du paiement d'acquisitions n'a aucune importance en matière de conflit de lois. Tous ces mécanismes seront considérés comme des sûretés et traités comme telles (voir recommandation 174).

200. En revanche, un État qui décide de retenir l'approche non unitaire devra se poser la question de savoir si les règles de conflit de lois applicables à la constitution, l'opposabilité, la priorité et l'exercice de droits de réserve de propriété, de droits de crédit-bail et de mécanismes semblables devraient être les mêmes que celles qui s'appliquent aux sûretés en garantie du paiement d'acquisitions ou, d'une manière plus générale, aux sûretés ordinaires prises sur le même type de biens. L'objectif d'équivalence fonctionnelle est un argument puissant qui devrait inciter les États à classer, pour des raisons de conflit de lois, les droits de propriété de vendeurs réservataires et de crédit-bailleurs dans la catégorie des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions (voir recommandation 199).

11. Transition

201. Les règles recommandées dans le Guide relatives au traitement d'opérations qui, dans de nombreux États, n'étaient pas considérées comme des sûretés représentent, pour la plupart des systèmes juridiques, un changement important. En particulier, le classement des droits de réserve de propriété et des droits de crédit-bail (y compris les droits dans le cadre de contrats de location-vente) dans la catégorie des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions modifiera de manière importante la portée de la législation relative aux opérations garanties dans les systèmes juridiques qui n'ont pas déjà adopté une approche unitaire et fonctionnelle des sûretés en général. Le chapitre sur la transition expose les principes qui devraient régir la transition vers le nouveau régime des sûretés ordinaires recommandé dans le Guide. Ces mêmes principes devraient régir la transition pour ce qui est des opérations de financement d'acquisitions.

202. Si un État adopte l'approche unitaire, la fluidité de la transition dépendra de l'attention prêtée aux détails du régime précédent régissant les droits de réserve de propriété et les droits de crédit-bail. Ainsi, s'il était déjà obligatoire, pour les vendeurs réservataires et les crédit-bailleurs, de procéder à l'inscription de leurs droits, il faudra seulement prévoir un certain délai dans lequel l'inscription devra être renouvelée dans le nouveau registre général des sûretés. Une autre solution serait que la loi dispose que l'inscription existante restera opposable suffisamment longtemps (trois à cinq ans, par exemple) pour couvrir la durée de la plupart des mécanismes de réserve de propriété ou de crédit-bail (voir recommandation 228).

203. Si aucune inscription de ces droits n'était nécessaire jusqu'à présent, on pourrait assurer la fluidité de la transition en préservant, conformément aux règles de transition applicables aux opérations de financement non liées à des acquisitions, l'opposabilité aux tiers des droits des vendeurs réservataires et des crédit-bailleurs ainsi que leur position prioritaire par l'inscription d'un avis adéquat au registre général des sûretés. Une autre solution serait que la loi dispose que l'obligation d'inscription prendra effet suffisamment tard après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi (au bout de trois à cinq ans, par exemple), de sorte que la plupart des conventions qui font appel aux mécanismes de réserve de propriété et de crédit-bail existant au moment de l'entrée en vigueur de la loi soient déjà parvenues à leur terme (voir recommandation 228). Afin d'assurer la cohérence de la transition, et conformément à l'approche suivie dans le chapitre sur la transition, quelle que soit la longueur de la période de transition adoptée, elle devrait être identique pour les droits qui devaient être inscrits aux termes de la loi antérieure, les droits qui

n'étaient pas soumis à inscription aux termes de la loi antérieure et les sûretés non liées à des acquisitions.

204. Même si un État décidait d'adopter l'approche non unitaire, il lui faudra, pour mettre en place une législation sur les opérations garanties performante, réorganiser un certain nombre de règles relatives aux droits de réserve de propriété et aux droits de crédit-bail. Comme le Guide recommande qu'un avis soit inscrit au registre général des sûretés, on pourrait adapter à l'approche non unitaire les règles de transition applicables à l'approche unitaire. Pour ce qui est des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions existantes, la transition devrait être régie par les mêmes principes que ceux qui s'appliquent à la transition dans l'approche unitaire.

205. Afin d'appliquer ces principes de manière à produire des résultats fonctionnellement équivalents à ceux que permet l'approche unitaire, toutefois, il faudrait procéder à diverses adaptations de l'essence de la loi relatives aux droits de réserve de propriété et aux droits de crédit-bail. Il faudrait, en particulier, déterminer le moment de l'entrée en vigueur des règles relatives aux questions suivantes: a) priorité des droits liés au financement d'acquisitions sur les produits; b) droits des tiers d'acquérir des sûretés sur des biens faisant l'objet d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail; et c) procédures de réalisation de ces types de mécanismes de financement d'acquisition, y compris droits des tiers. L'échelle et la portée de la transition nécessitée par l'approche non unitaire seraient peut-être moindres, mais les questions qui se poseraient dans la pratique seraient les mêmes que dans l'approche unitaire. Enfin, les principes généraux qui régissent l'adoption d'un régime unitaire devraient également s'appliquer à la transition vers un régime non unitaire réformé.

12. Insolvabilité

206. L'une des idées centrales du Guide est qu'une sûreté n'a pas ou n'a que peu de valeur pour un créancier garanti tant qu'elle ne bénéficie pas d'une reconnaissance adéquate dans une procédure d'insolvabilité visant le constituant. C'est pourquoi un régime des opérations garanties efficace doit aller de pair avec un droit de l'insolvabilité efficace. Les deux sont essentiels si l'on veut encourager le crédit garanti. C'est pourquoi le présent Guide sur les opérations garanties va de pair avec son pendant, le *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* ("le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*").

207. L'interaction générale entre le droit de l'insolvabilité et le droit des opérations garanties est traitée dans le chapitre portant sur l'impact de l'insolvabilité sur une sûreté. Les recommandations du Guide à ce sujet sont réparties en deux catégories: la partie A, qui reproduit les recommandations du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* qui ont une incidence directe sur les opérations garanties, et la partie B, qui comprend des recommandations additionnelles censées compléter celles du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*. Ce dernier s'en remet généralement à une loi autre que la loi sur l'insolvabilité (par exemple la loi sur les opérations garanties d'un État) pour ce qui est du classement et des implications juridiques du classement d'une opération de financement d'acquisitions donnée.

208. Le principe selon lequel le droit de l'insolvabilité s'en remet généralement à une loi autre que la loi sur l'insolvabilité pour les questions de classement signifie que, dans les États qui intègrent dans leur loi sur les opérations garanties toutes les

formes de droits liés au financement d'acquisitions, les opérations assorties de clauses de réserve de propriété et les crédits-bails seront traités, dans le cas d'une procédure d'insolvabilité visant le constituant, de la même manière qu'une sûreté non liée à une acquisition, en tenant compte de toute priorité spéciale qu'accorde à la sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition la loi autre que la loi sur l'insolvabilité. Il s'ensuit que les dispositions du Guide sur l'insolvabilité applicables aux sûretés s'appliqueraient aux sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'une acquisition. Par conséquent, si un État adopte l'approche unitaire, la loi sur l'insolvabilité devrait traiter les biens grevés d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de leur acquisition de la même manière que les biens grevés de sûretés réelles mobilières en général (recommandation 183).

209. Une analyse légèrement plus complexe s'impose dans les États qui ne considèrent pas les opérations assorties de clauses de réserve de propriété et les crédits-bails comme des sûretés. Certains d'entre eux traitent séparément les opérations assorties de clauses de réserve de propriété et les crédits-bails, mais les soumettent, ainsi que les arrangements similaires, aux mêmes règles que celles applicables aux sûretés réelles mobilières non liées à des acquisitions, tout en reconnaissant tout rang de priorité spécial qu'accorde aux sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'une acquisition la loi autre que la loi sur l'insolvabilité. En d'autres termes, dans ces États, la propriété de vendeurs réservataires et de crédit-bailleurs est convertie en sûreté par la loi sur les opérations garanties lorsque le constituant devient insolvable. Par conséquent, le même résultat est atteint en cas de procédure d'insolvabilité que dans des États avec un régime pleinement intégré. Il en découle que les dispositions *du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* qui s'appliquent aux sûretés s'appliqueront à ces opérations, même si, aux termes de la loi autre que la loi sur l'insolvabilité, elles ne seraient pas classées dans la catégorie des sûretés (recommandation 198, variante A).

210. D'autres États qui traitent séparément les opérations assorties de clauses de réserve de propriété et les crédits-bails prévoient néanmoins une équivalence fonctionnelle rudimentaire entre ces droits et les sûretés en garantie du paiement d'acquisitions. Dans ces États, les opérations assorties de clauses de réserve de propriété et les crédits-bails sont traités en tant que biens appartenant au vendeur ou au crédit-bailleur. Il s'ensuit que les dispositions du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité relatives aux biens appartenant à des tiers s'appliqueraient à ces opérations (voir recommandation 198, variante B).

211. Ces variantes peuvent avoir des conséquences très différentes dans une procédure d'insolvabilité, surtout lorsque le redressement est une possibilité. Dans les États qui intègrent dans leur loi sur les opérations garanties toutes les formes de droits liés au financement d'acquisitions, les opérations assorties de clauses de réserve de propriété et les crédits-bails sont traités, dans le cas d'une procédure d'insolvabilité visant le constituant, de la même manière qu'une sûreté non liée à une acquisition, en tenant compte de toute priorité spéciale qu'accorde à la sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition la loi autre que la loi sur l'insolvabilité. Dans ces États, le représentant de l'insolvabilité peut normalement utiliser, vendre ou louer les actifs grevés à condition de donner au créancier garanti des actifs de remplacement ou de protéger contre toute dépréciation la valeur de la sûreté que ce créancier détient sur les biens. Dans de telles situations, toute partie des obligations garanties qui dépasse la valeur de la sûreté que le créancier garanti

détient sur les biens est traitée comme une créance chirographaire ordinaire et, lors du redressement du constituant, la créance du créancier garanti peut, jusqu'à concurrence de la valeur de la sûreté, être réaménagée (comme c'est le cas d'autres sûretés non liées à des acquisitions) avec, notamment, une échéance, un échéancier et un taux d'intérêt différents (voir le chapitre sur l'incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière, par. [...]).

212. L'analyse mentionnée ci-dessus montre que, dans les États où les opérations assorties de clauses de réserve de propriété et les crédits-bails ne sont pas considérés comme des sûretés, le représentant de l'insolvabilité a souvent le droit, pendant une période déterminée et s'il le souhaite et en a la possibilité, d'exécuter le contrat: a) en s'acquittant du solde impayé du prix et en intégrant les biens à la masse; ou b) en continuant de verser les loyers dus. Dans certains cas, le représentant de l'insolvabilité peut céder le contrat, assorti du droit d'utiliser les biens (ce qui, dans le cas d'un contrat-bail, peut requérir le consentement du bailleur), à un tiers. Il peut également rejeter le contrat, restituer les biens et réclamer le remboursement de la partie du prix d'achat payée par l'acheteur, moyennant une déduction pour dépréciation et utilisation avant la procédure d'insolvabilité. Dans le cas d'un crédit-bail, le représentant de l'insolvabilité peut annuler le reste du bail et restituer les biens au bailleur. Toutefois, si les biens sont indispensables pour assurer le succès du redressement de l'acheteur, le représentant de l'insolvabilité ne pourra, dans la pratique, que choisir la première possibilité (exécution du contrat comme convenu). La nécessité d'exécuter le contrat comme convenu (et de conserver, par exemple, du matériel utile, même si sa valeur est inférieure à son prix) pourra obliger le représentant de l'insolvabilité à utiliser, pour financer cette exécution, d'autres actifs de la masse au détriment d'autres aspects du redressement du constituant.

213. Dans les États où des biens faisant l'objet de droits de réserve de propriété et de droits de crédit-bail sont considérés comme des biens appartenant à des tiers, le vendeur réservataire et le crédit-bailleur voient leurs droits renforcés au détriment d'autres créanciers de la procédure d'insolvabilité. Ceci aura inévitablement des incidences sur la capacité du représentant de l'insolvabilité à procéder au redressement. En conséquence, les États qui adoptent l'approche non unitaire du financement d'acquisitions hors des contextes d'insolvabilité doivent également se poser la question de savoir si ce classement des droits de réserve de propriété, des droits de crédit-bail et d'autres droits similaires doit être maintenu dans les procédures d'insolvabilité. La question est de savoir si la politique visant à encourager la fourniture et le financement de matériel ou de stocks en conférant des droits spéciaux aux vendeurs réservataires et aux crédit-bailleurs devrait l'emporter sur la politique en matière d'insolvabilité visant à favoriser le redressement.

B. Recommandations

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que, le document A/CN.9/637 présentant l'ensemble des recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties, celles-ci ne sont pas reproduites ici; dès qu'elles auront été finalisées, elles apparaîtront à la fin de chaque chapitre.*]

A/CN.9/637/Add.6 [Original: anglais]

Note du Secrétariat sur la terminologie et les recommandations du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa douzième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

XII. Conflit de lois 1-83

A. Remarques générales. 1-83

1. Introduction 1-14

a) Objet des règles de conflit de lois. 1-8

b) Champ d'application des règles de conflit de lois. 9-13

c) Plan du chapitre 14

2. Règles de conflit de lois concernant la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière. 15-27

3. Loi applicable à la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels 28-37

a) Règle générale: loi du lieu de situation du bien grevé (*lex situs* ou *lex rei sitae*) 29-30

b) Règle supplémentaire pour la constitution et l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels en transit et des biens meubles corporels destinés à l'exportation 31-33

c) Règle spéciale pour la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable 34

d) Exceptions pour certains types de biens. 35-37

4. Loi applicable à la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles incorporels 38-50

a) Règle générale: loi du lieu de situation du constituant 38-43

b) Exceptions pour certains types de biens. 44-50

5. Loi applicable à la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit 51-56

6. Loi applicable aux droits et obligations des parties à une convention constitutive de sûreté. 57

7. Loi applicable aux droits et obligations des tiers débiteurs 58-59

8. Loi applicable à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière 60-68

9. Règles et moment devant servir de référence pour déterminer le lieu de situation 69-74

10. Ordre public et lois de police 75

11. Impact de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sur la loi applicable aux sûretés réelles mobilières. 76-78

12. Recommandations spéciales lorsque la loi applicable est celle d'un État à plusieurs unités 79-83

B. Recommandations . . . . . .

XII. Conflit de lois

A. Remarques générales

1. Introduction

a) Objet des règles de conflit de lois

1. L'objet principal du Guide est d'aider les États à élaborer des lois modernes sur les opérations garanties afin de promouvoir l'offre de crédit garanti et favoriser ainsi la croissance des entreprises nationales et, d'une façon générale, accroître les échanges (voir par. [...]). Afin d'atteindre cet objectif, il faut qu'une loi sur les opérations garanties incite des prêteurs et d'autres fournisseurs de crédit nationaux et étrangers à octroyer des financements. Le droit des opérations garanties a principalement pour objet les constituants, les créanciers garantis, les tiers débiteurs et les tiers créanciers qui se trouvent dans un même État, ainsi que les conventions constitutives de sûretés portant sur des biens grevés également situés dans ce même État, que ce soit lorsque la sûreté est constituée ou à tout moment par la suite. Toutefois, une grande partie de l'activité commerciale contemporaine échappe à cette configuration. De plus en plus, le droit des opérations garanties s'applique à des conventions conclues entre des parties, ou affectant des parties, situées dans plusieurs États, ou portant sur des biens qui sont destinés à l'exportation ou à l'importation, situés dans plusieurs États, ou habituellement utilisés dans plusieurs États. Afin d'être le plus complet possible, il faut donc que le Guide aborde un large éventail de questions relatives aux différents types d'opérations internationales.

2. Le présent chapitre examine les règles qui déterminent la loi applicable à la constitution d'une sûreté réelle mobilière, à son opposabilité, à sa priorité sur les droits des réclamants concurrents et à sa réalisation (pour les définitions des termes "sûreté réelle mobilière", "priorité" et "réclamant concurrent", voir Introduction, sect. B, Terminologie). Ces règles, généralement appelées "règles de conflit de lois", déterminent également le champ d'application territorial des règles de droit matériel prévues dans le Guide (autrement dit quand les règles matérielles de l'État adoptant le régime envisagé dans le Guide s'appliquent). Par exemple, si un État a adopté les règles de droit matériel prévues dans le Guide concernant la priorité d'une sûreté, celles-ci ne s'appliqueront à un conflit de priorité survenant dans cet

État que si la règle de conflit de lois de l'État du for[1] relative aux questions de priorité désigne les lois de ce dernier. Si la règle renvoie à la loi d'un autre État, le rang de chaque réclamant concurrent sera alors déterminé conformément à cette loi.

3. Les règles de conflit de lois proposées dans le Guide ne s'appliqueront que si l'État du for est un État qui a adopté les règles recommandées par le Guide. Elles ne peuvent s'appliquer dans un État qui n'a pas adopté ces règles. La raison en est qu'un État ne peut pas légiférer sur les règles de conflit de lois qui doivent être appliquées dans un autre État. Les tribunaux de l'autre État appliquent leurs propres règles de conflit de lois pour déterminer s'ils doivent appliquer le droit matériel de leur propre État ou celui d'un autre État.

4. Les règles de conflit de lois désignent l'État dont le droit matériel s'appliquera à une situation en identifiant les facteurs qui rattachent la situation à cet État. Les principaux facteurs de rattachement recommandés par le Guide sont le lieu de situation des biens grevés et le lieu de situation du constituant de la sûreté réelle mobilière. Ainsi, si le facteur de rattachement est le lieu de situation des biens la loi applicable sera celle de l'État où ces biens sont situés.

5. Une fois qu'une sûreté réelle mobilière a été constituée et est devenue opposable, la localisation d'un ou de plusieurs facteurs de rattachement peut changer. Par exemple, si l'opposabilité d'une sûreté grevant des stocks situés dans l'État A est régie en vertu des règles de conflit de lois de cet État par la loi du lieu de situation des stocks, la question est de savoir ce qu'il advient lorsqu'une partie des stocks est transférée par la suite dans l'État B (dont les règles de conflit de lois prévoient également que l'opposabilité des sûretés sur des biens meubles corporels est soumise à la loi du lieu de situation des biens). Une solution serait que la sûreté reste opposable dans l'État B sans qu'il ne soit nécessaire de prendre d'autres mesures dans cet État. Une autre solution serait d'exiger qu'une nouvelle sûreté soit obtenue conformément aux lois de l'État B. Une autre encore serait de préserver la sûreté préexistante du créancier garanti sous réserve de l'accomplissement, dans l'État B, de certaines formalités dans un délai déterminé (par exemple, dans les 30 jours qui suivent le transfert des biens dans cet État). Étant donné que la question relève du droit matériel et non du conflit de lois, elle est examinée dans le chapitre V du Guide qui est consacré à l'opposabilité (voir par. [...] et recommandation 45). Le présent chapitre traite seulement du moment devant servir de référence pour déterminer si une sûreté a été constituée, est devenue opposable et a la priorité sur un autre droit.

6. Dans un régime efficace en matière d'opérations garanties, les règles de conflit de lois applicables aux opérations garanties répondent normalement aux objectifs de ce régime, ce qui signifie que la loi applicable aux aspects réels d'une sûreté devrait être aisément déterminable. La sécurité juridique est un objectif essentiel de l'élaboration de règles – tant de droit matériel que de conflit de lois – concernant les opérations garanties. Un autre objectif est la prévisibilité. Comme l'illustre l'exemple donné au paragraphe précédent, les règles de conflit de lois devraient permettre de répondre à la question de savoir si une sûreté obtenue conformément aux lois de l'État A reste régie par la loi de cet État ou tombe sous l'empire des lois

[1] Le terme "État du for" désigne l'État au regard duquel il convient de déterminer le droit matériel à appliquer dans cet État, ce qui est nécessaire dans le cadre d'une procédure judiciaire comme à chaque fois que l'on veut savoir si une opération produira les effets juridiques voulus.

de l'État B si, suite au changement de localisation du facteur de rattachement, la loi de l'État B était désignée pour une sûreté du même type. Un troisième objectif essentiel d'un bon système de conflit de lois est que les règles de ce système devraient correspondre aux attentes raisonnables des parties intéressées (en l'occurrence, du créancier, du constituant, du débiteur et des tiers). Pour obtenir ce résultat, le facteur de rattachement qui indique la loi applicable à une sûreté doit avoir un véritable rapport, quel qu'il soit, avec la situation de fait que la loi sera appelée à régir.

7. L'utilisation du Guide (y compris du présent chapitre) pour l'élaboration de lois concernant les opérations garanties aidera à réduire les risques et les coûts résultant de différences entre les régimes actuels de conflit de lois. Dans une opération garantie, le créancier souhaite normalement que ses droits soient reconnus dans tous les États où il pourrait réaliser sa sûreté (y compris dans un État où est administrée une procédure d'insolvabilité visant le constituant ou ses biens). Si ces États ont des règles de conflit de lois différentes pour le même type de biens grevés, le créancier devra se conformer à plusieurs régimes afin d'être pleinement protégé (ce qui est susceptible de nuire à l'offre et au coût du crédit). Un des avantages de l'existence de règles de conflit de lois harmonisées dans différents États est qu'un créancier peut se fonder sur la même règle (aboutissant aux mêmes résultats) pour déterminer le rang de priorité de sa sûreté dans tous ces États. C'est un des objectifs atteints, par la Convention des Nations Unies sur la cession pour ce qui est des créances de sommes d'argent, et par la Convention sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire, adoptée à la Conférence de La Haye de droit international privé en décembre 2002 (dénommée ci-après "Convention de La Haye sur les titres") pour ce qui est des titres détenus indirectement.

8. Des règles de conflit de lois seraient nécessaires même si tous les États avaient harmonisé leurs règles de droit matériel applicables aux opérations garanties. Il subsisterait en effet des cas où les parties devraient déterminer l'État dont les règles s'appliqueront. Par exemple, si les lois de tous les États prévoyaient qu'une sûreté sans dépossession est rendue opposable aux tiers par inscription sur un registre public, il faudrait encore savoir sur le registre de quel État la sûreté doit être inscrite.

b) Champ d'application des règles de conflit de lois

9. Le présent chapitre ne définit pas les sûretés réelles mobilières auxquelles s'appliqueront les règles de conflit de lois. Normalement, un droit sera qualifié de sûreté réelle mobilière aux fins du conflit de lois en fonction du droit matériel régissant les opérations garanties dans un État donné. En principe, un tribunal appliquera le droit local chaque fois qu'il devra procéder à une telle qualification pour choisir la règle de conflit de lois appropriée. La question est toutefois de savoir si les règles de conflit de lois d'un État concernant les sûretés devraient également s'appliquer à d'autres opérations qui sont fonctionnellement similaires à ces sûretés, même si elles ne sont pas couvertes par les règles de droit matériel régissant les opérations garanties de cet État (notamment les ventes avec réserve de propriété, les crédits-bails et d'autres opérations analogues), ce qui ne devrait pas empêcher pour autant l'État de les soumettre aux règles de conflit de lois applicables aux sûretés.

Le Guide recommande cette approche aux États qui adopteraient l'approche non unitaire en matière de financement d'acquisitions (voir recommandation 199).

10. Une question similaire se pose à propos de certains transferts qui ne sont pas effectués à titre de garantie, lorsqu'il est souhaitable que la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité et à la priorité du transfert soit la même que pour une sûreté réelle mobilière sur le même type de biens. C'est ce que prévoit par exemple la Convention des Nations Unies sur la cession, dont les dispositions (y compris les règles de conflit de lois) s'appliquent tant aux cessions pures et simples de créances de sommes d'argent qu'aux sûretés sur ce type de créances (voir l'alinéa a) de l'article 2 de la Convention). Ce choix est motivé notamment par la nécessité de se référer à une seule loi pour classer plusieurs personnes revendiquant un droit sur la même créance. Le Guide adopte la même approche (voir recommandation 205). Autrement, en cas de conflit de priorité entre l'acquéreur d'une créance de somme d'argent et un créancier détenant une sûreté sur cette même créance, il serait plus difficile (et parfois impossible) de déterminer qui a la priorité si le rang de l'acquéreur était régi par les lois de l'État A et celui du créancier garanti par les lois de l'État B.

11. Quelle que soit la décision d'un État concernant les catégories d'opérations régies par les règles de conflit de lois, les règles concernant la constitution d'une sûreté réelle mobilière, son opposabilité et sa priorité ne porteront que sur les aspects réels de ces opérations. Ainsi, une règle concernant la loi applicable à la constitution d'une sûreté détermine uniquement quelle loi régit les conditions à remplir pour la création d'un droit réel sur les biens grevés. Elle ne s'appliquera pas aux obligations personnelles contractées par les parties. Dans la plupart des États, les obligations purement contractuelles qui découlent d'une opération commerciale sont habituellement soumises à la loi choisie par les parties dans leur convention constitutive de sûreté ou, en l'absence d'un tel choix, à la loi régissant cette convention telle qu'elle est déterminée par les règles de conflit de lois de l'État concerné (par exemple, la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles[2], conclue à Rome en 1980, dénommée ci-après la "Convention de Rome"). Le Guide recommande d'adopter la même approche pour déterminer les droits et obligations réciproques du constituant et du créancier garanti concernant la sûreté (voir recommandation 213).

12. Si l'autonomie des parties est reconnue pour ce qui est des obligations personnelles, les règles de conflit de lois applicables aux aspects réels des opérations garanties échappent en revanche à la liberté contractuelle. Par exemple, le constituant et le créancier garanti ne sont normalement pas autorisés à choisir la loi applicable aux questions de priorité, car cela pourrait non seulement avoir une incidence sur les droits des tiers mais également entraîner un conflit de priorité entre deux sûretés concurrentes soumises à deux lois différentes aboutissant à des résultats opposés.

13. Les règles de conflit de lois de nombreux États prévoient désormais que toute référence à la loi d'un autre État en tant que loi régissant une question désigne la loi en vigueur dans cet État, à l'exception de ses règles de conflit de lois. Le renvoi est exclu par souci de prévisibilité et aussi parce qu'il peut avoir des conséquences

---

[2] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1605, n° 28023.

contraires aux attentes des parties. Le Guide adopte la même approche (voir recommandation 218).

c) Plan du chapitre

14. Le présent chapitre examine dans ses différentes sections: les règles de conflit de lois concernant la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière d'une manière générale (section A.2), la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels (section A.3), la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles incorporels (section A.4), la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit (section A.5), la loi applicable aux droits et obligations des parties à une convention constitutive de sûreté (section A.6), la loi applicable aux droits et obligations des tiers débiteurs (section A.7), la loi applicable à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière (section A.8), les règles et moment devant servir de référence pour déterminer le lieu de situation (section A.9), l'ordre public et les lois de police (section A.10) et les règles spéciales lorsque la loi applicable est celle d'un État à plusieurs unités (section A.11). Le chapitre se conclut par une série de recommandations (section B).

2. Règles de conflit de lois concernant la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière

15. La détermination de l'étendue des droits conférés par une sûreté exige généralement une analyse en trois étapes:

a) En premier lieu, il faut déterminer si la sûreté a été constituée (pour les questions de constitution, voir chap. IV du Guide);

b) Ensuite, il faut déterminer si la sûreté est opposable (pour les questions d'opposabilité, voir chap. V du Guide); et

c) Enfin, il faut établir le rang de priorité du droit d'un créancier garanti par rapport au droit d'un réclamant concurrent, par exemple un autre créancier ou un administrateur de l'insolvabilité du constituant (pour les questions de priorité, voir chap. VII du Guide).

16. Une sûreté n'a en effet que peu d'utilité pratique si elle ne peut être réalisée efficacement. Cette question n'est toutefois pas liée à l'étendue des droits du créancier garanti sur les biens grevés, et les règles de conflit de lois relatives à la réalisation seront examinées dans une autre section du présent chapitre.

17. Tous les États ne font pas de distinction entre les trois questions mentionnées au paragraphe 15. Dans nombre d'entre eux, une sûreté (ou tout autre droit réel) qui a été constituée est, par définition, efficace à l'égard de tous (*erga omnes*) sans qu'aucune formalité supplémentaire ne soit nécessaire. Dans ces États, une même règle de conflit s'applique à la constitution d'une sûreté et à son efficacité à l'égard des tiers (et la priorité peut aussi être analysée comme une question d'efficacité). Cependant, même les États qui font une distinction claire entre l'efficacité entre les parties (la constitution), l'opposabilité et la priorité ne prévoient pas toujours une règle de conflit de lois distincte pour chacun de ces aspects; la même règle peut

donc s'appliquer à chacun des trois et aboutir à ce que la règle de droit matériel du même État soit applicable à tous ces aspects.

18. Par conséquent, la question essentielle est de savoir si une règle de conflit de lois unique devrait être appliquée aux trois aspects. Des considérations d'ordre pratique, telles que la simplicité et la sécurité juridique, militent en faveur de l'application d'une règle unique. Comme cela a été indiqué plus haut, la distinction entre ces trois aspects n'est pas toujours établie ou comprise de la même manière dans tous les États, de sorte que l'élaboration de règles de conflit de lois différentes les concernant risque de compliquer l'analyse ou de créer une incertitude. Cependant, il y a des cas où le choix d'une loi différente pour les questions de priorité tiendrait mieux compte des intérêts des tiers, tels que les personnes détenant des sûretés légales, les créanciers judiciaires ou les administrateurs de l'insolvabilité.

19. Une autre question importante est de savoir si, pour l'un quelconque de ces trois aspects (constitution, opposabilité ou priorité), la règle de conflit de lois applicable devrait être la même pour les biens meubles corporels et les biens meubles incorporels. Une réponse affirmative à cette question militerait en faveur soit d'une règle reposant sur la loi du lieu de situation du constituant, soit d'une règle reposant sur la loi du lieu de situation des biens grevés (*lex situs* ou *lex rei sitae*).

20. Pour ce qui est des créances de sommes d'argent, une approche reposant sur la loi du lieu de situation des biens grevés (*lex situs*) ne serait cependant pas conforme à la Convention des Nations Unies sur la cession (dont l'article 22 fait référence à la loi de l'État dans lequel est situé le cédant, autrement dit le constituant). En outre, les biens meubles incorporels ne pouvant pas faire l'objet d'une possession physique, si la loi du lieu de situation des biens était adoptée comme règle de conflit de lois applicable, il faudrait élaborer des règles spéciales et des fictions juridiques pour déterminer le lieu de situation effectif des différents types de bien meubles incorporels. Pour cette raison, le Guide ne considère pas le lieu de situation du bien comme le facteur de rattachement approprié pour les biens meubles incorporels et préconise une approche globalement fondée sur la loi du lieu de situation du constituant (voir recommandation 205).

21. En outre, par souci de cohérence avec la Convention des Nations Unies sur la cession, il faudrait définir le lieu de situation du constituant de la même manière que dans la Convention (voir recommandation 216). Aux termes de cette dernière, le lieu de situation du constituant est son établissement ou, s'il a des établissements dans plus d'un État, celui où s'exerce son administration centrale. Si le constituant n'a pas d'établissement, il est fait référence à sa résidence habituelle (voir l'alinéa h) de l'article 5 de la Convention). Cette définition a été adoptée par la Convention principalement parce qu'il a été estimé que ce lieu était le lieu de situation véritable du constituant et qu'elle conduit à l'application de la loi de l'État dans lequel la procédure d'insolvabilité principale à l'encontre du cédant sera le plus susceptible d'être ouverte.

22. Des considérations de simplicité et de sécurité pourraient même inciter à adopter la même règle de conflit de lois (par exemple la loi du lieu de situation du constituant), non seulement pour les biens meubles incorporels, mais aussi pour les biens meubles corporels, en particulier si la même loi devait s'appliquer à la

constitution, à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière. Dans cette approche, une seule recherche suffirait pour s'assurer de l'étendue des sûretés grevant tous les biens d'un constituant. En outre, il ne serait pas nécessaire de donner des indications en cas de transfert des biens grevés vers un autre lieu ni d'établir de distinction entre la loi applicable aux sûretés avec dépossession et celle applicable aux sûretés sans dépossession (ni de déterminer celle qui prime lorsqu'une sûreté avec dépossession régie par la loi de l'État A entre en concours avec une sûreté sans dépossession sur les mêmes biens régie par la loi de l'État B).

23. Cependant, les États ne considèrent pas tous la loi du lieu de situation du constituant comme suffisamment rattachée aux sûretés sur des biens meubles corporels, du moins en ce qui concerne les biens "non mobiles" (et même des sûretés sur certains biens meubles incorporels, tels que les droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire ou les droits de propriété intellectuelle). En outre, dans des nombreux cas, l'adoption de la loi du lieu de situation du constituant aboutirait à ce qu'une loi régisse les opérations garanties et une autre les transferts de propriété des biens grevés. Pour éviter ce résultat, les États devraient adopter la loi du lieu de situation du constituant pour tous les transferts de propriété.

24. De plus, il est presque universellement admis qu'une sûreté avec dépossession devrait être régie par la loi du lieu où les biens sont détenus, si bien que l'adoption de la loi du constituant pour ce type de sûreté irait à l'encontre des attentes raisonnables des créanciers peu avertis. En conséquence, même si la loi du lieu de situation du constituant constituait la règle générale, il faudrait faire une exception pour les sûretés avec dépossession.

25. Pour toutes ces raisons, le Guide recommande deux règles générales de conflit de lois sur la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité et à la priorité d'une sûreté réelle mobilière à savoir:

a) Pour les biens meubles corporels, la loi applicable devrait être la loi du lieu de situation des biens (voir recommandation 200);

b) Pour les biens meubles incorporels, la loi applicable devrait être la loi du lieu de situation du constituant (voir recommandation 205).

26. Comme les règles de conflit de lois applicables varieront généralement selon qu'il s'agit de biens meubles corporels ou incorporels, la question est de savoir quelle est la règle appropriée lorsque des biens incorporels sont susceptibles d'être grevés d'une sûreté avec dépossession. À ce propos, la plupart des États assimilent certaines catégories de sûretés matérialisées par un document (par exemple les instruments négociables) à des biens meubles corporels, reconnaissant ainsi la possibilité de constituer sur ces biens une sûreté réelle mobilière avec dépossession par la remise de ce document au créancier. Le Guide considère ces types de biens meubles incorporels comme des biens meubles corporels (pour la définition de "biens meubles corporels", voir Introduction, sect. B, Terminologie), de sorte que la règle de conflit de lois pour les biens meubles corporels s'applique généralement à ces biens meubles incorporels. En conséquence, la loi de l'État dans lequel le document est détenu régira la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable, son opposabilité et sa priorité (voir recommandation 200).

27. Le même problème se pose lorsque des marchandises sont représentées par un titre négociable (tel qu'un connaissement). Il est généralement admis qu'un titre

représentatif négociable est également assimilé à un bien meuble corporel et peut faire l'objet d'une sûreté avec dépossession. La loi du lieu où se trouve le document (et non les biens eux-mêmes) régirait alors la sûreté. La question est toutefois de savoir quelle loi s'appliquerait à un conflit de priorité entre un créancier ayant une sûreté sur un titre représentatif et un autre créancier auquel le débiteur aurait consenti une sûreté sans dépossession sur les biens eux-mêmes, si le document et les biens ne se trouvent pas dans le même État. Dans un tel cas, les règles de conflit de lois devraient donner préséance à la loi gouvernant la sûreté sur le document, au motif que cette solution répondrait davantage aux attentes légitimes des parties intéressées (voir recommandation 203), ce qui serait également conforme aux règles de droit matériel proposées dans le Guide en ce qui concerne la constitution, l'opposabilité et la priorité (voir recommandations 28, 52 et 105).

3. Loi applicable à la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels

28. Les considérations de principe militant en faveur de règles générales de conflit de lois exposées ci-dessus ne s'appliquent pas nécessairement dans toutes circonstances et d'autres règles s'appliquent à certains types spécifiés de biens pour lesquels le lieu de situation du bien ou du constituant n'est pas le facteur de rattachement le plus approprié. En outre, par souci d'efficacité, d'autres règles s'appliquent aux biens meubles corporels en transit ou destinés à l'exportation. Ces biens ne sont pas destinés à rester dans leur lieu de situation initial et peuvent franchir les frontières de plusieurs États avant d'atteindre leur destination finale. Les paragraphes ci-après examinent les deux règles générales de conflit de lois énoncées plus haut ainsi que leurs exceptions.

a) Règle générale: loi du lieu de situation du bien grevé (*lex situs* ou *lex rei sitae*)

29. Comme il a été indiqué plus haut, la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels, son opposabilité et sa priorité sont généralement régies par la loi de l'État dans lequel se trouve le bien grevé (voir recommandation 200). Un cas fréquent d'application de cette règle est celui des sûretés réelles mobilières grevant des stocks. Si un constituant est propriétaire de stocks situés dans un État qui applique cette règle (État A), la loi de cet État régira ces aspects. La règle signifie également que, si le constituant est également propriétaire de stocks situés dans un autre État (État B), il devra satisfaire aux conditions pertinentes de l'État B pour que les tribunaux de l'État A reconnaissent que les stocks situés dans l'État B sont soumis aux droits du créancier garanti.

30. La règle générale de conflit de lois concernant les biens meubles corporels ne fait pas de distinction entre sûretés réelles mobilières avec dépossession et sans dépossession. En conséquence, la loi du lieu de situation des biens est généralement appliquée, que le créancier garanti soit ou non en possession des biens. Cela est particulièrement important pour les biens meubles incorporels assimilés à des biens meubles corporels, tels que des instruments et des documents négociables. La loi du lieu de situation de l'instrument ou du document régira par exemple les questions de priorité même si la sûreté est rendue opposable autrement que par prise de possession.

b) Règle supplémentaire pour la constitution et l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels en transit et des biens meubles corporels destinés à l'exportation

31. S'agissant des biens en transit ou destinés à l'exportation, l'application de la loi du lieu de situation des biens conduit à appliquer la loi de l'État où se trouvent les biens au moment où la question se pose. L'une des conséquences de cette règle est que les créanciers garantis doivent suivre les biens et satisfaire aux conditions imposées par divers États pour s'assurer qu'ils ont à tout moment une sûreté opposable. Pour éviter cette charge, une solution serait que l'État du lieu de destination finale (ou intermédiaire) reconnaisse l'efficacité d'une sûreté constituée et rendue opposable en vertu de la loi du lieu initial. Cette approche répondrait aux attentes des parties au lieu de situation initiale des biens, mais contrarierait les attentes des parties qui ont octroyé un crédit au constituant conformément aux conditions requises par la loi du lieu de destination finale de ces biens.

32. Une autre approche serait que l'État du lieu de destination finale reconnaisse pendant une durée limitée une sûreté constituée et rendue opposable conformément à la loi du lieu initial des biens. Les parties du lieu de situation initial disposeraient ainsi d'un délai pour remplir les conditions d'opposabilité requises par la loi de l'État de destination finale pour conserver l'opposabilité initialement obtenue au lieu de situation initial. Cette approche permettrait de concilier les intérêts des parties situées dans des pays différents (et est, de fait, recommandée par le Guide pour la plupart des types de biens meubles corporels; voir recommandations 45 et 200).

33. Une troisième approche consisterait à donner au créancier garanti la possibilité de constituer sa sûreté et de la rendre opposable conformément à la loi de l'État où les biens se trouvent initialement ou conformément à la loi de l'État de leur destination finale à condition, dans ce dernier cas, que les biens y parviennent dans un délai spécifié (voir recommandation 204). Cette approche permettrait à un créancier garanti assuré que les biens arriveront à leur lieu de destination prévu de se fonder sur la loi de cet État pour constituer sa sûreté et la rendre opposable. Une règle prévoyant cette possibilité est particulièrement utile lorsque les biens sont susceptibles de transiter brièvement par d'autres États et d'arriver rapidement à leur destination finale une fois embarquées. Autrement, si une sûreté est constituée alors que les biens se trouvent dans leur lieu initial, il faudrait, pour maintenir son opposabilité, que le créancier garanti remplisse les conditions d'opposabilité dans le lieu initial des biens, ainsi que dans chaque État à travers lequel ils pourraient transiter et dans leur lieu de destination finale. En tout état de cause, la priorité resterait soumise à la loi de l'État dans lequel les biens seraient situés au moment où un conflit de priorité surviendrait.

c) Règle spéciale pour la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable

34. Comme il a été indiqué plus haut, il est généralement admis que la loi de l'État dans lequel est situé un instrument négociable (*lex situs*) devrait régir la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur cet instrument (voir recommandation 200). Toutefois, dans certains États, l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur un instrument négociable peut également être assurée par inscription dans le lieu de situation du constituant. Dans ce cas, il est

logique de se fonder sur la loi de l'État dans lequel se trouve le constituant pour déterminer si l'opposabilité a été assurée par inscription (voir recommandation 208). Il est intéressant de noter que cette possibilité ne concerne que l'opposabilité. La loi du lieu de situation de l'instrument continuera de régir la priorité d'une sûreté sur cet instrument.

d) Exceptions pour certains types de biens

35. La règle générale de conflit de lois concernant les sûretés réelles mobilières sur des biens fait normalement l'objet de certaines exceptions, lorsque le lieu de situation des biens ne constituerait pas un facteur de rattachement efficace (par exemple biens habituellement utilisés dans plusieurs États) ou ne correspondrait pas aux attentes raisonnables des parties (par exemple biens dont la propriété doit être inscrite dans un registre spécial).

i) Biens mobiles

36. Les biens mobiles sont des biens qui dans le cours normal des affaires franchissent des frontières nationales (par exemple aéronefs, navires et parfois machines ou véhicules automobiles). Ainsi, un constituant ayant des activités de construction dans plusieurs États peut avoir besoin de constituer des sûretés sur des machines qui sont régulièrement transférées d'un État à un autre; ou un constituant qui exploite une entreprise de transport peut avoir besoin de constituer des sûretés sur les véhicules de transport utilisés (même si les véhicules automobiles ne peuvent normalement pas franchir les frontières d'États insulaires). Si la règle générale de conflit de lois sur les biens meubles corporels était appliquée aux biens mobiles, le créancier garanti serait tenu de déterminer le lieu de situation exact de chaque machine ou de chaque véhicule au moment de la constitution de la sûreté. Pour maintenir l'opposabilité de sa sûreté, le créancier garanti devrait se renseigner sur tous les États dans lesquels ces biens pourraient se trouver à tout moment et remplir les conditions nécessaires à cet égard dans tous ces États. En outre, il ne serait pas possible de déterminer dans quel État se trouverait le bien au moment où un conflit de priorité se produirait dans l'avenir et donc de déterminer le régime de priorité à appliquer pour résoudre le litige. Pour éviter ces problèmes ainsi que les coûts et incertitudes qui en résultent, dans certains États la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur les types de biens habituellement utilisés dans plusieurs États peuvent être régies par la loi de l'État où se trouve le constituant (sauf si la propriété de ce type de biens est soumise à inscription sur un registre spécialisé qui prévoit aussi l'inscription des sûretés; voir par. 37 ci-dessous). Le Guide adopte cette approche (voir recommandation 201).

ii) Biens meubles corporels soumis à inscription sur un registre spécialisé ou à annotation sur un certificat de propriété

37. La propriété de certains types de biens meubles corporels est parfois inscrite sur des registres spécialisés ou attestée par un certificat de propriété, ce qui est généralement le cas des aéronefs et des navires et, dans certains États, des véhicules automobiles. Si le registre, ou le système d'annotation, concerné permet également l'inscription ou l'annotation des sûretés réelles mobilières, la loi de l'État sous l'autorité duquel le registre est tenu, ou le certificat de propriété délivré, peut être désignée comme la loi régissant la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une

sûreté sur un bien soumis à inscription sur un tel registre spécialisé ou à annotation sur un certificat de propriété. Ainsi, une recherche dans le registre, ou un examen du certificat de propriété, ferait apparaître à la fois la propriété de ces biens et les sûretés dont ils sont grevés. Une telle règle pourrait s'appuyer sur les législations nationales (voir recommandation 202) ou les conventions internationales, qui prévalent (par exemple la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et les protocoles s'y rapportant).

4. Loi applicable à la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles incorporels

a) Règle générale: loi du lieu de situation du constituant

38. Dans certains États, la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles incorporels, son opposabilité et sa priorité sont régies par la loi de l'État dans lequel est situé le constituant. Par exemple, si un exportateur qui se trouve dans l'État A constitue une sûreté sur des créances de sommes d'argent dues par des clients se trouvant dans les États B et C, la loi de l'État A régira les aspects liés aux droits de propriété de la sûreté. Cette règle est conforme à l'approche adoptée dans la Convention des Nations Unies sur la cession pour ce qui touche à la loi applicable à la cession de créances de sommes d'argent (voir art. 22 et 30).

39. Dans d'autres États, la loi du lieu de situation du bien (*lex situs*) régit encore la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles incorporels, son opposabilité et sa priorité. Dans ces États, il est nécessaire de déterminer le lieu de situation d'un bien meuble incorporel (par exemple, pour une créance de somme d'argent, le lieu de situation de son débiteur).

40. La loi du lieu de situation du constituant présente plusieurs avantages par rapport à la loi du lieu de situation du bien (*lex situs*), en particulier lorsque les biens meubles incorporels grevés sont des créances de sommes d'argent. Une loi unique s'applique, même si la cession porte sur plusieurs créances de sommes d'argent dues par différents débiteurs. En outre, il est facile de déterminer le lieu de situation du constituant au moment de la cession, même s'il s'agit de la cession de créances futures ou de cessions globales de créances. De plus, la loi du lieu de situation du constituant (lieu de l'administration centrale, si le constituant a des établissements dans plus d'un État) est la loi de l'État dans lequel la procédure d'insolvabilité principale à l'encontre du constituant sera probablement administrée.

41. Même si la loi du lieu de situation du bien grevé (*lex situs*) fonctionne bien dans la plupart des cas pour les biens meubles corporels, il arrive aussi qu'elle pose de grands problèmes pour les biens meubles incorporels tant sur le plan théorique que dans la pratique. Sur le plan théorique, le lieu de situation d'une créance de somme d'argent ne fait l'objet ni d'un consensus ni d'une réponse claire. Pour certains, c'est le lieu où le paiement doit être effectué, pour d'autres, le domicile légal, l'établissement ou le lieu de résidence principale du débiteur. Pour d'autres encore, ce devrait être l'État dont la loi régit la relation contractuelle entre le créancier initial (c'est-à-dire le constituant) et le débiteur de la créance. Quelle que soit l'option retenue, il appartiendrait à un cessionnaire futur de procéder à un examen détaillé de la situation factuelle et juridique. De plus, dans de nombreux cas, il pourrait être impossible pour le cessionnaire de déterminer avec certitude le lieu de situation exact d'une créance puisque les critères peuvent dépendre des

pratiques commerciales ou du bon vouloir des parties au contrat d'où naît la créance. Par conséquent, faire de la loi du lieu de situation du bien la loi applicable aux sûretés réelles mobilières sur des créances de sommes d'argent ne favoriserait ni la sécurité juridique ni la prévisibilité qui sont des objectifs fondamentaux d'un régime de conflit de lois solide en matière d'opérations garanties.

42. Par ailleurs, même si un État avait des dispositions détaillées autorisant un créancier garanti futur ou existant à déterminer facilement et objectivement la loi du lieu de situation d'une créance, des problèmes d'ordre pratique se poseraient tout de même lors de nombreuses opérations commerciales parce qu'une sûreté peut porter non seulement sur des créances existantes et identifiées avec précision, mais aussi sur beaucoup d'autres. Une sûreté peut donc couvrir un ensemble de créances actuelles et futures. Dans un tel cas, choisir la loi du lieu de situation du bien comme loi régissant la priorité ne serait pas efficace, étant donné que des règles de priorité différentes pourraient s'appliquer aux diverses créances cédées. En outre, lorsque les créances futures sont soumises à une sûreté, le créancier garanti ne pourrait pas déterminer l'étendue de ses droits de priorité au moment de l'opération, puisque le lieu de situation des futures créances lui est encore inconnu.

43. Compte tenu de ce qui précède, le Guide recommande que la constitution d'une sûreté sur un bien meuble incorporel, son opposabilité et sa priorité soient, d'une manière générale, régies par la loi de l'État dans lequel se trouve le constituant (voir recommandation 205). Les critères définissant le lieu de situation du constituant sont conformes à ceux énoncés dans la Convention des Nations Unies sur la cession (voir par. 21 et 70; voir aussi recommandation 216).

b) Exceptions pour certains types de biens

44. Il y a trois catégories de biens meubles incorporels auxquelles s'appliquent différentes considérations et pour lesquelles le lieu de situation du constituant n'est pas le facteur de rattachement le plus (ou le seul) approprié pour déterminer la loi applicable: les droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire; les droits de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant; et les créances de sommes d'argent nées d'une opération concernant des biens immeubles.

i) Droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire

45. S'agissant de la constitution, de l'opposabilité, de la priorité et de la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, des approches différentes ont été adoptées dans les divers États (pour la définition de "compte bancaire", voir Introduction, sect. B, Terminologie). Dans un souci de simplicité, et parce qu'un dépôt en banque constitue une créance de somme d'argent, certains États considèrent que la loi régissant les créances d'une manière générale devrait aussi s'appliquer à un compte bancaire. Une autre approche est de se référer à la loi de l'État où se trouve la succursale qui tient le compte (voir recommandation 207, variante A). Cette approche permettrait d'améliorer la sécurité juridique et la transparence en ce qui concerne la loi applicable, puisque le lieu de situation de la succursale concernée serait facile à déterminer dans une relation bilatérale entre la banque et son client, et répondrait de plus aux attentes normales des parties aux opérations bancaires actuelles. Elle conduirait en outre à ce que la loi régissant une sûreté sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire soit la même que celle applicable

aux questions réglementaires. Le lieu de situation de la succursale est souvent considéré comme étant le lieu de situation d'un compte bancaire pour les questions réglementaires, ou autres, pour lesquelles ce lieu doit être déterminé.

46. Une autre approche consiste à se référer à la loi spécifiée dans la convention de compte comme régissant celle-ci ou à toute autre loi expressément indiquée dans la convention de compte, sous réserve que la banque dépositaire ait une succursale dans l'État dont la loi est ainsi spécifiée. Si la convention de compte ne spécifie aucune loi, la loi applicable pourrait être déterminée sur la base des mêmes critères par défaut que ceux énoncés à l'article 5 de la Convention de La Haye sur les titres (voir recommandation 207, variante B). La loi applicable répondrait ainsi aux attentes des parties à la convention de compte. Les tiers pourraient savoir quelle loi a été désignée dans la convention de compte, étant donné que le constituant titulaire du compte doit normalement communiquer des informations sur la convention de compte pour obtenir un prêt en fonction des fonds crédités sur le compte.

47. Comme pour les instruments négociables, et pour les mêmes raisons, la loi de l'État où se trouve le constituant pourrait s'appliquer à l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire lorsque l'opposabilité peut être assurée par inscription dans le lieu de situation du constituant (voir par. 34 ci-dessus et recommandation 208).

ii) Droits de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant

48. Dans de nombreux États, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté sur le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant sont régies par la loi spécifiée dans l'engagement de garantie (pour la définition de "droit à recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant", voir Introduction, sect. B, Terminologie; pour la présente approche, voir recommandation 209). Si la loi applicable n'est pas spécifiée dans l'engagement de garantie indépendant, la loi qui régit ces aspects est celle de l'État où se trouve l'établissement de la personne qui a émis (ou qui a accepté d'exécuter, selon le cas) l'engagement de garantie (voir recommandation 210). Cette approche est estimée être celle qui reste la plus fidèle à l'engagement en ce qui concerne la loi applicable à ces questions. Elle correspond également aux attentes normales des parties à de telles opérations. S'agissant de la constitution d'une sûreté sur un tel bien, la règle générale de conflit de lois pour les biens meubles incorporels continue à s'appliquer compte tenu du fait que la constitution entraîne seulement l'efficacité de la sûreté réelle mobilière entre les parties à la convention constitutive de sûreté et n'a pas d'incidence sur les droits des autres parties.

49. Toutefois, si un engagement de garantie indépendant est émis pour garantir l'exécution d'une obligation au titre d'une créance ou d'un instrument négociable, la loi régissant la constitution et l'opposabilité d'une sûreté sur la créance ou l'instrument négociable déterminera si la sûreté s'étend automatiquement à l'engagement indépendant (voir recommandation 211). Cette approche se justifie par la nécessité d'appliquer, dans un souci de cohérence, la même loi à la constitution et à l'opposabilité de la sûreté grevant la créance ou l'instrument négociable et le droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant connexe.

iii) Créances liées à des biens meubles incorporels

50. Lorsqu'une créance naît de la vente ou de la location d'immeubles ou qu'elle est garantie par des immeubles, comme c'est le cas de toute autre créance, la loi de l'État où se trouve le constituant devrait normalement régir les aspects réels d'une sûreté réelle mobilière sur la créance. Cependant, le Guide recommande qu'un conflit de priorité où au moins l'un des réclamants concurrents a inscrit son droit dans le registre immobilier de l'État dans lequel est situé l'immeuble soit régi par la loi de l'État sous l'autorité duquel le registre est tenu (voir recommandation 206). Cette dernière règle a pour objet de faire en sorte que la loi de l'État dans lequel le registre est tenu s'applique effectivement aux parties qu'elle autorise à se servir du registre. Pour la même raison, cette règle ne s'applique qu'à la situation où, conformément à la loi de l'État du registre, l'inscription joue un rôle pour la priorité.

5. Loi applicable à la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit

51. Il y a généralement trois approches en ce qui concerne la loi applicable à la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit (pour la définition de "produit", voir Introduction, sect. B, Terminologie).

52. La première consiste à renvoyer à la loi applicable à la sûreté sur les biens initialement grevés pour déterminer la loi applicable à une sûreté sur le produit. Si, par exemple, les biens initialement grevés sont des stocks situés dans l'État A, le produit revêt la forme de créances et le constituant se trouve dans l'État B, la loi de l'État A s'appliquerait à la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur les créances, à son opposabilité et à sa priorité. Un conflit de priorité entre une sûreté sur des créances en tant que produit découlant des stocks et une sûreté sur des créances en tant que biens initialement grevés serait donc régi par la loi de l'État A (c'est-à-dire la loi du lieu de situation des stocks). Ainsi, la sécurité juridique quant à la loi applicable serait améliorée au profit des parties finançant les stocks qui s'appuient sur les créances en tant que produit.

53. Cette approche a toutefois des inconvénients majeurs pour les parties octroyant un financement par cession de créances. Elle conduirait par exemple à l'application d'une autre loi que la loi qui, selon ces parties, devrait s'appliquer à leurs droits sur les créances en tant que biens initialement grevés. Un autre inconvénient est que ces parties seraient incapables de prévoir la loi applicable, étant donné qu'elle dépendrait de la question de savoir si le conflit naît avec les parties finançant les stocks (auquel cas s'appliquerait la loi du lieu de situation de ces devises) ou avec un autre réclamant concurrent (auquel cas s'appliquerait la loi du lieu de situation du constituant). Cette approche n'apporte pas non plus de solution aux litiges tripartites entre la partie octroyant un financement par cession de créances, la partie finançant les stocks et un autre réclamant concurrent. De plus, elle compromettrait le choix de la loi du lieu de situation du constituant comme loi applicable à une sûreté sur des créances car les créances découlent souvent de la vente de biens meubles corporels. La partie octroyant un financement par cession de créances ne pourrait alors, dans bien des cas s'appuyer sur la loi du lieu de situation du constituant.

54. Une autre approche consiste à renvoyer à la loi applicable aux sûretés réelles mobilières sur les biens de même type que le produit. Dans l'exemple donné ci-dessus, la loi de l'État B (la loi du lieu de situation du constituant) s'appliquerait à la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur des créances. Des considérations de simplicité et de sécurité militeraient en faveur de cette approche qui permettrait toujours de déterminer la loi applicable indépendamment des parties au litige.

55. Une autre approche encore consiste à combiner les deux approches ci-dessus, en retenant la deuxième pour l'opposabilité et la priorité d'une sûreté sur le produit et la première pour la constitution d'une telle sûreté. Ainsi, la question de savoir si une sûreté s'étend au produit serait régie par la loi applicable à la constitution d'une sûreté sur les biens initialement grevés dont découle le produit, tandis que l'opposabilité et la priorité d'une sûreté sur le produit seraient soumises à la loi qui leur aurait été applicable si le produit avait été le bien initialement grevé.

56. Cette approche répondrait aux attentes d'un créancier qui obtient une sûreté sur des stocks conformément à une loi interne prévoyant le report automatique de cette sûreté sur le produit. Elle répondrait aussi aux attentes des parties octroyant un financement par cession de créances quant à la loi applicable à la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté sur des créances en tant que biens initialement grevés. Enfin, elle permettrait à la partie finançant les stocks de s'appuyer sur la loi régissant sa sûreté pour savoir si le droit s'étend au produit et permettrait à tous les réclamants concurrents d'identifier avec certitude la loi qui régira un éventuel conflit de priorité. Pour toutes ces raisons, cette approche est celle que le Guide recommande (voir recommandation 212).

6. Loi applicable aux droits et obligations des parties à une convention constitutive de sûreté

57. Comme il a été indiqué plus haut (voir par. 11), les règles régissant la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière ne portent que sur les aspects réels (*in rem*) de la sûreté. Elles ne s'appliquent pas aux droits et obligations réciproques des parties à la convention constitutive de sûreté qui sont régis par la loi qu'ils ont choisie et, en l'absence de choix, par la loi régissant cette convention conformément aux règles de conflit de lois généralement applicables aux obligations contractuelles (voir recommandation 213). Par exemple, dans un État dans lequel la Convention de Rome est en vigueur, en l'absence de choix les droits et obligations réciproques des parties à la convention constitutive de sûreté seront régis par la loi la plus étroitement liée à ladite convention (voir par. 1 de l'article 4 de la Convention de Rome). Il peut être présumé qu'un contrat d'emprunt par lequel une sûreté est aussi consentie présente les liens les plus étroits avec l'État dans lequel la partie qui exécute l'obligation caractéristique du contrat a son administration centrale ou sa résidence habituelle (voir par. 2 de l'article 4 de la Convention de Rome). Dans ce cas, ce peut être le prêteur. Dans une vente avec réserve de propriété, ce peut être le vendeur.

7. Loi applicable aux droits et obligations des tiers débiteurs

58. Les sûretés sur des biens meubles incorporels font généralement intervenir des tiers tels que le débiteur d'une créance, un débiteur dans le cadre d'un instrument négociable, la banque dépositaire, l'émetteur/garant, le confirmateur ou la personne

désignée dans un engagement de garantie indépendant ou l'émetteur d'un document négociable. Les règles de conflit de lois régissant les aspects réels ou la réalisation d'une sûreté réelle mobilière ne sont pas nécessairement appropriées pour déterminer la loi applicable aux obligations des tiers à l'encontre desquels le créancier garanti peut vouloir exercer les recours découlant de sa sûreté. L'application de ces règles décevrait les attentes des parties qui ont une obligation de paiement, ou autre, découlant du bien grevé mais qui ne participent pas à l'opération visée dans la convention constitutive de sûreté.

59. En particulier, le fait qu'une créance ait été grevée par une sûreté ne devrait pas contraindre le débiteur de la créance à se soumettre à une loi différente de celle régissant la créance. Des considérations similaires valent pour les obligations du débiteur dans le cadre d'un instrument négociable, la banque dépositaire, l'émetteur/garant, le confirmateur ou la personne désignée dans un engagement de garantie indépendant, l'émetteur d'un document négociable lorsqu'une sûreté a été consentie sur un instrument négociable, les droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, le produit d'un engagement de garantie indépendant ou un instrument négociable. D'une manière générale, il est admis que l'existence de la sûreté ne devrait pas évincer la loi applicable à la relation entre toutes ces parties et le constituant et que cette loi devrait aussi régir la relation de ces parties avec le créancier garanti. Les règles de conflit de lois que le Guide propose suivent cette approche (voir recommandation 214).

8. Loi applicable à la réalisation d'une sûreté réelle mobilière

60. Dans la plupart des États, les questions de procédures sont régies par la loi de l'État dans lequel est engagé l'acte de procédure pertinent. Toutefois, la réalisation peut être liée à des questions de fond ou de procédure. Même si le for se réfère à la loi locale pour distinguer les questions de fond et les questions de procédure, on trouvera ci-après des exemples de questions généralement considérées comme étant de fond: la nature et la portée des moyens auxquels le créancier peut recourir pour réaliser les actifs grevés, la possibilité d'utiliser ces moyens (ou certains de ces moyens) sans procédure judiciaire, les conditions auxquelles le créancier garanti doit satisfaire pour pouvoir prendre possession des biens et en disposer (ou en obtenir la réalisation judiciaire), le pouvoir qu'a le créancier garanti de recouvrer des créances de sommes d'argent grevées et les obligations du créancier garanti à l'égard des autres créanciers du constituant.

61. Pour ce qui est des questions de fond concernant la réalisation, lorsqu'une sûreté est constituée et rendue opposable conformément à la loi d'un État mais que sa réalisation est demandée dans un autre État, il s'agit de savoir quelle est la loi applicable et donc quelles sont les voies de droit qui s'offrent au créancier garanti. Cette question revêt une grande importance pratique lorsque les règles matérielles de réalisation des deux États diffèrent considérablement. Par exemple, la loi régissant la sûreté pourrait autoriser la réalisation par le créancier garanti sans recours préalable au système judiciaire, alors que la loi du lieu de réalisation pourrait exiger une intervention judiciaire préalable. Chacune des solutions possibles à cette question comporte des avantages et des inconvénients.

62. Une possibilité est de soumettre les moyens de réalisation de la sûreté à la loi du lieu de réalisation, c'est-à-dire à la *lex fori*. Le lieu de réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble corporel serait dans la plupart des cas le lieu où

se trouve ce bien, tandis que le lieu de réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un bien meuble incorporel, telle une créance de somme d'argent, pourrait être le lieu de situation du débiteur de la créance. Les raisons militant pour cette approche sont notamment les suivantes:

a) La loi applicable aux moyens de réalisation coïnciderait avec celle généralement applicable aux questions de procédure;

b) La loi applicable aux moyens de réalisation coïnciderait, dans de nombreux cas, avec la loi du lieu où se trouvent les biens qui font l'objet de la réalisation (et pourrait aussi coïncider avec la loi régissant la priorité si les règles de conflit de lois de l'État concerné renvoient à ce lieu pour les questions de priorité);

c) Les règles seraient les mêmes pour tous les créanciers ayant l'intention, au lieu de réalisation, d'exercer des droits contre les biens d'un constituant, que ces droits soient d'origine nationale ou étrangère.

63. D'un autre côté, choisir la *lex fori* peut être source d'incertitude si les biens grevés sont des biens meubles incorporels. Par exemple, lorsque les biens grevés revêtent la forme de créances, quel est le lieu de réalisation? Il pourrait être très difficile de répondre à cette question, car il faudrait définir les critères permettant de déterminer le lieu de situation des créances (voir par. 41 ci-dessus). En outre, le créancier garanti pourrait se trouver dans un autre État au moment où les premières étapes de la réalisation sont engagées. Dans le cas d'une cession globale de créances dues par des débiteurs situés dans plusieurs États, de multiples lois peuvent s'appliquer à la réalisation. Le problème serait le même si une étape de la réalisation devait être exécutée dans un État (par exemple la notification au débiteur de la créance) et une autre dans un État différent (par exemple le recouvrement ou la vente de la créance). Dans le cas de créances futures, le créancier garanti peut ignorer au moment de la cession quelle loi régira ses moyens de réalisation. Toutes ces incertitudes quant à la loi applicable pourraient avoir un impact négatif sur l'offre et le coût du crédit.

64. Un autre problème est que la *lex fori* pourrait ne pas répondre aux attentes des parties. Celles-ci s'attendront sans doute à ce que leurs droits et obligations respectifs en cas de réalisation soient ceux prévus par la loi sous l'empire de laquelle la priorité de la sûreté sera déterminée. Par exemple, si la réalisation extrajudiciaire est permise par la loi régissant la priorité de la sûreté, elle serait également possible dans l'État où le créancier garanti doit réaliser sa sûreté même si elle n'est généralement pas autorisée par la législation interne de cet État.

65. Une autre possibilité serait donc de soumettre les questions de fond concernant la réalisation à la loi régissant la priorité d'une sûreté. L'avantage de cette approche serait de lier étroitement ces questions aux questions de priorité (c'est-à-dire, la manière dont un créancier garanti réalisera sa sûreté peut avoir une incidence sur les droits des réclamants concurrents). De plus, la loi régissant la priorité étant souvent aussi celle qui régit la constitution et l'opposabilité d'une sûreté, il en résulterait en fin de compte que les questions de constitution, d'opposabilité, de priorité et de réalisation seraient généralement soumises à la même loi.

66. Une troisième possibilité serait une règle en vertu de laquelle la loi régissant la relation contractuelle des parties s'appliquerait également aux questions de réalisation, ce qui permettrait de faire en sorte que la loi applicable corresponde

souvent à l'attente des parties. De cette manière, cette loi coïnciderait en outre dans bien des cas avec la loi applicable à la constitution de la sûreté, étant donné que cette loi est fréquemment retenue comme étant également la loi régissant leurs obligations contractuelles. Cependant, selon cette approche, les parties pourraient librement choisir, en ce qui concerne les questions de réalisation, une loi autre que la *lex fori* ou que la loi régissant la priorité. Cette solution serait défavorable aux tiers qui n'auraient probablement aucun moyen de déterminer la nature des voies de droit susceptibles d'être utilisées par un créancier garanti contre les biens de leur débiteur commun. En conséquence, la règle consistant à soumettre les questions de réalisation à la loi régissant la relation contractuelle des parties devrait comporter des exceptions visant à tenir compte des intérêts des tiers, ainsi que des règles impératives du for, ou de la loi régissant la constitution, l'opposabilité aux tiers et la priorité.

67. Une quatrième possibilité serait d'essayer de concilier les avantages des approches fondées sur la loi du lieu de réalisation (*lex fori*) et sur la loi régissant la priorité. La réalisation d'une sûreté sur des biens meubles corporels pourrait alors être régie par la *lex fori*, tandis que la réalisation d'une sûreté sur des biens meubles incorporels tomberait sous l'empire de la loi applicable à la priorité. C'est la solution recommandée par le Guide car elle préserve les avantages de l'utilisation de la *lex fori* pour les biens meubles corporels, tout en évitant les difficultés qui pourraient survenir si cette loi devait s'appliquer aux biens meubles incorporels (voir recommandation 215).

68. Il convient de noter que les règles de conflit de lois ci-dessus relatives à la réalisation ne régissent pas la relation entre un créancier garanti et des tiers débiteurs. Comme on l'a vu plus haut (voir par. 59), les obligations de ces derniers envers le créancier garanti sont généralement régies par la même loi que celle qui était applicable à leur relation avec le constituant.

9. Règles et moment devant servir de référence pour déterminer le lieu de situation

69. Étant donné que les règles générales de conflit de lois concernant les sûretés réelles mobilières sur des biens meubles corporels et incorporels désignent le lieu de situation des biens grevés et le lieu de situation du constituant, respectivement, il est essentiel de pouvoir identifier aisément ces lieux de situation. Pour les biens meubles corporels, il s'agit généralement du lieu où ils se trouvent physiquement et il n'est donc pas nécessaire de définir une règle spécifique. Pour le constituant en revanche, il faut une règle. Le domicile légal et le lieu de résidence d'une personne physique pourraient se trouver dans des États différents. De même, une personne morale peut avoir son siège statutaire dans autre État que celui où se trouve son établissement principal ou son centre de décision.

70. Comme il a été indiqué plus haut, la Convention des Nations Unies sur la cession définit le lieu de situation du constituant comme le lieu où se situe son établissement ou, s'il a des établissements dans plus d'un État, celui où s'exerce son administration centrale. Si le constituant n'a pas d'établissement, il fait référence à sa résidence habituelle (voir l'alinéa h) de l'article 5 de la Convention). La définition du Guide est similaire (voir recommandation 216).

71. Quel que soit le facteur de rattachement retenu pour déterminer la règle de conflit de lois la plus appropriée pour une question donnée, sa localisation peut

changer après la constitution d'une sûreté. Par exemple, lorsque la loi applicable est celle de l'État où se trouve le siège social du constituant, ce dernier pourrait transférer par la suite son siège dans un autre État. De même, lorsque la loi applicable est celle de l'État où les biens grevés sont situés, ces biens peuvent être déplacés vers un autre État. Il faut donc aussi définir le moment devant servir de référence pour déterminer le lieu de situation.

72. Si cette question n'est pas réglée de façon expresse, les règles générales de conflit de lois concernant la constitution, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté pourraient être interprétées comme suit: en cas de changement de la localisation du facteur de rattachement, la loi initialement applicable continue de régir les questions de constitution parce qu'elles se sont posées avant ce changement, tandis que la loi applicable ultérieurement régirait les événements postérieurs qui soulèvent des questions d'opposabilité ou de priorité. Par exemple, lorsque la loi applicable à l'opposabilité est celle du lieu de situation du constituant, l'opposabilité de la sûreté à l'administrateur de l'insolvabilité du constituant serait déterminée par application de la loi de l'État du nouveau lieu où se trouve le constituant au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

73. Cependant, le silence de la loi sur ces questions pourrait donner lieu à d'autres interprétations. Par exemple, une interprétation possible serait que la loi applicable ultérieurement régit également la constitution entre les parties en cas de conflit de priorité survenant après le changement de la localisation du facteur de rattachement (au motif que les tiers concluant des opérations avec le constituant ont le droit de déterminer la loi applicable à toutes les questions en se fondant sur le lieu effectif du facteur de rattachement, à savoir le lieu où celui-ci se trouve au moment de leurs opérations).

74. Par conséquent, il est nécessaire de formuler des orientations sur ces questions pour permettre aux parties intéressées de déterminer avec certitude si un changement de la localisation du facteur de rattachement conduirait à l'application d'une autre loi que celle initialement escomptée par les parties si l'État du nouveau lieu de situation des biens ou du constituant possédait une règle de conflit de lois différente. Aussi, le Guide propose-t-il d'expliciter l'interprétation mentionnée au paragraphe 73: pour déterminer la loi applicable à la constitution, le lieu pertinent devrait normalement être le lieu où se situe le bien grevé ou le constituant au moment de la constitution présumée (prétendue ou revendiquée); pour déterminer la loi applicable à l'opposabilité et à la priorité, le lieu pertinent devrait être leur lieu de situation au moment où la question se pose. Toutefois, en cas de litige opposant uniquement des créanciers concurrents dont les droits sont devenus opposables avant que le lieu de situation du bien ou du constituant ne change, les questions d'opposabilité et de priorité devraient être régies par la loi du lieu de situation initial (voir recommandation 217).

10. Ordre public et lois de police

75. Selon les règles de conflit de lois de nombreux États, l'État du for ne peut refuser d'appliquer la loi désignée par ses règles de conflit de lois que si elle conduit à un résultat manifestement contraire à son ordre public ou aux dispositions de son droit qui, même dans les situations internationales, sont impératives. Cette règle vise à préserver les principes fondamentaux de justice de l'État du for. Si, par exemple, la loi de l'État du for n'autorise pas la constitution d'une sûreté réelle

mobilière sur des prestations de retraite pour des raisons d'ordre public, cet État peut refuser de se soumettre à une disposition de la loi applicable qui reconnaîtrait cette constitution. Ces principes ne devraient toutefois pas autoriser l'État du for à appliquer ses propres règles d'opposabilité et de priorité à la place de celles de la loi applicable (voir recommandation 219). Il doit recourir à d'autres dispositions de cette loi pour déterminer l'opposabilité et la priorité. Cette approche se justifie par la nécessité d'assurer la sécurité juridique quant à la loi applicable à l'opposabilité et à la priorité. On trouve la même approche au paragraphe 2 de l'article 23, au paragraphe 2 de l'article 30 et à l'article 31 de la Convention des Nations Unies sur la cession, ainsi qu'au paragraphe 3 de l'article 11 de la Convention de La Haye sur les titres.

11. Impact de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sur la loi applicable aux sûretés réelles mobilières

76. Déterminer la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité et à la priorité de la sûreté et des droits qu'a le créancier garanti après défaillance peut poser des problèmes supplémentaires lorsque la procédure d'insolvabilité est ouverte dans un État et que certains des actifs ou créanciers du débiteur se trouvent dans un autre État, ou lorsque des procédures sont ouvertes dans deux États différents du fait de la nature multinationale de l'entreprise du débiteur. Toutefois, dans un cas comme dans l'autre, la plupart des États prévoient que ce seraient les règles générales de conflit de lois applicables en dehors de ces procédures qui régiraient ces questions, sous réserve des limitations examinées ci-dessous. Cela est conforme à la recommandation 30 du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, selon laquelle l'État où une procédure d'insolvabilité est ouverte (c'est-à-dire l'État du for) devrait appliquer ses règles de conflit de lois pour déterminer la loi qui régit des questions telles que la validité et l'opposabilité des droits et créances (et des sûretés) qui existent au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (voir aussi la recommandation 220 du présent guide).

77. Une fois la validité et l'opposabilité d'une sûreté déterminées conformément à la loi autre que la loi sur l'insolvabilité qui s'applique en dehors des procédures d'insolvabilité en vertu des règles de conflit de lois de l'État du for, il se pose une deuxième question, qui concerne les effets qu'a l'ouverture de procédures d'insolvabilité sur la priorité des sûretés. Il est généralement admis que la loi sur l'insolvabilité de l'État où est ouverte la procédure d'insolvabilité (*lex fori concursus*) s'applique à l'ouverture, au déroulement, y compris le classement des créances, à l'administration et à la conclusion de cette procédure (aux "effets de l'insolvabilité") (voir recommandation 31 du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*). Il se peut que cela modifie la priorité relative qu'une sûreté aurait en vertu de la loi sur les opérations garanties et définisse des catégories de créances qui primeraient, lors de la répartition, une sûreté dans une procédure d'insolvabilité. En outre, indépendamment des questions de priorité, il se peut qu'une sûreté soit soumise aux dispositions d'annulation de la loi sur l'insolvabilité (voir recommandation 88 du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*).

78. Si les effets qu'a la procédure d'insolvabilité sur les sûretés sont habituellement régis par la *lex fori concursus*, certains États n'en ont pas moins adopté des exceptions. Ainsi, tel État du for peut s'en remettre, pour ce qui est des effets de l'insolvabilité sur les sûretés sur des biens rattachés à des biens

immeubles, à la loi sur l'insolvabilité de l'État dans lequel les biens immeubles sont situés (*lex rei sitae*). Le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* traite de ces exceptions plus en détail (voir deuxième partie, chap. I, par. 85 à 91), mais ne recommande pas d'appliquer la *lex rei sitae* aux effets de l'insolvabilité sur des biens rattachés à des biens immeubles, voire, généralement, à des biens meubles. Au lieu de cela, il recommande, d'une manière générale, que toutes exceptions à l'applicabilité de la *lex fori concursus* aux effets de l'insolvabilité soient limitées en nombre et clairement énoncées dans la loi sur l'insolvabilité (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, recommandation 34 et deuxième partie, chap. I, par. 88).

12. Recommandations spéciales lorsque la loi applicable est celle d'un État à plusieurs unités

79. Le terme "État", dans le Guide, désigne un État ou un pays souverain. La question de la loi applicable se pose toutefois lorsque, pour une question donnée, la règle de conflit de lois renvoie à un État qui comprend plusieurs unités territoriales ayant chacune son propre système juridique en la matière, ce qui peut être le cas dans des États fédéraux dans lesquels les opérations garanties relèvent généralement de la législation de leurs unités territoriales. Pour que les règles de conflit de lois fonctionnent lorsque la loi applicable est la loi d'un État fédéral (même si le for n'est pas un État à plusieurs unités), il est nécessaire de déterminer l'unité territoriale dont la loi s'appliquera.

80. Normalement, les références à la loi d'un État fédéral désignent la loi en vigueur dans l'unité territoriale concernée, déterminée en fonction du facteur de rattachement approprié (tel que le lieu de situation du bien ou du constituant). Par exemple, si la loi applicable est la loi d'un État à trois unités (A, B et C), la référence à la loi du lieu de situation du constituant comme loi applicable à une sûreté sur des créances revient à désigner la loi de l'unité A si le lieu où le constituant exerce son administration centrale se situe dans l'unité A (voir recommandation 221).

81. Pour préserver la cohérence des règles de conflit de lois internes d'un État à plusieurs unités, le Guide adopte une approche suivie par de nombreuses conventions internationales et recommande que ces règles continuent de s'appliquer, mais seulement sur le plan interne (voir recommandation 222). En prenant l'exemple donné dans le paragraphe précédent, si le constituant se trouve dans l'unité A d'un État à plusieurs unités, la loi de l'unité B pourrait s'appliquer si les règles de conflit internes de l'unité A désignent la loi de l'unité B comme étant la loi applicable, ce qui pourrait être le cas si les règles de conflit de l'unité A prévoient (comme dans le Guide) que la loi du lieu de situation du constituant régit l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur des créances mais qu'elles définissent le lieu de situation différemment. Si le lieu de situation du constituant tel qu'il est défini dans le Guide (autrement dit le lieu de son administration centrale) se situe dans l'unité A, mais que la loi de l'unité A définit le lieu de situation du constituant comme le lieu où se situe son siège social et que celui-ci se trouve dans l'unité B, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur des créances seront régies par la loi de l'unité B, ce qui semble déroger de la règle générale sur l'exclusion du renvoi (voir recommandation 218). Cependant, cette "dérogation" concerne seulement le renvoi interne et ne

compromet pas la sécurité juridique quant à la loi applicable. Dans l'exemple cité ci-dessus, il n'y aurait pas de référence à une loi autre que celle de l'unité A, si le siège social du constituant était situé dans un autre État que dans l'État dont l'unité A fait partie.

82. Ces règles sur les États à plusieurs unités ne concernent que les questions qui, dans un État de ce type, sont régies par les lois des unités territoriales. Ainsi, par exemple, elles n'ont aucune incidence dans un État fédéral dont la constitution prévoit que les questions relatives aux opérations garanties sont régies par les lois fédérales.

83. Les recommandations 223 et 224 ne s'appliquent que si un État adopte la variante B de la recommandation 207.

B. Recommandations

[*Note à l'intention de la Commission: La Commission voudra peut-être noter que, compte tenu du fait que le document A/CN.9/637 contient un ensemble complet de recommandations pour le projet de guide législatif sur les opérations garanties, ces recommandations ne sont pas reproduites ici. Une fois que les recommandations seront finalisées, elles seront placées à la fin de chaque chapitre.*]

A/CN.9/637/Add.7 [Original: anglais]

Note du Secrétariat sur la terminologie et les recommandations du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa douzième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

XIII. Transition 1-30

A. Remarques générales 1-30

1. Nécessité de dispositions transitoires 1-3

2. Date d'entrée en vigueur de la nouvelle législation. 4-10

3. Questions devant être traitées par les dispositions transitoires. 11-30

a) Généralités. 11-12

b) Différends soumis à une juridiction étatique ou à un tribunal arbitral . . 13

c) Efficacité entre les parties des sûretés antérieures à la date d'entrée en vigueur 14-16

d) Opposabilité des sûretés antérieures à la date d'entrée en vigueur 17-19

e) Conflits de priorité 20-23

f) Réalisation. 24-30

B. Recommandations. . . . . .

XIII. Transition

A. Remarques générales

1. Nécessité de dispositions transitoires

1. Le précédent chapitre avait pour thème le "conflit de lois", à savoir l'ensemble des règles visant à déterminer, dans les cas où deux ou plusieurs systèmes juridiques prévoient des règles de fond susceptibles de s'appliquer à une opération particulière, lesquelles s'appliqueraient en fait. Souvent, ces règles de conflit de lois sont considérées comme des règles régissant le conflit de lois "dans l'espace", afin de les distinguer d'un autre type de règles de conflit de lois (à savoir celles régissant le conflit de lois "dans le temps"). Toutes les mesures d'ordre législatif soulèvent des questions relatives au conflit de lois dans le temps. C'est pourquoi la plupart des États ont mis au point des principes élaborés pour déterminer, lorsqu'une nouvelle

loi entre en vigueur, ses effets sur une loi antérieure incompatible et la portée de son application à des relations juridiques existantes. Toutefois, lorsqu'une réforme majeure de la loi existante est envisagée, les États incorporent habituellement dans le processus de réforme des règles spécifiques régissant le conflit de lois dans le temps en relation avec l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Ces règles sont en général dénommées "dispositions transitoires". Compte tenu du champ d'application des précédents chapitres, le présent Guide recommande aux États d'adopter une série de dispositions transitoires expressément adaptées à la nouvelle loi qu'ils pourraient promulguer.

2. Les règles formulées dans la nouvelle législation sur les opérations garanties à partir des recommandations du Guide seront sans doute sensiblement différentes de celles de la loi antérieure, ce qui aura un impact évident sur toute convention que les constituants et les créanciers garantis pourront conclure après la promulgation de la nouvelle loi. Toutefois, de nombreuses opérations conclues en vertu de la loi antérieure se maintiendront lorsque la nouvelle loi entrera en vigueur. Compte tenu des différences entre l'ancien régime juridique et le nouveau et de la continuité des opérations conclues et des sûretés mobilières constituées sous l'empire du régime antérieur, il importe, pour le succès de la nouvelle législation, que celle-ci énonce des règles équitables et efficaces de transition entre la loi ancienne et la nouvelle. Des dispositions transitoires sont également nécessaires lorsque, en vertu des règles de conflit de lois du régime antérieur, la loi d'un autre État (à savoir un État différent de celui dont la loi régit cette question en vertu des règles de conflit de lois du nouveau régime) régissait la constitution d'une sûreté, son opposabilité ou sa priorité.

3. Deux questions liées à la transition entre l'ancien et le nouveau régime doivent être examinées. La nouvelle législation devrait préciser, premièrement (voir section A.2), à quelle date elle-même ou ses divers éléments entreront en vigueur ("date d'entrée en vigueur", voir recommandation 223) et, deuxièmement (voir section A.3), dans quelle mesure elle s'applique, après la date d'entrée en vigueur, aux opérations ou aux sûretés antérieures à cette date.

2. Date d'entrée en vigueur de la nouvelle législation

4. Il faut prendre en considération un certain nombre de facteurs pour déterminer la date d'entrée en vigueur. Afin d'assurer l'exploitation rapide des avantages économiques de la nouvelle législation, les États doivent veiller à donner effet à la nouvelle loi le plus tôt possible après son adoption. Il faut toutefois trouver un compromis entre ces avantages et la nécessité d'éviter de déstabiliser ou de perturber les marchés qui seront régis par la nouvelle législation et de laisser aux acteurs de ces marchés suffisamment de temps pour se préparer à réaliser, dans le cadre de cette législation, des opérations qui pourront être très différentes de celles régies par la loi antérieure. De ce fait et compte tenu de la mesure dans laquelle la nouvelle législation aura fait l'objet d'un débat public (y compris par le biais d'importants programmes de formation des juges, des avocats et des acteurs intervenant sur les marchés) un État peut décider que cette nouvelle législation devra entrer en vigueur quelque temps après son adoption afin que ces marchés et leurs acteurs adaptent leur conduite en conséquence.

5. Lorsqu'ils détermineront la date d'entrée en vigueur, les États pourraient examiner divers facteurs, notamment les suivants: l'impact de cette date sur les

décisions d'octroyer des crédits; la maximisation des avantages découlant de la nouvelle législation; les mesures qu'ils doivent prendre notamment en matière de réglementation, d'institutions et d'information ou les améliorations qu'ils doivent apporter aux infrastructures; l'état de la loi préexistante et d'autres infrastructures; l'harmonisation de la nouvelle législation sur les opérations garanties avec d'autres lois; les limites constitutionnelles, le cas échéant, de la rétroactivité de la nouvelle législation; et la pratique suivie habituellement ou par commodité pour l'entrée en vigueur de la législation (par exemple le premier jour du mois).

6. En général, les États adoptent l'une des trois méthodes ci-après pour donner effet à une loi à une date suivant sa promulgation. Premièrement, il est prévu qu'une loi entre en vigueur à une date fixée par "décret" ou "proclamation". Dans d'autres cas, cette date est précisée dans la loi proprement dite. Par exemple, si une loi a été promulguée le 17 janvier d'une année donnée, elle peut simplement disposer qu'elle entrera en vigueur le 1er septembre de cette même année. Dans d'autres cas encore, la loi contient une formule particulière pour déterminer la date de son entrée en vigueur. Ainsi, elle peut disposer que cette date sera le premier jour du mois civil à l'issue d'une période de six mois après la date de promulgation. Une deuxième formule peut consister à fixer comme date d'entrée en vigueur le 1er janvier ou le 1er juillet, selon ce qui intervient en premier, à l'issue d'une période de six mois après la date de promulgation. Conformément à une troisième formule, il faut différer la date d'entrée en vigueur pour laisser le temps de mettre en place une infrastructure technique (par exemple un registre informatisé). Dans ce cas, les États procèdent souvent par décret pour décider, par exemple, que la date à la quelle le registre sera opérationnel servira de point de départ à la période de six mois ou plus. Le Guide recommande aux États soit de spécifier la date d'entrée en vigueur, soit d'énoncer une formule pour déterminer cette date dans la loi proprement dite (recommandation 223).

7. Comme les dettes garanties par les sûretés prises sur des biens du constituant sont souvent remboursables sur une certaine durée, de nombreuses sûretés constituées avant la date d'entrée en vigueur continueront probablement d'exister à cette date et après, garantissant ainsi des dettes qui n'ont pas encore été payées. Aussi, les États devraient également se demander si la nouvelle législation devrait s'appliquer à des éléments intervenant après la date d'entrée en vigueur, lorsque ces éléments ont trait à des opérations conclues avant cette date.

8. Une solution serait que la nouvelle législation ne s'applique que pour l'avenir et donc qu'elle ne régisse pas les différents aspects des opérations conclues avant la date d'entrée en vigueur. Bien que cette solution puisse présenter un certain attrait, en particulier pour les questions qui se posent entre le constituant et le créancier garanti, elle créerait d'importants problèmes, notamment en ce qui concerne le classement des sûretés. Le principal de ces problèmes serait la nécessité de régler des conflits de priorité entre un créancier garanti ayant obtenu sa sûreté avant la date d'entrée en vigueur et un créancier garanti concurrent ayant obtenu sa sûreté sur les mêmes biens grevés après cette date. Du fait que la notion de priorité implique une comparaison et que la même règle de classement doit s'appliquer aux deux sûretés qui sont comparées, il n'est pas possible que les règles antérieures régissent le rang de la sûreté du créancier antérieur à la date d'entrée en vigueur et que les nouvelles règles régissent le rang de la sûreté du créancier postérieur. La détermination de la règle de classement à appliquer à ce conflit ne va pas sans

difficulté. L'application des règles antérieures en l'espèce aurait essentiellement pour effet de retarder l'efficacité de certains des principaux aspects de la nouvelle législation, si bien que les avantages économiques importants qu'offre cette dernière pourraient tarder considérablement à se matérialiser. Ce retard compromettrait toutes les nouvelles opérations, alors qu'il pourrait n'être nécessaire que pour certaines opérations antérieures. En outre, il empêcherait les parties à une convention constitutive de sûreté visant des biens futurs de mettre à profit la nouvelle loi pour des biens acquis après sa date d'entrée en vigueur. D'un autre côté, l'application des nouvelles règles pourrait injustement léser les parties qui se sont fondées sur la loi antérieure (en particulier celles qui se sont fondées sur cette loi sans savoir qu'elle pourrait être modifiée) et risquerait également de les inciter à contester la nouvelle législation ou à préconiser une date d'entrée en vigueur trop éloignée.

9. Selon une autre solution, on pourrait assurer une plus grande sécurité juridique et une concrétisation plus rapide des avantages de la nouvelle législation en appliquant cette dernière à toutes les opérations à compter de la date d'entrée en vigueur, tout en prévoyant cependant les "dispositions transitoires" nécessaires pour ménager une transition efficace entre l'ancien régime et le nouveau sans que les sûretés perdent le rang prioritaire qu'elles occupaient avant cette date. Cette solution permettrait d'éviter les problèmes décrits ci-dessus mais également de concilier, de manière équitable et efficace, les intérêts des parties qui ont observé la loi antérieure avec les intérêts des parties qui se conforment à la nouvelle loi.

10. Compte tenu de ces considérations, le Guide recommande la seconde de ces deux approches générales: a) application immédiate de la nouvelle loi à toutes les opérations intervenant après sa date d'entrée en vigueur; b) pas d'application rétroactive générale de la nouvelle loi aux opérations conclues avant sa date d'entrée en vigueur; c) application de la nouvelle loi aux questions et procédures (par exemple, conflits de priorité et mécanismes d'application) intervenant après sa date d'entrée en vigueur; et d) adoption de dispositions transitoires pour protéger les droits des parties acquis dans le cadre d'opérations conclues avant la date d'entrée en vigueur (recommandation 223, deuxième phrase).

3. Questions devant être traitées par les dispositions transitoires

a) Généralités

11. De nombreuses sûretés constituées avant la date d'entrée en vigueur continueront d'exister après cette date et risquent d'entrer en concurrence avec des sûretés créées en vertu de la nouvelle loi. Des dispositions transitoires claires sont donc nécessaires pour déterminer dans quelle mesure la nouvelle loi s'appliquera à ces sûretés préexistantes. Ces dispositions transitoires devraient répondre de manière appropriée tant aux attentes établies des parties qu'à la nécessité d'assurer la sécurité et la prévisibilité dans les opérations futures. Elles devront indiquer dans quelle mesure les nouvelles règles s'appliqueront, après la date d'entrée en vigueur, dans les relations entre les parties à une opération ayant donné naissance à une sûreté avant cette date. Elles devront également préciser dans quelle mesure les nouvelles règles s'appliqueront, après la date d'entrée en vigueur, au règlement des conflits de priorité entre le titulaire d'une sûreté et un réclamant concurrent, lorsque la sûreté ou le droit de ce dernier a été créé avant cette date.

12. Il n'est pas possible d'établir une règle ou une formule unique pour régir tous les cas en présence, car même si tous les États appliquaient le Guide de façon identique, chacun d'eux partirait d'un régime préexistant différent. En outre, les particularités du régime préexistant auront une incidence sur les décisions prises aux fins de la transition, comme le fait de savoir si l'on pourra facilement établir que les biens étaient grevés d'une sûreté en vertu de l'ancien régime, ou combien de temps les opérations pourront rester "intactes" (par exemple si, en vertu de l'ancien régime, il ne serait pas nécessaire de procéder à un renouvellement ou de prendre d'autres mesures pour maintenir l'opposabilité). La discussion ci-après porte sur les principales questions dont les États devraient tenir compte pour élaborer une série de dispositions transitoires.

b) Différends soumis à une juridiction étatique ou à un tribunal arbitral

13. Lorsqu'un différend fait l'objet d'une procédure judiciaire à la date d'entrée en vigueur, les droits des parties ont suffisamment cristallisé, de sorte que l'entrée en vigueur du nouveau régime juridique ne devrait pas modifier l'issue de ce différend. Le même principe devrait s'appliquer lorsque le différend est soumis à une procédure de règlement des litiges comparable, telle qu'une procédure d'arbitrage, mais il ne le devrait pas lorsqu'une procédure, comme la conciliation, est mise à profit par les parties (car le caractère non contraignant du résultat d'une telle procédure indique que les droits des parties n'ont pas suffisamment cristallisé). Il s'ensuit donc qu'un tel différend ne devrait pas être réglé en vertu du nouveau régime juridique (voir recommandation 224). En outre, dans le cadre d'une procédure de réalisation en cours, les parties au différend ne devraient généralement pas pouvoir se prévaloir de mécanismes ou de droits prévus dans la nouvelle loi. La procédure judiciaire peut mettre en jeu des questions autres que la réalisation. Dans ce cas, une procédure judiciaire en cours visant un aspect d'une opération garantie ne devrait pas empêcher l'application de la nouvelle loi à des aspects de l'opération qui ne sont pas soumis à ladite procédure. Celle-ci ne devrait pas non plus empêcher les parties d'engager une procédure judiciaire visant une question pertinente en vertu de la nouvelle loi.

c) Efficacité entre les parties des sûretés antérieures à la date d'entrée en vigueur

14. Lorsqu'une sûreté a été constituée avant la date d'entrée en vigueur de la nouvelle législation, deux questions se posent en ce qui concerne l'efficacité de cette sûreté dans les relations entre le constituant et le créancier. La première est de savoir si une sûreté qui avait effectivement été constituée en vertu de la loi ancienne mais qui ne remplissait pas les conditions requises pour être constituée en vertu de la nouvelle cesse d'être efficace à la date d'entrée en vigueur de celle-ci. La deuxième est de savoir si une sûreté qui n'était pas effectivement constituée en vertu de la loi ancienne mais qui remplissait toutes les conditions requises pour être constituée en vertu de la nouvelle devient efficace à la date d'entrée en vigueur de celle-ci.

15 S'agissant de la première question, différentes solutions sont également possibles. Par exemple, il pourrait être établi une période transitoire pendant laquelle la sûreté resterait efficace entre les parties, afin que le créancier puisse prendre les mesures nécessaires pour constituer cette sûreté conformément à la nouvelle loi. À l'expiration de cette période, si les mesures nécessaires n'avaient

pas été prises, la sûreté cesserait d'être efficace conformément à la nouvelle loi. Une autre solution, plus simple (c'est celle adoptée dans le Guide), serait de prévoir que, si une sûreté est constituée (à savoir, si elle est efficace entre les parties) avant la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi, elle reste efficace entre elles après l'entrée en vigueur (voir recommandation 225).

16. S'agissant de la seconde question, il faudrait envisager de rendre la sûreté efficace à compter de la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi, puisqu'il est permis de supposer que, pour les parties, l'efficacité s'entend à compter du moment où elles ont conclu leur convention. Néanmoins, certains États exigent du constituant qu'il confirme son intention de rendre efficace, en vertu de la nouvelle loi, une sûreté qui jusque-là ne l'était pas. Toutefois, une telle exigence est difficile à mettre en pratique, car elle suppose, ce qui est peu vraisemblable, qu'une des parties au moins avait connaissance du problème, n'avait rien fait pour le résoudre en vertu de l'ancienne loi et voulait maintenant rendre la sûreté efficace. La situation la plus vraisemblable serait que le vice soit découvert après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, auquel cas une règle prévoyant l'efficacité automatique au moment de l'entrée en vigueur serait justifiée. C'est la position implicitement recommandée dans le Guide (recommandation 223, deuxième phrase).

d) Opposabilité des sûretés antérieures à la date d'entrée en vigueur

17. Différentes questions se posent en ce qui concerne l'opposabilité aux tiers d'une sûreté constituée avant la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Étant donné que la nouvelle législation contiendra des dispositions d'ordre public sur les mesures appropriées à prendre pour rendre une sûreté opposable, il est préférable qu'elle s'applique aussi largement que possible. Cependant, il peut être déraisonnable d'exiger d'un créancier dont la sûreté était opposable en vertu du régime juridique antérieur de l'État adoptant (ou de la législation de l'État dont la loi régissait l'opposabilité conformément aux règles de conflit de lois du régime antérieur) qu'il se conforme immédiatement à toute prescription supplémentaire de la nouvelle loi. Cette exigence serait particulièrement difficile à satisfaire pour les créanciers institutionnels, qui seraient tenus de se conformer simultanément aux prescriptions supplémentaires de la nouvelle loi pour une multitude d'opérations antérieures à la date d'entrée en vigueur.

18. Il serait préférable qu'une sûreté qui était opposable en vertu du régime juridique antérieur mais qui ne le serait pas en vertu des dispositions nouvelles demeure opposable pendant une période raisonnable (fixée dans les dispositions transitoires de la nouvelle loi) afin que le créancier ait le temps de se conformer aux prescriptions de cette dernière. À l'expiration de la période transitoire, la sûreté ne serait plus opposable, sauf si elle l'était devenue en application de la nouvelle loi (voir recommandation 226). Pour déterminer la durée de la période pendant laquelle les créanciers sont autorisés à rendre leurs sûretés existantes opposables, les États devraient envisager un certain nombre de questions concrètes. Par exemple, lorsqu'il existe déjà un système de registre des sûretés, une plus longue période pourrait être envisagée puisque les tiers continueraient de disposer d'un moyen de déterminer si une sûreté grevait un bien particulier. En revanche lorsqu'il n'existe pas de registre pour les sûretés, une période plus courte pourrait être prévue (du moins en ce qui concerne les sûretés pour lesquelles il n'était pas nécessaire d'inscrire un avis en vertu de l'ancienne loi) puisque les tiers ne disposeraient pas

d'un moyen simple pour déterminer si une sûreté grevait un bien d'un éventuel constituant.

19. Si la sûreté n'était pas opposable en vertu du régime juridique antérieur, mais est opposable en application des nouvelles dispositions, elle devrait l'être dès la date d'entrée en vigueur. Là encore, on suppose que les parties avaient l'intention que la sûreté soit efficace entre elles et que les tiers sont protégés dans toute la mesure prévue par les nouvelles dispositions. C'est la position implicitement recommandée dans le Guide (recommandation 223, deuxième phrase).

e) Conflits de priorité

20. Des questions tout à fait autres se posent dans le cas des conflits de priorité. Ceux-ci impliquent en effet nécessairement l'application d'une série de règles à deux sûretés différentes (ou plus) constituées à des dates différentes. Un système juridique ne saurait prévoir simplement que la règle de classement en vigueur à la date de constitution d'une sûreté régit le rang de cette dernière, car une telle règle n'apporterait pas de réponse cohérente lorsqu'une des sûretés que l'on compare a été constituée sous l'empire de l'ancien régime et l'autre en vertu du nouveau régime. Il doit plutôt prévoir des règles pour chacune des situations suivantes: a) lorsque les deux sûretés sont constituées après la date d'entrée en vigueur de la nouvelle législation; b) lorsque les deux sûretés sont constituées avant cette date; et c) lorsqu'une sûreté est constituée avant la date d'entrée en vigueur et l'autre après.

21. La situation la plus simple est celle où il y a un conflit de priorité entre deux réclamants concurrents dont les sûretés ont été constituées après la date d'entrée en vigueur de la nouvelle législation. Il est clair dans ce cas que les règles de classement prévues dans la nouvelle législation devraient s'appliquer au règlement de ce conflit.

22. Inversement, si les deux sûretés concurrentes ont été constituées avant la date d'entrée en vigueur et que le rang de chaque sûreté sur les biens grevés a été établi avant cette date et si, en outre, aucun événement (autre que l'entrée en vigueur) de nature à modifier ce rang n'est survenu, la stabilité des relations laisse penser qu'il ne faudrait pas, au seul motif que la nouvelle loi est entrée en vigueur, modifier le rang attribué à chaque sûreté avant la date d'entrée en vigueur. Si, en revanche, il se produit après la date d'entrée en vigueur un événement qui aurait eu un effet sur le classement des sûretés sous l'empire du régime juridique antérieur (par exemple si une sûreté devient ou cesse d'être opposable), il y a moins de raisons de continuer à soumettre à l'ancienne loi un conflit de priorité qui a été modifié par une action ou un évènement postérieur à cette date. Il est beaucoup plus justifié d'appliquer les nouvelles dispositions à une telle situation. En d'autres termes, les sûretés existantes des parties telles qu'elles se présentaient lorsque la nouvelle loi est entrée en vigueur sont protégées, mais les parties ne devraient pas être déchargées de l'obligation de s'assurer qu'elles se sont abstenues d'agir (ou qu'elles n'ont pas agi) dans un sens qui ferait que leurs sûretés ne sont plus protégées en vertu de la nouvelle loi (voir recommandations 227 à 229).

23. La situation la plus complexe est celle où il y a conflit de priorité entre une sûreté constituée avant la date d'entrée en vigueur et une autre sûreté créée après. Dans ce cas, s'il est préférable que les règles nouvelles s'appliquent à terme (en fait le plus tôt sera le mieux), il convient de prévoir une disposition transitoire

protégeant le rang du créancier qui a obtenu sa sûreté en vertu du régime ancien, sous réserve qu'il prenne toutes les mesures nécessaires pour maintenir cette protection dans le cadre du nouveau régime. Si ces mesures sont prises dans les délais prescrits dans la disposition transitoire, la nouvelle législation devrait octroyer au créancier la même priorité que celle qu'il aurait eue si les nouvelles dispositions avaient été en vigueur lors de l'opération initiale et si ces mesures avaient été prises en temps voulu en vertu de l'ancienne loi (voir recommandation 227).

f) Réalisation

24. Un différend peut faire l'objet d'une procédure judiciaire (ou d'une autre procédure de règlement des litiges, telle qu'une procédure d'arbitrage) à la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Comme noté plus haut, dans ce cas les droits des parties ont suffisamment cristallisé, de sorte que l'entrée en vigueur d'un nouveau régime juridique ne devrait pas modifier l'issue de ce différend (voir recommandation 224). Les parties au différend ne devraient pas, en général, pouvoir se prévaloir de mécanismes ou de droits prévus dans la nouvelle loi. Par exemple, si des mesures de réalisation non-judiciaires sont interdites en vertu de l'ancienne loi, mais autorisées en vertu de la nouvelle, les parties procédant à la réalisation ne devraient pas pouvoir transformer le processus de réalisation judiciaire en processus de réalisation non judiciaire. De même, dans le cadre d'une procédure de réalisation en cours, les parties ne devraient normalement pas être autorisées à invoquer des moyens de défense ou d'autres droits formulés uniquement dans la nouvelle loi. Cela étant, le champ d'application de ce principe est sujet à interprétation. Selon un point de vue, dès lors qu'un créancier a engagé une procédure de réalisation en vertu de l'ancienne loi, on devrait estimer qu'il a choisi en l'espèce de se référer à cette loi et qu'il ne pourra par la suite tenter de se prévaloir des moyens de recours offerts par la nouvelle loi. Selon un autre point de vue, ce principe suppose uniquement que le créancier ne peut être contraint de transformer la procédure engagée en vertu de l'ancienne loi en procédure relevant de la nouvelle loi. Il peut poursuivre la procédure de réalisation comme si la nouvelle loi n'était pas encore entrée en vigueur. Si toutefois le créancier procédant à la réalisation devait abandonner la procédure de réalisation judiciaire ou arbitrale engagée, de ce point de vue, rien ne pourrait l'empêcher d'engager une autre procédure de réalisation (y compris une procédure de réalisation non judiciaire) en vertu de la nouvelle loi. Le Guide ne donne pas de recommandation sur le point de savoir laquelle de ces deux méthodes les États devraient adopter en ce qui concerne la procédure de réalisation en cours.

25. Néanmoins, la plupart des différends portant sur des opérations conclues avant la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi surgiront après cette date. Deux situations peuvent alors se produire. D'une part, les créanciers garantis pourront être habilités à exercer certains recours et les constituants à invoquer certains moyens de défense que la nouvelle loi n'autorise plus. De l'autre, la nouvelle loi pourra permettre aux créanciers d'user de nouveaux moyens de recours et aux débiteurs d'invoquer de nouveaux moyens de défense qui jusque-là n'était pas autorisés.

26. D'aucuns estiment que lorsque la nouvelle loi supprime certains moyens de recours ou les soumet à une procédure nouvelle et plus lourde, cela ne devrait pas porter préjudice aux créanciers. Par exemple, dans certains États, les créanciers en possession du bien grevé peuvent, en cas de défaillance, simplement prendre le bien

donné en gage sans avoir à en aviser le constituant ou les tiers. En revanche, le Guide envisage qu'un créancier devrait donner notification de son intention d'accepter le bien à titre d'exécution de l'obligation garantie (voir recommandations 141 à 145).

27. Un raisonnement analogue vaut également lorsque les constituants sont privés des moyens de défense ou des droits de procédure qu'ils auraient pu exercer conformément à la loi antérieure. Par exemple, dans certains États, les constituants défaillants peuvent suspendre la procédure de réalisation en réparant l'omission à l'origine de la défaillance et, partant, en régularisant l'inexécution de l'obligation garantie et en arrêtant la procédure de réalisation. En revanche, le Guide envisage que les constituants ont le droit de libérer le bien de sa sûreté en s'acquittant du montant de l'obligation, mais n'ont pas le droit de remédier à la défaillance et de régulariser l'inexécution de l'obligation (voir recommandation 139).

28. Dans les deux cas, d'aucuns font valoir que le préjudice que peut causer à un créancier garanti ou à un constituant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi est suffisant pour justifier que les droits découlant de la loi antérieure ne soient pas supprimés, même lorsqu'une procédure de réalisation est engagée après l'entrée en vigueur. L'un comme l'autre devrait pouvoir exécuter la convention initiale conformément à la loi qui était en vigueur lorsque cette convention a été conclue. En revanche, d'autres sont tout aussi fortement convaincus que, dans la mesure où le nouveau régime de réalisation répond au souci de l'État d'établir le meilleur équilibre possible entre les droits de toutes les parties, il devrait s'appliquer à tous les moyens de réalisation postérieurs à la date d'entrée en vigueur. Cet argument est particulièrement convaincant lorsque la réalisation a une incidence sur les droits des tiers qui ont pris une sûreté sur les biens après l'entrée en vigueur du nouveau régime. En outre, étant entendu que l'équilibre relatif qui doit être établi est subordonné à la configuration particulière des droits de réalisation des créanciers garantis et des droits des constituants dans les différents États en vertu de la loi antérieure, le Guide adopte le principe général de l'application immédiate (voir recommandation 223).

29. Cela étant dit, d'autres textes législatifs dans un État donné (par exemple, le droit général des obligations ou les principes constitutionnels relatifs aux mesures rétroactives concernant les droits réels) peuvent influer sur la mesure dans laquelle la procédure de réalisation engagée après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi est conditionnée par le principe d'application immédiate.

30. S'agissant du cas où la nouvelle loi donne aux créanciers de nouveaux moyens de recours et aux constituants de nouveaux droits de procédure, l'argument en faveur de l'application de la nouvelle loi aux opérations existant avant son entrée en vigueur est convaincant. Le créancier garanti en vertu de la loi antérieure qui a pris les mesures nécessaires pour assurer l'opposabilité aux tiers en vertu de la nouvelle loi ne devrait pas être dans une situation différente de celle d'un créancier qui a pris initialement une sûreté conformément à la nouvelle loi. De même, tout nouveau moyen de défense ou droit de procédure accordé aux constituants et aux tiers en vertu de la nouvelle loi devrait être disponible dans le cadre de la procédure de réalisation engagée par tous les créanciers garantis, y compris ceux qui réalisent des sûretés découlant d'opérations qui existaient avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Ainsi, le nouveau régime de réalisation est-il révélateur de l'idée que se fait un État donné de ce que doit être un régime équitable et efficace à l'appui de

la réalisation des sûretés. Si ce régime convient pour les sûretés qui ont été constituées après la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi, il devrait également s'appliquer, à compter de cette date, à la réalisation des sûretés constituées antérieurement.

B. Recommandations

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

A/CN.9/637/Add.8 [Original: anglais]

Note du Secrétariat sur la terminologie et les recommandations du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa douzième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
XIV.	Insolvabilité	1-67
	A. Remarques générales	1-67
	1. Introduction	1-6
	2. Terminologie	7-12
	3. Principes généraux applicables aux sûretés dans les procédures d'insolvabilité	13
	4. Loi applicable dans la procédure d'insolvabilité	14-17
	a) Effets de l'insolvabilité: *lex fori concursus*	15-16
	b) Exceptions à la *lex fori concursus*	17
	5. Traitement des actifs grevés	18-36
	a) Identification des actifs qui font l'objet de la procédure d'insolvabilité	19-25
	b) Protection de la masse grâce à l'arrêt des poursuites	26-34
	c) Utilisation et disposition des actifs grevés	35-36
	6. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure	37-38
	7. Traitement des contrats	39-42
	a) Clauses de résiliation automatique et de déchéance du terme	39-41
	b) Continuation ou rejet des contrats	42
	8. Action en annulation	43-44
	9. Participation de créanciers garantis à la procédure d'insolvabilité	45-46
	10. Procédure de redressement	47-53
	a) Approbation d'un plan de redressement	47-51
	b) Évaluation des actifs grevés	52-53
	11. Procédure de redressement accélérée	54-55
	12. Traitement des créances garanties	56-58
	13. Classement des créances garanties	59-63

14. Opérations de financement d'acquisitions 64-66

15. Créances ayant fait l'objet d'un transfert pur et simple avant l'ouverture de la procédure 67

B. Recommandations . . . . . .

XIV. Insolvabilité

A. Remarques générales

1. Introduction

1. Les chapitres précédents du Guide présentent des commentaires et des recommandations visant à aider les États à élaborer des lois efficaces et efficientes sur les opérations garanties. L'objectif a été d'exposer un cadre pour réglementer les droits des constituants, des créanciers garantis et des tiers toutes les fois que des constituants veulent grever des biens de sûretés réelles mobilières. Le Guide n'aborde pas en général les questions liées au droit fondamental des obligations et des biens, et ne traite pas non plus directement des questions de procédure civile ni du régime régissant l'exécution des jugements. Il laisse ces questions à d'autres domaines du droit. Il est cependant un domaine, celui du droit de l'insolvabilité, où dans la pratique le régime des opérations garanties interagit profondément avec un autre droit et il faut donc l'aborder directement dans le présent Guide.

2. Les lois sur les opérations garanties et les lois sur l'insolvabilité portent sur des points et ont des objectifs différents, dont certains peuvent se recouper lorsque les droits régis par une loi sur les opérations garanties sont affectés par l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Une loi sur les opérations garanties vise à promouvoir le crédit garanti, c'est-à-dire un crédit à coût réduit, la sûreté réduisant le risque de non-paiement au créancier garanti ("défaillance"). Elle permet aux débiteurs de tirer parti de toute la valeur de leurs actifs pour obtenir un crédit, développer leur entreprise et éviter la défaillance. En cas de défaillance d'un débiteur, elle vise à s'assurer que la valeur des actifs grevés protège le créancier garanti. Elle s'intéresse essentiellement à l'exercice effectif du droit qu'a chaque créancier de maximiser, si les obligations garanties dues ne sont pas exécutées, la probabilité que la valeur économique des actifs grevés soit réalisée de manière à satisfaire les obligations garanties.

3. Une loi sur l'insolvabilité, en revanche, porte principalement sur des questions commerciales et économiques collectives. Elle vise, entre autres objectifs, à préserver et maximiser la valeur des actifs du débiteur au profit collectif des créanciers, et à faciliter une répartition équitable entre les créanciers. On aidera à atteindre ces objectifs en empêchant que les créanciers ne se précipitent pour faire valoir chacun ses droits sur les actifs d'un débiteur commun, et en facilitant le redressement des entreprises commerciales viables et la liquidation de celles qui ne le sont pas. C'est pourquoi une loi sur l'insolvabilité peut affecter les droits des créanciers garantis de différentes manières lorsque s'ouvre une procédure d'insolvabilité.

4. Étant donné que la modification d'une loi peut entraîner, pour les parties concernées par l'autre loi, des coûts d'opération et d'exécution imprévus et créer une tension entre les deux lois, le législateur qui révise une loi existante ou en met en place une nouvelle dans le domaine soit de l'insolvabilité, soit des opérations garanties devra s'assurer que le texte nouveau ou révisé tient dûment compte de toute loi existante ou proposée dans l'autre domaine. Dans certains cas, la révision de l'une de ces lois peut faire apparaître la nécessité de réviser la loi ou d'en adopter une nouvelle dans l'autre domaine. En tout état de cause, dans la mesure où une loi sur l'insolvabilité a des effets sur les droits des créanciers garantis, ces effets devraient résulter de politiques bien conçues et être clairement spécifiés dans cette loi, comme cela est recommandé dans tout le *Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité* (ci-après dénommé "*Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*"), que la CNUDCI a adopté le 25 juin 2004[1].

5. Les effets sur les sûretés de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sont décrits en détail, pour ce qui concerne le droit de l'insolvabilité, dans le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité.* Le présent chapitre a pour but de mettre en évidence certains des principaux points d'intersection entre une loi sur l'insolvabilité et une loi sur les opérations garanties. Sa section A.3 examine les principes généraux applicables aux sûretés dans les procédures d'insolvabilité, la section A.4 passe en revue la loi applicable dans la procédure d'insolvabilité, tandis que la section A.5 est consacrée au traitement des biens grevés. La section A.6 examine le financement postérieur à l'ouverture de la procédure, la section A.7 le traitement des contrats et la section A.8 l'action en annulation. Les trois sections suivantes traitent de la participation des créanciers garantis à la procédure d'insolvabilité (section A.9), de la procédure de redressement (section A.10) et de la procédure de redressement accélérée (section A.11). Les quatre dernières sections examinent le traitement des créances garanties (section A.12), le classement des créances garanties (section A.13), les opérations de financement d'acquisitions (section A.14) et les créances ayant fait l'objet d'un transfert pur et simple avant l'ouverture de la procédure (section A.15).

6. Pour donner dans le présent Guide une analyse suffisante des effets d'une procédure d'insolvabilité sur les sûretés réelles mobilières, les recommandations fondamentales du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* qui se rapportent particulièrement aux sûretés sont incluses dans le présent chapitre. Pour une analyse plus complète, toutefois, il faudrait lire le présent chapitre en parallèle avec les commentaires et recommandations du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*. Le présent chapitre comporte aussi une discussion de quelques recommandations supplémentaires portant sur des questions abordées dans le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, où elles n'ont cependant pas fait l'objet de recommandations. Les recommandations du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* figurent à la section B.1 du présent chapitre, et les recommandations supplémentaires à la section B.2.

---

[1] La décision de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et la résolution de l'Assemblée générale (résolution 59/40 du 2 décembre 2004) figurent dans le *Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.10), annexe II. Ce guide, dont l'annexe III reprend la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale et le Guide pour son incorporation, peut être consulté à l'adresse http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/insolvency/2004Guide.html.

2. Terminologie

7. Le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* et le présent Guide emploient un certain nombre de termes qui ont été définis (voir le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, Introduction, section B, Glossaire, et le présent Guide, Introduction, section B, Terminologie). Outre les recommandations mentionnées ci-dessus, la section B.1 du présent chapitre contient également quelques définitions reprises du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, qui permettent de mieux comprendre les recommandations de ce dernier.

8. Certains termes définis dans le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* ne le sont pas à nouveau dans le présent Guide, où ils ont donc le même sens que dans le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*. D'autres, en revanche, ont été soit légèrement remaniés, soit redéfinis dans le présent Guide et ils ont donc un sens différent dans le présent chapitre, ainsi qu'il est indiqué ci-dessous.

9. Le terme "sûreté réelle mobilière" (ci-après "sûreté") est défini dans le présent Guide. Tel qu'il est employé dans le présent chapitre, il n'a pas le même sens que le terme de "sûreté réelle" défini dans le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, terme plus large qui désigne plus généralement un "droit sur un actif garantissant le paiement ou autre exécution d'une ou de plusieurs obligations" et peut donc englober les sûretés sur les biens immeubles (qui ne sont pas couvertes par la définition du présent Guide; voir recommandation 5) et les sûretés non conventionnelles (qui ne sont pas couvertes par la définition du présent Guide; voir Introduction, section B, Terminologie).

10. De même, le terme "priorité", tel qu'il est employé dans le présent chapitre, a le sens qui lui est donné dans le présent Guide, et non dans le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*. Dans ce dernier, sa définition est plus restreinte puisqu'elle ne concerne que la priorité des créances dans le contexte de l'insolvabilité ("droit d'une créance de primer une autre créance, lorsque ce droit naît par l'effet de la loi"; voir section B.1 ci-dessous). Dans le présent Guide, le terme "priorité" désigne "le droit d'une personne d'obtenir l'avantage économique de sa sûreté réelle mobilière sur un bien grevé par préférence à un réclamant concurrent" (voir Introduction, section B, Terminologie). Dans le présent chapitre, pour évoquer la "priorité" dans une procédure d'insolvabilité, on emploie le terme "classement des créances" (voir, par exemple, par. 59 à 63 ci-après).

11. Dans le présent Guide, le terme "débiteur" est défini comme désignant la personne qui doit exécuter l'obligation garantie. Comme cette définition ne fonctionnerait pas bien dans le présent chapitre, le terme "débiteur" y a le sens que lui donne le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* et désigne donc une personne qui remplit les conditions d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chapitre I, par. 1 à 11 et recommandation 8).

12. En outre, comme d'autres chapitres du présent Guide emploient le terme "constituant" (personne qui constitue une sûreté) plutôt que "débiteur" (personne qui doit exécuter l'obligation garantie), ce dernier terme, tel qu'il est employé dans le présent chapitre, doit être interprété comme renvoyant à des situations où le constituant est le débiteur dans la procédure d'insolvabilité.

3. Principes généraux applicables aux sûretés dans les procédures d'insolvabilité

13. Le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* reconnaît en principe la création, l'opposabilité, la réalisation (voir recommandation 4 du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*) et la priorité (voir recommandation 1 du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*) d'une sûreté réelle mobilière instituée par une loi autre que la loi sur l'insolvabilité (voir recommandations 235 et 236 du présent Guide). Aux fins, toutefois, de la procédure d'insolvabilité, il se peut qu'il faille, à l'ouverture de cette procédure, modifier ou affecter les droits qu'a le créancier garanti en dehors de celle-ci. Il est souhaitable, dans ce cas, qu'une loi sur l'insolvabilité prévoie également des protections appropriées pour le créancier garanti. Ainsi qu'il est indiqué dans tout le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, ce qui importe, pour l'offre de crédit garanti, c'est que la loi sur l'insolvabilité contienne des règles claires quant aux effets que la procédure d'insolvabilité a sur les droits du créancier garanti, de façon que ce dernier puisse quantifier les risques associés à l'insolvabilité et en tenir compte pour accorder ou non un crédit, et à quelles conditions.

4. Loi applicable dans la procédure d'insolvabilité

14. Il peut être difficile de déterminer la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité et à la priorité de la sûreté et les droits du créancier garanti après défaillance lorsque la procédure d'insolvabilité est ouverte dans un État et que certains des actifs du débiteur ou des créanciers se trouvent dans un autre État, ou lorsque des procédures sont ouvertes dans deux États différents du fait de la nature multinationale de l'entreprise du débiteur. Dans un cas comme dans l'autre, ce seraient les règles générales de conflit de lois applicables en dehors de ces procédures qui régiraient ces questions, sous réserve des limites exposées aux sections a) et b) ci-dessous et de l'application des dispositions d'annulation de la loi sur l'insolvabilité (voir recommandation 220 du présent Guide). Cela ressort clairement de la recommandation 30 du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, selon laquelle l'État où une procédure d'insolvabilité est ouverte (c'est-à-dire l'État du for) devrait appliquer ses règles de conflit de lois pour déterminer la loi qui régit des questions telles que la constitution et l'opposabilité d'une sûreté existant au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité

a) Effets de l'insolvabilité: *lex fori concursus*

15. Une fois déterminées, conformément à la loi autre que la loi sur l'insolvabilité qui s'applique en dehors des procédures d'insolvabilité en vertu des règles de conflit de lois de l'État du for, la constitution et l'opposabilité de la sûreté, il se pose une deuxième question, qui concerne les effets de l'ouverture de procédures d'insolvabilité sur les sûretés. Il faut se demander par exemple si la réalisation de la sûreté est suspendue et si la sûreté sera reconnue dans la procédure et, dans l'affirmative, quel sera son rang relatif. Il est généralement admis que la loi sur l'insolvabilité de l'État où est ouverte la procédure d'insolvabilité (*lex fori concursus*) s'applique à l'ouverture, au déroulement, y compris au classement des créances, à l'administration et à la conclusion de cette procédure (aux "effets de l'insolvabilité"; voir recommandation 31 du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*).

16. La loi sur l'insolvabilité qui régit le rang de la sûreté peut modifier la priorité relative que celle-ci aurait en vertu de la loi sur les opérations garanties, et établir

des catégories de créances qui, en vertu de la loi sur l'insolvabilité, primeraient, lors de la répartition, une sûreté dans une procédure d'insolvabilité. Au moment de définir ces catégories de créances, il faudrait faire référence à la loi sur les opérations garanties en ce qui concerne la constitution, l'opposabilité, la priorité et la réalisation de la sûreté avant d'étudier la mesure dans laquelle, le cas échéant, le rang de priorité de la sûreté devrait être affecté par l'ouverture et l'administration d'une procédure d'insolvabilité. Indépendamment des questions de classement des droits, une sûreté pourrait être soumise aux dispositions d'annulation de la loi sur l'insolvabilité (voir recommandation 88 du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*).

b) Exceptions à la *lex fori concursus*

17. Si les effets de la procédure d'insolvabilité sur les sûretés sont habituellement régis par la *lex fori concursus*, certains États n'en ont pas moins adopté des exceptions. Ainsi, tel État du for peut s'en remettre, pour ce qui est des effets de l'insolvabilité sur les sûretés sur des biens rattachés à des biens immeubles, à la loi sur l'insolvabilité de l'État dans lequel les biens immeubles sont situés (*lex situs* ou *lex rei sitae*). Le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* traite de ces exceptions plus en détail (voir deuxième partie, chapitre I, par. 85 à 90 de ce guide), mais ne recommande pas d'appliquer la *lex rei sitae* aux effets de l'insolvabilité sur des biens rattachés à des biens immeubles, voire, généralement, à des biens meubles. Au lieu de cela, il recommande, d'une manière générale, que toutes exceptions à l'applicabilité de la *lex fori concursus* aux effets de l'insolvabilité soient limitées en nombre et clairement énoncées dans la loi sur l'insolvabilité (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, recommandation 34 et deuxième partie, chapitre I, par. 88).

5. Traitement des actifs grevés

18. Une sûreté peut être affectée, après l'ouverture d'une procédure, par les dispositions de la loi sur l'insolvabilité qui définissent le champ ou traitent d'une autre manière plusieurs questions. Il peut s'agir, par exemple, des actifs du débiteur qui font l'objet de la procédure d'insolvabilité; de l'arrêt ou de la suspension des poursuites engagées contre le débiteur; du financement postérieur à l'ouverture de la procédure; de l'annulation des opérations qui ont eu lieu avant l'ouverture de la procédure; de l'approbation du plan de redressement; et du rang de priorité des créances.

a) Identification des actifs qui font l'objet de la procédure d'insolvabilité

19. L'identification des actifs du débiteur qui feront l'objet de la procédure d'insolvabilité est déterminante pour la bonne conduite de cette dernière. Les actifs dont le représentant de l'insolvabilité a le contrôle et qui font l'objet de la procédure constituent la "masse" (voir la définition des "actifs du débiteur" à la section B.1 ci-après). Ainsi, le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* recommande que la masse constituée à l'ouverture de la procédure comprenne, en règle générale, l'ensemble des biens et droits du débiteur, notamment les droits sur des biens, corporels (meubles ou immeubles) ou incorporels, où qu'ils se trouvent (dans le pays ou à l'étranger), et qu'ils soient en sa possession ou non au moment de l'ouverture de la procédure. La masse devrait aussi englober les droits du débiteur

sur des actifs grevés et sur des actifs appartenant à des tiers, ainsi que les actifs acquis par le débiteur ou le représentant de l'insolvabilité après l'ouverture de la procédure et les actifs recouvrés au moyen d'une action en annulation (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, recommandation 35).

i) Actifs grevés

20. Le fait d'inclure dans la masse les droits du débiteur sur des actifs grevés peut aider non seulement à garantir le traitement équitable des créanciers qui se trouvent dans la même situation, mais également à atteindre les objectifs de la procédure d'insolvabilité lorsque, par exemple, les actifs en question sont essentiels pour le redressement du débiteur ou la vente de son entreprise en vue de la poursuite de l'activité en cas de liquidation. Le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* examine les actifs du débiteur qui entrent dans la masse (ainsi que ceux qui en sont exclus) et les effets de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sur les actifs grevés. Il souligne, en particulier, qu'il importe, pour le succès du redressement, d'inclure dans la masse les droits du débiteur sur des actifs grevés et sur des actifs appartenant à des tiers (pour la définition du terme "actifs du débiteur", voir section B.1 ci-dessous; pour une discussion sur la masse, voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chapitre II, par. 7 à 9) et de suspendre, à l'ouverture, certaines actions vis-à-vis de sûretés (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chapitre II, par. 36 à 40, 56, 57 et 59 à 69, et recommandation 46, ainsi que les paragraphes 26 et 27 ci-après)

ii) Actifs acquis après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité

21. Le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* (voir recommandation 35, alinéa b)), dispose qu'un actif acquis par le débiteur après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité entre généralement dans la masse de l'insolvabilité.

22. Par conséquent, même si le créancier garanti peut être titulaire d'une sûreté sur des actifs futurs du débiteur, cette sûreté ne devrait pas s'étendre aux actifs acquis par ce dernier après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (voir aussi la recommandation 232 du présent Guide), à moins que le créancier garanti ne fournisse un financement supplémentaire. Si la sûreté s'étendait généralement aux actifs acquis par le débiteur après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, le créancier garanti bénéficierait injustement, sans accorder de crédit supplémentaire au débiteur, de l'accroissement, découlant de l'acquisition d'actifs par le débiteur après l'ouverture de la procédure, des actifs grevés susceptibles d'être disponibles pour satisfaire l'obligation garantie. À l'inverse, d'autres créanciers de la masse seraient injustement lésés si les actifs non grevés de cette masse étaient utilisés après l'ouverture de la procédure pour acquérir des actifs supplémentaires sur lesquels la sûreté du créancier garanti porterait automatiquement et qui serviraient à satisfaire l'obligation garantie.

23. Toutefois, si les actifs acquis par le débiteur après l'ouverture de la procédure sont le produit d'actifs sur lesquels le créancier garanti détenait une sûreté opposable avant l'ouverture de la procédure (ou rendue opposable après l'ouverture de la procédure mais pendant un délai de grâce), la sûreté devrait s'étendre à ce produit (voir recommandation 233 du présent Guide). Dans le cas contraire, le créancier garanti n'obtiendrait pas l'avantage de sa sûreté sur un actif grevé dont il est disposé ou sur lequel il est reçu paiement après l'ouverture de la procédure et

serait, compte tenu de ce risque, moins enclin à accorder au débiteur des crédits à des taux abordables, même si les perspectives d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité étaient inexistantes.

24. On pourrait, pour illustrer ces points, donner un exemple. Soit un créancier garanti titulaire d'une sûreté non annulable sur l'ensemble des stocks existants et futurs du débiteur. Après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, le débiteur vend un bien immeuble qui n'est grevé d'aucune sûreté et utilise le produit en espèces de la vente pour acheter des stocks. La sûreté ne devrait pas s'étendre à ces stocks postérieurs à l'ouverture de la procédure. Le créancier garanti n'a accordé aucun crédit qui serait adossé à une sûreté sur les nouveaux stocks. En étendant la sûreté aux nouveaux stocks, on léserait les autres créanciers de la masse puisque le bien immeuble, actif non grevé qui aurait autrement pu servir à rembourser les créances de ces créanciers, aurait servi à accroître les actifs disponibles pour satisfaire l'obligation garantie.

25. Par contre, si les nouveaux stocks étaient acquis grâce au produit en espèces de la vente, par le débiteur, de stocks qui existaient à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et sur lesquels le créancier garanti détenait une sûreté non annulable, cette dernière devrait s'étendre aux stocks acquis après l'ouverture de la procédure. Les nouveaux stocks remplacent en fait les stocks vendus. Le créancier garanti n'est pas injustement favorisé et les autres créanciers ne sont pas injustement lésés.

b) Protection de la masse grâce à l'arrêt des poursuites

26. Une loi efficace sur l'insolvabilité a deux grands objectifs: s'assurer que la valeur de la masse de l'insolvabilité ne subit aucune dépréciation due aux actions des diverses parties et permettre que la masse soit administrée d'une manière équitable et ordonnée (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, recommandation 1). Nombre de lois y parviennent en imposant un arrêt qui empêche les créanciers d'engager des actions individuelles ou collectives pour recouvrer leurs créances ou exercer toute voie de droit ou mener toute procédure contre le débiteur ou les actifs de la masse, et qui suspend toute action de ce type qui pourrait être pendante. Lorsque l'arrêt s'applique à compter de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, recommandation 46), il peut être complété par des mesures provisoires ordonnées par le tribunal pour protéger les actifs du débiteur et l'intérêt collectif des créanciers entre le moment où la demande d'ouverture de la procédure est déposée et celui où le tribunal y donne suite (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, recommandations 39 à 45). Le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* examine en détail le champ des actions auxquelles un arrêt impératif ou provisoire des poursuites s'applique (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chapitre II, par. 30 à 40); le moment à partir duquel s'applique l'arrêt des poursuites et la durée (y compris la prorogation) de l'arrêt (voir deuxième partie, chapitre II, par. 41 à 53 et 58); et les mesures destinées à protéger les intérêts des créanciers garantis (voir deuxième partie, chapitre II, par. 59 à 69; voir aussi *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité,* recommandations 39 à 51).

i) Portée de l'arrêt des poursuites

27. Certains États font porter l'arrêt sur toutes les actions engagées contre le débiteur, qu'elles soient judiciaires ou non, y compris celles engagées par des

créanciers garantis et des tiers propriétaires. L'arrêt s'étend habituellement aux actions tendant à la réalisation d'une sûreté par prise de possession et vente, location ou autre mode de disposition des actifs grevés (ou par un autre moyen de réalisation exposé au chapitre X, Réalisation d'une sûreté, du présent Guide). Il s'étend aussi aux actions tendant à constituer une sûreté ou à rendre une sûreté opposable (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, recommandation 46). Certaines lois sur l'insolvabilité opèrent une distinction entre liquidation et redressement pour ce qui concerne l'application et la durée de l'arrêt des actions engagées par des créanciers garantis ou des tiers propriétaires. Un nombre croissant de lois sur l'insolvabilité reconnaissent que, si le fait de limiter la réalisation des sûretés risque d'influer négativement sur le coût du crédit et l'offre de crédit, le fait d'exclure les actions engagées par les créanciers garantis de la portée de l'arrêt pourrait contrarier les objectifs fondamentaux de la procédure d'insolvabilité. Cela est particulièrement vrai en cas de redressement, puisqu'il est bien souvent indispensable que le débiteur puisse continuer à utiliser des actifs grevés pour faire fonctionner et, par conséquent, redresser l'entreprise. Tous les effets néfastes que l'arrêt est susceptible d'avoir peuvent être atténués par des mesures visant à protéger la valeur économique des actifs grevés contre toute dépréciation (voir par. 31 à 34 ci-après).

28. Si une sûreté est opposable au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, il faut exclure de la portée de l'arrêt toute action que le créancier garanti pourrait devoir engager pour qu'elle reste opposable. Ainsi, la loi sur les opérations garanties pourrait prévoir un délai de grâce pour l'inscription de certaines sûretés, comme les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions, sur le registre général des sûretés (voir les recommandations 176 et 189 du présent Guide); en règle générale, l'arrêt ne devrait pas avoir d'incidences sur l'inscription au cours d'un tel délai de grâce (même si ce dernier expire après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité).

ii) Durée de l'arrêt

29. Dans les procédures de redressement, sous réserve des mesures de protection décrites ci-dessous, il est souhaitable que l'arrêt s'applique aux sûretés pendant une période suffisante pour assurer la bonne administration du redressement et empêcher que des actifs grevés ne soient soustraits de la masse avant que la manière de les traiter ne soit décidée et qu'un plan approprié ne soit approuvé.

30. Il est également souhaitable que l'arrêt s'applique aux sûretés dans les procédures de liquidation, en particulier pour faciliter la vente de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité. Le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* recommande que l'arrêt s'applique pendant une courte période (30 à 60 jours, par exemple), clairement indiquée dans la loi sur l'insolvabilité et prorogeable dans certaines circonstances, mais il pourrait aussi s'appliquer pendant toute la procédure de liquidation sous réserve du prononcé, par le tribunal, de son aménagement dans certaines circonstances limitées (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, recommandation 49).

iii) Protection des créanciers garantis

31. Une loi sur l'insolvabilité devrait prévoir des mesures destinées à protéger les créanciers garantis titulaires de sûretés dont la valeur économique pâtit de l'arrêt

(voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, recommandation 50). Ces mesures pourraient prendre la forme d'un aménagement de l'arrêt des poursuites ou d'une libération des actifs grevés. Même en l'absence de demande d'aménagement de l'arrêt, une loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'un créancier garanti a le droit d'être protégé contre la dépréciation des actifs grevés et que le tribunal peut prononcer les mesures de protection appropriées

32. Le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* recommande que les motifs d'aménagement de l'arrêt ou de libération de l'actif grevé comprennent les cas où, par exemple, cet actif n'est pas nécessaire à un éventuel redressement ou à une éventuelle vente de l'entreprise débitrice; sa valeur diminue du fait de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et le créancier garanti n'est pas protégé contre cette diminution; et, dans le cas d'un redressement, aucun plan n'a été approuvé dans tout délai (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, recommandation 51). Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient également qu'une fois l'aménagement accordé et l'arrêt levé vis-à-vis d'actifs grevés donnés, ces actifs peuvent être remis au créancier garanti. Le créancier garanti pourrait alors réaliser sa sûreté contre ce bien conformément à la loi applicable. Tout excédent restant après paiement de l'obligation garantie entrerait dans la masse.

33. Au centre de la protection contre la dépréciation se trouve le mécanisme qui permet de déterminer à la fois la valeur des actifs grevés et le moment de leur évaluation, selon l'optique dans laquelle cela doit être déterminé. Il peut être nécessaire d'évaluer l'actif à différents moments de la procédure d'insolvabilité, par exemple à l'ouverture puis au cours de la procédure, ou seulement au cours de la procédure. La question de la base sur laquelle cette évaluation devrait être faite (par exemple, valeur d'exploitation ou valeur de liquidation) se pose également. La valeur d'un actif grevé peut, au moins dans le premier cas, être déterminée d'un commun accord entre les parties avant l'ouverture de la procédure ou peut devoir l'être par le tribunal sur la base de certains éléments (étude des marchés, situation du marché et témoignages d'experts, notamment).

34. Le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* examine le moment de l'évaluation et différents mécanismes d'évaluation (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chapitre II, par. 66 à 68).

c) Utilisation et disposition des actifs grevés

35. Les créanciers garantis seront toujours préoccupés par la manière dont les actifs grevés sont traités après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Le traitement de ces actifs dépend de ce dont la loi sur l'insolvabilité dispose en ce qui concerne, par exemple, l'application de l'arrêt, la constitution d'une nouvelle sûreté sur ces actifs, leur utilisation au cours de la procédure d'insolvabilité, leur vente ou disposition, la renonciation à ces actifs et la vente des actifs grevés libres de toute sûreté.

36. Le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* recommande que la loi sur l'insolvabilité permette d'utiliser et de disposer des actifs grevés ou de les grever d'une nouvelle sûreté réelle dans la procédure d'insolvabilité. Elle énonce des recommandations sur les conditions dans lesquelles des actifs grevés libres de toute sûreté peuvent être vendus (par exemple, le fait que la sûreté sur un actif doive s'étendre au produit de la vente de cet actif) et les mesures de protection dont

doivent bénéficier les créanciers garantis qui ont des droits sur des actifs grevés qui sont ainsi vendus, notamment l'obligation d'aviser ces créanciers de tout projet de vente ou autre acte de disposition des actifs grevés et de leur donner la possibilité de s'y opposer (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chapitre II, par. 74 à 89 et recommandations 52 à 59).

6. Financement postérieur à l'ouverture de la procédure

37. Dans les procédures de liquidation et de redressement, un représentant de l'insolvabilité peut demander à disposer de fonds pour continuer à faire fonctionner l'entreprise. Les actifs liquides de la masse, espèces ou autres actifs convertibles en espèces (tels que le produit attendu de créances liquides) et libres de toute sûreté antérieure opposable, peuvent ne pas suffire à couvrir les dépenses prévues. Si les actifs liquides non grevés ou la trésorerie attendue sont insuffisants, le représentant de l'insolvabilité doit obtenir des fonds auprès de tiers. Ces derniers, qui sont souvent les prêteurs qui ont accordé un crédit au débiteur avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, ne seront, en règle générale, disposés à accorder le crédit nécessaire que s'ils reçoivent l'assurance (sous forme de créance prioritaire ou de sûreté prioritaire sur les actifs de la masse) qu'ils seront remboursés.

38. Pour tous ces arrangements de financement (ci-après dénommés collectivement "financement postérieur à l'ouverture de la procédure"), il est essentiel que les droits qu'ont les créanciers garantis antérieurs à l'ouverture de la procédure de recevoir la valeur économique des actifs grevés soient dûment protégés contre la dépréciation. Alors que certains États autorisent, dans des cas limités, pour garantir un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, la constitution d'une sûreté primant une sûreté antérieure, le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* recommande que la constitution de cette sûreté (parfois dénommée "privilège") ne soit permise que lorsque certaines conditions sont remplies, notamment le fait que les droits qu'ont les créanciers garantis antérieurs à l'ouverture de la procédure de recevoir la valeur économique des actifs grevés soient dûment protégés contre la dépréciation. La question du financement postérieur à l'ouverture de la procédure est examinée en détail dans la deuxième partie, chapitre II, par. 94 à 107 et les recommandations 63 à 68 du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*.

7. Traitement des contrats

a) Clauses de résiliation automatique et de déchéance du terme

39. Les parties à des conventions constitutives de sûretés ont intérêt, pour le traitement en cas d'insolvabilité, à disposer de clauses qui définissent les cas de défaut d'exécution donnant lieu à la résiliation automatique ou à la déchéance du terme dans le cadre de la convention. Certaines lois sur l'insolvabilité autorisent l'annulation de ce type de clause à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, mais cette façon de procéder ne s'est pas encore généralisée. L'incapacité de porter atteinte de cette manière aux principes généraux du droit des contrats peut toutefois rendre impossible le redressement lorsque le contrat porte, par exemple, sur un actif nécessaire au redressement ou à la cession de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité. Le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* recommande que de telles clauses soient inopposables au représentant de l'insolvabilité et au débiteur (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, recommandation 70).

40. On peut contrebalancer les effets négatifs de l'annulation de ce type de clause en prévoyant le dédommagement des créanciers pouvant démontrer qu'ils ont subi un préjudice ou une perte en raison de la continuation du contrat après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou en prévoyant une exception à une annulation générale de ces clauses pour certains types de contrats. Le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* recommande que les contrats faisant l'objet d'une exception à une annulation générale comprennent les contrats financiers et que des règles spéciales s'appliquent dans le cas des contrats de travail (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, recommandations 70 et 71).

41. La loi sur l'insolvabilité pourrait aussi prévoir, par exemple, qu'une telle clause ne rend pas inopposable ni n'invalide une clause contractuelle libérant un créancier d'une obligation de consentir un prêt ou d'octroyer un crédit ou d'autres facilités financières au profit du débiteur après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Il ne serait pas équitable d'exiger d'un prêteur qu'il accorde des prêts ou d'autres facilités de crédit à une partie insolvable lorsque les chances de remboursement sont considérablement réduites. Il serait particulièrement inéquitable d'exiger l'octroi de crédits après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité si, comme cela est décrit au paragraphe 22 ci-dessus, aucun actif grevé supplémentaire n'est accordé après l'ouverture au créancier garanti (voir recommandation 234 du présent Guide).

b) Continuation ou rejet des contrats

42. Les lois sur l'insolvabilité adoptent des solutions différentes en ce qui concerne la poursuite de l'exécution ou le rejet des contrats. Le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* fait un certain nombre de recommandations relatives au traitement des contrats à l'ouverture de la procédure. Elles comprennent des recommandations sur les procédures qui visent à déterminer s'il convient de poursuivre l'exécution des contrats ou de les rejeter, le traitement des contrats lorsque le débiteur est défaillant à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, les effets de la poursuite de l'exécution ou du rejet, les crédits-bails, la cession de contrats, les types de contrat pour lesquels des exceptions peuvent être exigées et les contrats postérieurs à l'ouverture de la procédure (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chapitre II, par. 108 à 147, et recommandations 69 à 86). En tout état de cause, ce qui importe, pour un créancier garanti, c'est que le rejet d'une convention constitutive de sûreté ne met pas fin ni ne porte atteinte aux obligations garanties déjà souscrites, ni n'éteint la sûreté, et que les contrats financiers et les engagements de crédit sont fréquemment exclus du champ d'application des lois sur l'insolvabilité qui régissent le traitement des contrats de manière plus générale (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chapitre II, par. 208 à 215 et recommandation 101).

8. Action en annulation

43. Comme mentionné ci-dessus, la loi sur l'insolvabilité devrait reconnaître en principe l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière qui est opposable en vertu du droit des opérations garanties. Dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité, néanmoins, la sûreté peut être annulée pour les mêmes motifs que n'importe quelle autre opération. Ainsi, l'opération peut être annulée au motif qu'il s'agit d'une opération préférentielle, d'une opération à prix sous-évalué ou d'une opération qui

vise à faire échouer, à entraver ou à retarder le recouvrement des créances (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, recommandation 87). Par conséquent, si le débiteur grevait ses actifs pour privilégier un créancier sur les autres à la veille de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ou, sans obtenir la valeur correspondante, nuire à d'autres créanciers, l'opération serait susceptible d'annulation en tant qu'opération préférentielle ou opération à prix sous-évalué. Le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* examine les types d'opérations susceptibles d'annulation, la période suspecte, la conduite de l'action en annulation et la responsabilité des autres parties à une opération annulée (voir deuxième partie, chapitre II, par. 148 à 203 et recommandations 87 à 99 de ce guide).

44. Parmi les sûretés réelles mobilières susceptibles d'annulation, on peut citer, par exemple, une sûreté constituée peu de temps avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité pour garantir une dette antérieure; une sûreté pour laquelle une ou plusieurs des mesures requises pour la rendre opposable ont été prises après sa constitution et après l'expiration de tout délai de grâce applicable (voir les recommandations 176 et 189 du présent Guide), mais pendant la période suspecte; et l'acquisition d'un bien grevé à titre d'exécution intégrale ou partielle des obligations garanties (voir les recommandations 153 à 156 du présent Guide) à un prix nettement inférieur à sa valeur réelle.

9. Participation de créanciers garantis à la procédure d'insolvabilité

45. Lorsque des actifs grevés font partie de la masse de l'insolvabilité et que les droits des créanciers garantis sont affectés par la procédure d'insolvabilité, ces créanciers devraient avoir le droit de participer à la procédure d'insolvabilité (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, recommandation 126). Cette participation peut prendre différentes formes. Dans certaines lois elle comprend le droit d'être entendu et de comparaître pendant la procédure, tandis que dans d'autres elle inclut le droit de se prononcer par vote sur certaines questions spécifiées, comme la sélection (et la révocation) du représentant de l'insolvabilité et l'approbation d'un plan de redressement, le droit de donner des conseils au représentant de l'insolvabilité si cela lui est demandé ou sur des questions spécifiées dans la loi sur l'insolvabilité, et d'exercer d'autres devoirs et fonctions déterminés par la loi sur l'insolvabilité, les tribunaux ou le représentant de l'insolvabilité. Dans certains cas, l'étendue du droit qu'a un créancier garanti de se prononcer par vote sur certaines questions peut dépendre de la mesure dans laquelle l'obligation garantie excède la valeur de l'actif grevé; si le créancier garanti n'a pas une sûreté suffisante, il pourrait participer comme créancier chirographaire dans la mesure où l'actif grevé ne permet pas d'exécuter son obligation.

46. Le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* examine d'une manière générale les questions liées à la participation des créanciers et les mécanismes qui peuvent être utilisés pour faciliter cette participation (voir deuxième partie, chapitre III, par. 75 à 115 et recommandations 126 à 137).

10. Procédure de redressement

a) Approbation d'un plan de redressement

47. La question de savoir si un créancier garanti a le droit de participer à l'approbation d'un plan de redressement dépendra de la manière dont la loi sur

l'insolvabilité traite les créanciers garantis et, en particulier, de la mesure dans laquelle le plan de redressement peut modifier ou porter atteinte à leurs sûretés ainsi que de la mesure dans laquelle la valeur de l'actif grevé remboursera la créance du créancier garanti. Lorsque la valeur de l'actif grevé n'est pas suffisante pour rembourser la créance du créancier garanti, celui-ci peut participer à la fois en tant que créancier garanti et créancier chirographaire.

48. Lorsqu'un plan de redressement propose de porter atteinte aux droits de créanciers garantis ou de les modifier, ces derniers devraient avoir la possibilité de se prononcer par vote sur l'approbation de ce plan (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité,* recommandation 146). À cet effet, certaines lois sur l'insolvabilité classent les créanciers, y compris les créanciers garantis, en fonction de la nature de leurs droits et intérêts. Certaines lois sur l'insolvabilité prévoient que les créanciers garantis votent ensemble en tant que catégorie distincte de celle des créanciers chirographaires. D'autres lois prévoient que chaque créancier garanti constitue une catégorie en soi.

49. Lorsque les créanciers garantis participent à la procédure d'approbation, la question se pose de savoir s'ils sont liés par le plan même s'ils s'y sont opposés ou se sont abstenus. Lorsque les créanciers garantis votent par catégorie, certaines lois sur l'insolvabilité prévoient que, si la majorité requise dans une catégorie vote l'approbation du plan, les membres de cette catégorie qui n'ont pas approuvé le plan seront liés par ce dernier, sous réserve de certaines protections (ils recevront, par exemple, au moins autant dans le cadre du plan que ce qu'ils auraient reçu en cas de liquidation ou seront, dans un certain délai, désintéressés à hauteur de la valeur de leur sûreté réelle majorée d'intérêts au taux du marché). Le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* examine la procédure de redressement de manière assez détaillée (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chapitre IV, par. 26 à 75 et recommandations 139 à 159), y compris le vote des créanciers garantis (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chapitre IV, par. 34 à 39 et recommandations 146, 150 et 151).

50. Plusieurs exemples illustrent la façon dont on peut, dans un plan de redressement, préserver la valeur économique des sûretés, même si elles sont affectées ou modifiées par ce plan. Si le plan prévoit, à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie, un versement en espèces à un créancier garanti, ce versement ou, s'il est échelonné, sa valeur actualisée ne devraient pas être inférieurs à ce que le créancier garanti aurait reçu en cas de liquidation. Pour déterminer cette valeur, il faudra tenir compte de l'utilisation de ces biens et des objectifs de l'évaluation. Une telle évaluation se fondera non seulement sur la valeur de liquidation stricte de l'actif, mais aussi sur sa valeur d'exploitation. Ainsi, si le débiteur reste en possession du bien et continue de l'utiliser dans le cadre du plan de redressement en vue de la poursuite de l'activité ou s'il vend l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité, cette valeur devra être fixée par rapport à la valeur d'exploitation plutôt qu'à celle du bien considéré séparément.

51. Si le plan oblige le créancier garanti à libérer une partie des actifs grevés, il pourra également prévoir la possibilité de soumettre à la sûreté du créancier garanti des actifs de remplacement d'une valeur au moins égale, à moins qu'en disposant des actifs grevés restants, le créancier garanti puisse se rembourser intégralement.

b) Évaluation des actifs grevés

52. Les recommandations 49 c) ii), 50, 51 b), 54 a), 58 d), 59 c) et 67 c) du *Guide de la CNUDCI* sur l'insolvabilité prévoient, de manière générale, la protection de la valeur des actifs grevés dans les procédures d'insolvabilité. La recommandation 152 b) du même Guide prévoit que chaque créancier, y compris un créancier garanti, recevra au moins autant dans le cadre d'un plan homologué par un tribunal que ce qu'il aurait reçu en cas de liquidation. Les questions à prendre en compte pour déterminer la valeur des actifs grevés sont examinées dans le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* (voir deuxième partie, chapitre II, par. 66 à 69 de ce guide et par. 33 ci-dessus).

53. Pour déterminer la valeur de liquidation des actifs grevés dans une procédure de redressement (aux fins de l'application de la recommandation 152 b) du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*), il faudra tenir compte de l'utilisation des actifs grevés, des objectifs de l'évaluation et d'autres considérations pertinentes. La valeur de liquidation des actifs pourra se fonder, par exemple, sur leur valeur d'exploitation (voir recommandation 239 du présent Guide), qui représente peut-être de façon plus exacte la valeur des actifs grevés compte tenu de l'utilisation qui en sera faite.

11. Procédure de redressement accélérée

54. Ces dernières années, une attention particulière a été accordée à l'élaboration d'une procédure de redressement accélérée (procédure ouverte pour donner effet à un plan négocié et convenu par les créanciers concernés lors de négociations volontaires de restructuration qui ont eu lieu avant l'ouverture de la procédure, lorsque la loi sur l'insolvabilité autorise le tribunal à accélérer la conduite de cette procédure). Les négociations volontaires de restructuration menées avant l'ouverture de la procédure concernent généralement les créanciers, y compris des créanciers garantis, dont la participation est requise pour garantir un redressement efficace ou dont les droits seront affectés par le redressement.

55. Les règles procédurales applicables à la procédure de redressement accélérée prévoiraient pour l'essentiel les mêmes garanties et les mêmes protections que celles applicables aux procédures de redressement ordinaires contrôlées par un tribunal. Étant donné, toutefois, que le plan de redressement a déjà été négocié et convenu par la majorité requise des créanciers lors de l'ouverture de la procédure accélérée, plusieurs des dispositions procédurales d'une loi sur l'insolvabilité qui porterait sur la procédure ordinaire contrôlée par un tribunal pourront être modifiées ou ne pas s'appliquer (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chapitre IV, par. 87 à 92 et recommandations 160 à 168).

12. Traitement des créances garanties

56. Une question importante pour les créanciers garantis est de savoir s'ils seront tenus de déclarer leurs créances dans la procédure d'insolvabilité. Dans les lois sur l'insolvabilité qui n'incluent pas les actifs grevés dans la masse de l'insolvabilité et qui autorisent les créanciers garantis à réaliser librement leur sûreté réelle sur ces actifs, ces créanciers peuvent être dispensés de l'obligation de déclarer leur créance. Dans de tels cas, ils ne doivent le faire que dans la mesure où leur créance n'a pas été entièrement couverte par la valeur de vente de l'actif grevé (voir *Guide de la*

CNUDCI sur l'insolvabilité, deuxième partie, chapitre V, par. 1 à 50 et recommandations 169 à 184).

57. Une autre approche exige des créanciers garantis qu'ils déclarent une créance d'un montant correspondant à la valeur totale de leur sûreté réelle, qu'une partie de leur créance soit ou non chirographaire. Cette obligation ne vaut, dans certaines lois, que pour les détenteurs de certains types de sûreté réelle, tels que les charges flottantes, les actes de vente ou les hypothèques mobilières. Certaines lois sur l'insolvabilité autorisent aussi les créanciers garantis à remettre leur sûreté au représentant de l'insolvabilité et à déclarer une créance d'un montant correspondant à la valeur totale de la sûreté. L'obligation de déclaration imposée aux créanciers garantis a pour but de renseigner le représentant de l'insolvabilité sur l'existence de toutes les créances, sur l'étendue de l'obligation garantie et sur la description des actifs grevés. Quelle que soit la solution retenue, il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité énonce des règles claires sur le traitement des créanciers garantis en matière de déclaration de créances.

58. Lorsque le montant de la créance ne peut être déterminé, ou ne l'a pas été, au moment de la déclaration, de nombreuses lois sur l'insolvabilité autorisent l'admission provisoire de la créance, sous réserve que lui soit attribuée une valeur fictive (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, recommandation 178). La détermination de la valeur d'une telle créance soulève un certain nombre de questions, comme celle de savoir à quelle date la valeur doit être déterminée et si elle doit être liquide (auquel cas elle devra être examinée par un tribunal) ou estimative (auquel cas le représentant de l'insolvabilité, le tribunal ou quelque autre personne désignée à cet effet pourrait se charger de la déterminer) (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, recommandation 179). Lorsqu'un tribunal est tenu de trancher, une question connexe est de savoir quel tribunal sera compétent (le tribunal de l'insolvabilité ou autre) et quel effet tout retard dans la décision aura sur la conduite de la procédure d'insolvabilité. Pour ce qui est du moment de l'évaluation, de nombreuses lois sur l'insolvabilité exigent que ce soit la date effective de l'ouverture de la procédure (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chapitre V, par. 38 et recommandation 179).

13. Classement des créances garanties

59. Une loi sur les opérations garanties fixe l'ordre de priorité des sûretés par rapport aux droits des réclamants concurrents (pour la définition des termes "réclamants concurrents" et "priorité", voir Introduction, section B, Terminologie, du présent Guide), y compris des autres créanciers garantis et chirographaires d'un débiteur, des créanciers judiciaires qui détiennent une sûreté réelle mobilière et des acheteurs de biens grevés. De nombreuses lois sur l'insolvabilité reconnaissent la priorité des sûretés avant l'insolvabilité et classent ces droits avant d'autres créances, telles que les frais d'administration et les autres créances (créances fiscales ou créances salariales, par exemple). Ces lois prévoient que les créances garanties devraient être payées sur le produit de la vente de certains actifs grevés ou sur les fonds généraux, suivant la manière dont sont traités les actifs grevés dans la loi sur l'insolvabilité (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité,* recommandation 188). Cependant, lorsque le représentant de l'insolvabilité a dépensé les ressources non grevées de la masse pour maintenir ou préserver la valeur des actifs grevés, ces dépenses pourront se voir attribuer un rang de priorité

plus élevé que les créances garanties. En conséquence, elles devront peut-être être recouvrées du produit de la vente d'actifs grevés ou de la valeur qui leur est attribuée (voir la recommandation 238 du présent Guide).

60. D'autres lois classent les créances garanties après les frais d'administration et d'autres créances spécifiées (généralement non garanties) (créances salariales et fiscales, par exemple) ou limitent le montant auquel une créance garantie se verra accorder un rang de priorité plus élevé à un certain pourcentage de cette dernière. L'octroi d'un rang de priorité plus élevé à certaines créances non garanties, qui se fonde souvent sur des considérations de politique sociale, a des répercussions sur l'offre et sur le coût du crédit garanti. On limite parfois le montant que recouvre un créancier garanti sur la valeur des actifs grevés en cas de sûreté constituée sur la totalité des actifs du débiteur afin d'accorder une certaine protection aux créanciers chirographaires (souvent à hauteur d'un montant limité).

61. Selon une autre approche, les créanciers garantis postérieurs à l'ouverture de la procédure pourront avoir la priorité sur des créanciers garantis antérieurs à celle-ci (voir par. 37 et 38 ci-dessus) à condition que les droits des créanciers antérieurs puissent être protégés (voir *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, recommandations 66 et 67).

62. Dans les situations où la loi sur l'insolvabilité confère des privilèges particuliers à certains types de créances auxquelles elle accorde la priorité sur les créances garanties (privilège pour le paiement d'une créance fiscale ou autres créances non garanties, par exemple), il est souhaitable de limiter au minimum ces privilèges, et de les énoncer ou de les mentionner clairement dans la loi sur l'insolvabilité (voir la recommandation 80 du présent Guide). Ainsi, le régime de l'insolvabilité sera transparent et prévisible pour ce qui est de son impact sur les créanciers, et les créanciers garantis pourront évaluer plus précisément les risques auxquels ils s'exposent. Ces questions sont examinées plus avant dans le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, deuxième partie, chapitre V, paragraphes. 51 à 79 et recommandations 185 à 193.

63. Comme on l'a vu plus haut, la loi sur l'insolvabilité respecte en général la priorité des sûretés antérieures à l'ouverture de la procédure (lorsque la sûreté a été rendue opposable avant l'ouverture de la procédure ou après, mais pendant un délai de grâce), sous réserve des privilèges dont pourraient bénéficier d'autres créances en vertu de la loi sur l'insolvabilité. Il en va de même pour la priorité des sûretés établie par cession de rang (modification du rang de priorité d'une sûreté par accord de cession de rang, arrêt du tribunal ou, même, décision unilatérale; voir la recommandation 237 du présent Guide). Le déclassement ne devrait toutefois pas avoir pour effet d'accorder à un créancier garanti un rang supérieur à celui qui lui aurait été normalement accordé en tant que créancier particulier ou que membre d'une classe de créanciers garantis en vertu de la loi applicable. Cela signifie que si des créanciers garantis A, B et C se classent de sorte que A est premier, B est deuxième et C est troisième, et A renonce à sa priorité en faveur de C, B ne bénéficiera pas d'un rang de priorité supérieur à celui que A aurait eu pour recouvrer le montant de sa créance. Cela signifie en outre qu'un créancier garanti qui obtiendrait une cession de rang d'un créancier garanti appartenant à une classe ne pourrait bénéficier d'un rang de priorité supérieur au rang de cette classe.

14. Opérations de financement d'acquisitions

64. Le traitement, en cas d'insolvabilité, des sûretés et autres droits en garantie de l'exécution d'une obligation est le principal souci des créanciers d'un acheteur, d'un preneur à bail ou d'un emprunteur. Ce traitement peut varier en fonction de la manière dont un droit particulier est caractérisé dans une loi sur les opérations garanties; la manière dont les droits sont traités dans la loi sur les opérations garanties détermine en général la manière dont ils le seront dans l'insolvabilité. En conséquence, le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* n'aborde pas la question de savoir comment ces droits sont caractérisés dans la loi sur les opérations garanties mais seulement leur traitement dans l'insolvabilité, étant donné leur caractérisation par la loi sur les opérations garanties.

65. Dans les États qui intègrent dans leur loi sur les opérations garanties toutes les formes de droits liés au financement d'acquisitions, les opérations assorties de clauses de réserve de propriété et les crédits-bails sont traités, dans le cas d'une procédure d'insolvabilité visant le débiteur, de la même manière qu'une sûreté non liée à une acquisition, en tenant compte de toute priorité spéciale qu'accorde à la sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition la loi autre que la loi sur l'insolvabilité (voir la recommandation 183, chapitre XI, approche unitaire du financement d'acquisitions, du présent Guide). Le même résultat se produirait toutes les fois qu'une loi sur les opérations garanties caractérise une opération comme donnant lieu à une sûreté réelle mobilière (voir recommandation 198, alternative A, chapitre XI, approche non unitaire du financement d'acquisitions, du présent Guide). Il s'ensuit que les dispositions du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* applicables aux sûretés s'appliqueraient à ces diverses sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'une acquisition. Lorsque les États traitent séparément les opérations assorties de clauses de réserve de propriété et les crédits-bails, les actifs qui font l'objet de ces opérations ne sont souvent pas traités par la loi sur les opérations garanties comme des actifs grevés d'une sûreté réelle mobilière, mais comme des actifs appartenant au vendeur ou au bailleur. Par conséquent, les dispositions du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* relatives aux actifs appartenant à des tiers s'appliqueraient à ces opérations (voir recommandation 198, alternative B, approche non unitaire, du présent Guide).

66. En tout état de cause, qu'un droit lié au financement d'une acquisition soit traité, dans la procédure d'insolvabilité, conformément aux règles applicables aux sûretés ou conformément à celles applicables aux contrats et aux actifs appartenant à des tiers, tous les droits liés au financement d'une acquisition devraient être soumis aux effets de l'insolvabilité spécifiés dans le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*. Dans les deux alternatives de l'approche non unitaire (voir alternatives A et B de la recommandation 198 de ce guide), on pourra noter que le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* recommande souvent d'appliquer le même traitement aux titulaires de sûretés et d'actifs appartenant à des tiers. C'est le cas par exemple de la recommandation 88 du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité* (application de pouvoirs d'annulation, notamment aux sûretés); de la recommandation 35 (inclusion des droits du débiteur sur les actifs grevés de la masse); des recommandations 39 à 51 (application de mesures provisoires, arrêt des poursuites relatives aux actifs grevés et aménagement de l'arrêt des poursuites); de la recommandation 52 (utilisation et disposition des actifs de la masse, y compris les

actifs grevés); de la recommandation 54 (utilisation d'actifs appartenant à des tiers); et des recommandations 69 à 86 (traitement des contrats).

15. Créances ayant fait l'objet d'un transfert pur et simple avant l'ouverture de la procédure

67. Un transfert pur et simple d'une créance entre dans le champ d'application du présent Guide, bien qu'il ne soit pas effectué pour garantir l'exécution d'une obligation (voir recommandations 3 et 164 du présent Guide). En tout état de cause, quelle que soit la manière dont il est traité dans une loi autre que la loi sur l'insolvabilité, la loi sur l'insolvabilité traite le transfert pur et simple d'une créance comme tout autre transfert par le débiteur d'un actif avant l'ouverture de la procédure (voir d'une façon générale *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, recommandation 35, alinéa a)).

B. Recommandations

[*Note à la Commission: La Commission voudra peut-être noter qu'étant donné que le document A/CN.9/637 contient un texte consolidé des recommandations du projet de guide législatif sur les opérations garanties, ces recommandations ne sont pas reproduites dans le présent document. Lorsqu'elles seront finalisées, elles seront reproduites à la fin de chaque chapitre.*]

II. PASSATION DE MARCHÉS

A. Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa dixième session (Vienne, 25-29 septembre 2006) (A/CN.9/615) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. Introduction 1-3

II. Organisation de la session 4-9

III. Délibérations et décisions 10-11

IV. Examen de propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services 12-81

A. Commentaires généraux 12-14

1. Calendrier prévu 12-13

2. Révisions du Guide pour l'incorporation 14

B. Utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés (A/CN.9/WG.I/X/CRP.2 et A/CN.9/WG.I/WP.47) 15-36

1. Communications dans la passation des marchés: nouveaux articles 5 *bis* et 9/5 *ter* 15-26

2. Soumission électronique des offres: révision de l'article 30-5 27-30

3. Ouverture électronique des offres: révision du nouvel article 33-4 (A/CN.9/WG.I/ WP.47, par. 29) 31-32

4. Publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés (A/CN.9/WG.I/WP.47, par. 30 à 37) 33-36

C. Projets de dispositions permettant l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.48, A/CN.9/WG.I/WP.43, par. 54 à 66, A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, par. 1 à 6, et A/CN.9/WG.I/WP.40, par. 27) 37-71

1. Emplacement des dispositions sur les enchères électroniques inversées . . . 37-39

2. Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées: nouvel article [36 *bis*] (A/CN.9/WG.I/WP.48, par. 3 à 17) 40-47

3. Procédures préalables à la phase d'enchère proprement dite: nouvel article [47 *bis*] (A/CN.9/WG.I/WP.48, par. 18 à 27) 48-56

4. Procédures pendant la phase d'enchère: nouvel article [47 *ter*] (A/CN.9/WG.I/WP.40, par. 27, et A/CN.9/WG.I/WP.43, par. 54 à 58 57-63

5. Autres modifications à apporter au texte de la Loi type et du Guide pour l'incorporation pour permettre le recours aux enchères électroniques inversées (A/CN.9/WG.I/WP.43, par. 59 à 66, et A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, par. 1 à 6) 64-71

D. Offres anormalement basses (A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, par. 7 à 13) 72-78

1. Propositions d'ajouts à l'article 34 de la Loi type 72-75

2. Propositions d'ajouts au texte du Guide pour l'incorporation concernant l'article 34 de la Loi type 76-78

E. Accords-cadres (A/CN.9/WG.I/WP.44 et Add.1) 79-81

V. Questions Diverses 82-86

I. Introduction

1. À sa trente-septième session, en 2004, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (la "Commission") a chargé son Groupe de travail I (Passation de marchés) d'élaborer des propositions en vue de réviser la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (1994) (la "Loi type", A/49/17 et Corr.1, annexe I). Elle lui a donné une certaine latitude pour déterminer les sujets à aborder lors de ses travaux, y compris les nouvelles pratiques dans la passation des marchés publics, en particulier celles résultant du recours aux communications électroniques (A/59/17, par. 82). Le Groupe de travail a entamé l'élaboration de propositions en vue de la révision de la Loi type à sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004) (A/CN.9/568). À cette session, il a décidé de continuer à ses prochaines sessions d'examiner en détail, les uns après les autres, les thèmes abordés dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.31 et 32 (A/CN.9/568, par. 10).

2. De ses septième à neuvième sessions (qui se sont tenues respectivement du 4 au 8 avril 2005 à New York, du 7 au 11 novembre 2005 à Vienne et du 24 au 28 avril 2006 à New York) (A/CN.9/575, A/CN.9/590 et A/CN.9/595), le Groupe de travail a examiné des thèmes liés: a) à l'utilisation des moyens de communication électroniques dans la passation des marchés publics, y compris l'échange de communications par voie électronique, la soumission électronique des offres, l'ouverture des offres, la tenue des réunions et la conservation des informations, ainsi que les conditions de leur utilisation; b) aux aspects de la publication d'informations relatives à la passation, y compris la possibilité d'étendre la portée actuelle de l'article 5 de la Loi type et de faire référence à la publication des possibilités de marchés à venir; et c) aux enchères électroniques inversées, y compris la question de savoir si elles devraient être traitées comme une phase optionnelle dans d'autres méthodes de passation ou comme une méthode à part entière, les critères de leur utilisation, les types de passations à couvrir et leurs aspects procéduraux. À ses septième et huitième sessions, le Groupe de travail a examiné en outre la question des offres anormalement basses, y compris leur détection à un stade précoce du processus de passation et la prévention des

conséquences négatives de ces offres. À sa neuvième session, il est parvenu à un accord préliminaire sur les projets de modifications qu'il serait nécessaire d'apporter à la Loi type et au Guide pour tenir compte de l'utilisation des communications électroniques et des technologies de l'information (y compris des enchères électroniques inversées). Il a décidé de poursuivre à sa dixième session l'examen de ces projets de modifications ainsi que l'examen approfondi des propositions de modifications portant sur les aspects en suspens des enchères électroniques inversées et sur les offres anormalement basses et d'aborder, si le temps le permettait, la question des accords-cadres et des listes de fournisseurs (A/CN.9/595, par. 9).

3. De ses trente-huitième et trente-neuvième sessions, qui se sont tenues en 2005 et 2006, respectivement, la Commission a félicité le Groupe de travail pour les progrès qu'il avait réalisés dans ses travaux et a réaffirmé son appui à la révision de la Loi type qu'il avait entreprise, ainsi qu'à l'inclusion dans cette loi de nouvelles pratiques relatives à la passation de marchés (A/60/17, par. 172 et A/61/17, par. 192). À sa trente-neuvième session, elle a aussi recommandé que le Groupe de travail, en mettant à jour la Loi type et le Guide, tienne compte de la question des conflits d'intérêts et examine s'il serait justifié de prévoir dans la Loi type des dispositions spéciales à cet égard (A/61/17, par. 192).

II. Organisation de la session

4. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa dixième session à Vienne du 25 au 29 septembre 2006. Ont assisté à cette session des représentants des États membres ci-après: Algérie, Allemagne, Argentine, Autriche, Bélarus, Brésil, Cameroun, Canada, Chili, Chine, Croatie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Iran (République islamique d'), Italie, Kenya, Lituanie, Mexique, Nigéria, Ouganda, Pakistan, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Suède, Thaïlande, Turquie et Venezuela (République bolivarienne du).

5. Ont également assisté à la session des observateurs des États ci-après: Bulgarie, Finlande, Indonésie, Irlande, Lettonie, Malaisie, Philippines, République démocratique du Congo, République dominicaine, Roumanie, Slovaquie et Timor-Leste.

6. Ont en outre assisté à la session des observateurs des organisations internationales suivantes:

a) *Système des Nations Unies*: Banque mondiale et Bureau des affaires juridiques;

b) *Organisations intergouvernementales*: Agence spatiale européenne (ESA), Banque interaméricaine de développement (BID), Commission européenne, Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), et Union asiatique de compensation (UAC);

c) *Organisations internationales non gouvernementales invitées par le Groupe de travail*: Association européenne des étudiants en droit (ELSA),

Association internationale du barreau, Center for International Legal Studies et Chambre de commerce internationale (CCI).

7. Le Groupe de travail a élu les membres du Bureau ci-après:

Président: M. Stephen R. KARANGIZI (Ouganda)

Rapporteur: Mme Ligia GONZÁLEZ LOZANO (Mexique)

8. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants:

a) Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.I/WP.46 et Corr.1);

b) Note sur les enchères électroniques inversées et les offres anormalement basses (A/CN.9/WG.I/WP.43 et Add.1);

c) Étude comparative des accords-cadres (A/CN.9/WG.I/WP.44 et Add.1);

d) Note concernant les listes de fournisseurs (A/CN.9/WG.I/WP.45 et Add.1);

e) Note sur l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics et la publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés, contenant des propositions de textes (A/CN.9/WG.I/WP.47);

f) Note sur les enchères électroniques inversées, contenant des propositions de textes (A/CN.9/WG.I/WP.48); et

g) Note sur les travaux législatifs des organisations internationales concernant les marchés publics (A/CN.9/598/Add.1).

9. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant:

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Examen de propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport du Groupe de travail.

III. Délibérations et décisions

10. À sa dixième session, le Groupe de travail a poursuivi ses travaux sur l'élaboration de propositions en vue de la révision de la Loi type. Il a fondé ses délibérations sur les notes du secrétariat mentionnées au paragraphe 8 ci-dessus (WP.43 et 44 et leur additif, 47 et 48, et le document A/CN.9/598/Add.1. Il est convenu de reporter à une prochaine session l'examen du document A/CN.9/WG.I/WP.45 et Add.1.

11. Le Groupe de travail a prié le secrétariat de réviser les projets de textes en tenant compte des délibérations de la dixième session, afin qu'il puisse les examiner à sa session suivante. Il l'a également prié d'élaborer des projets de texte sur

l'utilisation des accords-cadres pour la Loi type et le Guide. Il est convenu d'ajouter la question des conflits d'intérêts à la liste des thèmes à examiner lors de la révision de la Loi type et du Guide.

IV. Examen de propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services

A. Commentaires généraux

1. Calendrier prévu

12. Le Groupe de travail a rappelé la liste des thèmes qu'il devait examiner lors de la révision de la Loi type, à savoir: a) publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés; b) utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés; c) conditions d'utilisation des communications électroniques dans le processus de passation des marchés; d) enchères électroniques inversées et offres anormalement basses; e) utilisation des listes de fournisseurs; f) accords-cadres; g) passation des marchés de services; h) évaluation et comparaison des offres et utilisation de la passation de marchés pour promouvoir des politiques industrielles, sociales et environnementales; i) voies de droit et exécution; j) autres méthodes de passation des marchés; k) participation des usagers à la passation des marchés; l) simplification et uniformisation de la Loi type; m) authentification des pièces produites; et n) conflits d'intérêts dans le processus de passation, ce dernier thème ayant été soumis au Groupe de travail par la Commission pour qu'il veille à ce que la Loi type soit conforme aux exigences de la Convention des Nations Unies contre la corruption sur ce point[1] (voir par. 3 ci-dessus et par. 85 ci-après).

13. Le Groupe de travail a exprimé le souhait de conclure l'examen de ces thèmes en 2008. Il a indiqué que, pour atteindre cet objectif, il se concentrerait en priorité sur l'élaboration du texte révisé de la Loi type elle-même.

2. Révisions du Guide pour l'incorporation

14. Le Groupe de travail a noté que le Guide pour l'incorporation serait destiné non seulement aux législateurs, mais également aux autorités de réglementation et peut-être aux exploitants (responsables des marchés, tels que les agents chargés de la passation de marchés et les personnes chargées de concevoir des systèmes électroniques qui seront utilisés dans la passation). Par conséquent, il pourrait contenir des dispositions destinées à chaque groupe d'utilisateurs, y compris des principes directeurs (pour le législateur), des conseils en matière de réglementation et des conseils pratiques. Cependant, compte tenu de la date butoir fixée pour l'achèvement de ses travaux (voir par. 13 ci-dessus), le Groupe de travail a noté qu'il ne serait peut-être pas possible d'élaborer tous ces principes et conseils d'ici à 2008. Il a donc prié le secrétariat de mener des consultations avec des experts et de rédiger le Guide pour l'incorporation en suivant l'ordre de priorité ci-après: à savoir

---

[1] Résolution 58/4 de l'Assemblée générale, annexe.

élaborer tout d'abord, après avoir finalisé les différentes parties du texte de la Loi type, des orientations pour les législateurs qui incorporeront ce texte dans le droit interne; puis des orientations pour les autorités de réglementation et, enfin, éventuellement, des orientations pour les autres utilisateurs. À sa session finale, avant que le texte révisé de la Loi type soit présenté à la Commission, le Groupe de travail examinerait ledit texte ainsi que les orientations élaborées jusque-là à l'intention des législateurs et des autorités de réglementation. Le secrétariat serait ensuite chargé de rédiger les parties restantes du Guide pour que le Groupe de travail puisse les examiner.

B. Utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés (A/CN.9/WG.I/X/CRP.2 et A/CN.9/WG.I/WP.47)

1. Communications dans la passation des marchés: nouveaux articles 5 *bis* et 9/5 *ter*

15. Le Groupe de travail a examiné le libellé des projets d'articles 5 *bis* et 9/5 *ter* qui lui était proposé pour examen dans le document A/CN.9/WG.I/X/CRP.2, en plus du projet de texte présenté au paragraphe 3 du document A/CN.9/WG.I/WP.47.

16. De l'avis général, le libellé du projet d'article 5 *bis* figurant dans le document A/CN.9/WG.I/X/CRP.2 était meilleur que le texte précédent, car il abordait la question de l'utilisation des communications dans le processus de passation de façon neutre sur le plan technologique et traitait de l'équivalence fonctionnelle entre les différents moyens de communication. Il a été dit que certaines améliorations pourraient être envisagées pour rendre les dispositions aussi précises que possible afin d'éviter qu'elles soient interprétées différemment d'un pays à l'autre. De plus, le manque de précision pourrait involontairement engendrer un risque de recours. Il a aussi été proposé que les dispositions soient rédigées de sorte qu'elles abordent tous les aspects de la passation dans le cadre de la Loi type et non pas seulement les communications créées pendant une procédure de passation particulière. Un exemple d'aspect pouvant être normalement exclu dans certains pays serait les recours.

17. Le Groupe de travail a examiné si les dispositions des projets d'articles 5 *bis* et 9/5 *ter* devraient être fusionnées pour former un seul et même article. Selon l'avis qui l'a emporté, ces articles devraient être fusionnés car ils abordaient tous deux la question des communications dans le processus de passation.

18. Le Groupe de travail a donc examiné les projets d'articles 5 *bis* et 9/5 *ter* fusionnés comme suit en un seul et même article:

"Article 5 *bis*. Communications durant le processus de passation

1) Sous réserve des exigences de l'article [renvoi], l'entité adjudicatrice choisit:

a) Les moyens par lesquels les documents, notifications, décisions et autres informations dans la procédure de passation de marché doivent être communiqués par/ou à l'entité adjudicatrice ou toute autorité administrative participant à la passation ou un fournisseur ou entrepreneur ou encore au public; et

b) Les moyens de satisfaire à toute disposition de la présente Loi exigeant la présentation des informations sous forme écrite ou une signature.

2) Les moyens de communiquer les informations choisis et de satisfaire à toutes exigences en matière d'écrit et de signatures doivent être facilement compatibles avec ceux d'usage courant parmi les fournisseurs ou entrepreneurs des biens, des services ou des travaux faisant l'objet de la passation. Ces moyens doivent être spécifiés par l'entité adjudicatrice lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché.

3) Les dispositions du paragraphe 1 du présent article s'appliquent également à l'établissement du procès-verbal de la procédure de passation et à la tenue de réunions de fournisseurs ou d'entrepreneurs.

4) Les règlements en matière de passation des marchés établissent des mesures pour garantir l'authenticité, l'intégrité et la confidentialité des documents, notifications, décisions et autres communications ou informations.

5) Sous réserve d'autres dispositions de la présente Loi, les documents, notifications, décisions et autres informations qui doivent être communiqués par l'entité adjudicatrice ou toute autorité administrative participant à la passation ou communiqués à celle-ci ou à un fournisseur ou un entrepreneur sont présentés sous une forme qui en atteste la teneur et sont accessibles pour être consultés ultérieurement.

6) La communication d'informations entre les fournisseurs ou entrepreneurs et l'entité adjudicatrice visées aux articles [7-4 et 6, 12-3, 31-2 a), 32-1 d), 34-1, 36-1, 37-3, 44 b) à f) et 47-1, à mettre à jour en fonction des modifications de la Loi type] peut être faite par un moyen n'attestant pas leur teneur, sous réserve que, immédiatement après, confirmation de la communication soit donnée au destinataire sous une forme qui atteste les informations qu'elle contient et qui soit accessible pour être consultée ultérieurement."

19. Les commentaires suivants ont été faits concernant la rédaction du paragraphe 1 de l'article 5 *bis*: i) il faudrait employer le verbe "spécifier" au lieu de "choisir" dans le chapeau et dans le paragraphe 2; ii) il faudrait actualiser les renvois entre les moyens et les formes de communication suite à la fusion des dispositions en un seul et même projet d'article; iii) l'exigence d'un écrit ou d'une signature pouvant être énoncée dans d'autres lois, l'entité adjudicatrice elle-même ne serait peut-être pas en mesure de spécifier comment cette exigence doit être satisfaite. Aussi, pourrait-on soit disposer dans le texte que l'entité adjudicatrice doit indiquer les exigences dans le dossier de sollicitation, en se référant si nécessaire aux lois existantes régissant ces questions, soit insérer au début de l'alinéa b) les mots "sauf si la question est régie par une autre loi".

20. En ce qui concerne le paragraphe 2 du projet d'article 5 *bis*, il a été proposé d'ajouter l'adjectif "potentiels" pour qualifier les "fournisseurs ou entrepreneurs" afin de bien préciser que les dispositions s'adressaient à l'ensemble des fournisseurs. Il a été rappelé toutefois que l'article 2 de la Loi type définissait le "fournisseur ou entrepreneur" comme désignant, selon les circonstances, les fournisseurs et entrepreneurs potentiels. Le Groupe de travail a prié le secrétariat

d'examiner si l'ajout proposé était nécessaire dans ce contexte et de voir également si le texte de la disposition pourrait être amélioré.

21. À propos du paragraphe 3 du projet d'article 5 *bis*, il a été convenu de compléter les éléments indiqués pour y inclure d'autres aspects du processus de passation qui seraient soumis aux mêmes exigences.

22. Le Groupe de travail a examiné la relation entre les dispositions facilitant l'utilisation du commerce électronique déjà adoptées (dispositions qui pourraient être analogues à celles de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique[2], par exemple) et les dispositions adoptées aux fins de la passation des marchés publics. Il a été noté que d'autres branches du droit, comme le droit des contrats et le droit du commerce électronique, pouvaient régir ces questions dans certains pays, mais que d'autres questions se posant dans le contexte de la passation ne seraient peut-être pas abordées ailleurs. Il a été proposé de reformuler le paragraphe dans une tournure passive, en indiquant que des mesures appropriées d'authenticité, d'intégrité et de confidentialité devraient être prévues mais que ces mesures devraient être souples de manière à respecter les circonstances particulières dans chaque État adoptant. L'attention du Groupe de travail a été appelée sur le fait que ce paragraphe comporterait des dispositions applicables à la fois aux communications sur papier et aux communications électroniques et énoncerait pour ces dernières des dispositions explicites.

23. Il a été souligné que, lors de la rédaction de l'article 5 *bis* et de dispositions éventuelles sur la confidentialité à insérer dans le Guide pour l'incorporation, il conviendrait d'établir une distinction entre les informations commerciales ou autres qui devaient rester confidentielles (comme l'exigeait l'article 45 de la Loi type, par exemple) et les informations qui devaient être rendues publiques.

24. Il a été rappelé que la référence à l'"accessibilité" avait été supprimée du paragraphe 4 du projet d'article 5 *bis*, ce paragraphe devant porter essentiellement sur les mesures nécessaires pour assurer la sécurité des communications et des informations dans la passation. L'accessibilité, a-t-on dit, avait une autre finalité, à savoir la non-discrimination, et devait être abordée ailleurs ou dans une autre partie dudit paragraphe.

25. Il a été demandé si la Loi type contiendrait suffisamment de mesures de protection contre la discrimination dans le cadre des communications si le paragraphe 3 de l'article 9 de la Loi type était remplacé par le paragraphe 2 de l'article 5 *bis* proposé. Le style affirmatif du paragraphe 2 en question, a-t-on indiqué, visait à garantir la concurrence, plutôt que la non-discrimination. Cependant, le Groupe de travail a noté que les dispositions du paragraphe 3 de l'article 9 risquaient d'être incompatibles avec le fait de donner à l'entité adjudicatrice le droit de spécifier le moyen de communication dans le processus de passation. Le Groupe de travail a rappelé son examen de la question à sa neuvième

---

[2] Pour le texte de la Loi type, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), annexe I (également publié dans *l'Annuaire de la CNUDCI*, vol. XXVII, 1996 (Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.98.V.7), troisième partie, annexe I). La Loi type et son Guide pour l'incorporation ont été publiés comme publication des Nations Unies (numéro de vente: F. 99.V.4) et sont accessibles sous forme électronique sur le site Web de la CNUDCI (http://www.uncitral.org/french/texts/electcom/ml-ecomm.htm-index.htm).

session (A/CN.9/595, par. 23 à 38) et en particulier la référence au préambule de la Loi type, qui prévoyait un traitement juste et équitable de tous les fournisseurs et entrepreneurs. Rappelant son souhait que le Guide pour l'incorporation approfondisse la notion de non-discrimination, il a décidé de maintenir son choix de traiter la question dans le Guide plutôt que de réinsérer le paragraphe 3 de l'article 9.

26. Il a aussi été convenu que le titre du projet d'article, lequel traiterait à la fois des moyens et de la forme des communications dans la passation, devrait être modifié comme suit: "communications dans la passation" pour faire ressortir la portée générale de l'article.

2. Soumission électronique des offres: révision de l'article 30-5

27. Le Groupe de travail a examiné les deux propositions pour l'article 30-5, présentées respectivement au paragraphe 2 du document A/CN.9/WG.I/X/CRP.2 et au paragraphe 21 du document A/CN.9/WG.I/WP.47. Il a estimé qu'il faudrait poursuivre l'examen de la révision de cette disposition en se fondant sur le libellé figurant dans le document A/CN.9/WG.I/X/CRP.2.

28. Les propositions suivantes concernant la rédaction du projet d'article 30-5 ont été formulées et acceptées par le Groupe de travail: i) fusionner le début de l'alinéa a) et le sous-alinéa i); ii) diviser le sous-alinéa ii) en deux parties, l'une traitant de la soumission d'offres sous forme papier et l'autre de la soumission d'offres sous une autre forme; iii) remplacer le mot "protection" au sous-alinéa ii) par les mots "intégrité et confidentialité" dans un souci de cohérence avec les articles 5 *bis*-4 et 30-5 d); iv) supprimer le mot "sécurité" de l'alinéa d); et v) remplacer les mots "dès sa soumission" par les mots "dès sa réception" ou "à partir du moment fixé par elle qui ne peut cependant en aucun cas être postérieur à la réception de l'offre". La seconde variante l'ayant emporté, la disposition complète serait libellée comme suit: "d) l'entité adjudicatrice préserve l'intégrité et la confidentialité d'une offre à partir du moment fixé par elle, qui ne peut cependant en aucun cas être postérieur à la réception de l'offre, et veille à ce que le contenu de l'offre ne soit examiné qu'après ouverture de cette dernière conformément à la présente Loi". On a estimé que cette formulation laissait suffisamment de souplesse dans les cas où l'entité adjudicatrice assumait la responsabilité de la protection des offres avant leur réception, de sorte que, par exemple, le chiffrement et le déchiffrement des offres électroniques puissent être réalisés par elle plutôt que par les fournisseurs.

29. Des doutes ont été émis sur l'opportunité de supprimer le concept de "sécurité" de l'alinéa d) du projet d'article 30-5. Il a été fait observer que ce concept était distinct de ceux d'intégrité et de confidentialité, même s'il y était lié. On a souligné l'importance de préserver la sécurité aussi bien dans un environnement papier que dans un environnement électronique. Le Groupe de travail a estimé que des mesures suffisantes étaient déjà prévues dans la version révisée des projets d'articles 30-5 et 5 *bis* pour garantir une sécurité adéquate dans l'ensemble du processus de passation et dans la soumission des offres en particulier.

30. Il a été signalé que le Guide devrait aider les États adoptants sur ces questions. On a noté qu'il serait peut-être justifié de prévoir un traitement distinct de la soumission et de la réception des offres dans un environnement papier et dans un

environnement électronique pour éviter d'imposer des exigences plus strictes, adaptées à l'environnement électronique, dans l'environnement papier, où elles n'étaient peut-être pas nécessaires. Il a été indiqué en outre qu'en imposant des exigences trop strictes, on risquait de décourager le recours à la soumission électronique des offres.

3. Ouverture électronique des offres: révision du nouvel article 33-4 (A/CN.9/WG.I/WP.47, par. 29)

31. Le Groupe de travail est convenu de rendre le texte proposé pour le nouvel article 33-4 technologiquement neutre en supprimant les mots "électroniques", "par voie électronique" et "optiques" employés pour qualifier les moyens de passation et de communication. Il est aussi convenu de remplacer les mots "capables de suivre [l'ouverture des offres]" par les mots "pleinement informés de" pour rendre l'idée selon laquelle les fournisseurs ou entrepreneurs devraient être autorisés non seulement à assister au processus d'ouverture mais aussi à faire des commentaires instantanément.

32. Le Groupe de travail a décidé de fusionner la version révisée du projet de paragraphe 4 et le paragraphe 2 de l'article 33 qui serait donc libellé comme suit:

> "2) Tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui ont soumis des offres sont autorisés par l'entité adjudicatrice à assister ou à se faire représenter à l'ouverture des offres. Les fournisseurs ou entrepreneurs sont réputés avoir été autorisés à être présents à l'ouverture des offres s'ils sont pleinement informés de l'ouverture des offres en direct par les moyens de communication utilisés par l'entité adjudicatrice."

4. Publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés (A/CN.9/WG.I/WP.47, par. 30 à 37)

Article 5

33. Le Groupe de travail est convenu de scinder l'article 5 en deux paragraphes, comme cela était proposé au paragraphe 31 du document A/CN.9/WG.I/WP.47. L'article imposerait la publication des décisions judiciaires et des directives administratives importantes en exigeant non pas que ces informations soient "systématiquement tenues à jour" mais qu'elles soient "régulièrement mises à jour si nécessaire".

Publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir

34. Le Groupe de travail a noté que la tendance, aux niveaux international et régional, était d'encourager la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir par voie réglementaire, en particulier par le biais de mesures incitatives, telles que l'autorisation de fixer des délais plus courts dans le processus de passation. L'idée d'inclure dans la Loi type des dispositions sur la publication de ce type d'informations a été fermement appuyée car, a-t-on dit, cette pratique encourageait la planification des marchés, renforçait la discipline dans les procédures de passation (par exemple, en réduisant les cas de segmentation des marchés pour éviter l'application de règles plus strictes) et était bénéfique aux fournisseurs et entrepreneurs (en leur permettant de définir les besoins, de planifier

l'allocation des ressources nécessaires et d'entreprendre d'autres préparatifs en vue de participer à des marchés futurs).

35. Des craintes ont cependant été exprimées, du fait que les avantages de la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir n'étaient pas clairement établis et que ces informations pouvaient changer (les fournisseurs ou entrepreneurs supportant alors des dépenses inutiles après s'être fiés aux informations). La Loi type, a-t-on déclaré, devrait encourager les meilleures pratiques et reconnaître que la publication de nombreuses informations inutiles ou trompeuses (par opposition à des informations utiles et pertinentes) pourrait compromettre ses propres objectifs, y compris la transparence. D'un autre côté, il a été noté que, dans certains pays, il se pouvait que la publication de ces informations soit déjà exigée ou nécessaire dans le cadre du processus de planification.

36. Le Groupe de travail est convenu que la Loi type devrait comporter des dispositions, inspirées du texte proposé au paragraphe 33 du document A/CN.9/WG.I/WP.47, rendant possible la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir. Le texte "permettrait" une telle publication, en employant les mots "les entités adjudicatrices peuvent publier". Le Groupe de travail a estimé que, compte tenu de l'emploi du mot "peuvent", il faudrait envisager des mesures d'encouragement si l'on voulait que cette disposition produise ses effets. À cet égard, il a été convenu que le Guide devrait mentionner les incitations que les États adoptants pourraient prévoir pour que les entités adjudicatrices publient ce type d'informations ainsi que toute réglementation et pratiques existantes. Le Groupe de travail a noté que le Guide devrait insister sur le fait que les fournisseurs ou entrepreneurs ne pourraient se prévaloir d'aucune voie de droit si le marché était annulé après avoir fait l'objet d'une publicité préalable. Le Guide devrait en outre bien peser les avantages et les inconvénients éventuels de cette publication.

C. Projets de dispositions permettant l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.48, A/CN.9/WG.I/WP.43, par. 54 à 66, A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, par. 1 à 6, et A/CN.9/WG.I/WP.40, par. 27)

1. Emplacement des dispositions sur les enchères électroniques inversées

37. Le Groupe de travail a examiné la structure globale de la Loi type, en notant que les conditions d'utilisation et les procédures à appliquer dans des méthodes de passation particulières figuraient dans des chapitres différents de la Loi. Du fait qu'il pourrait envisager de modifier cette structure à un stade ultérieur, il est convenu provisoirement d'insérer les dispositions énonçant les conditions d'utilisation des enchères dans le chapitre II de la Loi type (qui énumérait les méthodes de passation des marchés et les conditions d'utilisation de ces méthodes). Il est convenu que les dispositions à caractère procédural seraient insérées, quant à elles, dans une autre partie de la Loi, par exemple au chapitre V (qui décrivait les procédures pour les autres méthodes de passation des marchés). De cette manière, a-t-on fait remarquer, les enchères électroniques inversées pourraient aussi être utilisées dans différentes méthodes de passation, comme l'appel d'offres ou la sollicitation de prix, ou comme une méthode à part entière.

38. Le Groupe de travail a noté toutefois qu'il trancherait définitivement la question de la structure de la Loi type après avoir examiné les nouvelles techniques de passation, comme les enchères électroniques inversées et les accords-cadres. Il a aussi été admis que la préférence actuellement exprimée dans l'article 18 de la Loi type en faveur de l'appel d'offres pourrait être réexaminée afin de tenir compte de l'évolution des techniques et des outils de passation.

39. Selon un avis, la Loi type devrait, en tout état de cause, prévoir l'obligation pour l'entité adjudicatrice de choisir la méthode de passation la plus appropriée en l'espèce. Il a aussi été souligné que les conditions d'utilisation de chaque méthode de passation devraient être davantage précisées, surtout compte tenu de la décision provisoire du Groupe de travail de ne plus exclure le choix d'une méthode de passation de la procédure de recours à l'article 52 de la Loi type (A/CN.9/568, par. 112).

2. Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées: nouvel article [36 *bis*] (A/CN.9/WG.I/WP.48, par. 3 à 17)

Article [36 bis*]*

40. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d'article 36 *bis*, figurant au paragraphe 3 du document A/CN.9/WG.I/WP.48. Il a rappelé qu'il fallait considérer les dispositions de cet article comme formant un tout, de façon à préserver les mesures destinées à prévenir l'utilisation abusive des enchères électroniques inversées (A/CN.9/595, par. 96).

41. Les propositions rédactionnelles suivantes ont été formulées et acceptées par le Groupe de travail: i) mettre les passages et dispositions concernant les travaux ou les services entre crochets dans l'ensemble du texte pour indiquer aux États adoptants que ces types de marchés pourraient être exclus du champ d'application de l'article; et ii) supprimer les mots "biens, travaux ou services d'usage courant" pour parler dans l'ensemble du texte de "biens, travaux ou services généralement disponibles sur le marché".

42. On s'est demandé si l'alinéa a) était nécessaire compte tenu de l'alinéa c), car le respect des conditions posées dans le second, a-t-on dit, conduisait à respecter aussi celles posées dans le premier.

43. En ce qui concerne l'alinéa d), les vues ont divergé sur le point de savoir si les deux variantes devraient être conservées dans la Loi type ou seulement une seule (le Guide pour l'incorporation mentionnant alors l'autre variante comme une solution de remplacement possible). Il a été dit qu'aucune des deux solutions ne serait souhaitable, si elle conduisait à introduire des dispositions contradictoires dans la Loi type et dans le Guide.

44. Il a été noté que la question qui se posait ici était de savoir quels critères d'attribution – prix seulement ou prix et autres critères – devraient être autorisés dans les marchés passés au moyen d'enchères électroniques inversées. Il a été estimé que, si l'on voulait que la Loi type révisée soit acceptable, ses dispositions devraient être rédigées en termes suffisamment souples afin de permettre l'application à la fois du critère "prix" et d'autres critères pour déterminer l'offre à retenir. Il a été rappelé cependant que l'idée de départ était que les enchères électroniques inversées convenaient tout à fait pour les marchés où le prix était le

seul critère d'attribution et on a observé que le libellé plus souple de la seconde variante pourrait permettre l'introduction d'autres critères dans des circonstances inappropriées.

45. Après discussion, il a été décidé de conserver les deux variantes dans la Loi type et de laisser le soin à la réglementation des marchés de préciser quelle variante conviendrait dans tel ou tel cas (le début de l'alinéa d) devant être modifié en conséquence). La seconde variante serait modifiée comme suit: "Lorsque l'offre à retenir doit être déterminée sur la base du prix et d'autres critères pouvant être convertis en unités monétaires et faire l'objet d'une évaluation automatique."

46. Le Groupe de travail est convenu que le Guide expliquerait en détail quelles seraient les possibilités pour les États adoptants concernant les deux variantes en l'état actuel des choses, mais également dans quelle mesure les enchères électroniques inversées sont utilisées dans tel ou tel pays et si certains marchés de services ou de travaux pourraient être passés par voie d'enchère, en tenant compte des différents secteurs de l'économie. Le Guide devrait également attirer l'attention des États adoptants sur le fait que, dans les enchères électroniques inversées, le risque de corruption pourrait être particulièrement élevé lors des décisions d'externalisation du secteur public, par exemple, vers des fournisseurs tiers de logiciels et de services. Le Groupe de travail a noté aussi qu'il faudrait prévoir des dispositions afin que les critères appliqués pour la détermination de l'offre à retenir et pour l'évaluation soient communiqués aux fournisseurs et aux entrepreneurs dans le dossier de sollicitation. On a en outre souligné qu'il faudrait veiller à éviter l'introduction d'éléments subjectifs dans les enchères (par exemple, avec un système de points) et préserver la simplicité et la transparence dans le processus.

Texte du Guide pour l'incorporation

47. Il a été proposé que le Guide, non seulement contienne des commentaires détaillés sur les points énumérés au paragraphe 11 du document A/CN.9/WG.I/WP.48, mais insiste également sur le fait que les entités adjudicatrices devraient avoir conscience des coûts d'opportunité découlant de l'utilisation des enchères électroniques inversées (notamment lorsque les fournisseurs renonçaient aux marchés publics parce qu'ils devaient soumissionner dans le cadre d'enchères électroniques inversées).

3. Procédures préalables à la phase d'enchère proprement dite: nouvel article [47 *bis*] (A/CN.9/WG.I/WP.48, par. 18 à 27)

48. Le Groupe de travail était saisi du texte du projet d'article 47 *bis*, figurant au paragraphe 18 du document A/CN.9/WG.I/WP.48. Il a examiné cet article, étant entendu que celui-ci serait ensuite fusionné avec l'article 47 *ter* (voir par. 57 à 63 ci-après).

49. Le Groupe de travail s'est accordé sur la nécessité de modifier les dispositions relatives aux procédures préalables à l'enchère proprement dite pour les aligner sur l'article 36 *bis*. Certains représentants, en particulier, ont indiqué qu'ils préféraient que deux versions différentes d'un article sur ces procédures soient établies, qui correspondraient aux deux variantes de l'alinéa d) de l'article 36 *bis* précédemment convenues (voir par. 40 à 46 ci-dessus).

50. Le Groupe de travail est également convenu que la Loi type ne devrait pas empêcher l'utilisation appropriée d'enchères électroniques inversées pour la passation de marchés dans des méthodes autres que l'appel d'offres, par exemple la sollicitation de prix, de même que dans toutes autres techniques de passation susceptibles d'être envisagées dans sa version révisée, comme les accords-cadres et les systèmes d'acquisition dynamique.

51. Indépendamment de la question de l'évaluation des qualifications des fournisseurs et de la conformité des offres, le Groupe de travail a noté que deux types d'enchères électroniques inversées devraient être envisagés: d'une part, une version plus simple comportant le prix ou d'autres éléments modifiables pouvant être convertis en unités monétaires comme seuls critères d'attribution; d'autre part, une version plus complexe, dans laquelle des éléments non modifiables de l'offre feraient l'objet d'une évaluation préalable. Les éléments variables qui pourraient être exprimés en unités monétaires seraient ensuite soumis à l'enchère.

52. Les propositions rédactionnelles ci-après ont été présentées et renvoyées au secrétariat pour qu'il les étudie lors de l'élaboration d'une version révisée de l'article: i) à propos du paragraphe 1, indiquer, pour les méthodes de passation dans lesquelles des enchères électroniques inversées pourraient tout à fait être utilisées, quelles conditions, parmi celles normalement appliquées à chacune de ces méthodes, régiraient les enchères devant être conduites (par exemple, il a été noté que l'article 34-4 c), décrivant les procédures d'évaluation et de comparaison des offres, n'était pas applicable aux enchères); ii) autoriser les deux types d'enchères – version plus simple et version plus complexe – évoqués plus haut; iii) reformuler l'article de façon à bien faire ressortir quelles procédures préalables s'appliqueront dans l'une et l'autre version; iv) indiquer que les règles de conduite des enchères, les critères d'évaluation des offres et toute formule ou autre mécanisme utilisé pour réévaluer automatiquement les offres devraient être communiqués aux fournisseurs ou entrepreneurs au début du processus de passation; v) au paragraphe 3, remplacer le renvoi au paragraphe 3 de l'article 34 par un renvoi au paragraphe 2 de ce même article, relatif à la détermination de la conformité des offres, si les références à la procédure d'appel d'offres sont conservées; vi) dans le cadre des enchères plus complexes, indiquer que les invitations à participer à l'enchère proprement dite (après la ou les évaluations préalables) doivent être adressées "aux soumissionnaires qui ont rempli les critères impératifs" ou "aux soumissionnaires qui ont été choisis" plutôt qu'à "tous les fournisseurs ou entrepreneurs sauf à ceux dont les offres ont été rejetées" suite à ces évaluations; vii) modifier l'ordre des paragraphes pour décrire d'abord les procédures communes aux deux types d'enchères; et viii) faire obligation à l'entité adjudicatrice d'annuler les enchères si, à son avis, le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs est insuffisant pour assurer une concurrence effective à tout moment avant l'ouverture (plutôt que la clôture) des enchères (on a cependant fait observer que cette approche était trop stricte par rapport à l'approche plus souple adoptée dans certains pays).

53. Le Groupe de travail a examiné une autre version proposée pour l'article 47 *bis*, libellée comme suit:

"**Article [47 *bis*]. Conduite de l'enchère électronique inversée avant la phase d'enchère proprement dite**

1) [Les dispositions du chapitre III de la présente Loi s'appliquent à la passation de marchés au moyen d'enchères électroniques inversées sauf dans la mesure où le présent article déroge auxdites dispositions.]

2) L'entité adjudicatrice peut exiger une présélection ou, en plus, la soumission et l'évaluation d'offres initiales.

3) Si la présélection est exigée, l'entité adjudicatrice présélectionne les fournisseurs ou entrepreneurs conformément aux paragraphes 5 et 6 de l'article 7.

4) Si la soumission d'offres initiales est exigée, l'entité adjudicatrice procède à une évaluation initiale des offres pour déterminer si elles sont conformes selon le paragraphe 2 de l'article 34.

5) L'entité adjudicatrice envoie une invitation à participer à l'enchère à tous les fournisseurs ou entrepreneurs sauf à ceux qui n'ont pas été présélectionnés ou ceux dont les offres ont été rejetées en application du paragraphe 3 de l'article 34.

6) L'invitation indique aux fournisseurs et aux entrepreneurs les modalités et les délais d'inscription pour participer à l'enchère. Elle contient, à moins qu'elles n'aient déjà été communiquées aux fournisseurs ou aux entrepreneurs, toutes les informations nécessaires pour leur permettre de participer à l'enchère.

7) L'entité adjudicatrice veille à ce que le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs invités à participer à l'enchère soit suffisant pour assurer une concurrence effective. Si, à tout moment avant l'ouverture de l'enchère, le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs est, de l'avis de l'entité adjudicatrice, insuffisant pour assurer une concurrence effective, elle annule l'enchère électronique inversée.

8) Si l'offre à retenir est déterminée sur la base non pas du seul prix mais du prix et de critères convertis en unités monétaires conformément à l'article 36 *bis* [second alinéa d)] [alinéa e)], l'entité adjudicatrice évalue les éléments des offres qui ne seront pas présentés à l'enchère conformément à ces critères et à la formule spécifiée dans le dossier de sollicitation pour la conversion de ces éléments en unités monétaires."

54. Il a été précisé, lors de la présentation de ce projet d'article, que celui-ci ne valait que pour la phase précédant l'enchère proprement dite; pendant l'enchère elle-même, les éléments autres que le prix et les éléments mentionnés au paragraphe 8 du projet d'article qui seraient éventuellement appliqués pourraient être pris en considération pour déterminer le vainqueur. Il a aussi été souligné, au sujet du paragraphe 8 du projet d'article, que son champ d'application avait été réduit conformément à la seconde variante de l'alinéa d) du projet d'article 36 *bis*.

55. Selon un avis, les dispositions devraient être rédigées de manière à tenir compte de l'évolution inévitable des enchères électroniques inversées afin de ne pas devenir obsolètes. Aussi, toute enchère devrait-elle être permise sous certaines conditions, à savoir que l'on garantisse: i) la transparence, notamment en

communiquant, au début du processus de passation, soit dans les spécifications soit dans les invitations à présenter une demande de présélection ou à participer à l'enchère, toutes les informations aux fournisseurs qui leur permettraient de déterminer comment les offres seront évaluées et comment ils se classent pendant le processus d'évaluation par rapport aux autres participants; et ii) l'objectivité, notamment en exigeant que l'enchère proprement dite soit la phase définitive pour déterminer l'offre à retenir afin d'empêcher toute évaluation postérieure.

56 Le secrétariat a été prié d'examiner soigneusement quels éléments, parmi ceux énumérés au paragraphe 60 du document A/CN.9/WG.I/WP.43, devraient peut-être figurer dans les dispositions révisées. On a aussi insisté sur le fait que le libellé des dispositions qui seraient insérées soit dans la Loi type soit dans le Guide pour l'incorporation ne devrait pas donner l'impression que, même si tous les critères d'utilisation prévus à l'article 36 *bis* étaient satisfaits, les enchères électroniques inversées étaient nécessairement une technique souhaitable voire la seule technique à utiliser. Le secrétariat a été prié de mener des consultations avec des experts ayant une expérience des enchères électroniques inversées afin de s'assurer que toutes les dispositions rédigées pour la Loi type et le Guide concernant les enchères soient applicables dans la pratique. Certaines parties du Guide qui pourraient nécessiter une évaluation spécialisée par des experts, comme celles concernant les enchères électroniques inversées, pourraient être présentées séparément.

4. Procédures pendant la phase d'enchère: nouvel article [47 *ter*] (A/CN.9/WG.I/WP.40, par. 27, et A/CN.9/WG.I/WP.43, par. 54 à 58)

57. Le Groupe de travail était saisi de la version du projet d'article 47 *ter* figurant au paragraphe 27 du document A/CN.9/WG.I/WP.40, telle que modifiée au paragraphe 55 du document A/CN.9/WG.I/WP.43. Il a examiné le projet d'article en rappelant que ce dernier serait par la suite fusionné avec l'article 47 *bis* (voir par. 48 ci-dessus).

58. On a noté que l'article avait été rédigé de manière à traiter les enchères électroniques inversées dans lesquelles le fournisseur était sélectionné en fonction du prix uniquement. Compte tenu de ses décisions concernant l'article 36 *bis* (voir par. 40 à 46 ci-dessus), le Groupe de travail a estimé que le libellé devrait être étendu pour traiter à la fois des enchères simples et des enchères complexes, et que d'autres paramètres définis lors de l'examen des articles 36 *bis* et 47 *bis* (ceux par exemple visant à garantir l'objectivité et la transparence dans l'utilisation des enchères) s'appliqueraient également, *mutatis mutandis*, à l'article 47 *ter*.

59. Il a été noté que, comme le Groupe de travail était convenu que les enchères électroniques inversées pouvaient être utilisées dans différentes méthodes et techniques de passation, les dispositions dans les projets de paragraphes 3, 6 et 7 qui ne se référaient qu'aux procédures menées conformément aux dispositions du chapitre III (Procédure d'appel d'offres) seraient révisées.

60. La question de l'anonymat des soumissionnaires pendant l'enchère électronique inversée proprement dite a été examinée. Le Groupe de travail est convenu que la préservation de l'anonymat pendant la phase d'enchère était essentielle. Les vues ont toutefois divergé sur la question de savoir si l'anonymat devait aussi être préservé après la clôture de l'enchère. Selon l'avis qui a prévalu, l'identité du vainqueur ainsi que le prix de l'offre retenue devaient être révélés,

comme ils le seraient dans toute autre procédure de passation en vertu de la Loi type, notamment afin de permettre les recours, si nécessaire. Le Groupe de travail examinerait toutefois à une prochaine session s'il faudrait prévoir des dispositions sur l'anonymat après la clôture de l'enchère.

61. Les commentaires suivants ont été faits concernant le projet d'article: i) à l'alinéa b) du paragraphe 1, il faudrait remplacer les mots "le prix soumis le plus bas" par les mots "le résultat de l'enchère d'après la formule indiquée préalablement"; ii) au paragraphe 2, il faudrait remplacer les mots "dates and times", dans la version anglaise, par "date and time"; iii) il faudrait supprimer du paragraphe 3 les mots "[peut également à tout moment annoncer le nombre de participants à l'enchère mais]" et "[pendant l'enchère]" et le Groupe de travail reviendrait à une prochaine session sur la question de savoir si le renvoi à l'article 33-2 et 3 devrait être remplacé par un libellé qui refléterait plus clairement l'utilisation des enchères électroniques inversées; iv) le paragraphe 3 *bis* devrait être placé entre crochets, en attendant que le Groupe de travail décide s'il serait conservé et, dans l'affirmative, comment il serait libellé pour ne viser que les cas où il serait justifié de suspendre une enchère électronique inversée ou d'y mettre fin; v) au paragraphe 5, il faudrait ajouter les mots "ou qui est la mieux classée selon la formule indiquée préalablement" après les mots "dont le prix est le plus bas"; et vi) le paragraphe 6 devrait être révisé pour indiquer que si le fournisseur à retenir n'a pas conclu de marché, l'entité adjudicatrice ne pourra pas retenir une autre offre, mais peut, à la place, tenir une nouvelle enchère électronique inversée ou adopter une autre méthode de passation.

62. Le Groupe de travail a décidé de fonder ses délibérations futures sur le texte suivant:

"**Article 47 *ter*. Déroulement de l'enchère électronique inversée pendant la phase d'enchère proprement dite**

1) Au cours d'une enchère électronique inversée:

a) Toutes les soumissions font l'objet d'une évaluation automatique;

b) Les entités adjudicatrices doivent communiquer instantanément [le résultat] de l'enchère d'après la formule indiquée préalablement de façon continue à tous les soumissionnaires au cours de l'enchère;

c) Tous les fournisseurs et entrepreneurs participants ont en permanence et dans des conditions d'égalité la possibilité de réviser leurs offres en ce qui concerne les éléments soumis au processus d'enchère.

2) L'enchère est close suivant la méthode et à la date et à l'heure précises spécifiées dans le dossier de sollicitation ou dans l'invitation à participer à l'enchère.

3) L'entité adjudicatrice ne révèle l'identité d'aucun soumissionnaire [jusqu'à la clôture de l'enchère]. [L'article 33-2 et 3 ne s'applique pas à une procédure comprenant une enchère électronique inversée.]

[3 *bis* L'entité adjudicatrice peut suspendre l'enchère électronique inversée ou y mettre fin en cas de défaillance d'un système ou d'interruption des communications.]

4) Aucune communication n'est échangée entre l'entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs au cours de l'enchère électronique inversée sauf conformément au paragraphe 1 b) et c) plus haut.

5) La soumission à retenir est celle dont le prix est le plus bas ou qui est la mieux classée d'après la formule indiquée préalablement au moment de la clôture de l'enchère.

6) Si le fournisseur ou l'entrepreneur qui a présenté la soumission retenue au cours d'une procédure comportant une enchère électronique inversée est invité à confirmer ses qualifications conformément à [l'article 34-6] mais ne le fait pas, s'il ne signe pas de marché écrit lorsqu'il est invité à le faire et/ou ne fournit pas la garantie de bonne exécution du marché éventuellement requise, l'entité adjudicatrice ne peut pas retenir une autre soumission mais peut conduire une nouvelle enchère électronique inversée, qui se déroulera alors conformément aux dispositions du présent article ou adopter une autre méthode de passation.

7) Lorsqu'il y a lieu, [le mot "offre" chaque fois qu'il apparaît dans la Loi type] le mot "offre" dans les articles [énumérer les articles pertinents] désigne également une offre initiale soumise dans le cadre d'une procédure comportant une enchère électronique inversée."

63. Compte tenu des différentes conditions et procédures qui pourraient s'appliquer selon que les enchères électroniques inversées sont simples ou complexes et que le critère prix ou d'autres critères sont utilisés, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'envisager l'élaboration d'un texte composite pour les articles 47 *bis* et *ter* afin de traiter toutes les formes d'enchère électronique inversée ou la division du texte en deux variantes consacrées respectivement aux enchères simples et complexes. Il a été noté que si le secrétariat incluait le libellé figurant au paragraphe 57 du document A/CN.9/WG.I/WP.43, concernant les critères autres que le prix, parmi les révisions à aborder à la prochaine session, il faudrait supprimer le mot "actuel" et, par ailleurs, que le Groupe de travail examinerait à cette session si le mot "résultat" de l'enchère électronique inversée au paragraphe 1 b) du projet d'article ci-dessus devrait faire référence au "classement" des fournisseurs.

5. Autres modifications à apporter au texte de la Loi type et du Guide pour l'incorporation pour permettre le recours aux enchères électroniques inversées (A/CN.9/WG.I/WP.43, par. 59 à 66, et A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, par. 1 à 6)

Commentaire général

64. Le Groupe de travail s'est accordé sur le fait que les enchères électroniques inversées pouvaient être utilisées dans des méthodes de passation autres que la procédure d'appel d'offres.

Procès-verbal de la procédure de passation des marchés (article 11) (A/CN.9/WG.I/WP.43, par. 59) et modification et retrait des offres (article 31) (A/CN.9/WG.I/WP.43, par. 65 et 66)

65. Le Groupe de travail est convenu de revenir à une prochaine session sur les questions de savoir comment signaler dans le procès-verbal l'utilisation d'une

enchère électronique inversée et quand et comment des offres pouvaient être modifiées et retirées dans le cadre d'une telle enchère.

Teneur du dossier de sollicitation (article 27) (A/CN.9/WG.I/WP.43, par. 60 à 64)

66. Le Groupe de travail a examiné les dispositions figurant au paragraphe 60 du document A/CN.9/WG.I/WP.43.

67. Les propositions suivantes ont été faites concernant leur rédaction: i) au début de l'alinéa n) *bis*, ajouter les mots "outre les dispositions de l'article 27"; ii) à l'alinéa n) *bis* ii), remplacer les mots "l'adresse du site Web" par "l'adresse" ou "l'adresse du site Web ou une autre adresse électronique"; iii) remplacer l'alinéa n) *bis* iii) actuel par les mots "les règles de conduite de l'enchère électronique inversée"; iv) étendre l'alinéa n) *bis* iv) en ajoutant une référence à la formule qui serait utilisée pour évaluer les critères pendant l'enchère (étant entendu que le libellé proposé au paragraphe 64 du document A/CN.9/WG.I/WP.43 serait révisé dans un souci de compatibilité avec les articles 36 *bis*, 47 *bis* et 47 *ter* et fusionné avec l'alinéa n) *bis* iv); v) rétablir les dispositions de l'alinéa n) *bis* v), les dispositions de l'alinéa n) *bis* vi) relatives aux phases de l'enchère, et les dispositions de l'alinéa n) *bis* vii) relatives aux conditions dans lesquelles les soumissionnaires enchérissent (notamment la référence aux écarts minimums) en les faisant précéder des mots "à moins que ces éléments ne soient indiqués dans les règles de conduite de l'enchère électronique inversée"; et vi) modifier l'alinéa n) *bis* ix) de sorte qu'il soit libellé comme suit "Toutes les autres informations concernant l'enchère électronique inversée nécessaires pour permettre au fournisseur ou à l'entrepreneur d'y participer". Le Groupe de travail a confirmé que, selon lui, les questions restantes évoquées à l'alinéa n) *bis* seraient abordées dans le Guide.

68. Le Groupe de travail est convenu que la Loi type devrait, s'agissant des éléments à inclure dans le dossier de sollicitation lorsque la procédure de passation était menée au moyen d'une enchère électronique inversée, énumérer uniquement ceux qui étaient essentiels à la bonne conduite de l'enchère et au traitement juste et équitable de tous les fournisseurs et entrepreneurs. Les règles de l'enchère électronique inversée qui figureraient dans le dossier de sollicitation énonceraient toutes exigences supplémentaires, y compris les exigences techniques pour une enchère électronique inversée donnée. (Le Guide devrait prévoir des recommandations et des instructions concernant ces exigences).

Garanties de soumission (article 32) (A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, par. 1 à 4)

69. Le Groupe de travail a noté que les garanties de soumission n'étaient pas souvent utilisées dans les enchères électroniques inversées. Les vues ont divergé sur la question de savoir si le Guide devrait décourager l'exigence d'une telle garantie dans le contexte des enchères électroniques inversées, ou si une approche plus souple serait souhaitable (l'exigence d'une garantie de soumission pouvant dissuader de retirer une offre avant l'ouverture de l'enchère).

Examen, évaluation et comparaison des offres (article 34)
(A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, par. 5 et 6)

70. Le Groupe de travail a examiné les dispositions figurant au paragraphe 5 du document A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1.

71. Le Groupe de travail est convenu que le libellé ci-après serait examiné lors d'une prochaine session: "Aucune modification de l'offre initiale quant au fond, notamment une modification du prix, ne sera demandée, proposée ni autorisée, sauf pendant l'enchère elle-même". Ce libellé, a-t-on dit, aurait pour effet d'autoriser la modification des offres dans le cadre d'enchères électroniques inversées uniquement durant la phase d'enchère proprement dite, sans donner l'impression que, pendant la phase d'enchère, des changements pourraient être apportés pour rendre conformes des offres non conformes.

D. Offres anormalement basses (A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, par. 7 à 13)

1. Propositions d'ajouts à l'article 34 de la Loi type

72. Le Groupe de travail a examiné les dispositions figurant au paragraphe 8 du document A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1.

73. Les propositions ci-après ont été faites au sujet du texte: i) employer dans tout le texte les mots "craintes quant à la capacité du (des) soumissionnaire(s) à exécuter le marché"; et ii) modifier comme suit le paragraphe 4 a) *bis* ii): "[A]yant pris en compte les informations éventuellement fournies, elle continue cependant, pour des motifs raisonnables, à avoir ces craintes".

74. Le Groupe de travail s'est accordé sur le fait que le refus du fournisseur de communiquer des informations demandées par l'entité adjudicatrice ne devrait pas donner automatiquement à cette dernière le droit de rejeter l'offre au motif qu'elle était anormalement basse. Il est convenu de se prononcer ultérieurement sur la question de savoir si une décision prise par l'entité adjudicatrice concernant des offres anormalement basses devrait être susceptible de recours. Il a constaté que la réglementation interne sur la question pouvait varier considérablement. Il a été proposé que le Groupe de travail revienne sur ce point quand il aborderait les dispositions sur les recours.

75. Le secrétariat a été prié de proposer un emplacement approprié pour les dispositions, en tenant compte du fait que la question ne devrait pas se limiter à la procédure d'appel d'offres et que le risque d'offres anormalement basses devrait être examiné et traité par l'entité adjudicatrice à tout stade de la passation, y compris lors de la qualification des fournisseurs.

2. Propositions d'ajouts au texte du Guide pour l'incorporation concernant l'article 34 de la Loi type

76. Il a été convenu que le Guide devrait examiner les questions soulevées au paragraphe 8 du document A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, d'autres questions envisagées par le Groupe de travail à sa huitième session (A/CN.9/590, par. 107 à 109), et les questions abordées dans la note du secrétariat publiée sous la cote

A/CN.9/WG.I/WP.36 (en particulier, le risque associé à la solution qui consiste à rejeter des offres en appliquant “des méthodes arithmétiques”, ainsi que le rapport coût-efficacité et les incidences financières des garanties d’exécution et des garanties indépendantes pour les PME). Le Groupe de travail est convenu que le Guide devrait insister sur l’importance d’examiner soigneusement la conformité des offres et la solvabilité des fournisseurs et de définir des spécifications précises et détaillées ainsi que des critères objectifs, pour repérer et rejeter les offres anormalement basses.

77. En ce qui concerne le texte destiné au Guide figurant au paragraphe 13 du document A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, le secrétariat a été prié: i) d’examiner l’ordre dans lequel les éléments qu’il contient devraient être présentés; ii) de reconsidérer l’emploi des mots “d’une marge bénéficiaire normale” au paragraphe 1 *bis*, ce critère risquant en effet d’être subjectif et de n’être d’aucun secours pour définir les offres anormalement basses; et iii) de donner des exemples d’offres anormalement basses plutôt que de définir le concept.

78. Pour ce qui est du paragraphe 1 *quater* proposé au paragraphe 13 du document A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, des avis divergents ont été exprimés sur la question de savoir si le Guide devrait contenir des dispositions plus souples sur les informations susceptibles d’être requises par les entités adjudicatrices à propos de la structure des coûts des offres. Selon l’avis qui l’a emporté, il faudrait attirer l’attention des entités adjudicatrices sur le fait qu’il pourrait être inapproprié de demander ce type d’information aux fournisseurs mais qu’il ne serait pas interdit de le faire. Le secrétariat a été prié, lorsqu’il réviserait les dispositions du Guide, de prendre en considération les différences entre pays en matière de réglementation sur le sujet (par exemple, dans certains cas, les responsables de la passation des marchés n’étaient pas autorisés à demander des informations sur la structure des coûts, par crainte que celles-ci ne soient utilisées à mauvais escient).

E. Accords-cadres (A/CN.9/WG.I/WP.44 et Add.1)

79. Certains représentants et observateurs ont actualisé les informations figurant dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.44 et Add.1, pour rendre compte des derniers développements dans l’utilisation et la réglementation des accords-cadres dans leurs pays respectifs.

80. Le Groupe de travail a noté que deux questions importantes influeraient essentiellement sur l’élaboration de projets de textes sur le sujet: d’une part, celle de savoir si le cahier des charges pourrait être modifié pendant l’exécution des accords-cadres et, d’autre part, celle de savoir si des fournisseurs non parties à l’accord-cadre initial pourraient le devenir après la conclusion du marché-cadre. Selon un point de vue, la réponse à ces questions dépendrait de la complexité et de l’objet des arrangements-cadres. Il a été proposé que les dispositions de la Loi type soient rédigées en termes suffisamment généraux pour tenir compte de tout type d’accord-cadre.

81. Reconnaissant que l’utilisation des accords-cadres était très répandue et prenant note du bilan positif de cette utilisation dans certains pays (et de la tendance à les réglementer expressément), le Groupe de travail a chargé le secrétariat de préparer des projets de textes pour la Loi type et pour le Guide, qui énonceraient les

conditions d'utilisation de ce type d'accord et prévoiraient les mesures nécessaires pour prévenir les problèmes fréquemment rencontrés dans cette utilisation, comme les risques de collusion entre fournisseurs, de corruption ou d'atteintes à la concurrence.

V. Questions diverses

82. Le Groupe de travail était saisi d'une note du secrétariat sur les travaux législatifs des organisations internationales concernant les marchés publics (A/CN.9/598/Add.1) (voir par. 8 et 10 ci-dessus). Il a pris acte de la recommandation de la Commission selon laquelle il devrait, en mettant à jour la Loi type et le Guide, tenir compte de la question des conflits d'intérêts et examiner s'il serait justifié de prévoir dans la Loi type des dispositions spéciales à cet égard (voir par. 3 ci-dessus).

83. Dans ce contexte, le Groupe de travail a pris note des dispositions relatives aux conflits d'intérêts figurant, d'une part, dans les exigences et les lignes directrices des banques multilatérales de développement en matière d'utilisation des systèmes d'appels d'offres e-GP et d'enchères électroniques inversées pour les marchés financés par lesdites banques (A/CN.9/598/Add.1, par 15 et 17)[3] et, d'autre part, à l'article 9 de la Convention des Nations Unies contre la corruption (A/CN.9/598/Add.1, par. 43 à 45). S'agissant de cette Convention, le Groupe de travail a noté que l'article 9-1 e) prévoyait, lorsqu'il y avait lieu, des mesures pour réglementer les questions touchant les personnels chargés de la passation des marchés, telles que l'exigence d'une déclaration d'intérêt pour certains marchés publics, les procédures de sélection desdits personnels et les exigences en matière de formation, dont on ne trouvait pas d'équivalent dans la Loi type.

84. Le Groupe de travail a entendu le compte rendu du secrétariat sur sa participation à la réunion de coordination des banques multilatérales de développement (Rome, 19 et 20 septembre 2006), lors de laquelle avait notamment été évoquée l'étude actuellement entreprise par lesdites banques sur les questions de corruption et de technologie dans la passation des marchés publics; cette étude aborderait expressément les conflits d'intérêts dans le contexte de la passation électronique des marchés.

85. Le Groupe de travail est convenu d'ajouter la question des conflits d'intérêts à la liste des thèmes à examiner dans le cadre de la révision de la Loi type et du Guide.

86. Le Groupe de travail a également entendu des informations concernant les travaux législatifs et autres activités connexes menés par des organisations et organismes régionaux et internationaux dans le domaine de la passation des marchés et confirmé que ses propres travaux dans le cadre de la révision de la Loi type devraient être entrepris en étroite coopération avec ces organisations et organismes.

---

[3] Section 12 des Exigences en matière d'utilisation des systèmes d'appels d'offres e-GP et section 11 des Lignes directrices pour les enchères électroniques inversées, toutes deux disponibles sur le site http://www.mdb-egp.org.

B. Note du Secrétariat sur les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – propositions de textes sur l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics et la publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa dixième session

(A/CN.9/WG.I/WP.47) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-2
II.	Propositions de textes sur l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics	3-37
	A. Moyens et forme des communications	3-19
	1. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée	3-17
	2. Texte du Guide pour l'incorporation	18-19
	B. Dispositions relatives à la valeur juridique des marchés conclus électroniquement et à l'obligation de dresser un procès-verbal de la procédure de passation du marché	20
	C. Propositions de textes sur la soumission électronique des offres, des propositions et des prix	21-28
	1. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée	21-26
	2. Texte du Guide pour l'incorporation	27-28
	D. Ouverture électronique des offres	29
	E. Publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés	30-37
	1. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée	30-34
	2. Texte du Guide pour l'incorporation	35-37

I. Introduction

1. L'historique des travaux actuellement menés par le Groupe de travail I (Passation de marchés) pour revoir la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services ("Loi type") (A/49/17 et Corr.1, annexe I) est présenté aux paragraphes 5 à 53 du document A/CN.9/WG.I/WP.46, dont celui-ci est saisi à sa dixième session. Le Groupe de travail a pour tâche principale d'actualiser et de réviser la Loi type afin de tenir compte des évolutions récentes, y compris l'utilisation des communications et des technologies électroniques, dans la passation des marchés publics.

2. Cette utilisation, y compris la soumission et l'ouverture électroniques des offres, ainsi que la tenue de réunions, la conservation d'informations et la publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés, faisait partie des thèmes dont était saisi le Groupe de travail à ses sixième à neuvième sessions[1]. À sa neuvième session, le Groupe de travail a prié le Secrétariat de réviser les propositions de textes qu'il avait examinées à sa session[2]. La présente note, élaborée en réponse à cette demande, présente les propositions de textes révisées afin de tenir compte des délibérations du Groupe à sa neuvième session.

II. Propositions de textes sur l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics

A. Moyens et forme des communications

1. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée

3. Le Groupe de travail a décidé de poursuivre ses délibérations sur la base des deux projets d'article suivants de la Loi type, en se fondant sur les projets dont il était saisi à sa neuvième session[3] et sur les dispositions de l'article 9 du texte actuel (1994) de la Loi type[4]:

"**Article 5 *bis*. Moyens de communication**

1) Toute disposition de la présente Loi relative à la communication[, à un écrit, à la publication d'informations, à la soumission d'offres dans une enveloppe scellée, à l'ouverture des offres, à un procès-verbal ou à une réunion,] est interprétée comme incorporant les moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables [utilisés à cet effet/de communication], à condition que le moyen choisi soit facilement compatible avec ceux d'usage général [ou courant] parmi les fournisseurs ou entrepreneurs.

2) Les documents, notifications, décisions et autres communications entre fournisseurs ou entrepreneurs et l'entité adjudicatrice sont fournis, soumis ou effectués par les moyens de communication spécifiés par l'entité adjudicatrice lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de

---

[1] Pour les enchères électroniques inversées, voir A/CN.9/WG.I/WP.48.
[2] A/CN.9/595, par. 10 à 79.
[3] A/CN.9/WG.I/WP.42, par. 7, 17 et 20.
[4] A/CN.9/595, par. 40 et 44.

fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché, à condition que le moyen spécifié soit susceptible d'être utilisé comme il est prévu au paragraphe précédent.

3) Les [règlements en matière de passation des marchés ou les entités adjudicatrices] [peuvent établir ou] [établissent] des mesures pour garantir l'authenticité, l'intégrité, l'accessibilité et la confidentialité des communications.

[4) Les dispositions du premier paragraphe du présent article s'appliquent également à toute disposition de la présente Loi relative à un écrit, à la publication d'informations, à la soumission d'offres dans une enveloppe scellée, à l'ouverture des offres, à un procès-verbal ou à une réunion.]"

"**Article 9 [5 *ter*]. Forme des communications**

1) Sous réserve d'autres dispositions de la présente Loi, les documents, notifications, décisions et autres communications qui doivent être soumis par l'entité adjudicatrice ou l'autorité administrative à un fournisseur ou entrepreneur ou par un fournisseur ou entrepreneur à l'entité adjudicatrice sont présentés sous une forme qui atteste la teneur de la communication et est accessible pour être consultée ultérieurement.

2) Les communications entre les fournisseurs ou entrepreneurs et l'entité adjudicatrice visées aux articles [7-4 et 6, 12-3, 31-2 a), 32-1 d), 34-1, 36-1, 37-3, 44 b) à f) et 47-l), à mettre à jour en fonction des modifications de la Loi type] peuvent être faites par un moyen n'attestant pas la teneur de la communication, sous réserve que, immédiatement après, confirmation de la communication soit donnée au destinataire sous une forme attestant la teneur de ladite communication et accessible pour être consultée ultérieurement."

Commentaire – origine, emplacement et titre

4. L'article 5 *bis* proposé et l'article 9 révisé reflètent les délibérations du Groupe de travail à sa neuvième session sur les moyens et la forme des communications[5]. L'article 5 *bis* proposé contient des éléments qui n'apparaissent pas dans la Loi type actuelle, et l'article 9 révisé reprend les dispositions de l'article 9 actuel.

5. À sa neuvième session, le Groupe de travail a noté que les dispositions de l'article 5 *bis* énonçaient un principe fondamental relatif à l'utilisation des communications dans le processus de passation des marchés (le terme "communications" étant pris dans son sens le plus large) et qu'elles devraient donc être placées vers le début de la Loi type, avant toute identification des fournisseurs ou entrepreneurs. En conséquence, il était convenu à titre préliminaire qu'elles pourraient faire suite à l'article 5 actuel[6].

6. À sa neuvième session, le Groupe de travail a remis à plus tard l'examen du titre de l'article 5 *bis* proposé[7]. Il voudra peut-être tenir compte du fait que cet article traite des moyens de communication (sur papier ou électroniques), alors que

[5] A/CN.9/595, par. 11 à 46.
[6] A/CN.9/595, par. 37.
[7] A/CN.9/595, par. 37.

l'article 9 révisé traite de la forme des communications (sous forme écrite plutôt que sous forme verbale, ainsi que du contenu de la communication devant être attesté). Le Groupe de travail voudra peut-être refléter cette différence dans les titres des articles.

7. Le Groupe de travail n'a pas définitivement décidé si les dispositions ci-dessus devaient faire l'objet d'un ou de deux articles et s'il serait utile de les regrouper (en tant qu'articles 5 *bis* et 5 *ter* par exemple). À cet égard, il voudra peut-être examiner si la différence entre les "moyens" et la "forme" des communications est suffisamment claire et s'il pourrait être utile, pour les utilisateurs de la Loi type, de faire une distinction entre les deux. Une autre possibilité pourrait consister à traiter des "moyens" et de la "forme" des communications dans un seul article composite qui pourrait être intitulé "Communications" (voir par. 12 ci-dessous).

Commentaire – le texte

8. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si la référence aux "moyens" (de communication) dans le premier paragraphe du projet d'article 5 *bis* est suffisamment claire ou s'il faudrait qualifier le terme "moyens" pour préciser qu'il s'agit de "moyens de communication". Il voudra peut-être envisager d'inclure des termes descriptifs comme les variantes entre crochets: "utilisés à cet effet", ou "communication" pour fournir cette référence, tout en notant que la deuxième variante serait destinée à être interprétée au sens large (une explication dans ce sens devrait être donnée dans le Guide pour l'incorporation).

9. En outre, le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le premier paragraphe de l'article 5 *bis* répond à son souhait de présenter la Loi type révisée d'une manière technologiquement neutre[8]. Le projet ci-dessus mentionne uniquement les "moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables" de communication, mais pas les moyens sur support papier. Une autre formulation, en termes technologiquement neutres, pourrait par exemple être la suivante:

> "Toute disposition de la présente Loi relative à la communication [...] est interprétée comme incorporant tous les moyens [utilisés à cet effet/de communication], y compris les moyens sur support papier, électroniques ou optiques ou des moyens comparables".

10. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si l'article 5 *bis* assure l'équivalence fonctionnelle souhaitée, du fait qu'il n'y a pas de norme ou d'exigence pour les communications en général et que l'approche fondée sur l'équivalence fonctionnelle prévoit qu'il peut être satisfait à toute exigence de documents papier par des communications électroniques[9]. On pourrait envisager une

---

[8] En examinant une question connexe, le Groupe de travail a noté "une certaine contradiction entre le principe de 'neutralité technologique' dans [ce texte] où il est fait référence à une technologie spécifique, contradiction qui devrait être réexaminée en temps utile" (A/CN.9/595, par. 15). Son attention est également attirée sur le débat qui a eu lieu à sa neuvième session au sujet de la soumission des offres. Il a été relevé que l'immense majorité d'entre elles continuaient d'être soumises de façon traditionnelle (A/CN.9/595, par. 55).

[9] Il est indiqué au paragraphe 16 du Guide pour l'incorporation de la Loi type sur le commerce électronique que l'"approche fondée sur l'équivalent fonctionnel" "[...] repose sur une analyse des objectifs et des fonctions de *l'exigence* traditionnelle *de documents papier* et vise à déterminer comment ces objectifs ou fonctions pourraient être assurés au moyen des techniques du commerce électronique". [italiques ajoutés]

autre formulation indiquant qu'il sera satisfait à une telle exigence par des moyens de communication sur support papier ou électroniques. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager aussi d'ajouter que toute communication émise dans le cadre d'une passation de marché régie par la Loi type peut l'être avec n'importe quel moyen de communication, sur support papier, électronique, optique ou un moyen comparable[10].

11. Le Groupe de travail a noté que le premier paragraphe du projet d'article 5 *bis* portait non seulement sur les communications, mais également sur l'écrit, la publication d'informations, la soumission d'offres dans une enveloppe scellée, l'ouverture des offres, les procès-verbaux et les réunions. En revanche, les deuxième et troisième paragraphes concernaient uniquement les communications. À sa neuvième session, le Groupe de travail est convenu d'examiner à une session ultérieure si ces autres éléments devraient être inclus dans le premier paragraphe ou figurer à part dans un quatrième paragraphe du projet d'article, ou ailleurs dans le texte. Le texte entre crochets, aux paragraphes 1 et 4 du projet d'article 5 *bis*, signale cette question en suspens[11].

12. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il conviendrait de faire du premier paragraphe de l'article 5 *bis* un article distinct, qui pourrait être un article 2 *bis* intitulé "Interprétation", dans la mesure où il porte sur l'interprétation des dispositions suivantes de la Loi type, notamment celles qui sont liées à la publication d'informations relatives à la passation des marchés, dont la première apparaît dès l'article 5, c'est-à-dire avant l'article 5 *bis* proposé. Il voudra peut-être aussi considérer que, si cette approche est retenue, les paragraphes 2 et 3 du projet d'article 5 *bis* devraient être regroupés avec l'article 9 révisé sous le titre "Communications" ou suivre immédiatement l'article 5 en tant qu'article 5 *bis*.

13. À sa neuvième session, le Groupe de travail a demandé que le terme "courant" soit ajouté après le terme "général" pour qualifier les moyens de communication utilisés parmi les fournisseurs ou entrepreneurs, de manière à assurer que le moyen de communication soit suffisamment disponible[12].

14. S'agissant du troisième paragraphe de l'article 5 *bis* proposé, le Groupe de travail est convenu d'examiner si c'était à l'entité adjudicatrice, et non à l'État adoptant par voie réglementaire, de se préoccuper des questions d'authenticité, d'intégrité, d'accessibilité et de confidentialité des communications figurant dans ce paragraphe et s'il faudrait laisser soit à l'entité adjudicatrice, soit à l'État adoptant la possibilité de le faire ou non ou bien l'obliger à le faire. Le texte entre crochets dans le paragraphe proposé signale cette question en suspens[13].

---

[10] Le Groupe de travail pourra peut-être aussi considérer qu'une formulation de ce type permettrait l'introduction d'une disposition relative à l'équivalence fonctionnelle régissant les signatures électroniques dans l'article 5 *bis*. Voir ci-dessous, le paragraphe 26 de la présente note.

[11] A/CN.9/595, par. 41.

[12] Voir le projet de texte qui fait suite au paragraphe 40 du document A/CN.9/595. Dans ce contexte, le Groupe de travail a rappelé que le terme "généralement" relevait de la notion d'universalité et que le terme "couramment" signifiait que la technologie était largement disponible, mais peut-être pas pour tous ou presque tous les utilisateurs, comme énoncé dans le document A/CN.9/WG.I/WP.42, par. 18 a).

[13] A/CN.9/595, par. 43.

15. En ce qui concerne l'article 9 révisé, le Groupe de travail se souviendra peut-être que le texte suit les premier et deuxième paragraphes du libellé actuel de l'article 9, avec l'ajout des mots "accessible pour être consultée ultérieurement" à la fin de chaque paragraphe. Ces mots ont été inclus pour que l'exigence selon laquelle les communications devraient attester leur teneur puisse durer et pour respecter les articles 6 et 10 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, qui portent respectivement sur la notion d'"écrit" et la conservation des communications électroniques[14].

16. Le Groupe de travail a décidé d'examiner plus tard si le texte actuel de l'article 9-3[15] devait être conservé sous une forme ou une autre, pour établir un principe général de non-discrimination dans l'utilisation des communications, ou si le premier paragraphe de l'article 5 *bis* proposé donnait des garanties suffisantes. À cet égard, il a relevé que la notion de non-discrimination existait, en dehors de l'article 9-3 actuel, dans d'autres dispositions du texte actuel de la Loi type, par exemple en termes positifs de traitement juste et équitable des fournisseurs et entrepreneurs à l'alinéa d) du préambule. Le Groupe de travail a exprimé l'avis que l'article 9-3 actuel pourrait être superflu compte tenu des nouvelles dispositions proposées de l'article 5 *bis* et de l'article 9 révisé pour les communications en général, mais que, dans le contexte de l'éventuelle soumission obligatoire des offres par voie électronique, une disposition relative à la non-discrimination pourrait rester nécessaire. Il a également décidé d'examiner plus tard la question de l'emplacement d'une disposition générale concernant la non-discrimination[16].

17. À sa neuvième session, le Groupe de travail a confirmé que le choix du moyen de communication et de la forme des communications, que ce soit sur papier ou un

---

[14] Pour le texte de la Loi type sur le commerce électronique, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), annexe I (aussi publié dans l'Annuaire de la CNUDCI, vol. XXVII:1996 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.98.V.7), troisième partie, annexe I). La Loi type et le Guide pour son incorporation ont été publiés en tant que publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4, et peuvent être consultés sous forme électronique sur le site Internet de la CNUDCI: http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html . La note explicative relative à l'article 6 (voir par. 50 du Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique) prévoit que "l'article 6 s'attache à la notion fondamentale d'une information pouvant être reproduite et lue. Cette notion est exprimée à l'article 6 dans des termes qui ont été jugés constituer un critère objectif, à savoir que les renseignements contenus dans un message de données doivent être accessibles afin de pouvoir être utilisés comme référence par la suite. Le mot 'accessible' implique qu'une information se présentant sous la forme de données informatisées doit être lisible et interprétable, et que le logiciel qui pourrait être nécessaire pour assurer la lisibilité de pareille information doit être préservé. Le mot 'consultée' vise non seulement la consultation par l'homme, mais également le traitement par ordinateur. Quant à l'expression 'être consultée ultérieurement', elle a été préférée à la notion de 'durabilité' ou à celle d''inaltérabilité', qui auraient constitué des normes trop strictes, et à des notions comme la 'lisibilité' ou l''intelligibilité', qui auraient représenté des critères trop subjectifs."

[15] Le texte actuel est le suivant: "L'entité adjudicatrice ne fait pas de discrimination à l'encontre de fournisseurs ou entrepreneurs en raison de la forme sous laquelle ils communiquent ou reçoivent les documents, notifications, décisions ou autres communications". Le passage relatif à cette disposition dans le Guide pour l'incorporation énonce que: "Étant donné en particulier que les méthodes de communication non classiques telles que l'EDI sont encore inégalement disponibles et utilisées, le paragraphe 3 a été inclus pour prévenir la discrimination contre ou parmi les fournisseurs et entrepreneurs en raison de la méthode de communication qu'ils utilisent."

[16] A/CN.9/595, par. 26 à 36 et 60.

moyen électronique, ou bien les deux, devait être laissé à l'entité adjudicatrice. Il a été décidé que le texte de la Loi type devrait expressément autoriser cette dernière à choisir plus d'un moyen ou d'une forme de communication[17]. Le texte du projet d'article 5 *bis* et l'article 9 révisé ci-dessus permettent de choisir plus d'un moyen.

2. Texte du Guide pour l'incorporation

18. Le Groupe de travail a demandé que le texte du Guide pour l'incorporation relatif aux dispositions mentionnées ci-dessus:

a) Contienne une liste illustrative actualisée d'exemples des "moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables" de communication;

b) Explique que les dispositions du projet d'article 5 *bis*-1, bien qu'elles s'écartent des dispositions similaires d'autres textes de la CNUDCI, vont dans le même sens que ces derniers, y compris la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux[18];

c) Indique que les dispositions de l'article 5 *bis*-1 proposé sont censées être interprétées largement de manière à englober toutes dispositions de la Loi type impliquant la présence physique ou un environnement papier;

d) Contienne des commentaires sur le rôle et la place de la passation électronique dans la dématérialisation des procédures gouvernementales;

e) Décrive les situations dans lesquelles la Loi type exige l'utilisation de moyens électroniques et fournisse plus d'orientations sur l'impact des différents degrés de recours au commerce électronique par les États adoptants;

f) Développe la notion de disponibilité générale des moyens de communication (dans l'idée que les entités adjudicatrices doivent tenir compte du niveau de pénétration des communications et des technologies électroniques sur le marché concerné lorsqu'elles choisissent un moyen de communication pour une passation donnée, ainsi que le coût de ce moyen);

g) Souligne que la question de savoir si l'utilisation de tel ou tel moyen de communication est objectivement justifiable dépendrait du pays et de la procédure de passation des marchés;

h) Aborde des questions techniques comme celles de l'interopérabilité et de la compatibilité;

i) Signale que des exigences plus strictes pourraient s'appliquer dans certaines circonstances (par exemple en vertu de traités internationaux ou des prescriptions d'une banque multilatérale de développement);

j) Souligne que le recours à des systèmes mixtes serait particulièrement approprié pendant la période de transition après l'introduction des moyens électroniques de communication dans la passation des marchés et que l'utilisation exclusive de tels moyens électroniques serait encouragée lorsqu'il y avait lieu à long terme;

---

[17] A/CN.9/595, par. 59 et 60.

[18] Résolution 60/21 de l'Assemblée générale.

k) Aborde la notion de discrimination et explique, à l'aide d'exemples, comment celle-ci pourrait se manifester dans la pratique;

l) Précise que le moyen de communication choisi ne constituerait pas un obstacle au processus de passation des marchés, car il compromettrait autrement la promotion des objectifs de la Loi type consistant à aboutir à un maximum d'économie et d'efficacité dans la passation des marchés qui sont énoncés dans le préambule (alinéa a); et

m) Traite en détail des problèmes posés par l'authenticité, l'intégrité, l'accessibilité et la confidentialité des communications[19].

19. Le Groupe de travail recevra un projet de Guide pour l'incorporation qui tiendra compte de ces différents points et de ses décisions relatives aux questions abordées aux paragraphes 6 à 14 et 16 ci-dessus, pour examen à une session ultérieure.

B. Dispositions relatives à la valeur juridique des marchés conclus électroniquement et à l'obligation de dresser un procès-verbal de la procédure de passation du marché

20. Le Groupe de travail se rappellera peut-être que les suggestions d'ordre rédactionnel (formulées à la neuvième session[20]) sur les dispositions du Guide pour l'incorporation dont il était saisi portaient sur la valeur juridique des marchés conclus électroniquement et l'obligation de dresser un procès-verbal de la procédure de passation du marché. Un projet de texte pour le Guide tenant compte de ces suggestions lui sera présenté pour examen à une session future.

C. Propositions de textes sur la soumission électronique des offres, des propositions et des prix

1. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée

21. Le Groupe de travail a décidé de poursuivre ses délibérations sur la soumission électronique des offres en se fondant sur le projet de texte ci-après pour l'article 30-5 a):

> "Les offres sont soumises [par le moyen spécifié dans le dossier de sollicitation, et sont soumises] par écrit, sont signées, et sont placées dans une enveloppe scellée[21]".

Commentaire

22. À sa neuvième session, le Groupe de travail a noté que le texte proposé faisait référence à la fois au "moyen" et à la "forme" de soumission des offres. Bien que les "moyens" de soumission soient en fait définis dans l'article 5 *bis* proposé (les offres étant des "communications", elles tombent dans le champ d'application de ce

---

[19] A/CN.9/595, par. 11, 12, 14, 18 à 22, 30, 34, 38, 43 et 61.
[20] A/CN.9/595, par. 47 à 51.
[21] A/CN.9/595, par. 63.

projet d'article), le Groupe de travail a estimé qu'il pourrait être utile de faire expressément référence à ces moyens dans l'article 30-5 a) pour préciser que les mots "par écrit, [sont] signées, et [sont] placées dans une enveloppe scellée" renvoient à la forme de soumission des offres et non au moyen par lequel elles sont soumises[22].

23. En ce qui concerne la "forme" de soumission des offres, le Groupe de travail a noté que les conditions selon lesquelles les offres devaient être soumises par écrit, signées et placées dans une enveloppe scellée constituaient des garanties fondamentales pour la soumission des offres. Par conséquent, et malgré l'environnement papier que cette formulation sous-entend, il a décidé que les termes "par écrit, sont signées et sont placées dans une enveloppe scellée" ne devraient pas être remplacés par des équivalents technologiquement neutres[23].

24. À cet égard, le Groupe de travail a également décidé de supprimer une option figurant dans l'actuel article 30-5 b) qui permettait à l'entité adjudicatrice d'assouplir les conditions de forme. Les dispositions de l'article 30-5 b), que le Groupe de travail a décidé de supprimer, prévoyaient en substance que les offres pouvaient être soumises "sous toute autre forme, spécifiée dans le dossier de sollicitation, qui en atteste la teneur et qui assure au moins un degré similaire d'authenticité, de sécurité et de confidentialité". (L'expression "autre forme" fait référence à toute autre forme que la soumission des offres par écrit, signées et dans une enveloppe scellée.)

25. Même si l'article 5 *bis* proposé précise que les termes "par écrit" et "dans une enveloppe scellée" visent aussi bien les supports papier traditionnels que leurs équivalents électroniques, il n'énonce aucune exigence concernant la signature. Aux termes de l'article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, l'exigence de la signature est satisfaite si une "méthode [fiable] est utilisée pour identifier" la personne et "pour indiquer qu'elle approuve" l'information contenue dans la communication électronique. Les questions découlant de l'utilisation des signatures électroniques et numériques sont examinées en détail dans la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques dont le texte s'inspire directement de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique[24].

26. Le Groupe de travail se rappellera peut-être que l'utilisation de signatures électroniques varie considérablement d'un pays à l'autre et que, dans certains cas, les signatures électroniques sont certifiées de manière indépendante (on parle alors de "signatures numériques")[25]. Toutefois, les commentateurs ont noté que le fait

---

[22] A/CN.9/595, par. 62.

[23] A/CN.9/595, par. 54.

[24] Pour le texte de la Loi type sur les signatures électroniques, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17* (A/56/17), annexe II. La Loi type et le Guide pour son incorporation ont été publiés sous forme de publication des Nations Unies, numéro de vente: F.02.V.8, et sont également disponibles sous forme électronique sur le site Web de la CNUDCI (http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/2001Model_signatures.html).

[25] Les signatures électroniques font appel au cryptage, parfois en utilisant une infrastructure à clef publique, et demandent des investissements considérables pour leur mise en place. Dans le secteur privé, le commerce électronique se fait sans signatures numériques. Pour de plus amples informations, voir le rapport final de la Conférence sur la passation électronique des marchés publics (e-GP), organisée par les banques multilatérales de développement à Manille, du 26 au

d'exiger des signatures électroniques et numériques risquait de créer des obstacles techniques inutiles et de dissuader d'adopter des procédures dématérialisées. Comme le Groupe de travail l'a noté à sa neuvième session, quelques pays ont essayé d'éviter les conséquences techniques de l'obligation de signature d'un document électronique en indiquant que de tels documents étaient authentifiables[26]. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si la Loi type devait énoncer expressément l'équivalence fonctionnelle entre les signatures traditionnelles et les signatures électroniques et, dans l'affirmative, déterminer l'emplacement d'une telle disposition dans le texte. Il se rappellera peut-être que l'exigence de signature dans la Loi type concerne uniquement les offres et les marchés et, par conséquent, qu'une telle disposition sur la signature pourrait être incorporée soit dans l'article 5 *bis* proposé, soit dans les articles régissant la soumission des offres et les marchés. Il pourrait également examiner si l'équivalence fonctionnelle entre les signatures traditionnelles et électroniques pouvait être abordée dans le Guide pour l'incorporation.

2. Texte du Guide pour l'incorporation

27. Le Groupe de travail a noté que le Guide pour l'incorporation devrait aborder les questions suivantes en ce qui concerne la soumission électronique des offres: i) la référence aux "moyens" de soumission des offres sous-entend l'utilisation exclusive de moyens électroniques ou de supports papier, ou l'utilisation de systèmes mixtes (qui permettent aux fournisseurs de soumettre des offres sur papier ou électroniquement, ou de soumettre certaines parties de leurs offres, comme des échantillons ou des dessins techniques, ou encore des attestations juridiques, sur papier); ii) l'opportunité de promouvoir la soumission électronique des offres à long terme, et l'utilisation de systèmes mixtes à titre provisoire; iii) les garanties équivalentes à l'écrit, à la signature et à une enveloppe scellée; iv) l'utilisation de technologies telles que les logiciels de détection de virus pour atténuer le risque de suppression d'une offre électronique par un virus (de manière à renforcer la confiance dans l'environnement électronique et sa transparence); et v) le point de savoir si les entités adjudicatrices devraient autoriser la soumission en double des offres sous différentes formes de manière à se prémunir contre une défaillance du système et les garanties qui devraient également être appliquées pour prévenir les abus[27].

28. Un projet de texte pour le Guide pour l'incorporation tenant compte de ces considérations et des décisions prises sur la question évoquée au paragraphe 26 ci-dessus sera présenté au Groupe de travail pour examen à une session future.

D. Ouverture électronique des offres

29. Le Groupe de travail est convenu à titre préliminaire du libellé suivant pour le texte proposé de l'article 33-4 de la Loi type:

---

28 octobre 2004, disponible (en anglais uniquement) à l'adresse http://www.mdb-egp.org/data/international.htm.

[26] A/CN.9/595, par. 56.

[27] A/CN.9/595, par. 57 à 59.

"Article 33. Ouverture des offres

4) Lorsque la procédure de passation des marchés a été menée par voie électronique conformément à [insérer les dispositions traitant des communications électroniques, des enchères inversées et d'autres procédures entièrement automatisées], les fournisseurs ou entrepreneurs sont réputés avoir été autorisés à être présents à l'ouverture des offres conformément aux exigences de l'article 33-2 s'ils sont capables de suivre l'ouverture des offres en direct par les moyens électroniques ou optiques ou des moyens comparables de communication utilisés par l'entité adjudicatrice."[28]

E. Publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés

1. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée

30. À sa neuvième session, le Groupe de travail est convenu à titre préliminaire de conserver le texte actuel de l'article 5 de la Loi type sans modifications et de traiter les points supplémentaires proposés[29] dans le Guide[30].

31. Le Groupe de travail doit décider à sa dixième session si, comme cela a été suggéré à sa neuvième session, le secrétariat devrait, lors de l'élaboration de l'article 5 révisé, scinder ce dernier en deux paragraphes, le premier portant sur les textes juridiques devant être publiés (législation, règlements en matière de passation des marchés et directives d'application générale) auxquels l'exigence d'une tenue à jour systématique continuerait de s'appliquer et le second sur les décisions judiciaires et les directives administratives importantes où les mots "systématiquement tenus à jour" seraient remplacés par "régulièrement mis à jour si nécessaire" Cette proposition a bénéficié d'un certain soutien dans le Groupe de travail, mais aucune décision définitive n'a été prise[31].

32. On attend du Groupe de travail à sa dixième session qu'il continue d'examiner l'opportunité d'inclure dans la Loi type des dispositions sur la publication d'informations sur les "possibilités de marchés à venir", soit dans l'article 5, soit dans un article distinct, en tenant compte des délibérations tenues à sa neuvième session[32]. Il a été proposé à cette session que, lors de l'examen de cette question, le Groupe de travail évalue si la pratique de la publication de ce type d'informations serait conforme aux objectifs de la Loi type et s'il serait nécessaire alors d'insérer dans la Loi type une disposition d'habilitation spécifique pour promouvoir cette pratique[33].

33. Toujours à la neuvième session, il a été suggéré de modifier comme suit le texte proposé sur la publication d'informations sur les "possibilités de marchés à venir":

---

[28] A/CN.9/595, par. 64 et 65, et A/CN.9/WG.I/WP.42, par. 35 à 37.
[29] A/CN.9/WG.I/WP.42, par. 38.
[30] A/CN.9/595, par. 66 à 74.
[31] A/CN.9/595, par. 71.
[32] A/CN.9/595, par. 75 à 78.
[33] A/CN.9/595, par. 78.

"Aussi rapidement que possible après le début d'un exercice budgétaire, les entités adjudicatrices [peuvent publier/publient] des informations sur les possibilités de marchés prévues pour les [l'État adoptant indique la période] suivant(e)s, et ces informations ne constituent pas le dossier de sollicitation ni des parties de ce dossier".[34]

34. Le Groupe de travail doit examiner si le texte, s'il est incorporé dans la Loi type, devrait avoir un caractère indicatif ou prescriptif ("peuvent publier" ou "publient"[35]). Il voudra peut-être examiner si une formulation différente, qui indiquerait par exemple que les règlements en matière de passation de marchés peuvent énoncer la publication d'informations supplémentaires relatives à la passation des marchés (le Guide pour l'incorporation fournirait des orientations appropriées sur les informations devant être publiées), conférerait plus de souplesse à cet égard.

2. Texte du Guide pour l'incorporation

35. Le Groupe de travail a demandé à ce que le Guide pour l'incorporation traite de l'opportunité de mettre les informations suivantes à la disposition du public et de les tenir à jour:

a) Les décisions judiciaires d'application générale et ayant valeur de précédent dans le domaine du droit des marchés[36];

b) Les informations supplémentaires concernant les règles ou instructions internes, ou d'autres informations;

c) Tous les autres documents et informations dont la Loi type exige la publication avec des références spécifiques à cette Loi[37]; et

d) Les informations sur les possibilités de marchés à venir[38].

36. Le Guide examinera également les problèmes rencontrés dans la pratique pour rendre les textes juridiques disponibles et accessibles, les moyens et les modalités de publication des informations et la notion de "mise à jour systématique" des informations mentionnée dans la version actuelle de l'article 5[39].

37. Le Groupe de travail a également demandé que soient apportées des modifications mineures au texte proposé du Guide pour l'incorporation dont il était saisi à sa neuvième session[40]. Une version révisée du projet de texte du Guide pour l'incorporation tenant compte de ces suggestions et de celles qui sont faites aux paragraphes 35 et 36 ci-dessus ainsi que les décisions du Groupe de travail sur les questions soulevées aux paragraphes 31, 32 et 34 ci-dessus sera présentée au Groupe de travail pour examen à une session future.

---

[34] A/CN.9/595, par. 76.
[35] A/CN.9/595, par. 76 et 77.
[36] A/CN.9/595, par. 68 et 74.
[37] A/CN.9/595, par. 74.
[38] A/CN.9/595, par. 76 à 78.
[39] A/CN.9/595, par. 69, 70 et 72.
[40] A/CN.9/595, par. 79.

C. Note du Secrétariat sur les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – projets de textes sur l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la passation de marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa dixième session

(A/CN.9/WG.I/WP.48) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-2
II.	Projets de textes sur l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la passation de marchés publics	3-28
	A. Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées	3-17
	1. Projet de texte proposé la Loi type révisée	3-10
	2. Texte à insérer dans le Guide pour l'incorporation	11-17
	B. Procédures préalables à la phase d'enchère proprement dite	18-27
	C. Procédures pendant la phase d'enchère proprement dite et autres modifications à apporter au texte de la Loi type et du Guide pour l'incorporation pour permettre la conduite d'enchères électroniques inversées	28

I. Introduction

1. L'historique des travaux actuellement menés par le Groupe de travail I (Passation de marchés) pour revoir la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services ("Loi type") (A/49/17 et Corr.1, annexe I) est présenté aux paragraphes 5 à 53 du document A/CN.9/WG.I/WP.46, dont celui-ci sera saisi à sa dixième session. Le Groupe de travail a pour tâche principale d'actualiser et de réviser la Loi type, afin de tenir compte des évolutions récentes, notamment de l'utilisation des communications électroniques et des technologies de l'information dans la passation des marchés publics.

2. Cette utilisation, y compris le recours aux enchères électroniques inversées, faisait partie des thèmes abordés par le Groupe de travail de sa sixième à sa neuvième session[1]. À cette dernière session, il a examiné les projets de textes sur ce thème, puis a prié le secrétariat de les réviser[2]. La présente note, établie

[1] Voir A/CN.9/WG.I/WP.35, A/CN.9/WG.I/WP.40, A/CN.9/WG.I/WP.43 et leurs additifs. Pour d'autres sujets connexes, voir A/CN.9/WG.I/WP.47.

[2] A/CN.9/595, par. 87 à 111.

conformément à cette demande, contient les projets de textes tels qu'ils ont été modifiés pour tenir compte de ses délibérations à cette session.

II. Projets de textes sur l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la passation de marchés publics

A. Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées

1. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée

3. Le Groupe de travail a décidé de poursuivre ses délibérations en se fondant sur le projet d'article ci-après, destiné à être inséré dans la Loi type[3]:

"**Article [36 *bis*]. Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées**

L'entité adjudicatrice peut engager une procédure de passation de marché en recourant à une enchère électronique inversée conformément [à l'] [aux] article[s], dans les circonstances suivantes:

a) Lorsqu'il est possible de formuler des spécifications détaillées et précises pour les biens, les travaux ou les services;

b) Lorsqu'il y a un marché concurrentiel de fournisseurs ou d'entrepreneurs dont on pense qu'ils sont qualifiés pour participer à l'enchère électronique inversée de sorte qu'une concurrence effective soit assurée;

c) Lorsque le marché porte sur:

i) Des biens d'usage courant [, qui sont généralement disponibles sur le marché]; ou

ii) Des travaux ou des services d'usage courant, [qui sont généralement disponibles sur le marché et] à condition qu'ils soient de nature simple; et

[d) Lorsque le prix est le seul critère à utiliser pour déterminer l'offre à retenir;

ou

d) Lorsque le prix et [uniquement d'/tous] autres critères pouvant être exprimés en chiffres ou convertis en unités monétaires et faire l'objet [d'une évaluation automatique/d'une évaluation par des procédés automatiques] doivent être utilisés pour déterminer l'offre à retenir.]"

Commentaire – objet et emplacement des dispositions

4. Les dispositions ci-dessus ont pour objet d'établir le cadre juridique essentiel au fonctionnement des enchères électroniques inversées en tenant compte à la fois

[3] A/CN.9/595, par. 95. Des modifications mineures ont également été apportées au projet de texte dont le Groupe de travail était saisi à sa neuvième session pour assurer la cohérence avec le style de la Loi type.

des principes généraux de la passation des marchés et des principes propres au fonctionnement de ces enchères. Cependant, le Groupe de travail a aussi noté qu'en raison de la nouveauté relative de ce type d'enchères, le texte devrait être rédigé en termes aussi généraux que possible pour tenir compte de l'évolution de cette pratique[4]. Il est convenu que les dispositions de l'article 36 *bis* proposé devraient être considérées comme formant un tout, de manière à préserver l'effet de toutes les garanties qu'il prévoit[5].

5. En ce qui concerne l'emplacement de l'article, le Groupe de travail a provisoirement décidé de l'insérer dans le chapitre III de la Loi type ("Procédure d'appel d'offres") en tant que nouvelle section IV intitulée "Enchères électroniques inversées" sans pour autant écarter la possibilité que ces enchères soient utilisées comme une méthode autonome de passation ou comme une étape dans le contexte d'accords-cadres à phases multiples[6]. Le chapitre III traitant des procédures à suivre pour l'appel d'offres, mais non des conditions d'utilisation de types particuliers d'appels d'offres (comme l'appel d'offres en deux étapes), le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si un autre emplacement pour les dispositions réglementant les enchères électroniques inversées serait plus adapté à la structure de la Loi type actuelle. Dans le cas de l'appel d'offres en deux étapes, par exemple, les conditions d'utilisation sont énoncées à l'article 19 de la Loi type (qui se trouve au chapitre II) et les procédures à suivre à l'article 46 (qui figure au chapitre V). Par ailleurs, le Groupe de travail se souviendra peut-être que le premier paragraphe de l'article 46 indique ce qui suit: "Les dispositions du chapitre III de la présente Loi s'appliquent aux procédures d'appel d'offres en deux étapes, sauf dans la mesure où le présent article déroge auxdites dispositions". Si une formule semblable était adoptée pour les enchères électroniques inversées, l'article ci-dessus serait inséré dans le chapitre II et les dispositions procédurales examinées dans la section II-C et D du document A/CN.9/WG.I/WP.43 seraient insérées au chapitre V.

6. Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi considérer que cette solution pourrait faciliter le recours aux enchères électroniques inversées en tant que méthode autonome de passation (semblable à la procédure de sollicitation de prix, avec laquelle elles pourraient aussi être combinées lorsqu'une procédure pleinement ouverte n'est pas exigée) ou en tant qu'étape dans le contexte d'accords-cadres à phases multiples.

7. D'un autre côté, et eu égard au souci de cohérence dans la Loi type, le Groupe de travail peut aussi décider d'insérer, dans le chapitre III, les parties des chapitres II et V qui traitent des formes d'appel d'offres, y compris les enchères électroniques inversées.

Commentaire – le texte

8. S'agissant de l'alinéa a) du texte proposé, le Groupe de travail a noté qu'il risque d'être redondant compte tenu de l'article 27 d) de la Loi type[7] et est convenu

---

[4] A/CN.9/595, par. 89.
[5] A/CN.9/595, par. 96.
[6] A/CN.9/595, par. 95 et 103.
[7] Voir également A/CN.9/595, par. 99. L'article 27 d) exige que le dossier de sollicitation comporte, au minimum, les renseignements suivants relatifs aux spécifications: "La nature, et les caractéristiques techniques et qualitatives que doivent présenter, conformément à l'article 16, les

d'examiner plus avant la question de son inclusion. À cet égard, il pourrait considérer que l'obligation de fournir des "spécifications détaillées et précises" compte parmi les critères absolus qui déterminent si une enchère électronique inversée est une méthode de passation appropriée dans un cas donné et, de ce fait, que cet alinéa devrait être inclus dans l'article, même s'il n'est pas strictement nécessaire.

9. En ce qui concerne la deuxième variante de l'alinéa d), le Groupe de travail est convenu de réexaminer si le texte de la Loi type devrait admettre la prise en compte de critères autres que le prix dans les enchères ou si seul le Guide pour l'incorporation devrait faire référence à ces critères[8]. À cet égard, il voudra peut-être examiner si le Guide pourrait proposer des variantes pour le libellé de la Loi type au lieu de donner des indications détaillées sur l'application de ses dispositions.

10. Pour ce qui est de la formulation précise de certains éléments du texte, les questions ci-après demeurent en suspens, à savoir[9]:

a) Si les mots "généralement disponibles sur le marché" devraient être conservés à l'alinéa c);

b) S'il faudrait insérer les mots "uniquement d'" ou "tous" avant les mots "autres critères" dans la deuxième variante de l'alinéa d); et

c) Également dans la deuxième variante de l'alinéa d), s'il faudrait modifier les mots "évaluation automatique", par exemple en les remplaçant par les mots "évaluation par des procédés automatiques".

2. Texte à insérer dans le Guide pour l'incorporation

11. Le Groupe de travail a noté que les considérations ci-après sont essentielles pour l'utilisation efficace des enchères électroniques inversées et devraient faire l'objet d'un commentaire détaillé dans le Guide pour l'incorporation:

a) Des spécifications claires doivent être formulées et portées à la connaissance des fournisseurs dès le début de la passation du marché[10];

b) Les enchères électroniques inversées conviennent pour l'acquisition de biens et de services d'usage courant[11];

c) Il est important qu'un nombre suffisant de fournisseurs participent à l'enchère pour assurer la concurrence[12];

---

biens, les travaux ou les services requis, y compris, mais non pas exclusivement, les spécifications techniques, plans, dessins et modèles, selon le cas; la quantité de biens requis; tous services accessoires à exécuter; le lieu où les travaux doivent être effectués ou celui où les services doivent être fournis; et, le cas échéant, le délai souhaité ou requis pour la fourniture des biens, l'exécution des travaux ou la fourniture des services."

[8] A/CN.9/595, par. 99.

[9] A/CN.9/595, par. 98.

[10] A/CN.9/595, par. 89.

[11] A/CN.9/595, par. 102 et 103.

[12] A/CN.9/595, par. 101.

d) L'anonymat des soumissionnaires doit être préservé (également dans le contexte plus général de la concurrence et de la loyauté commerciale)[13];

e) Les achats groupés doivent être encouragés pour amortir les coûts[14];

f) Il est absolument nécessaire que puissent être pris en compte dans l'enchère le prix et, éventuellement, quelques autres critères seulement qui remplissent les conditions de la deuxième variante de l'alinéa d) de l'article 36 *bis* proposé (tels que les délais de livraison et les considérations techniques) de façon à éviter l'introduction d'éléments subjectifs dans la quantification de ces critères et à prévenir le risque d'abus[15];

g) Le choix d'un vainqueur doit se faire après une phase unique et finale d'enchères, également de façon à prévenir tout abus[16];

h) Le prix de l'offre qui l'a emporté doit figurer sur le contrat, même dans le cas d'un accord-cadre[17]; et

i) Le moment de l'ouverture et les critères de clôture des enchères doivent être clairement spécifiés à l'avance[18].

12. En outre, le Groupe de travail a exprimé l'avis que le Guide devrait expliquer que les travaux et les services ne rempliraient pas normalement les conditions prévues pour l'utilisation des enchères électroniques inversées, sauf s'ils sont très simples[19]. Il est également convenu que le paragraphe 35 du document A/CN.9/WG.I/WP.43, notamment le passage relatif aux produits courants (carburant, matériel informatique standard, fournitures de bureau et produits de construction de base), et aux articles dont les coûts après acquisition sont limités voire nuls et pour lesquels aucun service ou avantage supplémentaire n'intervient une fois le contrat initial rempli, devrait être maintenu en tant que texte à insérer dans le Guide pour l'incorporation concernant l'article 36 *bis* proposé.

13. Le Groupe de travail est convenu que, bien que l'article proposé envisage dans la deuxième variante de l'alinéa d) l'utilisation de critères autres que le prix dans les enchères électroniques inversées, le Guide devrait signaler les dangers potentiels de l'application de ces critères[20]. À cet égard, il pourrait considérer que le Guide devrait encourager les États adoptants qui n'ont pas encore utilisé la technique des enchères électroniques inversées à l'introduire par étapes: à savoir en autorisant, dans un premier temps, la soumission aux enchères du prix uniquement et, par la suite, l'utilisation d'autres critères à mesure qu'ils accumuleront de l'expérience en la matière et que les pratiques évolueront.

---

[13] A/CN.9/595, par. 89 et 101.
[14] A/CN.9/595, par. 90.
[15] A/CN.9/595, par. 101.
[16] A/CN.9/595, par. 101.
[17] A/CN.9/595, par. 101.
[18] A/CN.9/595, par. 101.
[19] A/CN.9/595, par. 100.
[20] A/CN.9/595, par. 100.

14. Le Guide précisera aussi que l'adjectif "qualifiés" employé à l'alinéa b) ne signifie pas que les enchères électroniques inversées comporteront nécessairement une phase de présélection[21].

15. Le Groupe de travail a proposé en outre que le Guide note l'utilité d'une terminologie commune relative aux marchés pour désigner les biens, les travaux ou les services par des codes ou par référence à des normes générales définies par le marché. L'établissement de listes des biens, travaux ou services ne se prêtant pas aux enchères électroniques inversées ou d'une liste des caractéristiques que les biens, travaux ou services devraient présenter pour pouvoir faire l'objet de telles enchères (plutôt qu'une liste indiquant expressément les biens, travaux ou services susceptibles d'être acquis par cette procédure qu'il serait difficile de tenir à jour) pourrait également être examiné dans le Guide[22].

16. Le Groupe de travail a noté également que la fixation du prix le plus bas en dessous duquel les soumissions ne seraient pas acceptées pourrait être un moyen important de garantir la bonne gestion des enchères électroniques inversées et de se prémunir contre les offres anormalement basses[23].

17. Un projet de texte à insérer dans le Guide tenant compte de ces points et des décisions sur les questions en suspens sera soumis au Groupe de travail pour qu'il l'examine à une prochaine session.

B. Procédures préalables à la phase d'enchère proprement dite

18. Le Groupe de travail a prié le secrétariat de reformuler l'article 47 *bis* proposé[24] pour offrir suffisamment de souplesse concernant les différents types d'enchères électroniques inversées et la possibilité pour les fournisseurs de se retirer de l'enchère avant sa clôture, à condition de prévoir des garanties suffisantes pour se prémunir contre les fraudes et les abus[25]. Le projet d'article révisé soumis à l'examen du Groupe de travail est libellé comme suit:

"**Article [47 *bis*]. Conduite de l'enchère électronique inversée avant la phase d'enchère proprement dite**

1. [Les dispositions du chapitre III de la présente Loi s'appliquent à la passation de marchés au moyen d'enchères électroniques inversées sauf dans la mesure où le présent article déroge auxdites dispositions.]

2. L'invitation à soumettre une offre indique si les fournisseurs ou les entrepreneurs sont tenus de présenter, avant l'enchère, des offres initiales qui soient complètes à tous égards.

3. Si la soumission d'offres initiales est requise, l'entité adjudicatrice procède à un examen initial des offres pour déterminer si elles sont conformes selon le paragraphe 3 de l'article 34, [des qualifications des fournisseurs ou

---

[21] A/CN.9/595, par. 100.
[22] A/CN.9/595, par. 102.
[23] A/CN.9/595, par. 91.
[24] Voir A/CN.9/WG.I/WP.43, texte qui suit le paragraphe 39.
[25] A/CN.9/595, par. 108.

des entrepreneurs] [et pour évaluer, conformément aux critères d'attribution fixés, tous les éléments des offres qui ne seront pas présentés à l'enchère].

4. L'entité adjudicatrice envoie une invitation à participer à l'enchère à tous les fournisseurs ou entrepreneurs sauf à ceux dont les offres ont été rejetées en application du paragraphe 3.

5. L'invitation indique aux fournisseurs et aux entrepreneurs les modalités et les délais d'inscription pour participer à l'enchère.

6. L'entité adjudicatrice veille à ce que le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs invités à participer à l'enchère soit suffisant pour assurer une concurrence effective. Si, à tout moment avant la clôture de l'enchère, le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs est de l'avis de l'entité adjudicatrice insuffisant pour assurer une concurrence effective, elle [peut annuler/annule] l'enchère électronique inversée.

7. L'invitation à participer à l'enchère contient, à moins qu'elles n'aient déjà été communiquées aux fournisseurs ou aux entrepreneurs, toutes les informations nécessaires pour permettre à ceux-ci de participer à l'enchère."

Commentaire

19. Le Groupe de travail a noté qu'il y a deux manières de conduire des enchères électroniques inversées: soit en menant une procédure d'appel d'offres ordinaire, dans laquelle seraient évaluées la conformité des offres initiales et les qualifications des fournisseurs, avec toutes les garanties qu'offre le système de l'enveloppe scellée, puis en invitant tous les fournisseurs qualifiés ayant soumis une offre conforme à participer à l'enchère, qui déterminerait le vainqueur; soit en ne procédant à aucune évaluation préalable et en ne vérifiant la conformité des offres ou les qualifications des fournisseurs qu'une fois l'enchère close[26].

20. Le Groupe de travail a demandé que le texte soit rédigé en termes suffisamment généraux pour permettre les deux types d'enchères, à condition de prévoir des garanties suffisantes pour se prémunir contre les fraudes et les abus[27]. Le projet de texte ci-dessus répond à cette demande. Les paragraphes du projet de texte ont été renumérotés de façon à prévoir une procédure pour l'un ou l'autre système, avec une étape supplémentaire dans le nouveau paragraphe 3 pour le cas où des offres initiales seraient exigées.

21. Le paragraphe 1 sera superflu si le texte est inséré avec le projet d'article 36 *bis* ci-dessus dans le chapitre III de la Loi type, comme il a été proposé à la neuvième session du Groupe de travail[28].

22. Le paragraphe 2 du projet de texte montre clairement que l'un ou l'autre système peut être utilisé pour mener des enchères électroniques inversées, avec la garantie que le système retenu sera indiqué dès le départ. L'alinéa a) de l'article 27 de la Loi type actuelle, selon lequel le dossier de sollicitation doit comporter des instructions pour l'établissement des offres, obligera donc l'entité adjudicatrice à

---

[26] A/CN.9/595, par. 106 et 107.
[27] A/CN.9/595, par. 108.
[28] A/CN.9/595, par. 95.

fournir les détails nécessaires en l'espèce. Des orientations appropriées sur cet aspect seraient fournies dans le texte destiné au Guide pour l'incorporation.

23. Les mots "des qualifications des fournisseurs ou des entrepreneurs" peuvent être ajoutés au paragraphe 3 du projet de texte si le Groupe de travail estime qu'il faudrait insister sur le fait que les qualifications des fournisseurs devraient être examinées avant l'envoi des invitations à participer à l'enchère, si le second système est utilisé, de sorte qu'il y ait un nombre suffisant de participants qualifiés.

24. Compte tenu de l'alinéa d) de l'article 36 *bis* proposé qui n'envisage pas le cas d'enchères électroniques inversées où tous les éléments des offres ne sont pas présentés et évalués lors de l'enchère, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si les mots "[et pour évaluer, conformément aux critères d'attribution fixés, tous les éléments des offres qui ne seront pas présentés à l'enchère]" devraient être conservés pour permettre le classement des offres dans des enchères plus complexes où sont pris en compte des critères autres que le prix. Une autre possibilité serait que le Guide pour l'incorporation donne des indications appropriées sur les raisons pour lesquelles ce type d'enchères ne devrait pas être envisagé.

25. Le Groupe de travail a exprimé la crainte que le fait de permettre aux fournisseurs de se retirer de l'enchère ne nuise à l'efficacité de cette technique (et ne lui fasse perdre tout intérêt économique). Le retrait des fournisseurs pourrait compromettre la concurrence. Les modifications apportées à l'ancien alinéa d) de l'article 3 de l'article 47 *bis* proposé (à présent paragraphe 6 ci-dessus) tiennent compte de la réflexion du Groupe de travail sur cette question à sa neuvième session. Ce dernier a reporté à une prochaine session son examen de la question de savoir si une entité adjudicatrice devrait être obligée ou autorisée à annuler l'enchère si la concurrence est insuffisante et celle de savoir quand et comment les fournisseurs pourraient se retirer de la procédure avant sa clôture, point sur lequel des orientations seront fournies dans le texte destiné au Guide pour l'incorporation[29].

26. Le paragraphe 7 de l'article serait complété par un commentaire dans le Guide en ce qui concerne les informations requises (par exemple, celles énumérées aux sous-alinéas ii) à v) et vii) à xii) de l'alinéa e) du paragraphe 4, après le paragraphe 20 du document A/CN.9/WG.I/WP.40).

27. Le Groupe de travail a aussi demandé que le Guide explique que les dispositions de la Loi type visent à offrir suffisamment de souplesse pour permettre aux enchères électroniques inversées de se dérouler de l'une ou l'autre des deux manières décrites ci-dessus, en fonction de la situation dans le pays concerné, et traite en outre des garanties qui devraient être mises en place pour que chaque système puisse fonctionner conformément aux objectifs et aux procédures principales de la Loi type, y compris de toute différence entre les procédures utilisées pour les enchères électroniques inversées et ces procédures principales[30]. Un projet de texte tenant compte de ces points et des décisions sur les questions en suspens sera soumis au Groupe de travail pour qu'il l'examine à une prochaine session.

---

[29] A/CN.9/595, par. 111.
[30] A/CN.9/595, par. 109.

C. Procédures pendant la phase d'enchère proprement dite et autres modifications à apporter au texte de la Loi type et du Guide pour l'incorporation pour permettre la conduite d'enchères électroniques inversées

28. Le Groupe de travail a reporté à une session ultérieure son examen des questions abordées dans la section II D à G du document A/CN.9/WG.I/WP.43 et dans le document A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1.

D. Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa onzième session (New York, 21-25 mai 2007) (A/CN.9/623) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-5
II.	Organisation de la session	6-11
III.	Délibérations et décisions	12-13
IV.	Examen de propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services	14-102
	A. Projets de dispositions relatives à l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics (A/CN.9/WG.I/WP.50, par. 4 à 42)	14-32
	1. Communications dans la passation des marchés: article [5 *bis*] (A/CN.9/WG.I/WP.50, par. 4 à 21)	14-20
	2. Soumission électronique des offres: article 30-5 (A/CN.9/WG.I/WP.50, par. 22 à 29)	21-24
	3. Présence à l'ouverture des offres: article 33-2 (A/CN.9/WG.I/WP.50, par. 30 à 32)	25
	4. Publication d'informations relatives à la passation des marchés: article 5 et la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir (A/CN.9/WG.I/WP.50, par. 33 à 42)	26-32
	B. Projets de dispositions sur les offres anormalement basses (A/CN.9/WG.I/WP.50, par. 43 à 49)	33-49
	C. Projets de dispositions visant à permettre le recours aux enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics dans le cadre de la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.51)	50-100
	1. Commentaires généraux (A/CN.9/WG.I/WP.51, par. 3 à 5)	50-51
	2. Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées: projet d'article 22 *bis* (A/CN.9/WG.I/WP.51, par. 6 à 13)	52-56
	3. Procédures préalables à la phase d'enchère proprement dite et pendant la phase d'enchère: projets d'articles 51 *bis* à *septies* (A/CN.9/WG.I/WP.51, par. 14 à 59)	57-96
	4. Modifications corrélatives devant être apportées à d'autres dispositions de la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.51, par. 60 à 69)	97-100
	D. Projets de dispositions visant à permettre l'utilisation des accords-cadres dans la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.52)	101
	Commentaires généraux	101
	E. Simplification et uniformisation de la Loi type	102

I. Introduction

1. À sa trente-septième session, en 2004, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (la "Commission") a chargé son Groupe de travail I (Passation de marchés) d'élaborer des propositions en vue de réviser la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services (1994) (la "Loi type", A/49/17 et Corr.1, annexe I). Elle lui a donné une certaine latitude pour déterminer les sujets à aborder lors de ses travaux, y compris les nouvelles pratiques dans la passation des marchés publics, en particulier celles résultant du recours aux communications électroniques (A/59/17, par. 82). Le Groupe de travail a entamé l'élaboration de propositions en vue de la révision de la Loi type à sa sixième session (Vienne, 30 août-3 septembre 2004) (A/CN.9/568). À cette session, il a décidé de continuer à ses prochaines sessions d'examiner en détail, les uns après les autres, les thèmes abordés dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.31 et 32 (A/CN.9/568, par. 10).

2. De ses septième à dixième sessions (qui se sont tenues respectivement du 4 au 8 avril 2005 à New York, du 7 au 11 novembre 2005 à Vienne, du 24 au 28 avril 2006 à New York et du 25 au 29 septembre 2006 à Vienne) (A/CN.9/575, A/CN.9/590, A/CN.9/595 et A/CN.9/615), le Groupe de travail a examiné des thèmes liés à l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique dans la passation des marchés, à savoir: a) l'utilisation des moyens de communication électroniques dans la passation, y compris l'échange de communications par voie électronique, la soumission électronique des offres, l'ouverture des offres, la tenue des réunions et la conservation des informations, ainsi que les conditions de leur utilisation; b) les aspects de la publication d'informations relatives à la passation, y compris la possibilité d'étendre la portée actuelle de l'article 5 et de faire référence à la publication des possibilités de marchés à venir; et c) les enchères électroniques inversées, y compris la question de savoir si elles devraient être traitées comme une phase optionnelle dans d'autres méthodes de passation ou comme une méthode à part entière, les critères de leur utilisation, les types de passations à couvrir et leurs aspects procéduraux. À sa dixième session, le Groupe de travail est parvenu à un accord préliminaire sur les projets de modifications qu'il serait nécessaire d'apporter à la Loi type et au Guide pour son incorporation dans le droit interne (le "Guide") afin de tenir compte de l'utilisation des communications électroniques et de l'informatique (y compris des enchères électroniques inversées). À cette session, il a décidé de poursuivre à sa onzième session l'examen de ces projets de modifications (A/CN.9/615, par. 11).

3. À ses septième, huitième et dixième sessions, le Groupe de travail a examiné en outre la question des offres anormalement basses, y compris leur détection à un stade précoce du processus de passation et la prévention des conséquences négatives de ces offres. À sa dixième session, il a prié le secrétariat de proposer un emplacement approprié pour les dispositions sur les offres anormalement basses, en tenant compte du fait que la question ne devrait pas se limiter à la procédure d'appel d'offres et que le risque d'offres anormalement basses devrait être examiné et traité par l'entité adjudicatrice à tout stade de la passation, y compris lors de la qualification des fournisseurs (A/CN.9/615, par. 75).

4. À sa dixième session, le Groupe de travail a également abordé la question des accords-cadres et a prié le secrétariat d'élaborer des projets de textes sur

l'utilisation des accords-cadres pour la Loi type (A/CN.9/615, par. 11). À cette même session, il a examiné la recommandation formulée par la Commission à sa trente-neuvième session selon laquelle, en mettant à jour la Loi type et le Guide, le Groupe de travail devrait tenir compte de la question des conflits d'intérêts et examiner s'il serait justifié de prévoir dans la Loi type des dispositions spéciales à cet égard (A/61/17, par. 192). Le Groupe de travail est convenu d'ajouter la question des conflits d'intérêts à la liste des thèmes à examiner dans le cadre de la révision de la Loi type et du Guide (A/CN.9/615, par. 11).

5. À ses trente-huitième et trente-neuvième sessions, qui se sont tenues en 2005 et 2006 respectivement, la Commission a félicité le Groupe de travail pour les progrès qu'il avait réalisés dans ses travaux et a réaffirmé son appui à la révision de la Loi type qu'il avait entreprise, ainsi qu'à l'inclusion dans cette loi de nouvelles pratiques relatives à la passation de marchés (A/60/17, par. 172 et A/61/17, par. 191).

II. Organisation de la session

6. Le Groupe de travail, qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa onzième session à New York du 21 au 25 mai 2007. Ont assisté à cette session des représentants des États membres ci-après: Allemagne, Canada, Chili, Chine, Colombie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Guatemala, Iran (République islamique d'), Kenya, Lituanie, Mexique, Nigéria, Pakistan, Pologne, République de Corée, République tchèque, Singapour, Suède, Thaïlande, Turquie, Venezuela (République bolivarienne du) et Zimbabwe.

7. Ont également assisté à la session des observateurs des États ci-après: Honduras, Indonésie, République démocratique du Congo, République démocratique populaire lao et Saint-Siège.

8. Ont en outre assisté à la session des observateurs des organisations internationales suivantes:

a) *Système des Nations Unies*: Banque mondiale et Bureau des affaires juridiques de l'ONU;

b) *Organisations intergouvernementales*: Agence spatiale européenne (ESA), Commission européenne, Organisation internationale de droit du développement (IDLO), Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique et Organisation mondiale du commerce (OMC);

c) *Organisations internationales non gouvernementales invitées par le Groupe de travail*: Association européenne des étudiants en droit (ELSA), Association internationale du barreau et International Law Institute.

9. Le Groupe de travail a élu les membres du Bureau ci-après:

Président: M. Tore WIWEN-NILSSON (Suède)

Rapporteuse: Mme Ligia GONZÁLEZ LOZANO (Mexique)

10. Le Groupe de travail était saisi des documents ci-après:

a) Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.I/WP.49);

b) Propositions de textes sur l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics, la publication d'informations relatives à la passation des marchés et les offres anormalement basses: note du secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.50);

c) Projets de textes sur l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la passation de marchés publics: note du secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.51);

d) Projets de textes sur l'utilisation des accords-cadres et des systèmes d'acquisition dynamiques dans la passation de marchés publics: note du secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.52 et Add.1); et

e) Questions liées à l'utilisation de listes de fournisseurs et projets de textes: note du secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.45 et Add.1) (l'examen de la note en question avait été reporté à une prochaine session lors des deux précédentes sessions du Groupe de travail (voir A/CN.9/595, par. 9, et A/CN.9/615, par. 10)).

11. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant:

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Examen de propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport du Groupe de travail.

III. Délibérations et décisions

12. À sa onzième session, le Groupe de travail a poursuivi ses travaux sur l'élaboration de propositions en vue de la révision de la Loi type. Il a fondé ses délibérations sur les notes du secrétariat mentionnées au paragraphe 10 ci-dessus (A/CN.9/WG.I/WP.50 et WP.51). Il a tenu un premier échange de vues sur le document A/CN.9/WG.I/WP.52 et décidé de l'examiner en détail à sa prochaine session. Il a également décidé de remettre l'examen des documents A/CN.9/WG.I/WP.45 et Add.1 et A/CN.9/WG.I/WP.52/Add.1 à une prochaine session.

13. Le Groupe de travail a prié le secrétariat de revoir les projets de textes figurant dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.50 et WP.51, en tenant compte de ses délibérations à sa onzième session, afin qu'il les examine à la prochaine session. Il a noté que tout délai fixé pour l'achèvement du projet devrait tenir compte du temps nécessaire pour examiner et régler les questions de conflits d'intérêts dans le cadre de la révision de la Loi type et du Guide. Il a été dit que ces questions étaient importantes dans le contexte des marchés publics et il a été rappelé qu'à sa dixième

session le Groupe de travail était convenu de les examiner lors de sa révision de la Loi type et du Guide (A/CN.9/615, par. 11 et 82 à 85).

IV. Examen de propositions de révision de la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services

A. Projets de dispositions relatives à l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics (A/CN.9/WG.I/WP.50, par. 4 à 42)

1. Communications dans la passation des marchés: article [5 *bis*] (A/CN.9/WG.I/WP.50, par. 4 à 21)

14. Le Groupe de travail a confirmé que, selon lui, les révisions de la Loi type et du Guide devraient être formulées en termes technologiquement neutres et ne pas, par exemple, spécifier ou encourager de méthode d'authentification particulière. Elles devraient aussi imposer des exigences pour l'essentiel identiques aussi bien dans l'environnement papier que dans l'environnement électronique. À ce propos, il a été fait référence à certaines dispositions du Guide, comme le paragraphe 3 du commentaire de l'article 30 (sur la soumission des offres), qui précisait que, lors de l'utilisation de méthodes et de formes de soumission non traditionnelles, il fallait assurer au moins un degré similaire d'authenticité, de sécurité et de confidentialité.

15. S'agissant du paragraphe 1 de ce projet d'article, le Groupe de travail a décidé de remplacer les mots "décrite dans la présente Loi" par les mots "exigée par la présente Loi" de manière à limiter l'étendue de la disposition. Il est aussi convenu de conserver dans ce paragraphe la référence générale au chapitre VI de la Loi type (sur le recours), tout en expliquant dans le Guide que l'article ne visait que les informations générées et communiquées lors de la passation d'un marché. Cette disposition exclurait donc les communications générées lors d'une procédure judiciaire ou lors des procédures administratives qui n'entreraient pas dans le champ d'application de la Loi type.

16. S'agissant du paragraphe 2, il a été convenu que la référence à l'article 12-3 devrait être supprimée de sorte qu'un avis de rejet de toutes les offres ou propositions, ou de tous les prix, devrait être communiqué à tous les fournisseurs ou entrepreneurs concernés sous une forme spécifiée dans le paragraphe 1. Compte tenu de l'interdépendance des paragraphes 1 et 2, il a été proposé aussi d'étendre le paragraphe 2 à la communication lors d'une passation de toute information générée d'une manière autre que conformément à une exigence de la Loi type. Il a aussi été fait observer que toutes les versions linguistiques du texte devraient faire référence à l'obligation qui incombait à l'entité adjudicatrice de spécifier les moyens par lesquels toutes exigences de forme écrite ou de signature ou des deux devraient être satisfaites.

17. En ce qui concerne le paragraphe 3, le Groupe de travail est convenu d'ajouter les mots "aux fins de la passation régie par la présente Loi" après le mot "spécifie" pour éviter que l'article ne soit appliqué par erreur à l'administration des marchés. On a toutefois estimé qu'un tel ajout était peut-être superflu, le champ de la Loi

type étant clairement défini comme excluant la phase d'exécution du marché. À ce propos, on a fait observer que le Groupe de travail réexaminerait le texte en temps utile pour veiller à ce que le mot "procurement" (passation de marchés) soit dépourvu d'ambiguïté.

18. S'agissant du paragraphe 4, il a été convenu de remplacer les mots "d'usage courant parmi" par les mots "couramment utilisés par".

19. En ce qui concerne le paragraphe 5, le Groupe de travail, tout en convenant de conserver le libellé proposé, a prié le secrétariat de préciser, lorsqu'il élaborerait le commentaire devant figurer dans le Guide, que l'exigence de confidentialité ne s'appliquerait pas aux informations destinées à être rendues publiques en vertu de la Loi type.

20. En ce qui concerne le paragraphe 17 du document de travail, on a dit que la proposition d'utiliser une définition plutôt qu'une énumération était une bonne idée. Toutefois, on a jugé que tout changement était prématuré étant donné que le texte n'avait pas été définitivement arrêté.

2. Soumission électronique des offres: article 30-5 (A/CN.9/WG.I/WP.50, par. 22 à 29)

21. S'agissant de l'alinéa a) ii), il a été convenu que les exigences devraient porter non seulement sur l'"intégrité" et la "confidentialité" mais aussi sur l'"authenticité" et la "sécurité", le sens de chacun de ces termes dans le contexte de cet alinéa devant être précisé dans le Guide.

22. En ce qui concerne l'alinéa b), en réponse à la proposition de supprimer les mots "sur demande", on s'est inquiété de ce que l'entité adjudicatrice ne soit peut-être pas toujours en mesure de délivrer aux fournisseurs ou entrepreneurs un reçu indiquant la date et l'heure auxquelles l'offre avait été reçue (par exemple dans les cas où les fournisseurs déposaient leur offre dans une boîte désignée à cet effet sans que l'entité adjudicatrice en ait connaissance). Selon l'avis qui a prévalu, étant donné que les révisions de la Loi type et du Guide avaient pour objet de promouvoir la meilleure pratique, les entités adjudicatrices devraient être tenues de délivrer aux fournisseurs ou entrepreneurs un reçu indiquant la date et l'heure auxquelles l'offre avait été reçue, en particulier compte tenu de l'importance de ces informations dans une procédure de recours. Le Groupe de travail est donc convenu de supprimer les mots "sur demande".

23. En ce qui concerne l'alinéa c), il a été convenu que le texte devrait, outre l'"intégrité" et la "confidentialité", prévoir l'obligation de préserver la "sécurité" des offres, avec une explication dans le Guide sur la signification de chaque terme dans le contexte de cet alinéa. Du fait que l'entité adjudicatrice ne pourrait pas, d'une manière générale, préserver la sécurité, l'intégrité ou la confidentialité avant la réception des offres, il a été convenu aussi de supprimer le passage "à partir du moment qu'elle détermine, celui-ci ne pouvant cependant en aucun cas être postérieur au moment de leur réception". On s'est inquiété de ce que le mot "authenticité" figurait à l'alinéa a) ii) mais non à l'alinéa c). Il a été répondu que seul le fournisseur pouvait garantir l'"authenticité" et que ce mot ne devait par conséquent figurer qu'à l'alinéa a) ii).

24. Le Groupe de travail a été informé que, dans la pratique, le moment précis de la réception des offres sur support papier n'était pas toujours enregistré et, rappelant qu'il ne faudrait pas imposer à la soumission électronique des obligations plus lourdes, il a examiné la manière dont le moment de la réception devrait être déterminé et enregistré. Il a noté que le Groupe de travail IV de la CNUDCI (Commerce électronique), lorsqu'il avait travaillé sur le projet de convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, avait rencontré des difficultés pour définir le moment de la réception des communications électroniques. Du fait qu'il était difficile, en raison des caractéristiques de l'environnement électronique, de déterminer avec précision le moment de la réception, la solution adoptée dans la Convention des Nations Unies sur le sujet[1] était que le moment de la réception d'une communication électronique serait celui où elle pourrait être relevée, celle-ci étant présumée relevée lorsqu'elle parvenait à l'adresse électronique du destinataire[2]. Il a donc été convenu qu'une certaine latitude pourrait être laissée à l'entité adjudicatrice pour établir le degré de précision avec lequel le moment de la réception des offres soumises par voie électronique serait enregistré, et que le Guide devrait traiter ce point de manière approfondie.

3. Présence à l'ouverture des offres: article 33-2 (A/CN.9/WG.I/WP.50, par. 30 à 32)

25. Le Groupe de travail a accepté la disposition proposée au paragraphe 30 du document de travail. Il a aussi été suggéré d'indiquer dans le Guide, à titre d'exemple, des efforts déployés pour harmoniser les textes sur la passation de marchés, que le texte proposé était conforme aux dispositions similaires d'autres instruments internationaux (comme la directive 2.45 de la Banque mondiale sur la passation des marchés[3]).

4. Publication d'informations relatives à la passation des marchés: article 5 et la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir (A/CN.9/WG.I/WP.50, par. 33 à 42)

Article 5

26. En ce qui concerne le paragraphe 1, le Groupe de travail est convenu de remplacer le mot "directives" par "autres textes juridiques".

27. Pour ce qui est du paragraphe 2, le Groupe de travail est convenu de commencer le paragraphe par "nonobstant les dispositions du paragraphe 1 du présent article" pour préciser qu'aucune catégorie de texte n'avait vocation à être incluse dans les deux paragraphes à la fois, et de remplacer le libellé proposé par le texte suivant: "Les décisions judiciaires et les décisions administratives ayant valeur de précédent relatives à la passation des marchés régis par la présente Loi sont mises à la disposition du public et actualisées si nécessaire".

---

[1] Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, résolution 60/21 de l'Assemblée générale, annexe.

[2] Ibid., article 10-2.

[3] Voir les "Directives Passation des marchés financés par les prêts de la BIRD et les crédits de l'AID" mai 2004, version révisée du 1er octobre 2006, accessibles à la date du présent rapport à l'adresse http://siteresources.worldbank.org/INTPROCUREMENT/Resources/ProcGuid-10-06-fv1.doc.

28. Le Groupe de travail a indiqué que toutes les versions linguistiques des dispositions proposées devraient être alignées afin que la distinction entre les termes anglais “accessible” (paragraphe 1) et “available” (paragraphe 2) soit claire.

29. Il a été convenu que le Guide devrait expliquer que, en fonction des traditions juridiques des États adoptants, les textes interprétatifs importants pour les fournisseurs ou les entrepreneurs pourraient être régis soit par le paragraphe 1, soit par le paragraphe 2 de l’article 5, et le secrétariat a été prié d’examiner à cet égard si l’expression “les décisions judiciaires et les décisions administratives” serait suffisamment large pour englober toutes les décisions visées.

Publication d’informations sur les possibilités de marchés à venir

30. En ce qui concerne les dispositions proposées pour la publication d’informations sur les possibilités de marchés à venir, qui figuraient au paragraphe 37 du document de travail, le Groupe de travail est convenu: i) de conserver les termes “aussi rapidement” en supprimant les crochets; et ii) de scinder la disposition en deux phrases, étant entendu que le secrétariat devrait proposer, pour la deuxième phrase, un texte indiquant que la publication d’informations sur les possibilités de marchés à venir n’obligeait pas l’entité adjudicatrice à solliciter des offres, des propositions, des prix ou des soumissions en rapport avec lesdites possibilités.

31. En ce qui concerne l’emplacement des dispositions, il a été proposé qu’elles soient placées au début de la Loi type en tant que paragraphe 3 de l’article 5 et que le secrétariat modifie le titre de l’article en question pour refléter l’ajout de ce nouveau paragraphe.

32. Il a été convenu que le Guide devrait indiquer que la publication d’informations sur les possibilités de marchés à venir était facultative et que les États adoptants pourraient donc prévoir de les publier pour les marchés dépassant un certain montant.

B. Projets de dispositions sur les offres anormalement basses (A/CN.9/WG.I/WP.50, par. 43 à 49)

Article 12 bis

33. Il a été suggéré que la dernière phrase du projet de paragraphe 13 du commentaire à insérer dans le Guide (A/CN.9/WG.I/WP.50, par. 49) soit supprimée du texte du Guide et que son contenu soit repris dans le projet d’article 12 *bis*. Il a été proposé qu’une partie modifiée de cette phrase, libellée comme suit: “le dossier de sollicitation ou les autres documents sollicitant des propositions, des prix ou des soumissions doivent indiquer expressément qu’une entité adjudicatrice peut réaliser des analyses des risques potentiels liés à l’exécution et aux montants indiqués”, constitue un nouveau paragraphe 1 a) de ce projet d’article. Il a également été proposé que, pour l’aligner sur les dispositions du paragraphe 1 de l’article 12 de la Loi type, le paragraphe 1 du projet d’article 12 *bis* soit complété par un nouvel alinéa a) libellé comme suit: “[à condition qu’]elle ait spécifié dans le dossier de sollicitation ou dans tout autre document sollicitant des propositions ou des prix qu’elle se réservait ce droit.”

34. Il a été expliqué que cette proposition ne visait pas à affecter le droit de l'entité adjudicatrice de rejeter une offre en vertu d'autres articles de la Loi type ou de disqualifier un fournisseur ou un entrepreneur, aux termes des articles 6 et 7. Elle avait pour objectif d'exiger que l'entité indique expressément dans le dossier de sollicitation ou des documents équivalents qu'elle se réservait le droit de rejeter une offre anormalement basse en vertu de l'article 12 *bis*.

35. Des préoccupations ont été exprimées au sujet de cette proposition car, dans de nombreux pays et en vertu du droit général des contrats, le droit de l'entité adjudicatrice de rejeter une offre, que ce soit parce que le prix suggéré était anormalement bas ou pour toute autre raison, était inconditionnel et le restait jusqu'au moment où l'offre était acceptée par elle et devenait par conséquent irrévocable.

36. Il a également été suggéré que le paragraphe 1 de l'article 12 de la Loi type, dans lequel la même condition préalable était imposée pour le rejet de toutes les offres, soit revu. L'article pouvait, par exemple, prévoir que, s'il ne fallait pas obliger l'entité adjudicatrice à indiquer qu'elle se réservait le droit de rejeter toutes les offres dans le dossier de sollicitation ou dans des documents équivalents, elle devait être tenue de justifier les motifs du rejet des offres si elle n'avait pas fourni cette indication. On s'est opposé à ce que le Groupe de travail envisage de réviser ainsi l'article 12 de la Loi type, car son contenu établissait un équilibre délicat – fruit de négociations antérieures – entre les principaux systèmes juridiques et ne devait pas être modifié.

37. Le Groupe de travail a décidé de reporter l'examen du paragraphe 1 de l'article 12 à une date ultérieure et de se concentrer sur les dispositions du projet d'article 12 *bis*.

38. On a modifié ensuite la première suggestion mentionnée au paragraphe 33 ci-dessus, en remplaçant le mot "doivent" par "peuvent" ou "devraient", de manière à ce que la mention dans le dossier de sollicitation du droit de rejeter une offre anormalement basse ne soit pas obligatoire. Il a également été proposé de faire du libellé ainsi modifié un nouveau paragraphe 2 du projet d'article 12 *bis*. Toutefois, on s'est demandé s'il était souhaitable qu'une disposition aussi souple soit incluse dans la Loi type.

39. Le Groupe de travail a décidé d'examiner tant la proposition initiale (voir le paragraphe 33 ci-dessus) que la proposition modifiée (voir le paragraphe précédent), à sa prochaine session.

40. Il a également été suggéré d'ajouter, au début du paragraphe 1 du projet d'article, des mots semblables à ceux qui figuraient au paragraphe 1 de l'article 12 "(Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type désigne l'organe habilité à donner ladite approbation))". Toutefois, selon l'avis qui a prévalu, un tel libellé ne devait pas être inclus, compte tenu surtout de la décision antérieure du Groupe de travail sur cette question, prise à sa huitième session, et des motifs de cette décision (A/CN.9/590, par. 109 iii)).

41. Le Groupe de travail est convenu que l'alinéa a) devait être modifié pour qu'il apparaisse clairement que les demandes visées dans cet alinéa étaient adressées au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné.

Guide pour l'incorporation

42. Le Groupe de travail est convenu d'apporter les modifications suivantes au projet de texte à insérer dans le Guide figurant à la suite du paragraphe 49 du document A/CN.9/WG.I/WP.50:

a) Ajouter les mots "et elle doit justifier sa décision si elle décide de rejeter une offre" à la fin de la deuxième phrase du paragraphe 4 afin de s'assurer que l'entité adjudicatrice consigne par écrit ses craintes et les raisons de ces craintes;

b) Supprimer, au paragraphe 8, le texte entre parenthèses qui explique le terme "réaliste" car, tel qu'il était actuellement rédigé, il n'en reflétait pas le sens (qu'il y ait ou non un risque important lié à l'exécution). Toutefois, le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait inclure une explication du terme "réaliste" en se référant aux éléments de l'offre faisant l'objet d'une évaluation, comme il était indiqué au paragraphe 7;

c) Supprimer la dernière phrase du paragraphe 9.

43. À propos également du paragraphe 9, il a été noté que, si un fournisseur ou un entrepreneur ne fournissait pas les précisions demandées, les craintes de l'entité adjudicatrice concernant un risque potentiel lié à l'exécution persisteraient inévitablement et lui donneraient un motif pour rejeter une offre anormalement basse en vertu de l'alinéa b). Il a toutefois été noté que l'entité adjudicatrice serait dans tous les cas tenue de considérer d'autres informations, même de caractère accessoire. Le Groupe de travail n'a pas jugé nécessaire de modifier davantage le texte pour qu'il reflète ce point de vue.

44. En ce qui concerne le paragraphe 11, on a fait observer que le projet de texte à la fin du paragraphe prévoyait la possibilité de donner des indications sur le fonctionnement de la procédure de recours en cas de rejet d'une offre anormalement basse, mais aucun texte n'avait été inséré pour le moment, le Groupe de travail ne s'étant pas encore prononcé sur le point de savoir si une décision de rejet d'une offre anormalement basse serait susceptible de recours.

45. Le Groupe de travail s'est donc demandé si une telle décision devrait effectivement être susceptible de recours. Il a rappelé qu'à sa sixième session il avait provisoirement décidé que la liste des décisions ou omissions ne pouvant faire l'objet d'un recours, qui figurait dans l'article 52 de la Loi type actuelle, devrait être supprimée (ce qui aurait notamment pour conséquence qu'un recours pourrait être formé à l'encontre d'une décision de rejet de la totalité des offres, conformément à l'article 12). On a également souligné l'importance d'une approche cohérente concernant les décisions prises lors de la passation qui devraient faire l'objet d'un recours, et il a donc été fait observer qu'il devrait y avoir une présomption selon laquelle toutes les étapes de la passation, y compris une décision de rejeter une offre anormalement basse, devraient être susceptibles de recours.

46. Il a été dit au Groupe de travail que, dans de nombreux pays, toute décision de rejet d'une offre anormalement basse était susceptible de recours, et que, dans certains systèmes, une demande en recours pouvait entraîner la suspension de la passation jusqu'à l'issue du recours. Il a été noté que, contrairement au rejet de toutes les offres en vertu de l'article 12, le rejet d'une offre anormalement basse, en soi, n'interromprait pas la passation et on a craint qu'une telle suspension la perturbe inutilement. On a fait observer aussi qu'il fallait veiller à éviter qu'un

recours prenne la forme d'un nouvel examen du caractère anormalement bas ou non de l'offre.

47. Observant que ces questions se poseraient lors de l'examen de l'article 52 et de la procédure de recours dans son ensemble, le Groupe de travail a décidé de poursuivre ses délibérations le moment venu dans le cadre de son examen de l'article 52. Ces délibérations s'appuieraient sur le fait que le principe selon lequel une décision de rejeter une offre anormalement basse devrait être susceptible de recours était largement soutenu.

48. En ce qui concerne le paragraphe 12, le Groupe de travail a pris note de la visée éducative des dispositions qu'il contenait. Le secrétariat a été prié de réexaminer le paragraphe compte tenu des différentes questions dont il traitait, comme l'évaluation des qualifications des fournisseurs ou des entrepreneurs et l'évaluation des offres. Il a été suggéré d'insérer des renvois appropriés aux dispositions pertinentes de la Loi type et aux sections du Guide.

49. S'agissant du paragraphe 13, il a été convenu de supprimer sa dernière phrase compte tenu des modifications correspondantes qu'il était proposé d'apporter au projet d'article 12 *bis* (voir par. 33 à 39 ci-dessus).

C. Projets de dispositions visant à permettre le recours aux enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics dans le cadre de la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.51)

1. Commentaires généraux

50. On a souligné l'importance des travaux du Groupe de travail sur les enchères électroniques inversées. Il a été dit qu'en l'absence de réglementation détaillée sur le sujet au niveau national, régional ou international, la CNUDCI devrait poser le standard régissant l'utilisation de cette technique, qui pourrait ensuite être utilisé au niveau international. On a noté qu'une réglementation détaillée sur le sujet au niveau international serait bénéfique tant pour les États habitués à utiliser cette technique que pour ceux qui envisageaient de l'introduire.

51. Le Groupe de travail a pris note des dispositions générales sur le sujet introduites dans l'Accord révisé sur les Marchés Publics de l'Organisation mondiale du commerce (version de décembre 2006)[4]. On a fait observer que, puisque ces dispositions étaient libellées sous forme de principes généraux, les orientations détaillées que pourrait apporter la CNUDCI les complèteraient utilement.

2. Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées: projet d'article 22 *bis* (A/CN.9/WG.I/WP.51, par. 6 à 13)

52. Selon un avis, compte tenu du caractère nouveau des enchères électroniques inversées et des réglementations dans ce domaine, un article sur les conditions d'utilisation de ce type d'enchères devrait fixer les exigences minimales essentielles, ce qui permettrait aux États qui ne connaissaient pas très bien cette

[4] Voir les articles I e) et XIV du texte révisé. Le texte révisé a été distribué à tous les membres de l'OMC sous la cote GPA/W/297, accessible à la date du présent rapport à l'adresse http://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gp_gpa_f.htm.

technique de la mettre en place et de l'utiliser correctement, et n'empêcherait pas ceux qui l'utilisaient déjà de poursuivre et d'améliorer cette utilisation.

53. Le Groupe de travail est convenu: i) de remplacer, dans le chapeau du projet d'article, le mot "circonstances" par le mot "conditions"; ii) de conserver les alinéas a) et b) dans le texte de la Loi type, mais de déplacer l'alinéa c) pour l'insérer dans le Guide avec une explication du sens de l'expression "travaux ou services de nature simple"; iii) de souligner dans le Guide (éventuellement en renvoyant à l'article 16-2) la nécessité pour l'entité adjudicatrice, lorsqu'elle formulerait des spécifications détaillées et précises pour les biens [, travaux ou services], d'utiliser les caractéristiques techniques objectives et normes de qualité pertinentes des biens [, des travaux et des services] requis; et iv) de modifier l'alinéa d), qui serait alors libellé ainsi: "Lorsque le prix est le seul critère à utiliser pour déterminer la soumission à retenir. Les règlements en matière de passation des marchés peuvent fixer les conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées pour la passation des marchés lorsque d'autres critères pouvant être exprimés en termes monétaires peuvent être utilisés pour déterminer la soumission à retenir." (Pour d'autres propositions de textes faites sur le projet d'article 22 *bis*, voir par. 62 b) et 69 à 72 ci-après).

54. Dans l'esprit du Groupe de travail, l'alinéa d) modifié avait pour but de permettre deux types d'enchères électroniques inversées: celles dans lesquelles le prix était le seul critère utilisé par l'entité adjudicatrice pour déterminer la soumission à retenir (variante A du paragraphe 18 du document de travail) et celles dans lesquelles des critères autres que le prix étaient évalués avant la phase d'enchère proprement dite (variante C du même paragraphe). L'attention du Groupe de travail a été attirée sur un exemple de réglementation dans un État qui suivait cette formulation. Aucun consensus ne s'est dégagé sur la question de savoir si la variante B devrait figurer telle quelle dans la Loi type ou dans le Guide. On s'est inquiété de ce qu'elle prévoyait des mécanismes intrinsèquement opaques pour l'expression de critères autres que le prix en termes monétaires (aux fins de leur évaluation automatique ultérieure au cours de la phase d'enchère). Certains représentants toutefois ont exprimé l'avis que, afin de préserver la souplesse et compte tenu des différentes conséquences procédurales des deux variantes, il faudrait conserver certains éléments de la variante B dans la variante C (pour l'examen des dispositions pertinentes, voir par. 63 à 72 ci-dessous).

55. On a exprimé des doutes quant à l'opportunité de mentionner les travaux et les services dans le texte du projet d'article. Selon l'avis qui l'a emporté cependant, comme il en avait été convenu à la session précédente (A/CN.9/615, par. 41), ces mentions devraient être laissées dans le texte entre crochets, et le Guide expliquerait plus en détail les avantages et les inconvénients que pouvait présenter le recours aux enchères électroniques inversées pour la passation de marchés de travaux et de services.

56. On a également fait observer que le fait d'exiger une réelle concurrence uniquement dans le cadre des enchères électroniques inversées (alinéa b)) pourrait donner à penser que ce type de considérations ne valait pas pour les autres méthodes ou techniques de passation. Le Groupe de travail est convenu de revenir sur la question ultérieurement.

3. Procédures préalables à la phase d'enchère proprement dite et pendant la phase d'enchère: projets d'articles 51 *bis* à *septies* (A/CN.9/WG.I/WP.51, par. 14 à 59)

Projet d'article 51 bis. *Dispositions générales (A/CN.9/WG.I/WP.51, par. 14 à 18)*

57. Il a été estimé que ce projet d'article devrait être modifié pour prévoir l'utilisation des enchères électroniques inversées uniquement comme méthode autonome de passation et que le Guide devrait expliquer que celles-ci pourraient être utilisées conjointement avec d'autres méthodes de passation. On a fait observer que l'utilisation de ce type d'enchères dans certaines méthodes visées par le projet d'article ainsi que dans les procédures d'appel d'offres serait inopportune en raison des caractéristiques particulières de ces méthodes (par exemple l'interdiction dans les procédures d'appel d'offres de modifier quant au fond les offres une fois qu'elles avaient été soumises). Il a été dit également que le manque d'expérience pratique de la réglementation et de l'utilisation des enchères électroniques inversées en tant que phase d'autres méthodes de passation rendait difficile la réglementation de cette utilisation, et que le Guide devrait en avertir les États adoptants. Il a été noté qu'il conviendrait davantage d'envisager une telle utilisation dans les accords-cadres.

58. On a exprimé la crainte que les enchères électroniques inversées soient utilisées dans toutes les méthodes de passation visées par le projet d'article. À cela, il a été répondu que, selon l'accord intervenu à la session précédente (A/CN.9/615, par. 50), ce type d'enchères pourrait être utilisé non seulement comme méthode autonome de passation, mais encore avec les méthodes de passation existantes, selon qu'il conviendrait. On a souligné qu'il importait de conserver une certaine souplesse dans ce domaine. Pour apaiser les préoccupations relatives au manque d'expérience de la réglementation et de l'utilisation des enchères électroniques inversées en tant que phase d'autres méthodes de passation, il a été dit que la CNUDCI, dans le cadre de son mandat consistant à harmoniser et à moderniser le droit commercial international, devait non seulement codifier les pratiques existantes, mais encore contribuer à leur développement.

59. La proposition de supprimer le projet d'article au motif qu'il n'apportait rien aux dispositions des articles 51 *ter* et *quater* lui faisant immédiatement suite a recueilli un certain soutien. Il a été suggéré par ailleurs qu'au lieu de préciser dans quelles méthodes de passation on pourrait avoir recours aux enchères électroniques inversées, le projet d'article indique que ce type d'enchères pourrait être utilisé dans d'autres méthodes de passation prévues dans la Loi type, selon qu'il conviendrait compte tenu des conditions d'utilisation desdites méthodes et enchères. Une autre possibilité serait que les dispositions renvoient aux articles définissant ces méthodes.

60. Le Groupe de travail a pris note de l'expérience de certains États dans la réglementation des enchères électroniques inversées et de leurs diverses utilisations pratiques, notamment en tant que phase d'autres méthodes de passation. À cet égard, il a été fait référence en particulier à la note du secrétariat contenant une étude sur le sujet (A/CN.9/WG.I/WP.35 et Add.1).

61. Le Groupe de travail a décidé de reporter son examen du projet d'article à un stade ultérieur (pour la suite de la discussion, voir par. 77 ci-dessous).

Projet d'article 51 ter. *Procédures préalables à la phase d'enchère proprement dite dans les enchères électroniques inversées utilisées comme méthode de passation à part entière (A/CN.9/WG.I/WP.51, par. 19 à 34)*

62. Les propositions rédactionnelles suivantes ont été faites:

a) Dans le paragraphe 1, introduire un renvoi à l'article 24 de la Loi type;

b) Dans l'alinéa b) du paragraphe 2, ne conserver que les éléments d'information relatifs au processus d'évaluation qui étaient essentiels pour en assurer la transparence et la prévisibilité. Il a été convenu que l'alinéa prévoirait que l'avis d'enchère électronique inversée devrait énoncer les critères à utiliser par l'entité adjudicatrice pour déterminer la soumission à retenir, comme le prix et d'autres critères, ou uniquement le prix, et le coefficient de pondération dont seraient affectés ces critères. L'avis indiquerait aussi explicitement lequel des critères autres que le prix, éventuellement retenus, serait évalué avant l'enchère proprement dite et ne serait pas modifié pendant le déroulement même de l'enchère, ainsi que la formule mathématique qui serait utilisée dans la procédure d'évaluation. Il a aussi été convenu que les éléments qui n'étaient pas essentiels devraient être mentionnés dans une autre disposition, comme le projet d'article 22 *bis* pour compléter l'alinéa d) (voir aussi par. 69 à 72 ci-dessous);

c) Supprimer l'alinéa c) du paragraphe 2. À cet égard, il a été fait référence à l'alinéa j) sur les règles de conduite de l'enchère électronique inversée (qui devraient contenir les informations mentionnées à l'alinéa c)). Selon l'avis qui a prévalu cependant, l'alinéa c) devrait être conservé étant donné que les règles de conduite de l'enchère ne contiendraient pas nécessairement ces informations, qui étaient considérées comme importantes pour permettre au processus de se dérouler dans des conditions de concurrence et de transparence adéquates;

d) Dans l'alinéa f) du paragraphe 2, remplacer l'expression "l'adresse [du site Web ou une autre adresse électronique]" par "le lieu" et mentionner, dans le Guide, le site Web ou une autre adresse électronique comme des exemples de lieux où l'enchère électronique inversée pourrait se tenir. Différentes variantes ont été proposées pour le début de cet alinéa, comme le "site électronique" et "l'endroit où se tiendra l'enchère électronique inversée". Selon l'avis qui l'a emporté, l'alinéa devrait commencer par "la manière dont on pourra accéder à l'enchère électronique inversée";

e) Remplacer le mot "connus" dans les alinéas g), h) et i) du paragraphe 2 par "déterminés". Cette proposition a été acceptée. On a toutefois fait observer que certaines informations mentionnées dans ces alinéas devraient être déterminées et communiquées aux fournisseurs ou aux entrepreneurs par l'entité adjudicatrice au début de la procédure de passation (dans l'avis d'enchère électronique inversée) et que, par conséquent, l'expression "si ces renseignements sont déjà déterminés" pour ce type d'informations risquait de ne pas convenir. Le secrétariat a été prié de reformuler ces alinéas afin que les informations devant être déterminées au début de la procédure de passation soient incluses de manière expresse et sans réserve;

f) Fusionner les alinéas j), k) et l) du paragraphe 2 de la manière suivante: "Les règles de conduite de l'enchère électronique inversée, ainsi que les informations qui seront mises à la disposition des soumissionnaires au cours de

l'enchère et les conditions dans lesquelles ils peuvent enchérir". La proposition a été acceptée; et

g) Supprimer le paragraphe 9. Selon l'avis qui a prévalu toutefois, le paragraphe devrait être conservé car il était important pour assurer la prévisibilité, l'objectivité et la transparence du processus et protégeait les fournisseurs ou les entrepreneurs face à d'éventuelles irrégularités commises par les entités adjudicatrices (comme la manipulation de la date et de l'heure de l'ouverture de l'enchère pour favoriser certains fournisseurs).

63. Dans le cadre de l'examen du paragraphe 2 b), différentes propositions ont été faites, à savoir prévoir l'utilisation: d'enchères électroniques inversées fondées uniquement sur le prix dans la Loi type (l'utilisation éventuelle d'enchères plus complexes n'étant abordée que dans le Guide) (variante A); du prix et d'autres critères non fondés sur le prix qui seraient évalués uniquement pendant l'enchère (variante B); et d'enchères fondées sur le prix et d'autres critères, ces derniers pouvant cependant être évalués avant ou pendant l'enchère (variante C). On a fait savoir au Groupe de travail qu'il n'y avait aucun exemple connu de la variante B dans les systèmes qui avaient été examinés jusqu'à présent.

64. Le Groupe de travail a rappelé que l'un des objectifs des projets de dispositions figurant dans le document de travail était de permettre aux États adoptants de choisir l'une des trois variantes. Les avantages et inconvénients éventuels de chaque variante étaient examinés, l'accent étant mis sur la nécessité d'assurer des conditions de concurrence et de transparence adéquates dans le fonctionnement des enchères électroniques inversées, d'éviter les risques d'abus et de refléter et de prévoir les meilleures pratiques compte tenu de l'expérience limitée en la matière.

65. Des craintes ont été réitérées quant au fait de permettre l'utilisation de critères autres que le prix dans les enchères électroniques inversées. Le Groupe de travail a noté que la Banque mondiale avait adopté une approche prudente s'agissant de ces enchères, en particulier de la possibilité d'utiliser des critères autres que le prix et du recours à ces enchères pour des types de marchés autres que ceux de simples biens standardisés. On a fait valoir qu'il faudrait souligner ces craintes et leurs motifs dans un texte – à insérer dans le Guide – sur les dispositions de la Loi type relatives aux enchères électroniques inversées.

66. Selon l'avis qui a prévalu, la Loi type pourrait prévoir l'utilisation aussi bien du prix que des critères autres que le prix dans les enchères électroniques inversées, de sorte que les États adoptants pourraient choisir l'une ou l'autre variante, ou les deux. (Il a été noté que le Guide présenterait les avantages et les inconvénients de chaque option ou recommanderait l'utilisation des enchères électroniques inversées ayant le prix comme seul critère d'attribution, ou encore les deux. Aucun consensus ne s'étant dégagé sur ce point à la session en cours, le Groupe de travail est convenu de revenir sur la question à sa prochaine session.) On a également observé qu'il ne serait pas nécessaire de faire de distinction entre les variantes, et qu'il serait préférable de prévoir au même endroit les conditions d'utilisation des enchères fondées uniquement sur le prix ou sur le prix et d'autres critères.

67. Il a été souligné que le Guide devrait fournir des orientations détaillées et fondées sur la pratique pour aider les États adoptants à choisir la variante appropriée. Il devrait expliquer les conséquences de chaque type d'enchère

(avantages, inconvénients, difficultés et niveau requis de compétences et d'expérience pour, par exemple, prendre en compte de manière adéquate tout critère autre que le prix dans une formule mathématique) et les risques liés à l'introduction d'éléments subjectifs dans le processus. On a fait valoir que des enchères électroniques inversées plus complexes exigeraient que l'État adoptant et ses entités adjudicatrices aient un niveau de compétences et d'expérience plus élevé. Même les entités adjudicatrices surveillant les activités de tiers fournisseurs de services qui s'occupaient des enchères pour le compte d'entités adjudicatrices auraient besoin de ce type de compétences et d'expérience.

68. S'agissant de l'utilisation d'enchères électroniques inversées comportant des critères autres que le prix, il a été convenu qu'il était essentiel de veiller, dans les dispositions de la Loi type, à ce que les critères soient transparents et objectifs, et appliqués de manière transparente et objective, et, par conséquent, qu'ils soient quantifiables et exprimés en termes monétaires. De plus, il a été souligné que ces dispositions devraient noter que, dans les enchères comportant des critères autres que le prix, ce dernier resterait toujours l'un des critères déterminants, si bien que les enchères ne pourraient jamais être fondées uniquement sur d'autres critères et que le prix resterait toujours l'objet de l'enchère. Selon un avis, on pourrait introduire la définition d'une enchère électronique inversée (par exemple à partir de celle de l'AMP) pour tenir compte de ce point. Rappelant le consensus qui s'était dégagé à sa session précédente, à savoir qu'une telle définition ne devrait pas figurer dans la Loi type, le Groupe de travail a décidé d'examiner à un stade ultérieur la question de savoir si une référence expresse dans les dispositions régissant le déroulement de la phase d'enchère proprement dite (projet d'article 51 *sexies*) serait suffisante.

69. En conséquence, il a été convenu que les conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées dans le projet d'alinéa d) de l'article 22 *bis* devraient être modifiées pour indiquer que l'on pourrait utiliser comme critère d'évaluation soit le prix seul, soit le prix et d'autres critères. Il faudrait – a-t-on noté – déterminer à l'avance (et l'annoncer dans l'avis de l'enchère qui serait publié) si l'enchère serait fondée sur le prix ou sur le prix et d'autres critères, et si la totalité, certains ou aucun de ces critères autres que le prix seraient par la suite évalués pendant la phase d'enchère proprement dite. Ce faisant, il faudrait identifier aussi tous les critères autres que le prix concernés, ainsi que leur coefficient de pondération (y compris les critères utilisés pour déterminer la pondération, qui devraient être exprimés de manière objective et en termes monétaires).

70. Il a été demandé si les conditions d'utilisation devraient exiger la soumission d'offres initiales pour toutes les enchères électroniques inversées dans lesquelles l'offre à retenir était déterminée à la fois par le prix et par d'autres critères. Cette question a donné lieu à une longue discussion, qui a porté sur les deux manières dont les critères autres que le prix pourraient entrer dans la détermination de l'offre à retenir, à savoir comme critères qui pourraient être évalués pendant l'enchère ou comme critères qui seraient évalués avant l'enchère. Il a été convenu que des soumissions initiales seraient naturellement requises dans le deuxième cas, et que l'évaluation antérieure à l'enchère pourrait entraîner un classement des soumissions.

71. Les avis ont toutefois été partagés quant à l'avantage réel d'une évaluation préalable à l'enchère, si tous les critères étaient évalués ensuite pendant l'enchère. D'un côté, on a dit qu'une telle évaluation contribuerait de façon importante à

assurer la transparence de l'application des critères et des coefficients de pondération, car ses résultats seraient notifiés à chaque soumissionnaire (lui indiquant s'il était qualifié pour l'enchère, si la soumission initiale était conforme et, le cas échéant, le classement ou la notation de la soumission). Cette procédure permettrait de contester ou de revoir les critères ou leur application avant le début de l'enchère. D'un autre côté, certaines délégations ont estimé que l'intérêt réel d'une telle évaluation était limité si les fournisseurs pouvaient modifier tous les éléments de leurs soumissions au cours de l'enchère proprement dite.

72. Notant également que les directives de l'Union européenne de 2004 sur les marchés publics exigeaient la soumission d'offres initiales, leur évaluation et la communication aux soumissionnaires du résultat de cette évaluation[5], l'avis qui a prévalu a été que l'utilisation de toute enchère électronique inversée comportant à la fois le critère du prix et d'autres critères devrait obéir à la condition que les offres initiales soient soumises et évaluées, et les résultats communiqués à tout fournisseur ou entrepreneur concerné. Le Groupe de travail a décidé en conséquence que les conditions énoncées au projet d'alinéa d) de l'article 22 *bis* devraient également inclure cette obligation. Il a été rappelé aussi qu'un moyen essentiel, dans les enchères électroniques inversées, de prévenir les abus, était de préserver l'anonymat des soumissionnaires tout au long du processus. En conséquence, les résultats de l'évaluation de chaque soumission seraient communiqués au seul soumissionnaire concerné.

73. Le Groupe de travail est convenu de supprimer les mots "ou partielle" figurant après le mot "complète" dans le paragraphe 2 e) ii) et après le mot "intégrale" dans le paragraphe 6 c). Il est aussi convenu de remplacer la référence à deux jours ouvrables, dans le paragraphe 9, par une référence à un "délai adéquat qui soit suffisamment long pour permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de se préparer à l'enchère", comme il était suggéré à la fin du paragraphe 34 du document de travail.

Projet d'article 51 quater. *Procédures préalables à l'enchère proprement dite dans la passation de marchés par appel d'offres restreint, négociation avec appel à la concurrence ou sollicitation de prix (A/CN.9/WG.I/WP.51, par. 35 à 37)*

74. De l'avis général, le projet d'article ne devrait faire référence à aucune méthode de passation particulière prévue dans la Loi type dans laquelle les enchères électroniques inversées pourraient être utilisées pour déterminer la soumission à retenir. On a préféré que l'article dispose de façon générale que, tant que les objectifs de la Loi type étaient préservés et que les conditions et les règles de procédure pour l'utilisation des enchères électroniques inversées ainsi que des méthodes de passation prévues dans la Loi type étaient compatibles, ces enchères pourraient être utilisées dans ces méthodes de passation.

---

[5] Voir l'article 56 de la Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et l'article 54 de la Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, toutes deux accessibles à la date du présent rapport à l'adresse http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/legislation_fr.htm.

75. On a de nouveau fait valoir qu'à défaut d'une expérience suffisante de la réglementation des enchères électroniques inversées et de leur utilisation en tant que phase dans certaines méthodes de passation, il conviendrait d'adopter une approche souple et de prévoir des règles générales. Des règles inutilement strictes ou trop détaillées, a-t-on indiqué, risquaient de se révéler inapplicables dans la pratique. Il a également été indiqué que toute exclusion expresse de l'utilisation des enchères électroniques inversées pour une méthode de passation donnée ou l'omission d'une référence à une méthode de passation dans laquelle ces enchères pourraient être utilisées risquait d'entraîner une incompatibilité entre les dispositions de la Loi type révisée et du Guide et d'autres instruments régionaux ou internationaux qui envisageaient le recours aux enchères électroniques inversées dans ces méthodes de passation (par exemple, les directives de l'Union européenne de 2004 relatives à la passation de marchés qui autorisaient l'utilisation des enchères électroniques inversées dans les procédures ouvertes, restreintes et négociées[6]).

76. Le Groupe de travail est convenu de poursuivre la discussion sur cette base. Il a aussi été convenu que, lors de la révision de ce projet d'article, le secrétariat devrait maintenir la règle selon laquelle l'entité adjudicatrice devait signaler, au stade de la sollicitation, que des enchères électroniques inversées seraient utilisées pour déterminer la soumission à retenir dans la procédure de passation. Compte tenu des difficultés posées par l'introduction des enchères électroniques inversées en tant que phase dans certaines méthodes de passation, le commentaire à insérer dans le Guide sur les dispositions pertinentes indiquerait comment ces enchères pourraient être intégrées dans différentes méthodes de passation et quelles modifications des caractéristiques traditionnelles de ces méthodes seraient nécessaires (la Loi type actuelle n'envisageait pas par exemple de processus itératif pour la soumission d'offres ou de prix, ce qu'il faudrait revoir pour tenir compte de l'utilisation des enchères électroniques inversées).

77. Le Groupe de travail est convenu de supprimer le projet d'article 51 *bis* compte tenu des modifications du projet d'article 51 *quater*.

Projet d'article 51 quinquies. *Exigence de concurrence effective (A/CN.9/WG.I/WP.51, par. 38 à 41)*

78. Constatant que le projet d'article ne traitait que de certains moyens d'assurer une concurrence effective dans les enchères électroniques inversées, le Groupe de travail est convenu de modifier le titre du projet d'article de la manière suivante: "Exigence d'un nombre suffisant de soumissionnaires pour assurer une concurrence effective".

79. Des doutes ont été émis sur la nécessité du projet d'article, étant donné que l'exigence de concurrence effective était déjà incluse dans l'alinéa b) de l'article 22 *bis* proposé. En réponse, il a été noté que cet alinéa imposait l'existence d'un marché concurrentiel comme condition préalable à l'utilisation des enchères électroniques inversées, mais n'abordait pas la manière d'assurer une concurrence effective pendant la conduite de la passation à l'aide de l'enchère elle-même. Selon l'avis qui a prévalu, le projet d'article était important et devrait être conservé.

---

[6] Ibid.

80. En réponse à la crainte que l'exigence du paragraphe 1 soit trop lourde étant donné que l'entité adjudicatrice n'aurait pas les moyens d'assurer une concurrence effective à toutes les étapes de l'enchère, il a été observé que le paragraphe traitait de l'étape de la passation où l'entité envoyait les invitations aux soumissionnaires potentiels et qu'elle serait donc en mesure de faire en sorte que le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs invités à participer soit suffisant pour assurer une concurrence effective.

81. Il a été décidé que le paragraphe 1 devrait être conservé avec certaines modifications pour tenir compte des révisions qui seraient apportées à l'article 51 *quater* (voir par. 74 à 76 ci-dessus).

82. En ce qui concerne le paragraphe 2, il a été convenu de remplacer, dans la version anglaise, le mot "withdraw" par "cancel" (annuler) étant donné que le premier était utilisé dans la Loi type dans un contexte différent (à savoir, pour le retrait des offres dans l'article 31). Il a aussi été convenu que les mots "doit annuler" placés entre crochets devraient être remplacés par "peut annuler" pour laisser une certaine marge de manœuvre à l'entité adjudicatrice au cas où le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs qui s'étaient inscrits pour participer à l'enchère était insuffisant pour assurer une concurrence effective (par exemple, il était possible que, dans une telle situation, l'entité envisage de prolonger le délai d'inscription).

83. On s'est dit préoccupé par le fait que le projet d'article n'indique pas la manière dont une entité adjudicatrice devrait procéder si l'enchère électronique inversée était annulée en raison d'un nombre insuffisant de soumissionnaires inscrits pour assurer une concurrence effective. Il a été suggéré que la Loi type prévoie des options, par exemple la possibilité pour l'entité d'engager des négociations avec les fournisseurs potentiels. Constatant que les directives européennes de 2004 sur les marchés publics[7] n'apportaient pas non plus de solution sur ce point, et notant que cette question faisait intervenir des considérations pratiques, il a été fait observer que l'entité adjudicatrice devrait disposer d'une certaine marge de manœuvre à cet égard et qu'elle ne devrait pas être obligée de poursuivre la passation dans ces circonstances. Il a été indiqué que l'entité adjudicatrice pourrait agir de différentes manières, qui ne pouvaient pas toutes être envisagées et régies dans la Loi type, et que le Guide pourrait donc donner des exemples d'options et indiquer que le dossier de sollicitation ou des documents équivalents pourraient préciser les mesures que l'entité avait l'intention de prendre si la situation devait se présenter.

Projet d'article 51 sexies. *Exigences pendant la phase d'enchère proprement dite (A/CN.9/WG.I/WP.51, par. 42 à 49)*

84. En ce qui concerne l'alinéa c) du paragraphe 1, le Groupe de travail est convenu de ne pas parler du classement des soumissionnaires et de ne mentionner que les résultats successifs de l'enchère, à savoir soit le prix, lorsque ce dernier était l'unique critère d'évaluation, soit le résultat, chiffré, de l'application des critères d'évaluation préalablement indiqués (y compris la formule mathématique). Il a été

[7] Ibid.

convenu de remplacer les mots “[d’après la formule indiquée préalablement]” par “d’après les critères d’évaluation indiqués préalablement”.

85. Pour ce qui est du paragraphe 2, le Groupe de travail est convenu de supprimer la phrase entre crochets faisant référence à l’article 33-2 et 3 de la Loi type, qui concernait la procédure d’appel d’offres et ne serait plus pertinent. S’agissant de la question de savoir, toujours dans le même paragraphe, si l’anonymat des soumissionnaires devrait être maintenu après l’enchère, il a été estimé, et cet avis a prévalu, que le paragraphe devrait être modifié pour tenir compte de ce dont le Groupe de travail était convenu, à savoir: i) que l’anonymat des soumissionnaires devait être préservé pendant l’enchère et lorsque l’entité suspendait l’enchère ou y mettait fin; et ii) que, lorsque l’enchère aboutissait et que le gagnant était connu, son nom et son adresse, ainsi que des informations sur le prix de sa soumission, devraient être communiqués aux autres soumissionnaires, comme le prévoyait le paragraphe 3 du projet d’article 51 *septies*.

86. Les vues ont divergé sur le point de savoir s’il était utile dans la pratique de révéler le nom des autres soumissionnaires après la clôture de l’enchère. À cet égard, on a mentionné l’article 11-1 et 2 de la Loi type, lequel prévoyait que ce type d’information devait être consigné dans le procès-verbal de la procédure de passation et être communiqué à toute personne qui le demandait. On a fait valoir que la communication de ces informations était utile à des fins générales de transparence dans le processus de passation, et en particulier pour vérifier que l’entité adjudicatrice avait respecté l’obligation d’assurer une concurrence effective, comme le prévoyaient les projets d’articles 22 *bis* et 51 *quinquies*.

87. Selon l’avis qui a prévalu, le nom de tous les soumissionnaires pourrait être divulgué uniquement si cette divulgation ne conduisait pas à révéler des informations commerciales, concernant tel ou tel soumissionnaire, de nature à influer sur les prix. Cette condition était jugée essentielle pour prévenir toute collusion, protéger les intérêts commerciaux légitimes des soumissionnaires et, partant, préserver la compétitivité sur le marché et garantir le succès des enchères futures. Il a été noté également que les enchères électroniques inversées ne pourraient être introduites avec succès en tant que nouvel outil de passation que si les soumissionnaires potentiels avaient suffisamment confiance dans le processus et avaient la certitude, en particulier, que les informations commerciales en question resteraient confidentielles tout au long de l’enchère; dans le cas contraire, a-t-on dit, ils hésiteraient à participer à une procédure de passation utilisant ces enchères. Ces considérations, a-t-on souligné, devaient l’emporter sur celles concernant la transparence.

88. Il a été proposé que le Guide donne à l’État adoptant et à ses entités adjudicatrices des indications à propos des situations et des motifs qui justifieraient la confidentialité des informations relatives aux soumissions. On a mentionné, à cet égard, l’article 11-3 de la Loi type, qui prévoyait des exceptions à la divulgation de certaines parties du procès-verbal de la procédure de passation concernant des informations détaillées sur l’examen, l’évaluation et la comparaison des candidatures, de même qu’à la divulgation du procès-verbal, si celle-ci notamment entravait le libre jeu de la concurrence ou portait atteinte aux intérêts commerciaux légitimes des parties. Il a été noté que le risque d’atteinte à la concurrence était particulièrement élevé lorsqu’un petit nombre de soumissionnaires prenait part à l’enchère électronique inversée.

89. En ce qui concerne le paragraphe 4, le Groupe de travail a examiné si les dispositions devraient permettre à l'entité adjudicatrice de suspendre l'enchère ou d'y mettre fin dans des cas autres qu'une défaillance d'un système ou une interruption des communications. Selon les avis exprimés, compte tenu de l'expérience pratique, une suspension pourrait être souhaitable lorsque l'entité soupçonnait des offres anormalement basses. Dans une telle situation, a-t-on dit, l'entité devrait disposer de moyens pour intervenir instantanément dans le processus afin d'empêcher que l'offre anormalement basse ne perturbe l'enchère (une telle offre risquerait par exemple d'empêcher d'autres soumissionnaires de continuer à participer). Le Groupe de travail a noté aussi, en rapport avec le paragraphe 49 du document de travail, que les soumissionnaires pourraient présenter des réclamations au sujet d'irrégularités pendant le processus, ce qui pourrait également justifier la suspension de l'enchère. Le secrétariat a été prié de reformuler le paragraphe en tenant compte de ces différents arguments. Il a été dit que les dispositions devraient être reformulées aussi de manière à indiquer clairement que l'entité adjudicatrice n'était pas responsable des défaillances dans les systèmes de communication des soumissionnaires et que ces défaillances ne justifieraient pas la suspension de l'enchère.

Projet d'article 51 septies. *Attribution du marché sur la base des résultats de l'enchère électronique inversée (A/CN.9/WG.I/WP.51, par. 50 à 57)*

90. Il a été noté que le projet d'article avait été établi à partir de dispositions présentées antérieurement au Groupe de travail, et qu'elles étaient censées être équivalentes à celles qui régissaient l'attribution du marché, et les exceptions pertinentes, dans la procédure d'appel d'offres.

91. À cet égard, il a été demandé si la totalité du texte du paragraphe 1 du projet d'article était nécessaire ou si, plus simplement et de manière plus concise, on pourrait faire référence à l'article 36 et aux autres articles pertinents. On a répondu en faisant observer que l'article 36 s'appliquait uniquement à la procédure d'appel d'offres, et qu'un article distinct sur l'attribution des marchés dans le contexte spécifique des enchères électroniques inversées était nécessaire. Il a été décidé de conserver le paragraphe 1 et de l'abréger autant que possible, par exemple en faisant davantage usage de renvois au lieu de répéter un texte qui figurait ailleurs dans la Loi type.

92. On a indiqué qu'il faudrait apporter au texte les changements ci-après: i) dans le chapeau du paragraphe 1, remplacer les termes "est le mieux classé" par "l'offre la plus basse résultant de l'évaluation", afin de tenir compte des modifications proposées pour le projet d'article 51 *sexies* 1 c) (voir par. 84 ci-dessus); et ii) au paragraphe 1 b), supprimer les crochets entourant "12 *bis*".

93. Il a été noté que le paragraphe 2 traitait des options dont disposait l'entité adjudicatrice au cas où le soumissionnaire dont l'offre avait été retenue ne conclurait pas un marché pour les motifs énoncés au paragraphe 1, et offrait une approche plus souple que celle que le Groupe de travail avait examinée précédemment. Souscrivant à l'approche souple, ce dernier a indiqué toutefois qu'il faudrait remplacer, au paragraphe 2 c), les mots "la deuxième offre la plus basse" et "qui est classé deuxième" par les mots "l'offre suivante la plus basse" et "l'offre suivante la plus basse résultant de l'évaluation", respectivement.

94. Il a été convenu que les implications pratiques de chaque option devraient être précisées dans le Guide. Le Groupe de travail a considéré que ce dernier, avant de traiter des options disponibles, devrait insister sur la nécessité d'agir rapidement lorsqu'il y avait une qualification après enchère du soumissionnaire retenu ou réexamen d'une éventuelle offre anormalement basse, de manière que la position finale soit déterminée dès que raisonnablement possible.

95. En ce qui concerne le paragraphe 3, il a été convenu de supprimer les crochets qui y figuraient et de remplacer la référence à "l'offre qui a été acceptée" par le membre de phrase "l'offre que l'entité adjudicatrice est prête à accepter".

96. Le Groupe de travail est convenu de finaliser le libellé du projet d'article après avoir examiné les modifications à apporter à l'article 36 de l'actuelle Loi type en temps utile.

4. Modifications corrélatives devant être apportées à d'autres dispositions de la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.51, par. 60 à 69)

97. Lors de l'examen des paragraphes 60 à 67 du document de travail, le Groupe de travail est convenu que les questions concernant la teneur du dossier de sollicitation, la période de validité des offres, la modification et le retrait des offres, les garanties de soumission ainsi que l'examen, l'évaluation et la comparaison des offres, devraient être traitées dans le cadre des dispositions sur les enchères électroniques inversées lorsque cela était nécessaire au moyen de renvois aux articles pertinents de la Loi type.

98. En ce qui concerne la question du retrait des soumissionnaires avant la clôture des enchères électroniques inversées, le Groupe de travail a noté qu'il n'existait sans doute pas de solution facile à ce problème. L'idée d'inscrire ces fournisseurs sur une liste noire n'a pas été jugée viable, car il était souvent impossible de déterminer les motifs d'un tel retrait, lequel pouvait être justifié. Reconnaissant qu'un tel retrait pouvait empêcher une concurrence effective, le Groupe de travail a examiné si l'entité adjudicatrice devrait être autorisée à suspendre l'enchère ou à y mettre fin lorsque le nombre de soumissionnaires participant à celle-ci était insuffisant. Il a été fait référence à cet égard au paragraphe 4 du projet d'article 51 *sexies*, qui pouvait être complété pour mentionner des motifs autres que la défaillance d'un système ou l'interruption des communications susceptibles de justifier que l'enchère soit suspendue ou qu'il y soit mis fin. Étant donné que la suspension ou la fin de l'enchère pour des raisons autres que la défaillance d'un système ou l'interruption des communications risquait de donner lieu à des contestations de la part des soumissionnaires affectés et d'être contre-productive en empêchant la concurrence de dernière minute (caractéristique courante des enchères électroniques inversées), il a été estimé et cet avis l'a emporté que les projets d'articles 51 *quinquies* et *septies* étaient suffisants pour traiter la question.

99. Pour ce qui est de la question des garanties de soumission, notant que certains pays exigeaient de telles garanties dans le cadre des enchères électroniques inversées, notamment pour réduire le risque de soumissions frauduleuses, et notant également que diverses circonstances pourraient justifier une telle exigence, le Groupe de travail est convenu que le Guide ne devrait pas décourager le recours aux garanties de soumission.

100. S'agissant du paragraphe 68 du document de travail, le Groupe de travail est convenu que le texte proposé pour la Loi type devrait être complété pour mentionner toutes les informations devant figurer dans le procès-verbal de la procédure dans le cadre des enchères, qui n'étaient pas expressément mentionnées à l'article 11-1 de la Loi type. Il a été proposé en particulier que le procès-verbal contienne des informations sur les motifs et les circonstances invoqués par l'entité pour justifier le recours aux enchères électroniques inversées ainsi que la date et l'heure des enchères. Il a aussi été considéré qu'il était justifié de prévoir des exceptions à la divulgation de certains types d'informations énumérées à l'article 11 compte tenu des spécificités des enchères électroniques inversées.

D. Projets de dispositions visant à permettre l'utilisation des accords-cadres dans la Loi type (A/CN.9/WG.I/WP.52)

Commentaires généraux

101. Le Groupe de travail a examiné les projets de dispositions visant à permettre, dans la Loi type, l'utilisation des accords-cadres pour la passation des marchés publics, présentés dans le document A/CN.9/WG.I/WP.52, en notant en particulier leur champ d'application et l'approche rédactionnelle. Il est convenu de poursuivre ses délibérations sur la question à sa prochaine session, y compris sur les points suivant jugés importants pour le débat:

a) Comment trouver une nomenclature appropriée pour cette technique de passation, compte tenu surtout des différents termes employés d'un pays ou d'un système à l'autre;

b) Si la Loi type devrait considérer qu'un accord-cadre et/ou une commande dans un accord-cadre devrait constituer le contrat de marché proprement dit. À cet égard, il a été fait observer que la question de savoir si un accord-cadre constituerait un contrat ayant force obligatoire relèverait de la loi locale d'un État, qu'il serait vital de s'entendre sur une solution optimale et que les conditions d'un tel accord devraient en tout état de cause être claires et transparentes. Il a été noté aussi que le Guide devrait examiner la question en détail;

c) Si une entité adjudicatrice devrait ou non pouvoir passer des marchés en dehors de l'accord-cadre. Cette question – a-t-on noté – présentait plusieurs aspects et il faudrait examiner les différentes expériences d'un pays à l'autre;

d) Si un accord-cadre à fournisseurs multiples devrait prendre la forme d'un contrat unique pour tous les fournisseurs parties à l'accord ou si chacun d'entre eux devrait conclure un contrat séparé avec l'entité adjudicatrice;

e) S'il devrait être possible d'ajouter d'autres fournisseurs ou entrepreneurs à l'accord-cadre pendant sa durée de validité; et

f) S'il faudrait prévoir la possibilité de conclure un accord du modèle 2[8] (normalement envisagé comme un accord à fournisseurs multiples) avec un fournisseur unique, par exemple en cas d'urgence ou de catastrophe.

---

[8] Voir la description des modèles d'accord-cadre au paragraphe 6 du document A/CN.9/WG.I/WP.52.

E. Simplification et uniformisation de la Loi type

102. Le Groupe de travail a examiné également la question de la simplification et de l'uniformisation de la Loi type en se référant à l'exemple de l'article 36 de la Loi type (notant que cet article traitait de l'entrée en vigueur du marché dans la procédure d'appel d'offres). Il a été observé que les dispositions régissant l'acceptation des candidatures retenues et l'entrée en vigueur du marché (énoncées à l'article 13 de la Loi type) étaient légèrement différentes selon les méthodes de passation. Il a été admis que ces questions devaient être harmonisées, en particulier si les enchères électroniques inversées étaient adoptées en tant que technique possible dans plusieurs méthodes de passation et en tant que méthode à part entière. Il a aussi été dit que ces questions, et peut-être d'autres étapes décrites dans le processus d'appel d'offres, pouvaient être considérées comme des questions à traiter du point de vue des règles générales applicables à toutes les méthodes de passation. Le Groupe de travail est donc convenu d'examiner ultérieurement ces étapes, y compris celles prévues à l'article 36, en adoptant ce point.

E. Note du Secrétariat sur les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – propositions de textes sur l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics, la publication d'informations relatives à la passation des marchés et les offres anormalement basses, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa onzième session

(A/CN.9/WG.I/WP.50) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-3
II.	Projets de dispositions relatives à l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics	4-42
	A. Communications dans la passation des marchés	4-21
	1. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée	4-18
	Commentaire	
	2. Texte du Guide pour l'incorporation	19-21
	B. Soumission électronique des offres	22-29
	1. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée	22-27
	Commentaire	
	2. Texte du Guide pour l'incorporation	28-29
	C. Présence à l'ouverture des offres	30-32
	D. Publication d'informations relatives à la passation des marchés	33-42
	1. Révisions proposées pour l'article 5	33-36
	Commentaire	
	2. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée concernant la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir	37-42
	Commentaire	
III.	Projets de dispositions sur les offres anormalement basses	43-49
	1. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée	43-47
	Commentaire	
	2. Projet de texte proposé pour le Guide révisé	48-49

I. Introduction

1. L'historique des travaux actuellement menés par le Groupe de travail I (Passation de marchés) pour revoir la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services ("Loi type") (A/49/17 et Corr.1, annexe I) est présenté aux paragraphes 5 à 65 du document A/CN.9/WG.I/WP.49, dont celui-ci sera saisi à sa onzième session. Le Groupe de travail a pour tâche principale d'actualiser et de réviser la Loi type, afin de tenir compte des évolutions récentes, notamment de l'utilisation des communications électroniques et des technologies de l'information dans la passation des marchés publics.

2. La réglementation de cette utilisation, y compris dans le cadre de la soumission et de l'ouverture des offres, de la tenue de réunions, de la conservation d'informations et de la publication d'informations relatives à la passation des marchés, faisait partie des thèmes dont était saisi le Groupe de travail de ses sixième à dixième sessions. À cette dernière, il a examiné les projets de dispositions sur l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics et a prié le secrétariat de les réviser[1]. On trouvera dans la présente note, élaborée en réponse à cette demande, les projets de dispositions en question qui reflètent ses délibérations à cette session (voir les paragraphes 4 à 42 ci-après).

3. On trouvera également dans la présente note les projets de dispositions à insérer dans la Loi type et dans le Guide concernant les offres anormalement basses, révisés comme l'a demandé le Groupe de travail à cette même session (voir les paragraphes 43 à 49 ci-après).

II. Projets de dispositions relatives à l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics

A. Communications dans la passation des marchés

1. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée

4. Le projet d'article ci-après reprend le texte consolidé du projet d'article 5 *bis* dont le Groupe de travail était saisi à sa dixième session[2] en tenant compte des suggestions faites lors de cette session[3]:

"Article [5 *bis*]. Communications dans la passation des marchés

1. Les documents, notifications, décisions et autres informations générés lors de la passation d'un marché et communiqués de la manière décrite dans la présente Loi, y compris en rapport avec une procédure de recours engagée conformément [au chapitre VI] [à l'article 53], dans le cadre d'une réunion ou en vue de l'établissement du procès-verbal de la procédure de passation conformément à l'article [11], sont présentés sous une forme qui atteste la

[1] A/CN.9/615, par. 11.
[2] Ibid., par. 18.
[3] Ibid., par. 19 à 26.

teneur des informations et qui est accessible pour être consultée ultérieurement.

2. La communication d'informations entre les fournisseurs ou entrepreneurs et l'entité adjudicatrice visées aux articles [*7-4 et 6, 12-3, 31-2 a), 32-1 d), 34-1, 36-1, 37-3, 44 b) à f) et 47-1, à mettre à jour en fonction des modifications de la Loi type*] peut se faire par un moyen n'attestant pas leur teneur à condition que, immédiatement après, confirmation de la communication soit donnée au destinataire sous une forme qui atteste la teneur des informations et qui soit accessible pour être consultée ultérieurement.

3. L'entité adjudicatrice, lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché, spécifie:

a) Toute condition de forme exigée conformément au paragraphe 1 du présent article;

b) Les moyens à utiliser pour la communication des informations par l'entité adjudicatrice ou en son nom à un fournisseur, à un entrepreneur ou au public, ou par un fournisseur ou un entrepreneur à l'entité adjudicatrice ou à une autre entité agissant en son nom;

c) Les moyens à utiliser pour satisfaire à toutes les dispositions de la présente Loi exigeant la présentation des informations sous forme écrite ou une signature; et

d) Les moyens à utiliser pour tenir toute réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs.

4. Les moyens mentionnés au paragraphe précédent doivent être facilement utilisables avec ceux d'usage courant parmi les fournisseurs ou entrepreneurs dans le contexte considéré. Les moyens à utiliser pour tenir une réunion de fournisseurs ou d'entrepreneurs doivent en outre permettre à ceux-ci de participer pleinement et en direct à la réunion.

5. Les mesures appropriées sont mises en place pour garantir l'authenticité, l'intégrité et la confidentialité des informations concernées."

Commentaire

Paragraphe 1

5. Le paragraphe 1 pose les prescriptions essentielles concernant la forme des communications dans la passation. Il n'est possible d'y déroger que dans les limites du paragraphe 2 du projet d'article.

6. Aux termes du paragraphe 3 a) du projet d'article, l'entité adjudicatrice doit énoncer toute condition de forme particulière au moment où elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation. Ces conditions particulières doivent être conformes aux conditions générales énoncées au paragraphe 1.

7. Les références, dans le paragraphe 1, au chapitre VI et à l'article 53 sont mises entre crochets pour montrer qu'il ne convient peut-être pas de renvoyer à l'ensemble du chapitre VI sur les recours, qui comprend des dispositions relatives aux recours

administratifs et judiciaires. Les recours administratifs et les procédures devant les tribunaux auront vraisemblablement leurs propres règles en matière de communications. Par conséquent, il vaudrait peut-être mieux ne renvoyer qu'à l'article 53, qui traite des recours portés devant l'entité adjudicatrice.

Paragraphe 2

8. Le paragraphe 2 pose des exceptions à la règle énoncée au paragraphe 1, selon laquelle la forme des informations doit attester leur teneur. La liste des articles visés dans ce paragraphe est tirée de l'actuel paragraphe 2 de l'article 9 de la Loi type.

9. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il conviendrait de conserver des renvois à tous les articles énumérés. Pour en faciliter la consultation, le texte de ces articles est reproduit dans le tableau ci-dessous:

Article	*Libellé*
7 (Procédure de présélection)	4. L'entité adjudicatrice répond à toute demande d'éclaircissements relative à la documentation de présélection qu'elle reçoit d'un fournisseur ou entrepreneur dans un délai raisonnable avant la date limite de soumission des demandes de présélection. La réponse de l'entité adjudicatrice est donnée dans un délai raisonnable afin de permettre au fournisseur ou entrepreneur de soumettre à temps sa demande de présélection. La réponse à toute demande dont on peut raisonnablement supposer qu'elle intéresse les autres fournisseurs ou entrepreneurs est communiquée, sans indication de l'origine de la demande, à tous les fournisseurs ou entrepreneurs auxquels l'entité adjudicatrice a envoyé la documentation de présélection. 6. L'entité adjudicatrice fait promptement savoir à chaque fournisseur ou entrepreneur ayant soumis une demande de présélection s'il a ou non été présélectionné et communique à toute personne qui en fait la demande le nom de tous les fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés. Seuls les fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés sont habilités à participer à la suite de la procédure de passation de marché.
12-3 (Rejet de toutes les offres ou propositions, ou de tous les prix)	Un avis de rejet de toutes les offres ou propositions, ou de tous les prix est promptement communiqué à tous les fournisseurs ou entrepreneurs ayant soumis des offres ou propositions, ou des prix.
31-2 a) (Période de validité des offres; modification et retrait des offres)	Avant l'expiration de la période de validité des offres, l'entité adjudicatrice peut demander aux fournisseurs ou entrepreneurs une prorogation jusqu'à une date qu'elle spécifie. Tout fournisseur ou entrepreneur peut refuser cette prorogation sans perdre sa garantie de soumission, et son offre cessera d'être valide à l'expiration de la période de validité non prorogée;
32-1 d) (Garanties de soumission)	Lorsque l'entité adjudicatrice demande une garantie de soumission aux fournisseurs ou entrepreneurs soumettant une offre:

Article	*Libellé*
	d) Avant de soumettre une offre, tout fournisseur ou entrepreneur peut demander à l'entité adjudicatrice de confirmer que l'émetteur proposé de la garantie de soumission ou, le cas échéant, le confirmateur proposé, remplit bien les conditions requises; l'entité adjudicatrice répond promptement à une telle demande
34-1 (Examen, évaluation et comparaison des offres)	a) L'entité adjudicatrice peut prier les fournisseurs ou entrepreneurs de donner des éclaircissements sur leur offre, afin d'en faciliter l'examen, l'évaluation et la comparaison. Aucune modification quant au fond, notamment une modification du prix ou des modifications visant à rendre conforme une offre non conforme, ne sera demandée, proposée ni autorisée;
	b) Nonobstant les dispositions de l'alinéa a) du présent paragraphe, l'entité adjudicatrice corrige les erreurs purement arithmétiques qui sont découvertes durant l'examen des offres. Elle avise promptement de ces corrections le fournisseur ou entrepreneur qui a soumis l'offre.
36-1 (Acceptation de l'offre et entrée en vigueur du marché)	Sous réserve des articles 12 et 34-7, l'offre dont il a été déterminé qu'elle est l'offre à retenir conformément à l'article 34-4 b) est acceptée. L'entrepreneur ou fournisseur ayant soumis l'offre est avisé promptement que son offre a été acceptée.
37-3 (CHAPITRE IV. MÉTHODE PRINCIPALE POUR LA PASSATION DES MARCHÉS DE SERVICES, Avis de sollicitation de propositions).	(Sous réserve d'approbation par ... (l'État adoptant la Loi type précise quel est l'organe habilité à donner ladite approbation),) si la sollicitation directe est nécessaire pour des raisons d'économie et d'efficacité, l'entité adjudicatrice n'est pas tenue d'appliquer les dispositions des paragraphes 1 et 2 du présent article lorsque:
	a) Les services requis ne sont disponibles qu'auprès d'un nombre limité de fournisseurs ou entrepreneurs, à condition qu'elle sollicite des propositions de tous ces fournisseurs ou entrepreneurs; ou
	b) Le temps qu'il faudrait passer et les frais qu'il faudrait engager pour examiner et évaluer un grand nombre de propositions seraient disproportionnés par rapport à la valeur des services requis, à condition qu'elle sollicite des propositions d'un nombre suffisant de fournisseurs ou entrepreneurs pour assurer une véritable concurrence; ou
	c) La sollicitation directe est le seul moyen d'assurer la confidentialité ou est nécessaire pour des raisons d'intérêt national, à condition qu'elle sollicite des propositions d'un nombre suffisant de fournisseurs ou entrepreneurs pour assurer une véritable concurrence.
44-b) à f) (Procédures de sélection avec négociations consécutives)	Lorsqu'en application de l'article 41-1, l'entité adjudicatrice utilise la procédure prévue au présent article, elle engage des négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs en procédant comme suit:

Article	*Libellé*
	b) Elle invite le fournisseur ou entrepreneur qui a obtenu la meilleure note en application de l'article 42-1 à des négociations sur le prix de sa proposition;
	c) Elle informe les fournisseurs ou entrepreneurs qui ont obtenu une note supérieure au seuil fixé qu'ils pourront être appelés à négocier avec elle si les négociations avec les fournisseurs ou entrepreneurs ayant obtenu une note plus élevée n'aboutissent pas à l'attribution du marché;
	d) Elle informe les autres fournisseurs ou entrepreneurs qu'ils n'ont pas atteint le seuil requis;
	e) S'il lui apparaît que les négociations avec le fournisseur ou entrepreneur invité à négocier en application de l'alinéa b) du présent article n'aboutiront pas à l'attribution du marché, elle informe ledit fournisseur ou entrepreneur qu'elle met fin aux négociations;
	f) L'entité adjudicatrice invite alors à négocier avec elle le fournisseur ou entrepreneur qui a obtenu la deuxième note; si les négociations avec ce fournisseur ou entrepreneur n'aboutissent pas à l'attribution du marché, elle invite à négocier les autres fournisseurs ou entrepreneurs en suivant l'ordre des notes obtenues par ces derniers jusqu'à ce que le marché soit attribué ou que toutes les propositions aient été rejetées.
47-1 (Appel d'offres restreint)	a) Lorsque l'entité adjudicatrice lance un appel d'offres restreint pour des motifs visés à l'alinéa a) de l'article 20, elle sollicite des offres de tous les fournisseurs ou entrepreneurs auprès desquels les biens, travaux ou services requis peuvent être obtenus;
	b) Lorsque l'entité adjudicatrice lance un appel d'offres restreint pour des motifs visés à l'alinéa b) de l'article 20, elle sélectionne les fournisseurs ou entrepreneurs auprès desquels elle sollicitera des offres de manière non discriminatoire et elle retient un nombre suffisant de fournisseurs ou entrepreneurs pour assurer une concurrence véritable.

10. Comme on le voit dans le tableau ci-dessus, la plupart des exceptions concernent des situations où une entité adjudicatrice communique avec un fournisseur ou entrepreneur donné participant à la procédure de passation. Cependant, certaines exceptions concernent des communications plus générales adressées à tous les fournisseurs ou entrepreneurs participant à la procédure.

11. Dans un environnement où l'on utilise exclusivement le papier, ces exceptions permettent d'accélérer l'échange d'informations entre une entité adjudicatrice et les fournisseurs ou entrepreneurs concernés. Dans un environnement électronique, on peut obtenir le même résultat par des moyens plus efficaces et plus transparents, par exemple en ayant recours au courrier électronique.

12. Au moins en ce qui concerne les informations devant être communiquées à tous les fournisseurs ou entrepreneurs participant à une procédure déterminée, il vaudra peut-être mieux encourager dans la Loi type l'utilisation des moyens électroniques, plutôt que du téléphone, des rencontres en personne ou d'autres moyens de communication n'attestant pas la teneur des informations qu'ils

permettent de communiquer. Bien que la Loi type impose, lorsque ce dernier type de moyens est utilisé, de donner immédiatement confirmation de la communication au destinataire sous une forme qui atteste la teneur des informations, il peut être difficile en pratique de vérifier le respect de cette exigence et de la faire appliquer. Ainsi, ces exceptions peuvent être source d'abus, notamment de corruption et de favoritisme, et le Groupe de travail estimera peut-être qu'elles devraient être limitées aux seuls cas où elles sont strictement nécessaires.

13. Conformément à son intention d'encourager, dans les cas appropriés, l'utilisation des moyens électroniques de communication et de garantir une plus grande transparence dans la passation des marchés publics, le Groupe de travail voudra peut-être examiner quelles exceptions il est justifié de conserver dans le paragraphe 2, et lesquelles pourraient être supprimées compte tenu de l'usage répandu des courriers électroniques et d'autres moyens modernes de communication.

Paragraphe 3

14. Ce paragraphe énumère les éléments relatifs aux communications échangés dans le cadre de la passation que l'entité adjudicatrice doit spécifier au début de la procédure.

Paragraphe 4

15. Ce paragraphe pose des critères à respecter s'agissant des moyens par lesquels les informations sont communiquées, les exigences de "forme écrite" et de "signature" satisfaites et les réunions tenues. D'autres critères s'appliquent aux moyens à utiliser pour tenir les réunions. Ils reposent sur le libellé des révisions de l'article 33-2 dont est convenu le Groupe à sa dixième session (voir le paragraphe 30 ci-après).

Paragraphe 5

16. Le paragraphe 5 est formulé au passif, conformément à ce qui a été proposé à la dixième session du Groupe de travail, afin de couvrir les situations dans lesquelles d'autres branches du droit pourraient ou devraient régir les questions de l'authenticité, de l'intégrité et de la confidentialité des informations communiquées notamment dans le cadre de la passation de marchés publics[4].

Expressions employées

17. Le texte proposé parle de "documents, notifications, décisions et autres informations" au paragraphe 1, mais uniquement d'"informations" aux paragraphes suivants. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager soit d'utiliser la liste complète dans tout le texte dans un souci de cohérence soit, de ne conserver que le mot "informations" dans un souci de concision, après que l'objet de l'article a été expliqué au paragraphe 1. Il est possible de donner dans le Guide des exemples d'autres types d'information que les documents, notifications et décisions mentionnés dans l'article.

---

[4] Ibid., par. 22.

Emplacement des dispositions

18. Le Groupe de travail souhaitera peut-être remettre à une date ultérieure sa décision quant à l'emplacement définitif de ces dispositions.

2. Texte du Guide pour l'incorporation

19. Les projets de textes à insérer dans le Guide pour accompagner les dispositions de la Loi type relatives i) à l'utilisation des moyens électroniques de communication en général, ii) à l'équivalence fonctionnelle, iii) au choix des moyens de communication et iv) aux exigences portant sur la forme des communications, ont été présentés au Groupe de travail à ses huitième et neuvième sessions (documents A/CN.9/WG.I/WP.38 (texte faisant suite au paragraphe 23), A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1 (texte faisant suite au paragraphe 4), A/CN.9/WG.I/WP.42 (texte faisant suite aux paragraphes 13, 19 et 26) et A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1 (texte faisant suite aux paragraphes 2 et 5).

20. L'ensemble des dispositions sur ces questions ayant été réunies en un seul article sur les communications dans la passation des marchés, un nouveau texte consolidé pour le Guide est en cours d'élaboration. Il sera présenté au Groupe de travail pour examen lors d'une prochaine session. Ce texte révisé tiendra compte des suggestions formulées sur ces questions lors des sessions du Groupe de travail.

21. En outre, toujours aux huitième et neuvième sessions, le secrétariat a proposé des ajouts au texte du Guide accompagnant certaines des dispositions existantes de la Loi type, par exemple l'article 36 sur l'acceptation de l'offre et l'entrée en vigueur du marché (documents A/CN.9/WG.I/WP.42 (texte faisant suite au paragraphe 29) et A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1 (texte faisant suite au paragraphe 6), modifiant le texte du document A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1 faisant suite au paragraphe 14). Ceux-ci seront également modifiés pour tenir compte des délibérations tenues à ce sujet lors des sessions ultérieures du Groupe de travail.

B. Soumission électronique des offres

1. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée

22. Le projet de texte proposé pour l'article 30-5 ci-après tient compte des suggestions rédactionnelles formulées à la dixième session du Groupe de travail[5]:

"Article 30. Soumission des offres

5. a) Les offres sont soumises par écrit et sont signées; et:

i) si elles sont sous forme papier, sont placées dans une enveloppe scellée; ou

ii) si elles se présentent sous une autre forme, respectent les exigences spécifiées par l'entité adjudicatrice, qui garantissent au moins un degré similaire [d'authenticité], [de sécurité,] d'intégrité et de confidentialité;

[5] Ibid., par. 27 et 28.

b) L'entité adjudicatrice délivre, sur demande, aux fournisseurs ou entrepreneurs un reçu indiquant la date et l'heure auxquelles leur offre a été reçue;

c) L'entité adjudicatrice préserve l'intégrité et la confidentialité des offres à partir du moment qu'elle détermine, celui-ci ne pouvant cependant en aucun cas être postérieur au moment de leur réception, et veille à ce que le contenu des offres ne soit examiné qu'après leur ouverture conformément à la présente Loi."

Commentaire

Paragraphe 5 a) ii)

23. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si l'alinéa a) ii) du paragraphe 5 devrait faire référence à l'"authenticité" et à la "sécurité" des offres. Dans la version actuelle de l'article 30-5 b) de la Loi type, dans le même contexte, il est fait référence, non seulement à l'exigence de confidentialité, mais aussi aux exigences d'authenticité et de sécurité des offres.

24. À la dixième session, la question de la sécurité n'a été abordée qu'à l'égard du paragraphe 5 c) ci-avant, et il a été suggéré de ne pas poser d'exigence de sécurité dans ce paragraphe, les exigences d'intégrité et de confidentialité étant suffisantes (bien que certains doutes aient été exprimés quant à cette suggestion)[6]. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il en va de même pour le paragraphe 5 a) ii)[7].

25. S'agissant de la question de l'authenticité, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si l'exigence de signature posée au début du paragraphe 5 a) garantira toujours l'authenticité des offres (par exemple lorsqu'un fournisseur envoie plusieurs offres signées depuis des adresses différentes, la question de l'authenticité se posant alors au moment de déterminer laquelle de ces offres est définitive et irrévocable).

Paragraphe 5 b)

26. Ce paragraphe reprend mot pour mot les dispositions de l'article 30-5 c) de la Loi type.

Paragraphe 5 c)

27. Ce paragraphe est nouveau et repose sur les projets de dispositions dont est convenu le Groupe de travail à sa dixième session[8].

2. Texte du Guide pour l'incorporation

28. À la dixième session du Groupe de travail, il a été fait observer que le Guide devrait donner aux États adoptants des orientations sur le traitement distinct de la

---

[6] Ibid., par. 29.

[7] À la dixième session, on a proposé de remplacer, au paragraphe 5 a) ii), le mot "protection" par les mots "intégrité et confidentialité". Aucun problème de sécurité ou d'authenticité des offres n'a été soulevé (A/CN.9/615, par. 28 iii)).

[8] A/CN.9/615, par. 28.

soumission et de la réception des offres dans un environnement papier et dans un environnement électronique, pour ne pas imposer des exigences trop strictes dans les procédures traditionnelles d'appel d'offres, et sur la nécessité de ne pas assortir la soumission électronique des offres d'exigences excessives (qui risqueraient de décourager le recours à cette forme de soumission)[9].

29. Le projet de texte devant figurer dans le Guide pour accompagner une version révisée de l'article 30-5 a été présenté au Groupe de travail à sa huitième session, dans le document A/CN.9/WG.I/WP.38/Add.1 (texte faisant suite au paragraphe 26). Depuis lors, un certain nombre de suggestions ont été faites à son sujet. La version révisée qui remplacera l'intégralité du texte proposé précédemment est en cours d'élaboration et sera présentée au Groupe de travail pour examen lors d'une prochaine session.

C. Présence à l'ouverture des offres

30. À sa dixième session, le Groupe de travail a décidé de fonder son examen futur de la version révisée de l'article 33-2 sur le texte suivant[10]:

> **"Article 33. Ouverture des offres**
>
> 2. Tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui ont soumis des offres sont autorisés par l'entité adjudicatrice à assister ou à se faire représenter à l'ouverture des offres. Les fournisseurs ou entrepreneurs sont réputés avoir été autorisés à être présents à l'ouverture des offres s'ils sont pleinement informés de l'ouverture des offres en direct par les moyens de communication qu'utilise l'entité adjudicatrice."

31. Une version révisée du projet d'article 5 *bis* ci-avant incorpore les exigences relatives à la tenue des réunions, lesquelles s'appliqueront également à l'ouverture des offres (voir l'article 5 *bis*-4 au paragraphe 4 ci-dessus). Afin d'éviter une répétition, le Groupe de travail souhaitera peut-être raccourcir la deuxième phrase du texte du paragraphe précédent, qui serait alors libellée ainsi:

> "Les fournisseurs ou entrepreneurs sont réputés avoir été autorisés à être présents à l'ouverture des offres s'il est satisfait aux conditions de l'article [5 *bis*-3 d) et 4]."

32. Le projet de texte à insérer dans le Guide pour accompagner la version révisée de l'article 33-2 sera élaboré et présenté au Groupe de travail pour examen lors d'une prochaine session. Il tiendra compte des suggestions formulées à la session du Groupe de travail.

D. Publication d'informations relatives à la passation des marchés

1. Révisions proposées pour l'article 5

33. À sa dixième session, le Groupe de travail est convenu de scinder le texte actuel de l'article 5 de la Loi type en deux paragraphes: le premier sur les textes

---

[9] Ibid., par. 30.
[10] Ibid., para. 32.

juridiques (législation, règlements en matière de passation des marchés et directives d'application générale) devant être rendus accessibles au public, dans lequel l'obligation de "tenir systématiquement à jour" ces textes serait conservée; et le second sur les décisions judiciaires et les décisions administratives d'application générale ayant valeur de précédent, dans lequel l'obligation de "tenir systématiquement à jour" ces décisions serait remplacée par celle de les "mettre à jour régulièrement si nécessaire"[11]. Il souhaitera donc peut-être examiner le texte suivant:

"Article 5. Publicité de la réglementation des marchés

1. Le texte de la présente Loi, des règlements en matière de passation des marchés et de toutes les directives d'application générale relatives à la passation des marchés régis par la présente Loi, ainsi que toutes les modifications audit texte, sont promptement mis à la disposition du public et systématiquement tenus à jour.

2. Les décisions judiciaires et les décisions administratives d'application générale ayant valeur de précédent relatives à la passation des marchés régis par la présente Loi, ainsi que toutes les modifications auxdites décisions, sont mises à la disposition du public et régulièrement mises à jour si nécessaire."

Commentaire

34. Les modifications apportées à cet article reflètent les délibérations du Groupe de travail sur l'article 5 à ses neuvième et dixième sessions, notamment les préoccupations relatives au fait que les exigences posées dans la version actuelle de cet article en ce qui concerne l'accès du public à la réglementation des marchés et sa mise à jour systématique paraissaient trop lourdes pour certains types de textes juridiques. Il a été suggéré de réexaminer l'application de ces exigences aux textes juridiques tels que les décisions judiciaires et les décisions administratives[12].

35. Compte tenu des changements apportés à l'article, en particulier avec l'insertion du paragraphe 2, qui emploie en anglais le mot "available" et non "accessible", il est proposé de remplacer le titre actuel "Public accessibility of legal texts" ("Accès du public à la réglementation des marchés") par "Publicity of legal texts" ("Publicité de la réglementation des marchés").

36. Le projet de texte à insérer dans le Guide pour accompagner la version révisée de l'article 5 a été soumis au Groupe de travail pour examen à sa neuvième session dans le document A/CN.9/WG.I/WP.42 (texte faisant suite au paragraphe 45 a)). Il sera revu pour tenir compte de ses discussions sur le sujet.

2. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée concernant la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir

37. À sa dixième session, le Groupe de travail est convenu que la Loi type devrait comporter des dispositions, inspirées du libellé proposé au paragraphe 33 du document A/CN.9/WG.I/WP.47, rendant possible la publication d'informations sur

---

[11] Ibid., par. 33. Voir également A/CN.9/WG.I/WP.47, par. 31.
[12] A/CN.9/595, par. 68 à 72, et A/CN.9/615, par. 33.

les possibilités de marchés à venir[13]. Il souhaitera donc peut-être examiner le texte suivant:

> "[Aussi rapidement] que possible après le début d'un exercice budgétaire, les entités adjudicatrices peuvent publier des informations sur les possibilités de marchés prévues pour les [l'État adoptant indique la période] suivant(e)s, ces informations ne constituant pas une sollicitation de la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché."

Commentaire

38. Le Groupe de travail estimera peut-être que l'expression "aussi rapidement que possible" dans le texte ci-dessus devrait être remplacée par une formule moins directive, du type "aussi tôt que possible", en raison de la nature de ces dispositions, qui permettent mais n'imposent pas la publication des informations.

39. Les mots "une sollicitation de la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché" à la fin de la disposition remplacent les mots "dossier de sollicitation ni des parties de ce dossier" qui figuraient dans la version précédente. Le nouveau libellé proposé est plus large et recouvre toutes les méthodes de passation prévues dans la Loi type (alors que la référence au "dossier de sollicitation" dans la Loi type ne vaut que pour les procédures d'appel d'offres). Cette formulation plus large est utilisée par exemple dans les articles 8-3 et 9-1 de la Loi type, ainsi que dans l'article 5 *bis*-3 révisé ci-dessus.

40. Le Groupe de travail n'a pas encore décidé de l'emplacement de ces dispositions dans la Loi type. Lors d'une précédente session, il avait été proposé de faire figurer les dispositions relatives à la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir dans l'article 5[14]. Cependant, étant donné que l'article 5 actuel porte sur la publication de textes juridiques réglementaires, l'insertion de ces dispositions dans cet article risque de donner lieu à des méprises quant à la nature voulue des informations (qui sont d'ordre informatif et non réglementaires et contraignantes). Il vaudrait peut-être mieux, dès lors, faire figurer ces dispositions dans un article distinct.

41. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se prononcer sur l'emplacement de ces dispositions à une date ultérieure, compte tenu de ses décisions sur l'emplacement d'autres articles, notamment l'article 5 *bis* qui énoncerait des règles relatives aux communications dans la passation, lesquelles seraient susceptibles de s'appliquer également à la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir.

42. Le projet de texte à insérer dans le Guide pour accompagner les dispositions relatives à la publication d'informations sur les possibilités de marchés à venir a été soumis au Groupe de travail pour examen à sa neuvième session dans le document A/CN.9/WG.I/WP.42 (texte faisant suite au paragraphe 45 b)). Il sera révisé pour tenir compte de ses discussions à ce sujet.

---

[13] A/CN.9/615, par. 36.
[14] A/CN.9/595, par. 76.

III. Projets de dispositions sur les offres anormalement basses

1. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée

43. À sa dixième session, le Groupe de travail a prié le secrétariat de proposer un emplacement approprié pour les dispositions relatives aux offres anormalement basses, en tenant compte du fait que le risque d'offres de cette nature devrait être traité par l'entité adjudicatrice non seulement lors de l'examen, de l'évaluation et de la comparaison des offres dans les procédures d'appel d'offres, comme le laissait entendre à l'origine l'insertion des dispositions dans l'article 34 de la Loi type, mais également à tout autre stade de la passation, y compris lors de la qualification des fournisseurs, et dans les procédures de passation autres que l'appel d'offres[15].

44. À la même session, des propositions rédactionnelles ont été faites pour le texte des dispositions relatives aux offres anormalement basses présenté au Groupe de travail dans le document A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1 (texte faisant suite au paragraphe 8)[16].

45. Le texte ci-après reprend ces propositions pour former un nouvel article 12 *bis*. Lorsqu'il révisera la structure de la Loi type, le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager de rassembler, en les mettant les-uns à la suite des autres, tous les articles relatifs au rejet des offres, tels que les articles 12 et 15 et l'article 12 *bis*, proposé.

"Article [12 *bis*]. Rejet des offres, propositions, prix ou soumissions anormalement bas

1. L'entité adjudicatrice peut rejeter une offre, une proposition, un prix ou une soumission si le montant indiqué est anormalement bas par rapport aux biens, aux travaux ou aux services à acquérir, à condition:

a) Qu'elle ait demandé par écrit des précisions sur les éléments de l'offre, de la proposition, du prix ou de la soumission qui suscitent des craintes quant à l'aptitude du fournisseur ou de l'entrepreneur qui les a présentés à exécuter le marché;

b) Que, après avoir pris en compte les informations éventuellement fournies, elle continue cependant, pour des motifs raisonnables, d'entretenir des craintes; et

c) Qu'elle ait consigné ces craintes et les motifs qui en sont à l'origine, ainsi que toutes les communications échangées avec le fournisseur ou l'entrepreneur en vertu du présent article, dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché.

2. La décision de l'entité adjudicatrice de rejeter une offre, une proposition, un prix ou une soumission conformément au présent article et les motifs de cette décision sont consignés dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché et promptement communiqués au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné."

---

[15] A/CN.9/615, par. 75.
[16] Ibid., par. 73.

Commentaire

46. Outre les "offres, propositions et prix", les dispositions ci-dessus mentionnent les "soumissions", en raison des projets de dispositions sur les enchères électroniques inversées soumis à l'examen du Groupe de travail à sa onzième session dans le document A/CN.9/WG.I/WP.51. Il faudra peut-être ajouter d'autres éléments compte tenu des dispositions sur les accords-cadres (voir le document A/CN.9/WG.I/WP.52).

47. Le Groupe de travail est convenu de se prononcer ultérieurement sur la question de savoir si une mesure prise par l'entité adjudicatrice concernant des offres anormalement basses devrait être susceptible de recours. Il a constaté que la réglementation interne sur la question pouvait varier considérablement. Il a été proposé que le Groupe de travail revienne sur ce point quand il aborderait les dispositions sur les recours[17].

2. Projet de texte proposé pour le Guide révisé

48. À sa dixième session, le Groupe de travail a examiné le texte à insérer dans le Guide pour accompagner les dispositions de la Loi type sur les offres anormalement basses. Un certain nombre de propositions rédactionnelles ont été faites pour ce texte[18].

49. Le texte révisé ci-après tient compte de ces propositions, et remplace l'intégralité des libellés précédemment proposés dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1 (texte faisant suite au paragraphe 13) et A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1 (texte faisant suite aux paragraphes 27 et 28).

"Article [12 *bis*]. Rejet des offres, propositions, prix ou soumissions anormalement bas

1. L'article a pour objet de permettre à l'entité adjudicatrice, mais non de lui imposer, de rejeter les offres, propositions, prix ou soumissions anormalement bas (ci-après dénommés "offres anormalement basses") qui suscitent chez elle des craintes quant à l'aptitude du fournisseur ou de l'entrepreneur qui les a présentés à exécuter le marché.

2. L'article n'exige l'approbation d'aucune autorité administrative supérieure pour que l'entité adjudicatrice prenne les mesures qui y sont mentionnées. Il s'applique à toute procédure de passation de marché prévue dans la Loi type, y compris une procédure reposant sur des enchères électroniques inversées, qui peuvent comporter des risques particulièrement élevés d'offres anormalement basses.

3. L'article prévoit les garanties nécessaires à la protection des intérêts légitimes des uns et des autres, à savoir tant ceux des entités adjudicatrices que ceux des fournisseurs et des entrepreneurs. D'une part, il permet à l'entité adjudicatrice de traiter les offres susceptibles d'être anormalement basses avant la conclusion du marché. Du point de vue de cette dernière, une offre

[17] Ibid., par. 74.
[18] Ibid., par. 76 à 78.

anormalement basse comporte le risque que le marché ne puisse être exécuté, ou ne puisse l'être au prix présenté, ce qui peut renchérir et retarder le projet et, partant, accroître les prix et désorganiser le marché concerné. L'entité adjudicatrice devrait donc prendre des mesures pour éviter de courir un tel risque.

4. D'autre part, l'article protège les fournisseurs et les entrepreneurs contre la possibilité de décisions arbitraires et de pratiques abusives de la part des entités adjudicatrices. Celles-ci ne peuvent pas automatiquement rejeter une offre sur le seul fondement que le montant indiqué semble anormalement bas. En octroyant un tel droit aux entités adjudicatrices, on introduirait une possibilité d'abus, car les offres pourraient être rejetées au motif qu'elles sont anormalement basses sans justification, ou en vertu d'un critère purement subjectif. Ce risque est particulièrement important dans la passation de marchés internationaux, où un prix anormalement bas dans un pays pourrait être parfaitement normal dans un autre. De plus, certains prix peuvent sembler anormalement bas s'ils sont inférieurs au coût de revient; mais la vente à perte de vieux stocks ou la fixation de prix inférieurs au coût de revient pour occuper la main-d'œuvre pourraient, sous réserve des réglementations applicables en matière de concurrence, être légitimes.

5. Pour ces raisons, la Loi type ne permet de rejeter une offre anormalement basse que lorsque l'entité adjudicatrice entretient des craintes quant à l'aptitude du fournisseur ou de l'entrepreneur à exécuter le marché, sans préjudice toutefois de toute autre loi applicable qui pourrait lui imposer de rejeter les offres anormalement basses, par exemple en cas d'infractions (comme le blanchiment d'argent) ou de pratiques illégales (comme le non-respect des obligations relatives au salaire minimal ou à la sécurité sociale). En tout état de cause, des procédures appropriées devraient être mises en place pour garantir la régularité de la procédure et éviter les décisions arbitraires et les pratiques abusives.

6. Les alinéas a) à c) du paragraphe 1 de l'article énoncent les mesures que l'entité adjudicatrice doit prendre avant de pouvoir rejeter l'offre anormalement basse, afin de garantir la régularité de la procédure et de préserver les droits du fournisseur ou de l'entrepreneur concerné.

7. En premier lieu, elle doit demander par écrit au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné des précisions sur les éléments de l'offre dont elle estime qu'ils doivent être pris en compte pour justifier le prix indiqué. Il peut s'agir des méthodes et de l'économie du procédé de fabrication des biens ou du procédé de construction ou de la prestation des services; des solutions techniques adoptées et/ou des conditions exceptionnellement favorables dont dispose le fournisseur ou l'entrepreneur pour exécuter les travaux ou pour fournir les biens ou les services; ou de l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le fournisseur ou l'entrepreneur.

8. L'État adoptant peut choisir de prévoir dans sa réglementation le type d'informations que l'entité adjudicatrice peut demander qu'on lui communique pour justifier le montant indiqué. À cet égard, il convient de noter que l'entité adjudicatrice évalue si le prix est "réaliste" (autrement dit s'il reflète les conditions du marché et non une stratégie de prix d'appel ou autre stratégie de

tarification reposant sur une forte réduction des prix pour s'assurer un avantage concurrentiel), en utilisant des éléments comme les estimations effectuées avant la présentation des offres, les prix du marché ou ceux de marchés antérieurs, le cas échéant. Il ne conviendrait peut-être pas de demander des informations sur les coûts de base que les fournisseurs et entrepreneurs auront utilisés pour déterminer le prix même. L'évaluation des coûts pouvant être lourde et complexe et n'étant pas possible dans tous les cas, la capacité des entités adjudicatrices à évaluer les prix par rapport aux coûts risque d'être limitée. Dans certains États, la loi peut interdire aux entités adjudicatrices d'exiger des informations relatives à la structure des coûts, en raison du risque qu'il en soit fait une utilisation abusive.

9. L'entité adjudicatrice devrait tenir compte de la réponse du fournisseur ou de l'entrepreneur pour l'évaluation du prix. Le refus du fournisseur de communiquer les informations demandées par l'entité adjudicatrice ne devrait pas conférer automatiquement à celle-ci le droit de rejeter l'offre anormalement basse. Elle doit en tout état de cause procéder à l'évaluation du prix et ce en fonction de critères purement objectifs. Il peut s'avérer, au cours de l'évaluation, que l'offre anormalement basse ait été soumise en raison d'un malentendu ou d'une autre erreur.

10. Si, après la justification du prix, l'entité adjudicatrice conserve des craintes quant à l'aptitude du fournisseur ou de l'entrepreneur à exécuter le marché, elle doit consigner ces craintes et les motifs qui en sont à l'origine dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché conformément au paragraphe 1) c) de l'article. Cette disposition a été introduite pour que, avant de décider de rejeter l'offre anormalement basse, l'entité adjudicatrice consigne dûment toutes les informations concernant cette décision, de sorte qu'elle puisse répondre de ses choix et assurer la transparence et l'objectivité de la procédure.

11. Ce n'est qu'après avoir rempli les conditions décrites aux alinéas a) à c) du paragraphe 1 que l'entité adjudicatrice peut rejeter l'offre anormalement basse. La décision de rejet doit figurer dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché et être promptement communiquée au fournisseur ou à l'entrepreneur concerné, en vertu du paragraphe 2 de l'article. [Si le Groupe de travail décide qu'il devrait être possible de faire appel de la décision de rejet, les références et les commentaires seraient insérés ici.]

12. Les États adoptants devraient savoir que, hormis les mesures mentionnées dans cet article, d'autres mesures peuvent prévenir efficacement les risques liés à l'exécution découlant d'offres anormalement basses. L'évaluation approfondie des qualifications, offres, propositions, prix ou soumissions des fournisseurs peut jouer un rôle particulièrement important dans ce contexte, et ce à condition que les exigences en matière de qualifications soient bien formulées et les spécifications précisément rédigées. Les entités adjudicatrices devraient recevoir des instructions appropriées à cette fin, et être conscientes de la nécessité de réunir des informations exactes et complètes sur les qualifications des fournisseurs ou entrepreneurs, y compris sur leurs résultats antérieurs, et d'accorder lors de l'évaluation l'attention voulue à tous les aspects des offres, propositions, prix ou

soumissions, et non pas seulement au prix (par exemple les frais d'entretien et de remplacement, le cas échéant).

13. Il est possible également: i) de faire prendre conscience aux responsables de la passation des effets préjudiciables des offres anormalement basses; ii) de leur offrir des formations, ainsi que des ressources et des informations suffisantes, y compris des prix de référence ou des prix du marché; et iii) de leur accorder suffisamment de temps pour chaque étape de la procédure de passation. Le dossier de sollicitation ou les autres documents sollicitant des propositions, des prix ou des soumissions peuvent indiquer expressément que l'entité adjudicatrice n'est obligée d'accepter aucune offre, et qu'elle peut réaliser des analyses des risques potentiels liés à l'exécution et aux montants indiqués."

F. Note du Secrétariat sur les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – projets de textes sur l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la passation de marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa onzième session

(A/CN.9/WG.I/WP.51) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. Introduction 1-2

II. Projets de dispositions visant à permettre le recours aux enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics en vertu de la Loi type 3-69

A. Emplacement des projets de dispositions 3-5

B. Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées: projet d'article 22 *bis* 6-13

1. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée 6-12

Commentaire

2. Projet de texte proposé pour le Guide révisé 13

C. Procédures préalables à la phase d'enchère proprement dite et pendant la phase d'enchère: projets d'articles 51 *bis* à *septies* 14-59

1. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée 14-57

Commentaire

2. Projet de texte proposé pour le Guide révisé 58-59

D. Modifications corrélatives devant être apportées à d'autres dispositions de la Loi type 60-69

1. Modifications précédemment proposées pour les dispositions du chapitre III "Procédure d'appel d'offres" (art. 27, 31, 32 et 34) 60-67

2. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés (art. 11) 68-69

I. Introduction

1. L'historique des travaux actuellement menés par le Groupe de travail I (Passation de marchés) pour revoir la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services ("Loi type") (A/49/17 et Corr.1, annexe I) est présenté aux paragraphes 5 à 65 du document A/CN.9/WG.I/WP.49, dont le Groupe de travail sera saisi à sa onzième session. Celui-ci a pour tâche principale d'actualiser et de réviser la Loi type, afin de tenir compte des évolutions récentes, notamment de l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics.

2. Cette utilisation faisait partie des thèmes abordés par le Groupe de travail de sa sixième à sa dixième session. À cette dernière session, il a examiné les projets de textes sur ce thème, puis a prié le secrétariat de les réviser[1]. La présente note, établie conformément à cette demande, contient les projets de textes sur l'utilisation des enchères électroniques inversées tels qu'ils ont été modifiés pour tenir compte de ses délibérations à cette session[2].

II. Projets de dispositions visant à permettre le recours aux enchères électroniques inversées dans la passation des marchés publics en vertu de la Loi type

A. Emplacement des projets de dispositions

3. À sa dixième session, le Groupe de travail est convenu provisoirement d'insérer les dispositions énonçant les conditions d'utilisation des enchères dans le chapitre II de la Loi type (qui énumérait les méthodes de passation des marchés et les conditions d'utilisation de ces méthodes). Il est convenu que les dispositions à caractère procédural seraient insérées, quant à elles, dans une autre partie de la Loi, par exemple au chapitre V (qui décrivait les procédures pour les autres méthodes de passation des marchés). De cette manière, a-t-on fait remarquer, les enchères électroniques inversées pourraient être utilisées non seulement comme une méthode de passation à part entière, mais aussi dans le cadre de différentes méthodes, comme l'appel d'offres ou la sollicitation de prix, et des techniques de passation susceptibles d'être envisagées dans la version révisée de la Loi type, tels que les accords-cadres[3].

4. Si le Groupe de travail décide de conserver les dispositions relatives aux enchères électroniques inversées aux emplacements convenus à titre préliminaire à la dixième session, il voudra peut-être examiner la possibilité de scinder les deux chapitres concernés en sections: la première section traiterait des méthodes de passation et la deuxième des mécanismes de passation, notamment des enchères électroniques inversées. Le cas échéant, les titres des chapitres modifiés devraient faire référence à la fois aux méthodes et aux mécanismes de passation (le Groupe de travail voudra peut-être examiner en temps voulu le terme générique qu'il pourrait

---

[1] A/CN.9/615, par. 11.
[2] Ibid., par. 37 à 71.
[3] Ibid., par. 37, 38, 50, 59 et 64.

utiliser pour désigner les mécanismes de passation, tels que les enchères électroniques inversées, les accords-cadres, les listes de fournisseurs et les systèmes d'acquisition dynamique, qui ne sont pas des méthodes de passation).

5. Par conséquent, les projets de dispositions sur les conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées ont été regroupés dans l'article 22 *bis* qu'il est proposé d'inclure dans la section II d'un chapitre II étendu et les projets de dispositions sur les aspects procéduraux des enchères électroniques inversées dans les projets d'articles 51 *bis* à 51 *septies*[4] qu'il est proposé d'inclure dans une section d'un chapitre V étendu.

B. Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées: projet d'article 22 *bis*

1. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée

6. Le projet d'article 22 *bis* ci-après se fonde sur le texte d'un projet d'article sur les conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées, dont le Groupe de travail était saisi à sa dixième session, et tient compte des modifications qu'il a été proposé d'y apporter[5]:

"Article 22 *bis*. Conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées

L'entité adjudicatrice peut engager une procédure de passation de marché en recourant à une enchère électronique inversée conformément aux articles [51 *bis* à 51 *septies*], dans les circonstances suivantes:

[a) Lorsqu'il lui est possible de formuler des spécifications détaillées et précises pour les biens [ou les travaux, ou dans le cas des services, de définir les caractéristiques détaillées et précises qu'ils doivent posséder]];

b) Lorsqu'il y a un marché concurrentiel de fournisseurs ou d'entrepreneurs dont on pense qu'ils sont qualifiés pour participer à l'enchère électronique inversée de sorte qu'une concurrence effective soit assurée;

c) Lorsque le marché porte sur des biens [, des travaux ou des services] qui sont généralement disponibles sur le marché [à condition que les travaux ou les services soient de nature simple]; et

d) Lorsque le prix est le seul critère à utiliser pour déterminer l'offre à retenir. [Les règlements en matière de passation des marchés peuvent fixer les conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées pour la passation des marchés lorsque d'autres critères [pouvant être exprimés en termes monétaires et faire l'objet d'une évaluation automatique dans le cadre de l'enchère] peuvent être utilisés pour déterminer l'offre à retenir.]"

---

[4] Le Groupe de travail a envisagé, à sa dixième session, de regrouper en un article composite les dispositions relatives aux aspects procéduraux des enchères électroniques inversées, qui ont été présentés à cette session en deux articles (47 *bis* et 47 *ter*), mais cela n'a pas été possible en raison de la longueur des dispositions, lesquelles en outre visent des phases et des aspects différents de l'enchère. Ibid., par. 48, 57 et 63.

[5] Ibid., par. 41, 45, 51 et 52.

Commentaire

7. L'alinéa a) est placé entre crochets pour montrer [comme il a été noté à la dixième session du Groupe de travail] que le texte est peut-être superflu compte tenu de l'alinéa c) (le respect des conditions posées dans le second, a-t-on dit, conduisait à respecter aussi celles posées dans le premier)[6]. D'autres modifications ont été apportées à ce paragraphe afin de l'aligner sur le libellé de dispositions similaires de la Loi type[7].

8. Dans l'ensemble de l'article, les termes "travaux" ou "services" et la disposition correspondante de l'alinéa c) ont été placés entre crochets comme il a été convenu à la dixième session du Groupe de travail[8]. Il est prévu de conserver les crochets dans le texte final et de signaler dans le Guide qu'un État adoptant peut décider de supprimer le texte entre crochets et limiter ainsi l'utilisation des enchères électroniques inversées à la passation des marchés de biens uniquement.

9. Concernant les crochets dans l'alinéa d), l'attention du Groupe de travail a été attirée sur le fait qu'il n'était pas parvenu à s'entendre, à sa dixième session, sur la question de savoir si les enchères électroniques inversées pouvaient seulement être utilisées dans la passation de marchés lorsque tous les critères d'attribution pouvaient être exprimés en termes monétaires et faire l'objet d'une évaluation automatique dans le cadre de l'enchère[9], ou si elles pouvaient également être utilisées dans la passation de marchés plus complexes lorsque tous les critères d'attribution du marché ne pouvaient pas être évalués automatiquement dans le cadre de l'enchère. Le Groupe de travail a envisagé d'autoriser à long terme tous les types d'enchères, à condition que la transparence et l'objectivité du processus soient préservées[10].

10. L'alinéa d), tel que libellé ci-dessus, permet à l'État adoptant: i) de limiter l'utilisation des enchères électroniques inversées aux marchés où le prix est le seul critère d'attribution; ii) de les autoriser lorsque d'autres critères d'attribution peuvent être retenus, dans la mesure où ils peuvent tous être quantifiés et faire l'objet d'une évaluation automatique; ou iii) de les autoriser lorsqu'une évaluation préalable à l'enchère de critères non quantifiables peut être réalisée. Dans ce dernier cas, les résultats d'une telle évaluation seraient pris en compte dans une formule mathématique qui permettrait de reclasser automatiquement les soumissionnaires en fonction des résultats de l'évaluation précédant l'enchère et des valeurs présentées dans le cadre de l'enchère.

11. Si les crochets étaient conservés aux deux emplacements susmentionnés dans la version finale, l'État adoptant aurait le choix entre les trois options exposées ci-dessus. Le Guide pourrait donner des orientations sur chaque option et en particulier: i) souligner que, en vertu des dispositions, les enchères électroniques inversées sont principalement destinées à être utilisées dans la passation de marchés où le prix est le seul critère d'attribution; ii) indiquer les avantages et les risques

---

[6] Ibid., par. 42.

[7] Voir notamment les articles 19-1 a) et 38 g) de la Loi type, qui font référence aux caractéristiques et non aux spécifications des services.

[8] A/CN.9/615, par. 41 i).

[9] Ibid., par. 44, 45, 51 et 55.

[10] Ibid., par. 55.

que présente chaque possibilité; et iii) signaler que le choix serait fonction de l'expérience acquise par le pays en la matière. Une autre solution, notamment dans une perspective à plus long terme, serait de supprimer pour le moment certaines options du texte de la Loi type, mais de les examiner dans le Guide pour les ajouter éventuellement par la suite, en fonction de l'expérience acquise dans l'utilisation des enchères électroniques inversées.

12. Les autres dispositions relatives aux enchères électroniques inversées ont été élaborées en vue de prendre en compte leur utilisation dans les trois cas de figure exposés au paragraphe 10 ci-dessus.

2. Projet de texte proposé pour le Guide révisé

13. À sa dixième session, le Groupe de travail a fait un certain nombre de propositions concernant la révision du texte du Guide pour l'incorporation des dispositions de la Loi type sur les conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées[11]. Une version révisée du Guide qui tient compte de ces propositions ainsi que de celles formulées à la huitième et à la neuvième session du Groupe de travail[12] sera établie et présentée au Groupe de travail à une session ultérieure, à la lumière des discussions sur le projet d'article 22 *bis*. Ce nouveau texte doit remplacer intégralement les textes figurant dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.40 (le texte faisant suite au paragraphe 17) et 43 (le texte faisant suite au paragraphe 35) dont le Groupe de travail avait été saisi à ses huitième et neuvième sessions, respectivement.

C. Procédures préalables à la phase d'enchère proprement dite et pendant la phase d'enchère: projets d'articles 51 *bis* à *septies*

1. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée

14. Les projets d'articles 51 *bis* à *septies* tiennent compte, hormis les quelques exceptions mentionnées ci-après, des modifications qu'il a été proposé d'apporter aux projets de dispositions sur les aspects procéduraux des enchères électroniques inversées à la dixième session du Groupe de travail[13].

> **"Article 51 *bis*. Dispositions générales**
>
> Une enchère électronique inversée peut être utilisée comme une procédure de passation à part entière ou dans une procédure d'appel d'offres restreint, de négociation avec appel à la concurrence et de sollicitation de prix [ou lors de la remise en concurrence en vertu d'un accord-cadre ou de systèmes d'acquisition dynamiques], lorsque l'entité adjudicatrice décide que l'attribution d'un marché est précédée d'une enchère électronique inversée, pour autant que les conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées énoncées à l'article 22 *bis* soient réunies."

---

[11] Ibid., par. 46 et 47.

[12] Pour référence, la plupart de ces propositions figurent aux paragraphes 11 à 16 du document A/CN.9/WG.I/WP.48 dont était saisi le Groupe de travail à sa dixième session.

[13] A/CN.9/615, par. 48 à 63 et 67.

Commentaire sur le projet d'article 51 *bis* ci-dessus

15. Dans ce projet d'article, il est fait mention de méthodes de passation dans lesquelles il peut être approprié, compte tenu des conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées énoncées à l'article 22 *bis* ci-dessus et des dispositions existantes de la Loi type, d'utiliser l'enchère électronique inversée comme phase optionnelle préalable à l'attribution d'un marché.

16. Les dispositions du projet d'article 22 *bis* a) et c) ne permettent pas, par exemple, d'utiliser les enchères électroniques inversées dans le cadre d'un appel d'offres en deux étapes ou d'une sollicitation de propositions, ou comme méthode principale pour la passation des marchés de services. Conformément aux dispositions de la Loi type sur leurs conditions d'utilisation et leurs procédures, chacune de ces méthodes est essentiellement destinée à être utilisée pour la passation des marchés de biens, de travaux ou de services complexes[14]. La procédure de sollicitation d'une source unique est, bien entendu, exclue du champ d'application de l'article 51 *bis*.

17. Dans d'autres méthodes de passation, telles que l'appel d'offres restreint, la négociation avec appel à la concurrence et la sollicitation de prix, le recours aux enchères électroniques inversées peut être envisagé, dans la mesure où les conditions énoncées au projet d'article 22 *bis* sont réunies. En outre, les enchères électroniques inversées peuvent être utilisées lors de la remise en concurrence des parties à un accord-cadre et de la mise en concurrence des marchés à passer dans le cadre du système d'acquisition dynamique, comme le prévoit notamment l'article 54-2 de la Directive 2004/18/CE de l'Union européenne. Il est fait mention de ces mécanismes de passation des marchés dans le projet d'article 51 *bis* ci-dessus à titre indicatif et sans préjudice des délibérations menées par le Groupe de travail à cet égard (voir A/CN.9/WG.I/WP.52 et Add.1).

18. Le projet d'article ci-dessus ne contient aucun renvoi au chapitre III (Procédure d'appel d'offres), du fait que l'une des variantes de l'enchère électronique inversée comme méthode de passation à part entière prévue au projet d'article 51 *ter* ci-après pourrait permettre l'utilisation d'enchères électroniques inversées dans les procédures d'appel d'offres exposées au chapitre III.

"Article 51 *ter*. Procédures préalables à la phase d'enchère proprement dite dans les enchères électroniques inversées utilisées comme méthode de passation à part entière

1) L'entité adjudicatrice fait publier un avis d'enchère électronique inversée dans ... (l'État adoptant spécifie le journal officiel ou autre publication officielle dans lequel l'avis doit être publié).

2) L'avis comporte, au minimum, les renseignements suivants:

a) Les informations énoncées à l'article 25-1 a), d) et e) et à l'article 27 d), f), h) à j) et t) à y);

b)

[14] Voir article 18-3) et chapitre IV de la Loi type en ce qui concerne la méthode principale pour la passation des marchés de services; et les articles 19-1), 46 et 48 de la Loi type en ce qui concerne l'appel d'offres en deux étapes et la sollicitation de propositions.

Variante A

[La déclaration que le prix est le seul critère utilisé par l'entité adjudicatrice pour déterminer l'offre à retenir;]

Variante B

[Les critères utilisés par l'entité adjudicatrice pour déterminer l'offre à retenir, pour autant qu'ils puissent être exprimés en termes monétaires et faire l'objet d'une évaluation automatique dans le cadre de l'enchère électronique inversée, et s'il y lieu, la formule mathématique utilisée pour classer et reclasser automatiquement les fournisseurs ou les entrepreneurs participant à l'enchère (les "soumissionnaires") en fonction des valeurs soumises dans le cadre de l'enchère.]

Variante C

[Les critères utilisés par l'entité adjudicatrice pour déterminer l'offre à retenir et, s'il y lieu, la formule mathématique utilisée pour classer et reclasser automatiquement les fournisseurs ou les entrepreneurs participant à l'enchère (les "soumissionnaires") en fonction des résultats de l'évaluation précédant l'enchère, le cas échéant, et des valeurs soumises dans le cadre de l'enchère. Si tous les critères d'attribution ne font pas l'objet d'une évaluation automatique dans le cadre de l'enchère électronique inversée, l'avis comporte également des renseignements sur:

i) Les éléments dont les valeurs font l'objet d'une évaluation dans le cadre de l'enchère électronique inversée, pour autant que ces éléments puissent être exprimés en termes monétaires et faire l'objet d'une évaluation automatique dans le cadre de l'enchère; et

ii) Les éléments dont les valeurs font l'objet d'une évaluation préalable à l'enchère et le coefficient de pondération qui leur est attribué dans la procédure d'évaluation;]

c) Si une limite est imposée au nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs à inviter à l'enchère et, le cas échéant, ce nombre ainsi que les critères et la procédure qui seront utilisés pour le déterminer;

d) Si la présélection est exigée et, le cas échéant, les renseignements énoncés à l'article 25-2) a) à e);

e) Si la soumission d'offres initiales est exigée et, le cas échéant:

i) Les renseignements énoncées à l'article 25 f) à j);

ii) Si les offres initiales doivent être soumises afin d'évaluer leur conformité aux conditions énoncées dans l'avis de l'enchère, ou en complément aux fins de leur évaluation complète ou partielle; et

iii) En cas d'évaluation, les procédures et critères utilisés à cette fin;

f) L'adresse [du site Web ou une autre adresse électronique] où se tiendra l'enchère électronique inversée, et les renseignements concernant le dispositif électronique utilisé et les spécifications techniques de connexion;

g) Les modalités et, si ces renseignements sont déjà connus, les délais d'inscription pour participer à l'enchère;

h) Si ces renseignements sont déjà connus, la date et l'heure de l'ouverture et les critères de clôture de l'enchère;

i) Si ces renseignements sont déjà connus, si l'enchère comportera une seule phase ou plusieurs (et, s'il y en a plusieurs, leur nombre et la durée de chacune d'entre elles);

j) Les règles de conduite de l'enchère électronique inversée;

k) À moins que ces éléments ne soient indiqués dans les règles de conduite de l'enchère électronique inversée, les informations qui seront mises à la disposition des soumissionnaires au cours de l'enchère et, s'il y a lieu, la façon dont elles seront mises à leur disposition et le moment où elles le seront;

l) À moins que ces éléments ne soient indiqués dans les règles de conduite de l'enchère électronique inversée, les conditions dans lesquelles les soumissionnaires peuvent enchérir et, en particulier, tout écart minimum concernant les prix ou d'autres éléments qui doit être respecté par toute nouvelle enchère présentée au cours de la procédure.

3) Sous réserve des dispositions des paragraphes 4 à 6 du présent article, l'avis de l'enchère électronique inversée constitue une invitation à participer à l'enchère et doit être complet à tous égards, y compris en ce qui concerne les renseignements énoncés au paragraphe 7 du présent article.

4) Lorsqu'une limite est imposée au nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs à inviter à l'enchère, l'entité adjudicatrice:

a) Choisit les fournisseurs ou entrepreneurs en fonction du nombre fixé, conformément aux critères et à la procédure spécifiés dans l'avis de l'enchère électronique inversée; et

b) Envoie une invitation à présenter une demande de présélection, à soumettre une offre initiale ou à participer à l'enchère, selon le cas, individuellement et simultanément à chacun des fournisseurs ou entrepreneurs préalablement choisis.

5) Lorsque la présélection est exigée, l'entité adjudicatrice:

a) Présélectionne les fournisseurs ou entrepreneurs conformément aux dispositions de l'article 7; et

b) Envoie une invitation à soumettre une offre initiale ou à participer à l'enchère, selon le cas, individuellement et simultanément à chacun des fournisseurs ou entrepreneurs présélectionnés.

6) Lorsque la soumission d'offres initiales est exigée, l'entité adjudicatrice:

a) Mentionne dans le dossier de sollicitation les renseignements énoncés à l'article 27 a), k) à s) et z) de la présente Loi;

b) Sollicite et examine les offres initiales conformément aux articles 26, 28 à 32, 33-1 et 34-1 de la présente Loi;

c) Comme spécifié dans l'avis de l'enchère électronique inversée, évalue la conformité des offres initiales à l'ensemble des conditions énoncées dans l'avis en application de l'article 34-2 ou procède en outre à une évaluation intégrale ou partielle des offres initiales conformément aux procédures et critères énoncés dans l'avis de l'enchère électronique inversée; et

d) Envoie une invitation à participer à l'enchère individuellement et simultanément à chacun des fournisseurs ou entrepreneurs sauf à ceux dont l'offre a été rejetée en application de l'article 34-3. Lorsque l'évaluation des offres initiales a eu lieu, l'invitation est accompagnée de renseignements sur les résultats de cette évaluation, notamment sur le classement de chacun des fournisseurs ou entrepreneurs concernés.

7) L'invitation à participer à l'enchère électronique inversée contient les renseignements suivants, à moins qu'ils ne figurent déjà dans l'avis de l'enchère:

a) Les modalités et, si ces renseignements sont déjà connus, les délais que doivent respecter les fournisseurs et entrepreneurs invités pour participer à l'enchère;

b) La date et l'heure d'ouverture et les critères de clôture de l'enchère;

c) Les formalités d'inscription et d'identification des soumissionnaires lors de l'ouverture de l'enchère;

d) Des informations concernant la connexion individuelle au dispositif électronique utilisé; et

e) Toute autre information concernant l'enchère électronique inversée qui peut être nécessaire pour permettre au fournisseur ou à l'entrepreneur de participer à l'enchère.

8) L'inscription d'un fournisseur ou d'un entrepreneur pour participer à l'enchère est confirmée rapidement et individuellement.

9) L'enchère ne débute pas avant l'expiration d'un délai de [deux] jours ouvrables à compter de la date de publication de l'avis de l'enchère électronique inversée ou, lorsque des invitations à participer à l'enchère sont envoyées, à compter de la date d'envoi des invitations à tous les fournisseurs ou entrepreneurs concernés."

Commentaire sur le projet d'article 51 *ter* ci-dessus

Commentaires généraux

19. L'objet du projet d'article 51 *ter* est de permettre l'utilisation d'enchères électroniques inversées comme méthode de passation à part entière dans les différentes situations envisagées dans le projet d'article 22 *bis* d) plus haut.

20. Certaines dispositions visent les enchères électroniques inversées simples, où le prix seul ou le prix et d'autres éléments quantifiables sont les critères d'attribution qui seront automatiquement évalués dans le cadre de l'enchère. D'autres dispositions visent les enchères électroniques inversées plus complexes, où

certains critères d'attribution doivent être évalués avant la phase d'enchère proprement dite.

21. Ce projet d'article permet à l'entité adjudicatrice de demander la soumission d'offres initiales. Dans le cadre d'enchères électroniques inversées simples, cela peut être nécessaire pour évaluer la conformité des offres aux conditions énoncées dans l'avis de l'enchère. Dans le cadre d'enchères plus complexes, cela est nécessaire pour procéder à des évaluations préalables, complètes ou partielles, qui visent non seulement à vérifier si les offres initiales satisfont aux conditions énoncées dans l'avis de l'enchère, mais aussi à comparer les offres les unes aux autres.

22. Les enchères électroniques inversées, simples ou complexes, peuvent prévoir la limitation du nombre des participants et/ou une présélection. Lorsque le nombre des participants n'est pas limité, l'entité adjudicatrice invite tous les fournisseurs ou entrepreneurs qui ont manifesté un intérêt à participer directement à l'enchère, à faire une demande de présélection ou à soumettre des offres initiales, selon le cas.

23. Lorsque le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs dont on pense qu'ils souhaitent participer à l'enchère électronique inversée est important, l'entité adjudicatrice peut, pour des motifs légitimes (notamment si ses moyens sont restreints), limiter le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs qui seront invités à participer à la phase suivante de l'enchère. Conformément au projet d'article, l'entité adjudicatrice devrait indiquer dans l'avis si le nombre de participants est limité, combien de fournisseurs ou d'entrepreneurs elle compte inviter et si d'autres critères et procédures sont utilisés pour limiter le nombre de participants (par exemple les 50 premiers qui manifestent un intérêt).

24. Le projet d'article permet mais n'exige pas une présélection. L'entité adjudicatrice peut décider, comme c'est notamment le cas dans certains pays, de n'évaluer que les qualifications du fournisseur ou de l'entrepreneur qui a soumis l'offre retenue, après la phase d'enchère proprement dite.

Paragraphe 1

25. Le Groupe de travail voudra peut-être décider si le libellé proposé devrait être remplacé par le libellé de l'article 24 ou par un renvoi à cet article qui exige une plus large diffusion des avis de sollicitation.

Paragraphe 2

26. Dans l'alinéa 2 a), les renvois aux dispositions des articles 25 et 27 visent les renseignements devant figurer dans l'avis de l'enchère électronique inversée, indépendamment du fait de savoir si une limitation du nombre de participants, une présélection, ou la soumission d'offres initiales sont imposées. Les renseignements spécifiques qui devront y figurer, en cas de limitation du nombre de participants, de présélection ou de soumission d'offres initiales, sont énoncés aux alinéas 2 c) à e), respectivement.

27. Les variantes de l'alinéa b) tiennent compte des changements apportés aux conditions d'utilisation des enchères électroniques inversées dans le projet d'article 22 *bis*, alinéa d), plus haut. La variante A vise les situations où le seul critère utilisé pour déterminer l'offre à retenir est le prix. La variante B vise les

situations où le prix et d'autres critères pouvant être exprimés en termes monétaires ou faire l'objet d'une évaluation automatique dans le cadre de l'enchère, tels que le délai de livraison, peuvent être utilisés pour déterminer l'offre à retenir. La variante C vise les situations les plus générales où tout critère peut être utilisé pour déterminer l'offre à retenir.

28. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager de désigner dans l'alinéa b) les fournisseurs ou entrepreneurs participant à l'enchère par le terme "soumissionnaires" et de l'utiliser ensuite dans toutes les dispositions selon le contexte, comme cela a été fait plus haut.

29. Les alinéas f) à l) se fondent sur les dispositions correspondantes dont était saisi le Groupe de travail à sa dixième session et tiennent compte des suggestions d'ordre rédactionnel qui ont été faites lors de cette session[15]. Le Groupe de travail a décidé de se prononcer ultérieurement sur la question de savoir s'il convenait, à l'alinéa f), de mentionner l'adresse, l'adresse du site Web ou une autre adresse électronique[16].

30. Les alinéas g) à i) renferment l'expression "si ces renseignements sont déjà connus". Cette expression a été ajoutée pour indiquer que certains types de renseignements ne sont parfois pas encore disponibles au moment de la publication de l'avis de l'enchère électronique inversée, en particulier en cas de présélection ou d'évaluation des offres initiales.

Paragraphe 3

31. Ce paragraphe est nouveau. Il vise les procédures de passation de marché sans limitation du nombre des participants, présélection, ou évaluation préalable des offres initiales. Le cas échéant, l'avis de l'enchère électronique inversée doit faire office d'invitation à participer à l'enchère et doit donc être exhaustive à tous égards afin de permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de participer à l'enchère.

Paragraphe 4

Le paragraphe 4 est également nouveau et a pour objet de traiter des procédures appliquées pour limiter le nombre de participants. Il vient compléter le paragraphe 2 c).

Paragraphe 5, 6 et 7

32. Ces paragraphes se fondent sur les dispositions correspondantes dont était saisi le Groupe de travail à sa dixième session[17].

Paragraphes 8 et 9

33. Ces paragraphes sont nouveaux. Le paragraphe 8 donne aux fournisseurs ou entrepreneurs les moyens de savoir s'ils ont été effectivement inscrits et s'ils pourront accéder au système lors de l'ouverture de l'enchère.

---

[15] A/CN.9/615, par 67, points ii), iii) et v).
[16] Ibid., par. 67, point iii).
[17] Ibid., texte de l'article 47 *bis* sous par. 53, par. 3 à 6.

34. Le paragraphe 9 vise à garantir que: i) lorsque les invitations à participer à l'enchère sont envoyées, les fournisseurs intéressés disposeront de suffisamment de temps après réception de l'invitation pour se connecter dûment au système, satisfaire à d'autres spécifications techniques pour participer à l'enchère et signaler tout problème à l'entité adjudicatrice; et ii) lorsque l'avis de l'enchère électronique inversée fait office d'invitation à participer, les fournisseurs intéressés disposeront de suffisamment de temps pour non seulement satisfaire aux spécifications de connexion et autres spécifications techniques pour participer à l'enchère, mais aussi pour établir et soumettre des offres conformes pendant l'enchère. Le délai de deux jours est repris de l'article 54-4, par. 2, de la Directive 2004/18/CE de l'Union européenne. Le Groupe de travail voudra peut-être décider de ne pas fixer un délai précis, mais d'exiger l'expiration d'un délai "[adéquat/raisonnable] qui soit suffisamment long pour permettre aux fournisseurs ou entrepreneurs de se préparer à l'enchère". Cette disposition serait notamment similaire à celle de l'article 30 de la Loi type dans lequel il est fait mention d'un "délai raisonnable" et serait suffisamment souple pour tenir compte de différentes situations.

"Article 51 *quater*. Procédures préalables à l'enchère proprement dite dans la passation de marchés par appel d'offres restreint, négociation avec appel à la concurrence ou sollicitation de prix

1) Lorsque l'entité adjudicatrice décide que l'attribution d'un marché dans le cadre d'une procédure de passation de marché par appel d'offres restreint, négociation avec appel à la concurrence ou sollicitation de prix sera précédée d'une enchère électronique inversée, elle doit le signaler lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou d'entrepreneurs à la procédure de passation de marché et communiquer les informations énoncées à l'article 51 *ter*-2 b) et f) à l).

2) Les dispositions de la présente Loi applicables aux procédures de passation pertinentes régissent les procédures préalables à l'enchère électronique inversée dans la procédure de passation considérée.

3) L'entité adjudicatrice envoie une invitation à participer à l'enchère individuellement et simultanément à chacun des fournisseurs et entrepreneurs admis à participer à l'enchère.

4) À moins qu'ils n'aient déjà été communiqués aux fournisseurs ou aux entrepreneurs lorsqu'ils ont été sollicités pour la première fois à participer à la procédure de passation de marché, l'invitation à participer à l'enchère contient tous les renseignements énoncés à l'article 51 *ter*-7.

5) L'inscription d'un fournisseur ou d'un entrepreneur pour participer à l'enchère est confirmée rapidement et individuellement.

6) L'enchère ne débute pas avant l'expiration d'un délai de [deux] jours ouvrables à compter de la date d'envoi des invitations à participer à l'enchère à tous les fournisseurs ou entrepreneurs admis à participer."

Commentaire sur le projet d'article 51 *quater* ci-dessus

35. Étant donné que conformément au projet d'article 51 *quater*, l'enchère électronique inversée est une phase optionnelle dans les méthodes de passation susmentionnées, toutes les phases préalables à l'enchère proprement dite,

notamment les mécanismes de sollicitation, la soumission d'offres ou de prix, leur évaluation, s'il y a lieu, et l'admission des fournisseurs ou des entrepreneurs à participer à l'enchère, seront régies par les dispositions applicables de la Loi type. Le paragraphe 2 contient des renvois à ces dispositions.

36. Les dispositions des paragraphes 1 et 3 à 6 visent à permettre l'utilisation d'enchères électroniques inversées dans les procédures de passation de marchés susmentionnées. Aux termes du paragraphe 1, l'entité adjudicatrice est tenue d'indiquer lors de l'ouverture de la procédure de passation la tenue d'une enchère électronique inversée et de donner d'autres informations pertinentes à cet égard, les mêmes que celles énoncées à l'article 51 *ter*-2 b) et f) à l). Pour éviter les répétitions, un renvoi au projet d'article 51 *ter* a été inséré. Les dispositions des paragraphes 4 à 6 correspondent aux dispositions des paragraphes 7 à 9 de l'article 51 *ter*.

37. Aucune disposition n'a été prévue pour l'utilisation d'enchères électroniques inversées dans les accords-cadres ou autres mécanismes de passation, en attendant l'examen par le Groupe de travail des questions pertinentes.

"Article 51 *quinquies*. Exigence de concurrence effective

1) L'entité adjudicatrice veille à ce que le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs invités à participer à l'enchère, conformément aux articles 51 *ter*-4 à 6 et 51 *quater*-3, soit suffisant pour assurer une concurrence effective.

2) Si le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs qui se sont inscrits pour participer à l'enchère est de l'avis de l'entité adjudicatrice insuffisant pour assurer une concurrence effective, l'entité adjudicatrice annule [doit annuler] l'enchère électronique inversée."

Commentaire sur le projet d'article 51 *quinquies* ci-dessus

38. Le projet d'article se fonde sur les dispositions dont était saisi le Groupe de travail à ses précédentes sessions, telles que modifiées à la dixième session[18]. Dans le paragraphe 2, les mots "le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs qui se sont inscrits pour participer à l'enchère" ont remplacé la formulation précédente "à tout moment avant l'ouverture de l'enchère, le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs" qui avait un caractère très général.

39. L'objet du projet d'article, tel que révisé, est de rappeler à l'entité adjudicatrice l'exigence d'une concurrence effective (voir projet d'article 22 *bis* b) plus haut), lors de l'envoi des invitations à participer à l'enchère, le cas échéant, et après l'expiration du délai d'inscription pour participer à l'enchère, quand le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs inscrits pour y participer est connu.

40. Conformément au paragraphe 2 du projet d'article, lorsque l'entité adjudicatrice décide d'annuler une enchère au motif qu'une concurrence effective ne peut être assurée, elle doit fonder sa décision non pas sur le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs invités mais sur le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs inscrits pour participer à l'enchère. Cette disposition est particulièrement pertinente

[18] Ibid., par. 52, point viii), et par. 53, art. 47 *bis*-7.

lorsque des fournisseurs ou entrepreneurs sont invités à participer à une enchère au moyen d'un avis d'enchère électronique inversée, conformément au paragraphe 3 du projet d'article 51 *ter*-3; dans ce cas, le paragraphe 1 du projet d'article 51 *quinquies* n'est pas applicable, étant donné qu'aucune invitation en tant que telle n'a été adressée individuellement.

41. Dans le paragraphe 2, les mots "doit annuler" ont été placés entre crochets afin que le Groupe de travail puisse les examiner. À la dixième session du Groupe, on avait fait observer que cette approche était trop stricte par rapport à l'approche plus souple adoptée dans certains pays[19].

"Article 51 *sexies*. Exigences pendant la phase d'enchère proprement dite

1) Au cours d'une enchère électronique inversée:

a) Tous les soumissionnaires ont en permanence et dans des conditions d'égalité la possibilité de soumettre leurs offres;

b) Toutes les soumissions font l'objet d'une évaluation automatique;

c) Les [Le] [résultats de l'enchère/classement des soumissionnaires] [d'après la formule indiquée préalablement] doivent [doit] être communiqué[s] instantanément de façon continue à tous les soumissionnaires;

d) Aucune communication n'est échangée entre l'entité adjudicatrice et les soumissionnaires, sauf conformément au paragraphe 1 a) et c) plus haut.

2) L'entité adjudicatrice ne révèle l'identité d'aucun soumissionnaire [jusqu'à la clôture de l'enchère]. [L'article 33-2 et 3 ne s'applique pas à une procédure comprenant une enchère électronique inversée.]

3) L'enchère est close suivant les critères énoncés dans l'avis de l'enchère électronique inversée ou dans l'invitation à participer à l'enchère, selon le cas.

4) [L'entité adjudicatrice peut suspendre l'enchère électronique inversée ou y mettre fin en cas de défaillance d'un système ou d'interruption des communications.] "

Commentaire sur le projet d'article 51 *sexies* ci-dessus

42. Le projet d'article se fonde sur les dispositions dont était saisi le Groupe de travail à ses précédentes sessions, telles que modifiées à la dixième session[20].

Paragraphe 1

43. Dans le paragraphe 1 a), les mots "soumettre leurs offres" ont remplacé les mots "réviser leurs offres en ce qui concerne les éléments soumis au processus d'enchère". La formulation a été jugée plus générale et plus pertinente pour tenir compte de diverses situations, notamment lorsque les offres ne sont pas révisées pendant l'enchère parce qu'aucune offre initiale n'a été soumise.

44. L'alinéa c) a été mis à la forme passive afin de tenir compte des situations où des tiers gèrent l'enchère électronique inversée au nom de l'entité adjudicatrice[21].

---

[19] Ibid., par. 52, point viii).
[20] Ibid., par. 57 à 63.

En ce qui concerne le premier texte entre crochets, le Groupe de travail a décidé d'examiner à sa prochaine session la question de savoir s'il fallait faire référence aux "résultats" de l'enchère ou au "classement" des soumissionnaires[22]. La deuxième variante semble ici plus appropriée, le terme "résultats" se rapportant plutôt aux résultats finals à la clôture de l'enchère.

45. Le deuxième texte entre crochets à l'alinéa c) a été ajouté par le secrétariat pour indiquer que la référence à une "formule" ne sera pas appropriée dans tous les cas. Dans les enchères électroniques inversées simples, où le prix est le seul critère d'attribution, aucune formule n'est utilisée. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager de supprimer ces mots dans la mesure où ils sont superflus compte tenu des dispositions de l'article 51 *ter*-2 b) et du renvoi mentionné dans l'article 51 *quater*-1.

46. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager de remplacer l'alinéa c) par le texte suivant qui se fonde sur les dispositions de l'article 54-6 de la Directive 2004/18/CE de l'Union européenne: "Des informations suffisantes pour leur permettre de connaître à tout moment leur classement respectif doivent être communiquées instantanément de façon continue à tous les soumissionnaires".

Paragraphe 2

47. En ce qui concerne les premiers crochets dans le paragraphe 2, le Groupe de travail a décidé à sa dixième session d'examiner à une session ultérieure la question de savoir si l'anonymat des soumissionnaires devait être préservé après la clôture de l'enchère[23].

48. En ce qui concerne les deuxièmes crochets dans ce paragraphe, le Groupe de travail a décidé à sa dixième session qu'il reviendrait à une prochaine session sur la question de savoir si le renvoi à l'article 33-2 et 3[24] devrait être conservé ou s'il devrait être remplacé par un libellé qui refléterait plus clairement l'utilisation des enchères électroniques inversées[25]. Il voudra peut-être tenir compte du fait qu'en l'absence d'un renvoi à l'article 33-2 et 3 dans les projets d'articles ci-dessus, les dispositions de l'article 33-2 et 3 ne s'appliqueront dans aucun cas aux enchères électroniques inversées et donc que ce texte est peut-être superflu et devrait être supprimé.

---

[21] Le libellé précédent était le suivant: "Les entités adjudicatrices doivent communiquer instantanément [le résultat] de l'enchère d'après la formule indiquée préalablement de façon continue à tous les soumissionnaires au cours de l'enchère". Voir ibid., par. 62, art. 47 *ter*-1 b).

[22] Ibid., par 63.

[23] Ibid., par. 60.

[24] Les dispositions du paragraphe 2 de cet article visent les situations où des fournisseurs ou entrepreneurs, ou leurs représentants, ont soumis des offres à l'ouverture de l'enchère. Elles sont actuellement réexaminées compte tenu des moyens de communication électroniques (voir A/CN.9/WG.I/WP.50, par. 30 et 31). Les dispositions du paragraphe 3 visent notamment la publication du nom et de l'adresse de chaque fournisseur ou entrepreneur dont l'offre est ouverte, ainsi que le prix soumissionné.

[25] A/CN.9/615, par. 61 iii), deuxième partie.

Paragraphe 4

49. Le paragraphe 4 dans sa totalité a été placé entre crochets, en attendant que le Groupe de travail décide s'il serait conservé et, dans l'affirmative, comment il serait libellé pour ne viser que les cas où il serait justifié de suspendre une enchère électronique inversée ou d'y mettre fin[26]. À cet égard, le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'il peut être nécessaire de suspendre une enchère au motif de la justification de prix lorsqu'une offre anormalement basse est soumise (voir A/CN.9/WG.I/WP.50, par. 43 à 49). En outre, l'article 56 de la Loi type prévoit la suspension de la procédure de passation du marché pendant une période de sept jours en cas de présentation d'une réclamation. Ce délai est peut-être trop long et doit être réexaminé dans le cadre des enchères électroniques inversées.

"Article 51 *septies*. Attribution du marché sur la base des résultats de l'enchère électronique inversée

1) Le marché est attribué au soumissionnaire qui, au moment de la clôture de l'enchère, a fait l'offre au prix le plus bas ou est le mieux classé, selon le cas, sauf:

a) Si le soumissionnaire en question:

i) Ne confirme pas ses qualifications conformément à l'article 6, lorsqu'il est invité à le faire;

ii) Ne signe pas de marché écrit, lorsqu'il est invité à le faire; ou

iii) Ne fournit pas la garantie requise de bonne exécution du marché; et

b) Dans les circonstances visées aux articles 12, [12 *bis*] et 15.

2) Dans les circonstances visées au paragraphe 1 a) et b) du présent article, et étant entendu qu'elle se réserve le droit, conformément à l'article 12-1 de la présente Loi, de rejeter toutes les offres restantes, l'entité adjudicatrice peut:

a) Conduire une nouvelle enchère dans le cadre de la même procédure de passation de marché; ou

b) Annoncer une nouvelle procédure de passation de marché; ou

c) Attribuer le marché au soumissionnaire qui, au moment de la clôture de l'enchère, a fait la deuxième offre la plus basse ou qui est classé deuxième, selon le cas.

3) Le soumissionnaire ayant fait l'offre qui a été acceptée est avisé promptement de cette acceptation [et son nom et son adresse ainsi que le montant de son offre sont communiqués aux autres soumissionnaires]."

Commentaire sur le projet d'article 51 *septies* ci-dessus

50. Le projet d'article se fonde sur les dispositions dont était saisi le Groupe de travail à ses précédentes sessions, telles que modifiées à la dixième session (voir toutefois les paragraphes 55 et 56 ci-après[27]). Les révisions visaient à simplifier le

---

[26] Ibid., par. 61, point iv).

[27] Ibid., par. 62, art. 47 *ter*-5 et 6.

texte et à aligner certaines dispositions sur des dispositions similaires de la Loi type, telles que celles des articles 34-7 et 36-5.

Paragraphe 1

51. L'objet du paragraphe 1 du projet d'article ci-dessus est d'indiquer que l'enchère doit constituer la phase finale des procédures de passation de marchés telles que prévues dans la Loi type et que les offres ne peuvent pas faire l'objet d'une évaluation ultérieure[28]. C'est pourquoi, en règle générale, les résultats de l'enchère doivent être définitifs et contraignants pour l'entité adjudicatrice et le prix le plus bas obtenu grâce à l'enchère doit figurer dans le marché écrit.

52. Les exceptions à cette règle sont énoncées aux alinéas a) et b). Elles ont été élaborées sur la base des articles 34-3 a) et d), 34-7 et 36-1 et 5 de la Loi type.

53. Le renvoi dans l'alinéa b) à l'article 12 *bis* vise les projets de dispositions sur les offres, propositions, prix et soumissions anormalement bas qui seront présentés au Groupe de travail à sa onzième session sous forme de projet d'article 12 *bis* (voir document A/CN.9/WG.I/WP.50, le texte faisant suite au paragraphe 45. Les dispositions du projet d'article 12 *bis* permettent à l'entité adjudicatrice de rejeter des offres anormalement basses dans certaines conditions).

54. Le renvoi dans le même alinéa à l'article 15 vise les dispositions de la Loi type qui permettent à l'entité adjudicatrice de rejeter des offres au motif d'incitations proposées par des fournisseurs ou entrepreneurs. Le même renvoi figure à l'article 34-3 d). Compte tenu de la décision prise par le Groupe de travail de renforcer les dispositions de lutte contre la corruption et de régler les conflits d'intérêts dans la Loi type, les dispositions de l'article 15 seront peut-être élargies.

Paragraphe 2

55. À la dixième session du Groupe de travail, il a été estimé que l'entité adjudicatrice ne devrait pas pouvoir attribuer le marché à un autre soumissionnaire de la même enchère lorsqu'elle décidait que les conditions ne lui permettaient pas de l'attribuer au soumissionnaire dont l'offre avait été retenue. Il a également été estimé que, dans un tel cas, l'entité adjudicatrice devrait annuler les résultats de l'enchère et tenir éventuellement une nouvelle enchère en suivant la même procédure de passation ou engager une nouvelle procédure[29].

56. Des dispositions aussi contraignantes pourraient avoir des incidences préjudiciables et coûteuses sur les procédures de passation. Les dispositions du paragraphe 2 ci-dessus sont plus souples, l'objectif étant de donner le choix à l'entité adjudicatrice entre plusieurs possibilités. Les risques que comporte chaque possibilité peuvent être exposés dans le guide.

Paragraphe 3

57. Le paragraphe 3 est nouveau et se fonde sur l'article 36-1 et 6 de la Loi type. Les dispositions ont été placées entre crochets en attendant la décision du Groupe de travail sur la question de savoir si l'anonymat des soumissionnaires devait être

---

[28] Ibid., par 55 ii).

[29] Ibid., par. 61, point vi) et par. 62, art. 47 *ter*-6.

préservé après la clôture de l'enchère (voir projet d'article 51 *sexies*-2 et par. 47 plus haut).

2. Projet de texte proposé pour le Guide révisé

58. Le projet de texte du Guide pour l'incorporation des dispositions de la Loi type sur les aspects procéduraux des enchères électroniques inversées a été présenté par le secrétariat au Groupe de travail à sa huitième session dans le document (A/CN.9/WG.I/WP.40) (texte faisant suite aux paragraphes 25 et 35). Toutefois, le Groupe de travail n'a pas examiné le texte proposé, ni à cette session ni aux sessions suivantes, étant donné que ce dernier devait encore être modifié suite à la révision des projets d'articles sur les enchères électroniques inversées.

59. Le nouveau texte du Guide, qui remplacera entièrement le texte précédemment proposé, sera élaboré et présenté au Groupe de travail à une prochaine session, compte tenu de l'examen par le Groupe des projets de dispositions susmentionnées.

D. Modifications corrélatives devant être apportées à d'autres dispositions de la Loi type

1. Modifications précédemment proposées pour les dispositions du chapitre III "Procédure d'appel d'offres" (art. 27, 31, 32 et 34)

60. Le Groupe de travail étant convenu à sa dixième session que les enchères électroniques inversées pouvaient être utilisées non seulement dans le cadre d'une procédure d'appel d'offre, mais aussi dans d'autres méthodes de passation, et comme méthode de passation à part entière[30], la présente note ne propose aucune modification des articles 27, 31, 32 et 34 de la Loi type applicables à la procédure d'appel d'offres et du texte correspondant du Guide. Néanmoins, les questions examinées en rapport avec ces articles ont été traitées dans les articles 51 *bis* à *septies* ci-dessus comme suit:

Teneur du dossier de sollicitation (art. 27)

61. Les modifications qu'il a été proposé d'apporter à l'article 27 ont été prises en compte dans le projet d'article 51 *ter* ci-dessus et par un renvoi dans le projet d'article 51 *quater*.

Période de validité des offres; modification et retrait des offres (art. 31)

62. À sa dixième session, le Groupe de travail a décidé d'examiner à une session ultérieure la question de savoir quand et comment des offres pouvaient être modifiées et retirées dans le cadre d'une enchère électronique inversée[31]. Pour le moment, la Loi type ne réglemente explicitement la question que dans le cadre de la procédure d'appel d'offre (art. 31).

63. Le projet d'article 51 *ter*-6, qui traite des cas où l'enchère électronique inversée est précédée d'une évaluation des offres initiales, prend en compte certaines dispositions de l'article 31 sous forme de renvois. Le Groupe de travail

---

[30] Ibid., par. 37, 50, 59 et 64.
[31] Ibid., par. 65.

voudra peut-être examiner si les dispositions de l'article 31 devraient aussi s'appliquer aux offres soumises dans le cadre de négociations avec appel à la concurrence et aux prix proposés dans le cadre des sollicitations de prix, lorsque des enchères électroniques inversées sont utilisées en vertu de l'article 51 *quater*. Pour le moment, la Loi type ne réglemente pas la question dans le cadre de ces procédures de passation (art. 49 et 50).

Garanties de soumission (art. 32)

64. À sa dixième session, le Groupe de travail a noté que les garanties de soumission n'étaient pas souvent utilisées dans le contexte particulier des enchères électroniques inversées. Les vues ont divergé sur la question de savoir si le Guide devrait décourager l'exigence d'une telle garantie dans le contexte des enchères électroniques inversées, ou si une approche plus souple serait souhaitable (l'exigence d'une garantie de soumission pouvant dissuader de retirer une offre avant l'ouverture de l'enchère)[32]. À la huitième session, il a été proposé d'indiquer dans le Guide que les pratiques pouvaient encore évoluer, à mesure que s'accumulerait l'expérience dans ce domaine[33].

65. Pour le moment, la Loi type ne réglemente explicitement la question que dans le cadre de la procédure d'appel d'offre (art. 32). Le projet d'article 51 *ter*-6 qui, comme il a déjà été indiqué, traite des situations où l'enchère électronique inversée est précédée d'une évaluation des offres initiales, contient des renvois aux dispositions de l'article 32. Si le Groupe de travail décide d'envisager explicitement la possibilité d'exiger des garanties de soumissions dans d'autres cas, un renvoi à l'article 27-l devrait être ajouté dans le projet d'article 51 *ter*-2 a) plus haut.

Examen, évaluation et comparaison des offres (article 34)

66. À sa dixième session, le Groupe de travail est convenu que le libellé suivant serait examiné à une session ultérieure comme variante de l'actuel article 34-1 a): "Aucune modification de l'offre initiale quant au fond, notamment une modification du prix, ne sera demandée, proposée ni autorisée, sauf pendant l'enchère elle-même". Ce libellé, a-t-on dit, aurait pour effet d'autoriser la modification des offres dans le cadre d'enchères électroniques inversées uniquement durant la phase d'enchère proprement dite, sans donner l'impression que, pendant la phase d'enchère, des changements pourraient être apportés pour rendre conformes des offres non conformes[34].

67. Étant donné que l'article 34 est seulement applicable aux procédures d'appel d'offre, le Groupe de travail voudra peut-être reconsidérer s'il convient de modifier cet article, puisqu'une modification ne serait nécessaire qu'en raison des caractéristiques particulières des enchères électroniques inversées. Il pourrait estimer que l'ajout d'un renvoi à l'article 34-l dans le projet d'article 51 *ter*-6, relatif à l'évaluation des offres initiales, et éventuellement d'explications additionnelles dans le Guide serait suffisant pour répondre à cette question.

---

[32] Ibid., par. 69.
[33] A/CN.9/590, par. 100.
[34] A/CN.9/615, par. 71.

2. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés (art. 11)

68. À sa dixième session, le Groupe de travail a décidé de réexaminer la question de savoir quelles informations devraient être mentionnées dans le procès-verbal de la procédure de passation du marché impliquant le recours aux enchères électroniques inversées[35]. Il avait été saisi à ses sessions précédentes du texte ci-après, qu'il est proposé d'ajouter à l'article 11 de la Loi type[36]:

> **"Article 11. Procès-verbal de la procédure de passation des marchés**
>
> 1) L'entité adjudicatrice dresse un procès-verbal de la procédure de passation du marché ou figurent, au minimum, les éléments d'information suivants:
>
> ...
>
> [nouveau paragraphe] "Dans une procédure de passation de marché impliquant le recours aux enchères électroniques inversées conformément à [l'article 22 *bis*], une déclaration à cet effet"."

69. L'emplacement des dispositions sur les enchères électroniques inversées dans l'article 11 doit être examiné en tenant compte de la décision du Groupe de travail sur les informations devant être mentionnées dans le procès-verbal de la procédure de passation des marchés impliquant le recours aux enchères électroniques inversées et de la décision qu'il a prise à sa dixième session selon laquelle les enchères électroniques inversées peuvent être utilisées en dehors également des procédures d'appel d'offres.

---

[35] Ibid., par. 65.

[36] A/CN.9/WG.I/WP.43, par. 59, et A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, par. 3.

G. Note du Secrétariat sur les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – projets de textes sur l'utilisation des accords-cadres et des systèmes d'acquisition dynamiques dans la passation de marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa onzième session

(A/CN.9/WG.I/WP.52 et Add.1) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-4
II.	Projets de dispositions visant à permettre l'utilisation des accords-cadres en vertu de la Loi type	5-40
	A. Terminologie	5
	B. Champ d'application des projets de dispositions et approche rédactionnelle	6-8
	C. Emplacement des projets de dispositions	9
	D. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée – Accords-cadres des modèles 1 et 2	10-36
	Commentaire	
	E. Autre approche rédactionnelle possible	37-40

I. Introduction

1. L'historique des travaux actuellement menés par le Groupe de travail I (Passation de marchés) pour revoir la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services ("Loi type") (A/49/17 et Corr.1, annexe I) est présenté aux paragraphes 5 à 65 du document A/CN.9/WG.I/WP.49, dont le Groupe de travail sera saisi à sa onzième session. Celui-ci a pour tâche principale d'actualiser et de réviser la Loi type, afin de tenir compte des évolutions récentes, notamment de l'utilisation des accords-cadres dans la passation des marchés publics.

2. Cette utilisation était l'un des thèmes dont le Groupe de travail était saisi de sa sixième à sa dixième session. À cette dernière session, il a prié le secrétariat d'élaborer des projets de texte pour examen à sa onzième session sous forme de

dispositions générales autorisant le recours à tout type d'accord-cadre. La présente note a été établie conformément à cette demande[1].

3. La présente note et son additif s'inspirent de l'examen des accords-cadres et des systèmes d'acquisition dynamiques figurant dans les documents A/CN.9/WG.I/WP.44 et Add.1 et devrait être lue conjointement avec ces derniers. La section II présente des projets de dispositions sur l'utilisation des accords-cadres, la section III des projets de dispositions sur l'utilisation de systèmes d'acquisition dynamique et la section IV des idées de modifications à apporter en conséquence à la Loi type afin de tenir compte de l'utilisation des accords-cadres et des systèmes d'acquisition dynamiques. Pour les sections III et IV, voir l'additif A/CN.9/WG.I/WP.52/Add.1.

4. Il est rappelé qu'un accord-cadre est une opération visant à assurer la fourniture d'un produit ou d'un service pendant une période donnée. De plus amples détails figurent aux paragraphes 3 à 6 du document A/CN.9/WG.I/WP.44. Il est aussi rappelé qu'un système d'acquisition dynamique, tel qu'il est désigné dans les directives de l'Union européenne[2] relatives à la passation de marchés, est un processus d'acquisition entièrement électronique autorisé pour des achats d'usage courant. Pour plus de détails, voir le paragraphe 39 du document A/CN.9/WG.I/WP.44/Add.1.

II. Projets de dispositions visant à permettre l'utilisation des accords-cadres en vertu de la Loi type

A. Terminologie

5. Les questions de terminologie et d'interprétation des termes sont abordées dans les paragraphes 7 à 9 du document A/CN.9/WG.I/WP.44. Le Groupe de travail est prié d'examiner la question du nom que la Loi type devrait donner aux "accords-cadres" (terme employé dans la version française des directives européennes relatives à la passation de marchés[3], ainsi que dans certains systèmes internes). Dans les paragraphes susmentionnés, on avait aussi envisagé des termes qui n'étaient pas étroitement rattachés à un système quelconque comme "accord d'achats périodiques" "accord d'achats récurrents", "accord pour besoins périodiques" ou "instrument de fourniture périodique". Dans l'attente d'une décision sur cette question, et conformément aux notes précédentes sur le sujet, il sera fait référence dans la présente note aux "accords-cadres".

---

[1] A/CN.9/615, par. 11 et 79 à 81. Le Groupe de travail a noté en outre que parmi les principales questions de fond à examiner figuraient celles de savoir si le cahier des charges pourrait être modifié pendant l'exécution des accords-cadres et si des fournisseurs non parties à l'accord-cadre initial pourraient le devenir après la conclusion du marché-cadre.

[2] Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, toutes deux accessibles à la date de la présente note à l'adresse suivante:
http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/legislation_fr.htm

[3] Ibid.

B. Champ d'application des projets de dispositions et approche rédactionnelle

6. La présente section porte sur deux modèles d'accord-cadre:

a) Les accords-cadres du "modèle 1" qui sont très semblables aux marchés classiques. Ils peuvent être conclus avec un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs et fixent le cahier des charges ainsi que les conditions de la passation. Les commandes sont passées en vertu de ces accords sur la base du cahier des charges et des conditions ainsi fixées sans nouvelle évaluation ni remise en concurrence. Ainsi, ce type d'accord-cadre ne se distingue des marchés classiques que par le fait que les articles sont achetés en lots, en vertu de commandes, pendant une période donnée; et

b) Les accords-cadres du "modèle 2" qui sont conclus avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs (première étape de la passation de marchés) et qui fixent le cahier des charges ainsi que les principales conditions de la passation. Ils peuvent laisser certains critères (éventuellement le prix, et normalement les quantités et les délais de livraison) en suspens ou les soumettre à une nouvelle évaluation. Une nouvelle évaluation ou une remise en concurrence des fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre est nécessaire pour sélectionner ceux d'entre eux qui exécuteront chacune des commandes passées en vertu de l'accord-cadre (deuxième étape de la passation de marchés). Bien qu'en théorie des accords-cadres de ce type puissent aussi être conclus avec un seul fournisseur qui serait alors invité à surenchérir sur son offre pour une commande donnée, des commentateurs ont indiqué que le risque d'abus était important et, de ce fait, de tels accords-cadres à fournisseur unique ne sont pas visés par la présente note.

7. Dans les projets de dispositions de cette section, ce sont les commandes émises en vertu d'accords-cadres des deux modèles, et non les accords eux-mêmes, qui constituent des marchés[4, 5]. Grâce à cette approche, les deux modèles peuvent être réglementés par une même série de dispositions (voir ci-dessous au point D) ce qui permet:

---

[4] Les conditions de formation d'un contrat contraignant n'entrent pas dans le champ d'application de la Loi type. Cependant, l'article 2 g) de la Loi type définit comme suit le marché: "le mot 'marché' désigne un contrat conclu entre l'entité adjudicatrice et un fournisseur ou entrepreneur à la suite d'une procédure de passation de marché". Selon d'autres dispositions de la Loi type (voir en particulier les articles 34 et 36), un marché ne peut entrer en vigueur qu'une fois toutes les conditions fixées et les fournisseurs sélectionnés. C'est pourquoi les accords-cadres du modèle 1 pourraient (et devraient peut-être) être considérés comme des marchés au sens de l'article 2 g) de la Loi type et dans les conditions énoncées dans les paragraphes 1 et 4 de l'actuel article 36. En ce qui concerne les accords-cadres du modèle 2, si dans certains pays il n'est pas interdit de considérer un accord dont toutes les conditions ne sont pas fixées comme un marché, en vertu de la Loi type, les accords-cadres qui soumettent certaines ou l'ensemble des conditions à une nouvelle évaluation, ne constituent pas des marchés au sens strict.

[5] Si les accords-cadres étaient traités comme des marchés, la question des commandes entrerait dans l'étape de l'administration des marchés et ne serait donc pas visée par la Loi type. Lors de ses précédentes sessions, le Groupe de travail s'est demandé si le champ d'application de la Loi type devrait être étendu à cette étape. Aucun consensus ne s'est dégagé sur la question, mais selon l'avis qui a prévalu jusqu'à présent, un tel élargissement ne serait pas souhaitable. Voir A/CN.9/590, par. 13, et A/CN.9/595, par. 80 à 86.

a) D'assurer la cohérence de la réglementation et d'éviter les redondances sur les points applicables aux deux modèles; et

b) De maintenir l'application des dispositions de la Loi type sur la transparence et l'objectivité ainsi que d'autres mesures de protection jusqu'à la passation des commandes, en d'autres termes pendant toutes les phases jusqu'à l'attribution des marchés fondés sur l'accord-cadre.

8. Cette approche écarte aussi la nécessité de modifier un certain nombre de dispositions de la Loi type pour tenir compte des accords-cadres dans les méthodes de passation existantes. Les dispositions pertinentes de la Loi type actuelle sont rendues applicables aux accords-cadres par des renvois. Là où il est nécessaire, des dérogations à ces dispositions sont prévues. Pour une autre approche rédactionnelle, voir le point E ci-dessous.

C. Emplacement des projets de dispositions

9. En attendant que le Groupe de travail ait examiné la structure de la Loi type révisée et le point de savoir si les accords-cadres pourraient résulter de procédures de passation selon toutes les méthodes envisagées dans la Loi type, les dispositions relatives aux accords-cadres sont incluses dans la présente note sous forme de trois projets d'articles à insérer dans un projet de section sur les accords-cadres au chapitre V (à la suite des procédures relatives à la conduite d'enchères électroniques inversées)[6]. Les projets d'articles seront numérotés de façon définitive une fois la structure du chapitre V arrêtée.

D. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée – Accords-cadres des modèles 1 et 2

10. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se rappeler qu'il avait prié le secrétariat de rédiger les dispositions de manière à prévoir des protections appropriées, notamment contre la corruption ou les atteintes à la concurrence[7]. Il souhaitera peut-être aussi tenir compte des observations de commentateurs selon lesquelles il pourrait être difficile d'assurer une véritable concurrence lorsque des commandes sont émises en vertu d'un accord-cadre du modèle 2[8]. C'est pourquoi les projets de dispositions ci-dessous s'inspirent de systèmes qui envisagent, pour les accords-cadres du modèle 2, une mise en concurrence aux deux étapes de la procédure de passation, à savoir pour la conclusion de l'accord-cadre et pour l'attribution des marchés fondés sur ce dernier[9], et non de systèmes qui prévoient la mise en concurrence principale dans la deuxième étape, sans véritable mise en

---

[6] Le Groupe de travail pourrait considérer les accords-cadres comme une technique pouvant être utilisée dans différentes méthodes de passation et non limitée à une méthode particulière, ce qui vaut aussi pour les enchères électroniques inversées (voir A/CN.9/WG.I/WP.51, par. 3 à 5).

[7] A/CN.9/615, par. 81.

[8] Voir, pour plus de détails, le document A/CN.9/WG.I/WP.44/Add.1, par. 41 et 42.

[9] Pour les accords-cadres du modèle 1, il n'y a pas de remise en concurrence des fournisseurs et entrepreneurs après la première étape, mais l'entité adjudicatrice est tenue de retenir l'offre ou autre soumission au prix le plus faible ou l'offre la plus basse selon l'évaluation ou l'équivalent dans la deuxième étape.

concurrence dans la première étape (conclusion de l'accord-cadre proprement dit). Rappelant aussi que l'exécution d'un accord-cadre sur une durée prolongée peut présenter des risques pour la concurrence, les dispositions s'inspirent de systèmes qui limitent leur durée[10]. Les sources principales sont donc la Directive 2004/18/CE de l'Union européenne relative à la passation de marchés publics (art. 1 à 5 et 32) (ci-après la "Directive européenne sur la passation") et les dispositions pertinentes de la Loi type actuelle:

"Section [...]. Accords-cadres

Article [51 *octies*]. Dispositions générales

1) L'entité adjudicatrice peut conclure un accord-cadre avec un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs [, pour une valeur estimative totale supérieure à] [*l'État adoptant indique un montant minimum*] [mais ne dépassant pas] [*l'État adoptant indique un montant maximum*] [le montant fixé dans les règlements relatifs aux marchés]].

2) L'accord-cadre énonce les clauses et conditions sous lesquelles les fournisseurs ou entrepreneurs doivent fournir les biens, travaux et services, ainsi que les procédures d'attribution des marchés fondés sur l'accord-cadre. Un accord-cadre n'est pas un marché au sens de l'article 2 g) de la présente Loi.

3) Si les clauses et les conditions de l'accord-cadre prévoient une procédure de mise en concurrence pour l'attribution des marchés fondés sur l'accord-cadre, l'entité adjudicatrice veille à ce que le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs parties à l'accord-cadre soit suffisant pour assurer une concurrence véritable lors de l'attribution desdits marchés.

4) L'accord-cadre est conclu pour une durée déterminée qui ne doit pas dépasser [...] années [sauf dans des cas exceptionnels eu égard aux biens, aux services ou aux travaux fournis en vertu de l'accord-cadre, où la durée ne doit pas dépasser [...] années. L'entité adjudicatrice inclut dans le procès-verbal prévu à l'article 11 de la présente Loi un exposé des motifs et circonstances sur lesquels elle s'est fondée pour justifier [la prolongation de la durée de l'accord-cadre] [la durée prolongée de l'accord-cadre].]

Commentaire et questions à examiner dans le Guide pour l'incorporation

Paragraphe 1

Achats groupés

11. Pour permettre à l'entité adjudicatrice de regrouper ses commandes afin de tirer parti des rabais de volume, soit en passant des marchés conjointement avec d'autres entités adjudicatrices, soit par l'intermédiaire d'une centrale d'achat[11], la

---

[10] Voir, pour plus de détails, le document A/CN.9/WG.I/WP.44, par. 16 et 17.

[11] Ainsi, l'entité qui conclut l'accord-cadre pourrait être différente de celle qui attribue les marchés fondés sur cet accord-cadre (par exemple, dans le cas d'achat de manuels scolaires auprès d'éditeurs désignés par le Ministère de l'éducation suivi d'achats effectués par les circonscriptions ou les établissements scolaires; ou le même cas de figure pour les produits pharmaceutiques destinés aux hôpitaux).

définition de l'entité adjudicatrice à l'article 2 b) de la Loi type doit être modifiée. Le nouveau libellé ci-après est proposé:

"Les mots '*entité adjudicatrice*' désignent:

Option I

Tout département, organisme, organe ou autre service public du présent État, ou toute subdivision de l'un d'entre eux, qui passe des marchés, soit seul, soit conjointement avec d'autres entités adjudicatrices [ou par l'intermédiaire [l'État adoptant peut inclure ici une référence à une centrale d'achat]], sauf...; (et)

Option II

Tout département, organisme, organe ou autre service du ("Gouvernement", ou tout autre terme utilisé pour désigner le gouvernement national de l'État adoptant la Loi type), ou toute subdivision de l'un d'entre eux, qui passe des marchés, soit seul, soit conjointement avec d'autres entités adjudicatrices [ou par l'intermédiaire [l'État adoptant peut inclure ici une référence à une centrale d'achat]], sauf…;"

Conditions d'utilisation des accords-cadres

12. Le paragraphe 1 donne à l'État adoptant la possibilité de spécifier la valeur estimative minimale et maximale des marchés pouvant faire l'objet d'accords-cadres, soit dans la Loi type soit dans les règlements. On pourrait aussi aborder la question dans le Guide pour l'incorporation. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander, d'une part, si une telle disposition serait souhaitable (pour promouvoir la rentabilité et éviter un recours excessif ou inapproprié à cette procédure) et, d'autre part, quelles méthodes de passation devraient pouvoir donner lieu à un accord-cadre, comme il est examiné aux paragraphes 18 et 19 ci-dessous[12].

13. Le Groupe de travail estimera peut-être aussi que le Guide devrait donner des précisions sur l'utilisation efficace et appropriée des accords-cadres en prévoyant éventuellement une liste générique des types de passation qui s'y prêteraient ainsi que des études de cas. Il se peut que les accords-cadres se prêtent moins aux importants contrats d'investissements, aux articles très techniques ou complexes, ainsi qu'à la passation de marchés de services complexes, autant de points qui pourraient également être examinés dans le Guide.

Paragraphe 2

14. Le libellé suit l'approche rédactionnelle exposée au paragraphe 7 ci-dessus[13]. Les dispositions de cet article et des articles suivants, selon le contexte, visent l'attribution de marchés fondés sur des accords-cadres à la fois du modèle 1 et du modèle 2.

---

[12] Si le Groupe de travail estime qu'il faudrait inclure des montants estimatifs minimums et maximums d'achats pour pouvoir recourir aux accords-cadres, on pourrait aussi tenir compte de l'inflation en prévoyant un indice ou un mode de calcul analogue.

[13] Voir aussi *supra*, note 4.

Paragraphe 3

15. Le libellé tient compte de la pratique selon laquelle les accords-cadres sont souvent conclus avec plusieurs fournisseurs. Afin d'assurer une véritable concurrence, le Groupe de travail estimera peut-être qu'il faudrait un nombre minimum de fournisseurs pour conclure un accord-cadre du modèle 2. La Directive européenne sur la passation a fixé ce nombre à trois. Une autre possibilité, notamment compte tenu d'un éventuel risque de collusion entre un faible nombre de fournisseurs, serait que le Groupe de travail envisage la règle plus générale énoncée dans le projet d'article ci-dessus pour assurer une véritable concurrence, conformément à l'approche adoptée pour rédiger les dispositions analogues relatives aux enchères électroniques inversées[14].

Paragraphe 4

16. Les accords-cadres sont des systèmes fermés, ce qui signifie qu'aucun fournisseur ou entrepreneur ne peut se voir attribuer de marché en vertu d'un accord-cadre sans être partie à ce dernier. Ils sont fermés aux autres fournisseurs pendant leur durée de validité. Le paragraphe 4 cherche à répondre aux craintes suscitées par cet aspect potentiellement anticoncurrentiel des accords-cadres en limitant leur durée (voir aussi, au sujet de ces craintes, les paragraphes 16 à 18 du document A/CN.9/WG.I/WP.44). L'attention du Groupe de travail est appelée sur les dispositions de la Directive européenne sur la passation qui limitent la durée d'un accord-cadre à quatre ans dans des circonstances normales (des exceptions étant autorisées dans des cas dûment justifiés). Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager de fixer une durée maximum pour les accords-cadres dans la Loi type plutôt que de laisser trancher la question dans le cadre des règlements relatifs aux marchés ou d'autres règles. Il souhaitera peut-être aussi se demander si une référence explicite à la prolongation ne risque d'être interprétée comme une incitation législative à faire des exceptions.

17. La question de la durée des accords-cadres est étroitement liée à celle de la possibilité pour l'entité adjudicatrice d'effectuer des achats en dehors de l'accord-cadre, examinée aux paragraphes 24 à 26 ci-dessous dans le contexte du projet d'article 56 *decies*-1. De ce fait, le Groupe de travail voudra peut-être examiner ces deux questions conjointement.

Article [51 *novies*]. Conclusion des accords-cadres

1) Lorsque l'entité adjudicatrice a l'intention de conclure un accord-cadre, elle suit les procédures de la présente Loi applicables à la méthode de passation retenue pour la sollicitation d'offres, de propositions ou de prix (regroupés sous le terme générique de "soumissions" dans la présente section), afin de sélectionner le(s) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) avec le(s)quel(s) elle conclura ledit accord-cadre.

2) Lorsqu'elle sollicite pour la première fois la participation de fournisseurs ou entrepreneurs à la procédure de passation de marché, l'entité adjudicatrice fournit tous les éléments d'informations requis pour la méthode de passation

[14] Voir dans le document A/CN.9/WG.I/WP.51, les articles 22 *bis* et 51 *quinquies* ainsi que les commentaires s'y rapportant.

retenue en vertu de la présente Loi, sauf dans la mesure où le présent article déroge auxdites dispositions, ainsi que les éléments ci-après:

a) Une déclaration signalant l'utilisation d'un accord-cadre pour la passation du marché;

b) La nature, la quantité estimative, ainsi que le lieu et le moment souhaités pour la livraison des achats envisagés dans l'accord-cadre;

c) Le nombre, ou le nombre minimum ou maximum, de fournisseurs ou entrepreneurs devant être parties à l'accord-cadre;

d) Les critères dont l'entité adjudicatrice doit tenir compte pour sélectionner le(s) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) avec le(s)quel(s) elle conclura l'accord-cadre, y compris le coefficient de pondération de ces critères, la façon dont ils seront appliqués pour la sélection, ainsi que le point de savoir si l'attribution des marchés sera fondée sur la soumission au prix le plus bas ou sur celle qui est la plus basse selon l'évaluation;

e) Si l'entité adjudicatrice a l'intention de conclure un accord-cadre avec plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs, l'indication que le(s) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) retenus seront classés selon les critères de sélection spécifiés;

f) Les clauses et conditions de l'accord-cadre sous lesquelles le(s) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) doivent fournir les biens, les travaux et les services, y compris la durée de l'accord-cadre et:

i) La procédure d'attribution des marchés fondés sur l'accord-cadre, en particulier le point de savoir s'il y aura une remise en concurrence;

ii) En cas de remise en concurrence des fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre pour l'attribution des marchés: les critères d'évaluation des soumissions lors de cette mise en concurrence, leur coefficient de pondération, la façon dont ils seront appliqués pour l'évaluation des soumissions, ainsi que le point de savoir si la sélection sera fondée sur la soumission au prix le plus bas ou sur celle qui est la plus basse selon l'évaluation; et

iii) Si une enchère électronique inversée doit avoir lieu, les informations supplémentaires mentionnées à l'article [renvoi aux dispositions pertinentes sur les enchères électroniques inversées];

g) Le point de savoir si un accord-cadre écrit sera exigé et le mode d'entrée en vigueur.

3) À moins que l'entité adjudicatrice ne rejette certaines ou l'ensemble des soumissions en application des articles [12, 12 *bis*; autres renvois] de la présente Loi, elle sélectionne le(s) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) avec le(s)quel(s) elle va conclure l'accord-cadre en se fondant sur les critères de sélection devant être spécifiés au paragraphe 2 d) ci-dessus et avise promptement le(s) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) retenus de leur sélection et, le cas échéant, de leur classement.

4) L'accord-cadre, soumis aux conditions de la ou des soumission(s) retenue(s), entre en vigueur de la manière spécifiée conformément aux exigences du paragraphe 2 g) ci-dessus.

5) L'entité adjudicatrice publie promptement un avis d'attribution de l'accord-cadre de toute manière spécifiée pour la publication des avis d'attribution de marché à l'article 14 de la présente Loi.

Commentaire et questions à examiner dans le Guide pour l'incorporation

Paragraphe 1

18. Le paragraphe 1 autorise la conclusion d'accords-cadres avec un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs conformément aux méthodes de passation des marchés spécifiées dans la Loi type. Puisque l'éventuelle restriction de la concurrence est l'un des sujets de préoccupation que soulèvent les accords-cadres lors de leur exécution, le Groupe de travail pourrait estimer qu'un tel accord ne devrait normalement être conclu qu'après une procédure de passation entièrement ouverte afin de permettre une véritable concurrence lors de cette première étape de la passation. D'autre part, au nombre des avantages que présente l'utilisation des accords-cadres on cite souvent la capacité à protéger les sources d'approvisionnement sur des marchés limités et la fourniture rapide et rentable d'articles bon marché, commandés de manière récurrente et urgente, tels que les services de maintenance ou de nettoyage, pour lesquels des procédures d'appel d'offres ouvert pourraient ne pas être financièrement intéressantes[15].

19. Si le Groupe de travail estime que les accords-cadres peuvent résulter de procédures de passation des marchés réalisées en suivant toute méthode de passation spécifiée dans la Loi type (dont la méthode principale pour la passation des marchés de services, l'appel d'offres en deux étapes, l'appel d'offres restreint, la sollicitation de propositions, la négociation avec appel à la concurrence, et la procédure de sollicitation de prix, à l'exception peut-être de la procédure de sollicitation d'une source unique), il voudra peut-être fournir des orientations dans le Guide au sujet des types de marchés convenant pour chaque méthode de passation et veiller à ce que le Guide souligne la nécessité d'adopter la procédure la plus concurrentielle en fonction des conditions en présence. Il voudra peut-être aussi se demander si l'appel d'offres en deux étapes, qui est normalement utilisé pour des marchés très complexes ou d'importantes acquisitions d'immobilisations, pourrait convenir.

Paragraphe 2

Dispositions sur la transparence

20. Le paragraphe vise à atteindre les objectifs suivants: premièrement, appliquer les principaux critères de transparence dans la méthode de passation choisie pour sélectionner les fournisseurs ou entrepreneurs pour l'accord-cadre (comme ceux énoncés aux articles 25, 27, 37 et dans divers articles du chapitre V, et les dispositions de l'article proposé sur les communications dans les procédures de

---

[15] Comme autres exemples, on peut citer l'achat de charbon, de pétrole brut, de médicaments et de manuels scolaires, avec des garanties appropriées dans chaque cas (y compris des conditions de qualité et de concurrence).

passation des marchés examiné actuellement par le Groupe de travail)[16]; deuxièmement, prévoir des dérogations à ces exigences au vu des obligations spécifiques des accords-cadres (voir par exemple, le projet d'article 51 *novies*-2 b) qui fait référence aux quantités estimatives par comparaison avec l'article 27 d), et les alinéas d), f) et g) du projet d'article 51 *novies*-2 qui remplacent les alinéas e), f) et y) de l'article 27); et troisièmement, ajouter d'autres exigences spécifiques aux accords-cadres en matière de transparence. Le Groupe de travail estimera peut-être qu'il est plus rationnel de procéder de cette manière que de modifier d'autres dispositions de la Loi type qui pourraient être applicables (voir également l'approche rédactionnelle adoptée dans cette note et expliquée au paragraphe 8 ci-dessus).

Critères de sélection

21. Les alinéas d) et f) ii) s'inspirent de l'article 27 e) de la Loi type qui exige que le dossier de sollicitation pour la procédure d'appel d'offres spécifie: "Les critères dont l'entité adjudicatrice doit tenir compte pour déterminer l'offre à retenir, y compris toute marge de préférence et tous critères autres que le prix à utiliser conformément à l'article 34-4 b), c) ou d) et leur coefficient de pondération". On trouve des exigences équivalentes pour d'autres méthodes de passation de marchés. Les obligations relatives aux critères de sélection dans les procédures d'appel d'offres sont énoncées à l'article 34-4 b), qui dispose, entre autres, que les "critères (...) seront, dans la mesure du possible, objectifs et quantifiables et (...) seront affectés d'un coefficient de pondération dans la procédure d'évaluation ou seront exprimés en termes pécuniaires, dans la mesure du possible". Ces exigences sont sans équivalent dans d'autres méthodes de passation. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si (pour renforcer l'objectivité et la transparence) certaines ou l'ensemble des exigences d'objectivité contenues à l'article 34-4 b) devraient être énoncées aux alinéas d) et f) ii) pour les accords-cadres ci-dessus en ajoutant le texte suivant ou un texte similaire: "les critères qui seront, dans la mesure du possible, objectifs et quantifiables et qui seront affectés d'un coefficient de pondération ou exprimés en termes pécuniaires, dans la mesure du possible". À la place ou en plus de ces critères, le Groupe de travail pourrait estimer que la Loi type devrait prévoir des exigences de transparence et d'objectivité concernant des critères de sélection pour toutes les méthodes de passation (y compris les accords-cadres), outre les exigences visant les dossiers de sollicitation ou leur équivalent en ce qui concerne les critères de sélection. Enfin, le Groupe de travail voudra peut-être se demander s'il conviendrait d'utiliser une marge de préférence pour les achats réalisés au sein d'un accord-cadre.

Paragraphe 3

22. Le paragraphe s'inspire des articles 34-4 b) et 36-1 de la Loi type. Les renvois actuellement entre crochets concerneront des dispositions de la Loi type qui autorisent l'entité adjudicatrice à rejeter des offres, des propositions, des prix ou des soumissions (voir par exemple les articles 12 et 15). La référence à l'article 12 *bis* vise le projet d'article sur le rejet des offres, des propositions, des prix ou des

---

[16] Voir A/CN.9/WG.I/WP.50, projet d'article 5 *bis* à la suite du paragraphe 4.

soumissions au motif qu'ils sont anormalement bas, qui est proposé pour examen par le Groupe de travail à sa onzième session[17].

Paragraphe 4

23. Le paragraphe 4 devrait être lu conjointement avec le paragraphe 2 g) du projet d'article ci-dessus. Ce paragraphe s'inspire de l'approche adoptée dans l'article 13-2 de la Loi type s'agissant du mode d'entrée en vigueur des marchés dans les méthodes de passation autres que la procédure d'appel d'offres. Alors que pour cette dernière la question est régie par l'article 36 (qui exige également l'"acceptation" préalable de l'offre à retenir), dans d'autres méthodes de passation, conformément à l'article 13, le mode d'entrée en vigueur des marchés est notifié aux fournisseurs ou entrepreneurs au début de la procédure de passation. Le Groupe de travail pourrait se demander ultérieurement s'il faudrait mettre en conformité les dispositions relatives à l'acceptation de l'offre à retenir ou d'autres soumissions et celles concernant l'entrée en vigueur du marché.

Article [51 *decies*] Attribution des marchés au titre de l'accord-cadre

1) L'entité adjudicatrice peut attribuer un ou plusieurs marchés au titre de l'accord-cadre conformément aux clauses et conditions de ce dernier, sous réserve des dispositions du présent article.

2) Aucun marché attribué au titre de l'accord-cadre ne peut l'être à des fournisseurs ou des entrepreneurs qui n'étaient pas initialement parties à l'accord-cadre.

3) Au cours du processus d'attribution des marchés au titre de l'accord-cadre, les parties à cet accord ne peuvent modifier ou changer de manière substantielle une clause ou condition quelconque de l'accord-cadre.

4) Si l'accord-cadre est conclu avec un fournisseur ou entrepreneur, l'entité adjudicatrice peut attribuer un marché, sur la base des clauses et conditions énoncées dans l'accord-cadre, au fournisseur ou à l'entrepreneur partie à cet accord en passant une commande [par écrit] à ce fournisseur ou entrepreneur. Le marché, soumis aux clauses et conditions de l'accord-cadre, entre en vigueur lorsque la commande est envoyée.

5) Si l'accord-cadre conclu avec plus d'un fournisseur ou entrepreneur fixe toutes les clauses et conditions nécessaires pour que la passation ait lieu [, et ne prévoit pas de procédure concurrentielle pour l'attribution des marchés], l'entité adjudicatrice peut attribuer un marché en passant une commande [par écrit] au(x) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) les mieux classés en mesure d'honorer le contrat. Le marché, soumis aux clauses et conditions de l'accord-cadre, entre en vigueur lorsque la commande est envoyée. L'entité adjudicatrice avise [par écrit] tous les autres fournisseurs et entrepreneurs parties à l'accord-cadre du nom et de l'adresse du (des) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) à qui la commande a été envoyée.

6) Si l'accord-cadre conclu avec plus d'un fournisseur ou entrepreneur [ne fixe pas toutes les clauses et conditions nécessaires pour effectuer la procédure

[17] Ibid., par. 43 à 49.

de passation] [prévoit une procédure concurrentielle pour l'attribution des marchés au titre de l'accord-cadre], l'entité adjudicatrice peut attribuer un marché au titre de l'accord-cadre conformément aux procédures suivantes:

a) L'entité adjudicatrice invite [par écrit] tous les fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre à présenter leurs soumissions pour la fourniture des articles à acquérir;

b) L'invitation rappelle les clauses et conditions de l'accord-cadre et énonce les clauses et conditions du marché qui n'ont pas été spécifiées dans celles de l'accord-cadre ainsi que les instructions pour l'établissement des soumissions;

c) L'entité adjudicatrice fixe le lieu de présentation des soumissions, ainsi qu'une date et une heure précises qui constituent la date limite pour la présentation des soumissions. Le délai sera suffisamment long pour donner aux fournisseurs et aux entrepreneurs le temps d'élaborer et de présenter leurs soumissions;

d) La soumission à retenir est déterminée conformément aux critères énoncés dans l'accord-cadre;

e) Lorsqu'une enchère électronique inversée est organisée, l'entité adjudicatrice se conforme aux règles régissant l'enchère énoncées à l'article [renvoi aux dispositions pertinentes];

f) Sans préjudice des dispositions de l'article [renvoi adéquat aux dispositions sur l'attribution des marchés par enchère électronique inversée] et sous réserve des articles [12, 12 *bis* et d'autres références appropriées] de la présente Loi, l'entité adjudicatrice accepte la (les) soumission(s) à retenir et avise promptement [par écrit] le(s) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) ayant remporté le marché qu'elle accepte sa (leurs) soumission(s). L'entité adjudicatrice communique également [par écrit] à tous les autres fournisseurs et entrepreneurs parties à l'accord-cadre le nom et l'adresse du (des) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) dont la (les) soumission(s) a ou ont été acceptée(s) et le prix du marché;

g) Le(s) marché(s), soumis aux conditions de(s) la soumission(s) retenue(s), entre(nt) en vigueur lorsque l'avis d'acceptation est envoyé au(x) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) ayant remporté le marché.

7) Lorsque le prix à payer conformément à un marché conclu en vertu des dispositions de la présente section dépasse [l'État adoptant indique un montant minimum [ou] le montant figurant dans les règlements en matière de passation des marchés], l'entité adjudicatrice publie promptement l'avis d'attribution du marché en accord avec les modalités qui ont été spécifiées pour la publication des avis d'attribution des marchés dans l'article 14 de la présente Loi. L'entité adjudicatrice publie également, de la même manière, des avis [trimestriels] de tous les marchés attribués au titre d'un accord-cadre.

Commentaire et questions à examiner dans le Guide pour l'incorporation

Paragraphe 1

24. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander si l'entité adjudicatrice doit effectuer tous les achats des articles visés dans l'accord-cadre par le biais de cet accord. En pratique, l'entité adjudicatrice n'est généralement pas soumise à une telle obligation, même en vertu d'un accord-cadre du modèle 1, et ce pour lui permettre d'obtenir le meilleur rapport qualité-prix si, par exemple, les circonstances du marché évoluent et que de meilleures offres existent en dehors de l'accord-cadre[18]. Dans sa formulation actuelle, le paragraphe 1 offre la souplesse voulue à l'entité adjudicatrice.

25. D'autre part, la possibilité que les fournisseurs fassent une remise sur leurs prix pour accorder aux entités adjudicatrices le meilleur avantage commercial peut souvent dépendre du point de savoir si lesdits fournisseurs comptent recevoir un nombre de commandes suffisant au titre de l'accord-cadre pour justifier ces remises, au moins dans la limite des quantités estimatives (minimales et maximales) qui y sont indiquées[19]. Si les entités adjudicatrices sont libres d'acheter les articles concernés en dehors de l'accord-cadre, et le font de manière régulière, la confiance des fournisseurs risque d'être érodée.

26. En conséquence, le fait d'autoriser ou non les entités adjudicatrices à acheter en dehors de l'accord-cadre peut engendrer des coûts et des avantages réels et potentiels. Le Groupe de travail pourrait formuler sa position sur cette question en tenant compte des coûts et avantages éventuels et du type de marché en cause.

Paragraphe 3

27. Ce paragraphe et ceux qui suivent ont été rédigés dans l'idée qu'aucune modification substantielle des clauses et conditions de l'accord-cadre énoncées au début de la procédure de passation de marché ne pourra être apportée à un stade ultérieur. Cette approche restrictive correspond à un système d'accord-cadre fermé. Permettre la modification des critères d'évaluation ou des spécifications lors de l'attribution des marchés au titre d'un accord-cadre pourrait entraîner des abus comme le favoritisme si l'entité adjudicatrice venait à adapter les critères aux besoins d'une certaine partie à l'accord-cadre et accentuer encore plus les éventuels effets anticoncurrentiels de ce dernier[20].

---

[18] Une autre possibilité est d'autoriser des dispositions prévoyant une mise à jour technologique, mais ces dispositions risquent de ne pas être compatibles avec les exigences de spécifications précisées dans les accords-cadres classiques. Lorsque des spécifications générales sont utilisées, par exemple dans certains types de listes de qualification permanentes, de telles dispositions sont envisageables.

[19] Voir A/CN.9/WG.I/WP.44, par. 11 à 15, pour un examen des avantages potentiels des accords-cadres, y compris l'efficacité et la sécurité de l'approvisionnement.

[20] On peut estimer que ces risques sont sensiblement plus élevés dans des accords-cadres fermés que dans des systèmes d'acquisition dynamique ouverts où un nombre illimité de fournisseurs potentiels sont autorisés à entrer en concurrence pour l'attribution d'un marché particulier. Voir A/CN.9/WG.I/WP.52/Add.1.

Paragraphes 4, 5 et 6

[par écrit]

28. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si les dispositions pertinentes devraient exiger de l'entité adjudicatrice qu'elle exécute les mesures considérées, telles que la passation de commandes ou l'envoi des invitations ou des notifications aux fournisseurs et entrepreneurs, par écrit (à savoir, sur papier ou électroniquement) et non par téléphone ou de toute autre manière verbale. Une telle exigence explicite apparaît, par exemple, dans la Directive européenne sur la passation. La question pourrait être examinée en rapport avec l'article 5 *bis* sur les communications dans la passation des marchés, qui figure dans le document A/CN.9/WG.I/WP.50 (à la suite du paragraphe 4) (dont le Groupe de travail sera également saisi à sa onzième session).

Acceptation de la soumission à retenir et entrée en vigueur du marché

29. Le Groupe de travail pourra noter que les dispositions en question reflètent les dispositions équivalentes pour la procédure d'appel d'offres et non l'approche plus souple adoptée pour d'autres méthodes de passation de marché à l'article 13. Le paragraphe 6 g) suit la formulation de l'article 36-4, qui traite de l'entrée en vigueur d'un marché conforme aux conditions de l'offre acceptée. La question de savoir s'il s'agit en l'occurrence d'une présentation exacte de la source des clauses et conditions du marché pourrait également être abordée par le Groupe de travail lorsqu'il étudiera ultérieurement l'article 36 et les dispositions équivalentes pour d'autres méthodes de passation. (voir également le paragraphe 23 ci-dessus concernant l'éventuelle nécessité de mettre en conformité les dispositions sur l'acceptation de l'offre à retenir ou d'une autre soumission et celles concernant l'entrée en vigueur du marché dans l'ensemble de la Loi type).

Paragraphes 5 et 6

Obligation de décider d'emblée si l'accord-cadre à fournisseurs multiples sera un accord-cadre du modèle 1 ou du modèle 2

30. Ces paragraphes sont formulés de telle manière que l'entité adjudicatrice ne peut pas procéder à une nouvelle mise en concurrence lors de la deuxième étape de la passation à moins que les clauses et conditions de l'accord-cadre énoncées dans un avis de sollicitation conformément au projet d'article 51 *novies*-2 f) ci-dessus ne préconisent une telle procédure d'attribution, et, inversement, que l'entité adjudicatrice ne peut attribuer un marché sans mise en concurrence si les clauses et conditions de l'accord-cadre en prévoient une lors de la deuxième étape. Une autre formulation possible serait d'autoriser l'entité adjudicatrice à décider après la première étape d'organiser ou non une mise en concurrence lors de la deuxième étape (à condition qu'une telle possibilité ait été retenue dès le début de la procédure de passation selon les clauses et conditions de l'accord-cadre figurant dans l'avis de sollicitation). Le Groupe de travail pourrait examiner si d'éventuels risques d'abus pourraient l'emporter sur les avantages offerts par une plus grande souplesse.

Possibilité de concurrence dans les mêmes conditions

31. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander i) si la première phrase du paragraphe 5 du projet d'article devrait contenir le texte entre crochets et ii) lequel des textes entre crochets, voire les deux (avec la conjonction appropriée), devrait demeurer dans le chapeau du paragraphe 6. La décision dépendra de la position adoptée par le Groupe de travail concernant la possibilité d'une mise en concurrence lors de la deuxième étape, même si toutes les conditions ont été énoncées dans l'accord-cadre à fournisseurs multiples, sous réserve qu'une telle possibilité ait été retenue dès le début de la procédure de passation (voir par. 30 ci-dessus). À cet égard, l'attention du Groupe de travail est appelée sur les dispositions de la Directive européenne sur la passation qui prévoient une telle possibilité (voir art. 32-4, deuxième tiret).

Paragraphe 6

32. Le paragraphe 6 énonce les procédures qui devront être suivies lors de la deuxième étape de la mise en concurrence. Cette dernière procédure ressemble à la procédure d'appel d'offres, à l'exception du fait qu'aucune sollicitation ouverte n'est organisée; seuls les fournisseurs parties à l'accord-cadre sont avisés des attributions à venir. Si une enchère électronique inversée a lieu, des dispositions additionnelles sur ces enchères seront applicables et c'est pourquoi des renvois à ces dispositions ont été insérés.

33. L'approche adoptée dans la formulation des dispositions pertinentes, qui ne permet pas lors de l'étape ultérieure de modifier sensiblement les clauses et conditions de l'accord-cadre énoncées au début de la procédure de passation (voir par. 27 ci-dessus), empêchera l'entité adjudicatrice d'organiser lors de la deuxième étape de la mise en concurrence des procédures similaires à l'appel d'offres en deux étapes (art. 46-4) ou au processus de négociation avec appel à la concurrence (art. 49) qui permettent toutes deux que des modifications substantielles soient apportées aux spécifications et aux critères d'évaluation.

34. Il ressort implicitement des dispositions du paragraphe 6, qui exigent que tous les fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre soient invités à présenter des soumissions lors de la deuxième étape, que tous les fournisseurs admis à l'accord devraient être en mesure d'exécuter la totalité du marché concerné afin que la portée de l'accord soit effectivement limitée à un type ou à un groupe d'article(s) que tous les fournisseurs ou entrepreneurs parties à l'accord-cadre sont capables de fournir. Dans certains pays, on conclut des accords-cadres de plus vaste portée afin de prévoir une liste d'articles que les fournisseurs ou entrepreneurs ne seront pas tous en mesure de fournir ou s'il apparaît à l'évidence qu'un seul fournisseur ne pourra pas satisfaire à toutes les exigences de l'entité adjudicatrice. C'est pourquoi il pourrait être avantageux pour l'entité adjudicatrice de pouvoir choisir le ou les article(s) requis et d'inviter uniquement les fournisseurs qui peuvent fournir ces articles ou une combinaison d'articles à entrer en concurrence. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si la Loi type devrait prévoir des accords-cadres de vaste portée ou de portée limitée, compte tenu de la nécessité d'assurer une concurrence véritable et du fait que l'un des principaux objectifs et intérêts des accords-cadres est de garantir les approvisionnements. Si le Groupe de travail estime que seuls les accords-cadres de portée limitée devraient être autorisés, il pourrait examiner si l'article 27 h) (qui prévoit un appel d'offres partiel) devrait être

exclu dans le cas des accords-cadres et si des garanties de soumission pourraient être exigées. S'il souhaite prévoir des accords-cadres de plus large portée, il voudra peut-être envisager comment l'entité adjudicatrice pourrait limiter le nombre de fournisseurs ou d'entrepreneurs invités à entrer en concurrence lors de la deuxième étape.

Paragraphe 7

35. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner dans quels cas la publication d'un avis d'attribution de marché au titre de l'accord-cadre devrait être exigée, eu égard en particulier au montant payable au titre du marché en question.

36. Le Groupe de travail pourrait peut-être aussi se demander si le fait d'exiger en outre la publication d'avis publics préalables sur les marchés prévus pourrait renforcer les contrôles et examens nécessaires et permettre d'obtenir des marchés d'un meilleur rapport qualité-prix (par exemple, en permettant aux entités adjudicatrices d'avoir connaissance de meilleures possibilités et d'acheter en dehors de l'accord-cadre. (Voir cependant les paragraphes 24 à 26 ci-dessus pour les questions relatives aux achats en dehors de l'accord-cadre.)

E. Autre approche rédactionnelle possible

37. Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager une autre approche rédactionnelle possible, par exemple en réglementant séparément les marchés-cadres du modèle 1 et les accords-cadres du modèle 2 afin de mettre en évidence la plus grande simplicité de ces derniers. Alors que les marchés-cadres à fournisseur unique du modèle 1 sont suffisamment couverts par les dispositions existantes de la Loi type, le fait de réglementer séparément les accords-cadres à fournisseurs multiples du modèle 1 obligerait à modifier un certain nombre de dispositions de la Loi type.

38. Tout d'abord, l'article 2 g) de la Loi type, qui définit un marché, devrait être modifié pour prévoir la possibilité de conclure des marchés avec plus d'un fournisseur ou entrepreneur. Les dispositions pourraient être libellées comme suit:

> "Le mot '*marché*' désigne un contrat conclu entre une ou plusieurs entités adjudicatrices et un ou plusieurs fournisseurs ou entrepreneurs à la suite d'une procédure de passation de marché[21]."

39. En outre, et en rapport avec ce qui vient d'être dit, pour permettre aux entités adjudicatrices d'accepter plus d'une offre ou son équivalent, les références faites dans l'ensemble de la Loi type à l'offre ou à la proposition à retenir ou acceptée, à la meilleure offre définitive et à l'offre au prix le plus bas, ou au fournisseur ou entrepreneur qui les soumet devraient être mises au pluriel dans un certain nombre d'articles, comme les articles 11, 27 e), 34-4 b), 36, 38 à 44 et 46 à 50, en fonction du contexte.

---

[21] Cette définition modifiée permettrait de conclure un marché avec plus d'un fournisseur même dans d'autres situations que les marchés-cadres. Si le Groupe de travail estime que les entités adjudicatrices ne devraient pas avoir la possibilité d'accepter plus d'une offre et de conclure d'une manière générale des marchés-cadres à parties multiples autrement que dans le contexte des accords-cadres, l'expression "dans le cas d'accords-cadres" pourrait être insérée dans la définition à l'endroit approprié.

40. Deuxièmement, des modifications devraient être apportées dans l'ensemble du texte actuel de la Loi type pour prévoir des procédures adéquates de transparence, de contrôle et d'examen. Des garanties appropriées devraient être intégrées dans la Loi type pour faire en sorte: premièrement, que les procédures d'attribution des commandes au titre des marchés-cadres à fournisseurs multiples soient communiquées aux fournisseurs au début de la procédure de passation des marchés; et deuxièmement, que les fournisseurs parties à l'accord-cadre aient les moyens de vérifier que ces procédures ont été vraiment respectées (en exigeant, par exemple, qu'une fois les commandes passées, les fournisseurs parties à l'accord-cadre soient avisés des commandés passées et auprès de qui elles l'ont été). Si le fait d'inclure dans la Loi type l'obligation d'indiquer dès le début de la procédure de passation les procédures d'attribution des commandes au titre du marché-cadre ne posait pas de problèmes (moyennant des ajouts à l'article 27 et aux articles équivalents réglementant d'autres méthodes de passation), il pourrait être plus difficile de prévoir un contrôle et un examen efficaces étant donné que les dispositions correspondantes seraient ensuite appliquées à l'étape d'administration du marché[22]. En outre, la question se poserait de savoir pourquoi d'autres marchés à long terme ou importants ne seraient pas soumis à des dispositions similaires lors de l'étape de l'administration des marchés. Le Groupe de travail n'a pas encore décidé si la Loi type devrait réglementer cette étape de la passation[23].

---

[22] Voir note 5, *supra*.
[23] Ibid.

A/CN.9/WG.I/WP.52/Add.1 [Original: anglais]

Note du Secrétariat sur les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – projets de textes sur l'utilisation des accords-cadres et des systèmes d'acquisition dynamiques dans la passation des marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa onzième session

ADDITIF

[Les chapitres I et II figurent dans le document A/CN.9/WG.I/WP.52]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

III. Projets de dispositions visant à permettre le recours aux systèmes d'acquisition dynamiques dans la passation de marchés publics en vertu de la Loi type 1-19

A. Champ d'application et terminologie 1-4

B. Emplacement des projets de disposition 5

C. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée 6-19

IV. Modifications à apporter en conséquence aux dispositions de la Loi type 20-23

III. Projets de dispositions visant à permettre le recours aux systèmes d'acquisition dynamiques dans la passation de marchés publics en vertu de la Loi type

A. Champ d'application et terminologie

1. La présente section traite d'un arrangement électronique de passation de marchés ayant les caractéristiques principales des accords-cadres du "modèle 2" décrits dans le document A/CN.9/WG.I/WP.52, mais de nouveaux fournisseurs ou entrepreneurs peuvent être admis dans le système à tout moment, et tous les fournisseurs ou entrepreneurs ainsi admis peuvent revoir leur offre à tout moment (sans nouvelle phase d'appel d'offres). Compte tenu de ces caractéristiques, ce type d'arrangement diffère des accords-cadres des modèles 1 et 2 quant au fond et le Groupe de travail voudra donc peut-être les régir séparément, le cas échéant.

2. On trouve dans la pratique des variantes de ces systèmes qui diffèrent l'une de l'autre essentiellement par la mesure dans laquelle il est permis de modifier les spécifications du système (dans le cas le plus extrême, seules des spécifications génériques peuvent être prévues, puis elles sont affinées ou précisées lorsqu'une entité adjudicatrice souhaite faire un achat). Certains systèmes s'appuient sur un

environnement papier, mais la plupart fonctionnent électroniquement, sous la forme de catalogues électroniques ou de systèmes d'achat électroniques. Bien qu'ils soient appelés accords-cadres dans certains pays, ces arrangements pourraient être dénommés plus justement listes de qualification permanentes, en particulier dans les cas où seules des spécifications génériques sont prévues[1]. Pour les régimes de contrôle habituellement exercés sur ces listes, voir les notes du secrétariat sur les listes de fournisseurs (A/CN.9/WG.I/WP.45 et Add.1).

3. Le Groupe de travail souhaitera peut-être fonder les dispositions visant à régir ces systèmes dans la Loi type sur les dispositions relatives au "système d'acquisition dynamique" de la Directive 2004/18/CE de l'Union européenne sur les marchés publics (art. 1-6 et 33) (ci-après dénommée "Directive de l'UE sur les marchés publics")[2], qui ne repose pas sur une spécification générique et qui n'est donc pas, par essence, une liste de fournisseurs.

4. S'agissant de la terminologie du système, en attendant que le Groupe de travail prenne une décision à ce sujet et conformément aux notes déjà publiées sur ce thème, la présente note fera référence à l'expression "système d'acquisition dynamique" (qui est utilisée dans la version française de la Directive de l'UE sur les marchés publics).

B. Emplacement des projets de disposition

5. En attendant que le Groupe de travail examine la structure de la Loi type révisée, les dispositions relatives aux systèmes d'acquisition dynamiques sont exposées dans la présente note sous la forme de trois projets d'article qu'il est prévu d'insérer dans un projet de section composite sur les systèmes d'acquisition dynamiques, dans le Chapitre V (après les dispositions relatives aux accords-cadres)[3]. Les projets d'article seront numérotés lorsque la structure du Chapitre V sera finalisée.

C. Projet de texte proposé pour la Loi type révisée

6. On trouvera ci-après les projets de dispositions, qui s'inspirent de la Directive de l'UE sur les marchés publics, mais qui sont rédigées compte tenu des dispositions proposées pour les accords-cadres figurant dans le document A/CN.9/WG.I/WP.52, ainsi que des dispositions de la Loi type actuelle:

---

[1] Voir A/CN.9/WG.I/WP.44/Add.1, par. 31 à 35.

[2] Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, disponible au moment de la rédaction de la présente note à l'adresse suivante: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/legislation_fr.htm.

[3] Le Groupe de travail pourrait considérer les systèmes d'acquisition dynamiques comme des techniques pouvant être appliquées à des procédures d'appel d'offres, et non comme une méthode de passation en tant que telle. Cela s'applique également aux enchères électroniques inversées et aux accords-cadres (voir A/CN.9/WG.I/WP.51, par. 3 à 5, et A/CN.9/WG.I/WP.52, par. 9 et note 6).

"Section […]. Systèmes d'acquisition dynamiques

Article [51 *undecies*]. Dispositions générales

1) L'entité adjudicatrice peut mettre en place un système d'acquisition dynamique [électronique] [qui fonctionne électroniquement] [pour des achats d'usage courant généralement disponibles sur le marché] qui prévoit les procédures et les conditions d'attribution de marchés concernant la fourniture de biens, de travaux et de services à passer dans le cadre de ce système pendant une période donnée.

2) Le système d'acquisition dynamique est mis en place pour une durée déterminée, qui ne dépasse pas […] ans. La durée de fonctionnement du système peut être prolongée de […] ans au maximum dans des circonstances exceptionnelles, dès la publication d'un avis de prolongation du système dans […] (chaque État adoptant spécifie le journal officiel ou autre publication officielle dans lequel l'avis doit être publié). L'entité adjudicatrice indique dans le procès-verbal visé à l'article 11 de la présente loi les motifs et les circonstances sur lesquels il se fonde pour prolonger la durée du système."

Commentaire et points à examiner dans le Guide pour l'incorporation

Paragraphe 1

7. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner les éléments qui pourraient être inclus dans la définition du système d'acquisition dynamique au paragraphe 1, notamment le fait qu'il s'agit d'un processus entièrement électronique adapté à certains types d'achat (comme indiqué dans le texte optionnel entre crochets). À cet égard, l'attention du Groupe de travail est appelée sur la définition des systèmes d'acquisition dynamiques énoncée dans la Directive de l'UE sur les marchés publics:

> "Un 'système d'acquisition dynamique' est un processus d'acquisition entièrement électronique pour des achats d'usage courant, dont les caractéristiques généralement disponibles sur le marché satisfont aux besoins du pouvoir adjudicateur, limité dans le temps et ouvert pendant toute sa durée à tout opérateur économique satisfaisant aux critères de sélection et ayant présenté une offre indicative conforme au cahier des charges."

8. Le Groupe de travail souhaitera peut-être également examiner les points soulevés dans le paragraphe 11 du document A/CN.9/WG.I/WP.52 concernant une modification éventuelle de la définition de l'"entité adjudicatrice" énoncée à l'article 2 de la Loi type. Dans le cadre du projet d'article 51 *undecies*-1 ci-dessus, cette modification permettrait à plusieurs entités adjudicatrices de mettre en place un système d'acquisition dynamique ou d'utiliser celui mis en place par une centrale d'achat.

Paragraphe 2

9. La Directive de l'UE sur les marchés publics limite la durée des systèmes d'acquisition dynamiques à quatre ans dans des circonstances normales (des exceptions sont autorisées si elles sont dûment justifiées). Le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'indiquer une durée maximale dans le texte de la Loi type, plutôt que de laisser la réglementation en matière de passation des marchés ou

d'autres règles déterminer cette durée. Le texte prévoit en outre que la durée peut être prorogée s'il est souhaitable de prolonger le système, plutôt que de le mettre en place à nouveau.

10. Contrairement à ce qui est le cas pour la prolongation des accords-cadres (voir article 51 *octies*-4 dans le document A/CN.9/WG.I/WP.52, texte suivant le paragraphe 10), lesquels constituent des systèmes fermés, l'avis de prolongation d'un système d'acquisition dynamique doit être publié (pour indiquer que le système est ouvert à tous les fournisseurs intéressés à tout moment). De plus, l'entité adjudicatrice est tenue de justifier la prolongation dans le procès-verbal de la procédure de passation des marchés; le Guide pour l'incorporation pourrait indiquer que la justification devrait normalement être liée à un besoin continu de l'objet visé par le système d'acquisition dynamique et à l'absence de modifications importantes du marché dans l'intervalle.

Article [51 *duodecies*]. Mise en place des systèmes d'acquisition dynamiques

1) Lorsqu'une entité adjudicatrice souhaite mettre en place un système d'acquisition dynamique, elle publie d'abord une invitation à présenter une offre indicative dans […] (chaque État adoptant spécifie le journal officiel ou autre publication officielle dans lequel l'avis doit être publié).

2) L'invitation à présenter des offres indicatives précise, outre les informations mentionnées à l'article 25-1 a) et e) à i) et à l'article 27 a) à c), i) à k), t), u) et w) de la présente loi:

a) Le fait que l'entité adjudicatrice mettra en place un système d'acquisition dynamique;

b) La nature des achats envisagés faisant l'objet de ce système, leur quantité estimée et le lieu et le délai de livraison souhaités;

c) Les conditions du système d'acquisition dynamique, notamment sa durée, le nombre minimal ou maximal de fournisseurs ou d'entrepreneurs qui y sont admis, les critères de sélection et la procédure d'admission;

d) D'autres renseignements nécessaires concernant le système d'acquisition dynamique, l'équipement électronique utilisé et les arrangements techniques de connexion;

e) L'adresse [site Web ou adresse électronique] à laquelle le cahier des charges, les conditions du système d'acquisition dynamique et tous les autres renseignements nécessaires concernant le fonctionnement de ce système peuvent être consultés;

f) Le fait que les fournisseurs ou les entrepreneurs peuvent présenter des offres indicatives à tout moment pendant toute la durée du système d'acquisition dynamique, à concurrence du nombre maximal de fournisseurs ou d'entrepreneurs admis dans le système d'acquisition dynamique, le cas échéant;

g) Les procédures d'attribution du marché dans le cadre du système, notamment:

i) Si une enchère électronique inversée aura lieu et, dans l'affirmative, les renseignements requis visés à l'article […] de la présente loi; et

ii) Les critères dont l'entité adjudicatrice doit tenir compte pour évaluer les offres, y compris leur coefficient de pondération et la manière dont ils seront appliqués à l'évaluation, et si l'attribution du marché se fondera sur le prix le plus bas ou l'offre la plus basse selon l'évaluation.

3) L'entité adjudicatrice garantit, dès la publication de l'invitation à soumettre des offres indicatives et pendant toute la durée du système, l'accès libre, direct et complet au cahier des charges et aux conditions du système d'acquisition dynamique ainsi qu'à tout autre renseignement nécessaire en rapport avec le fonctionnement du système.

4) L'entité adjudicatrice évalue toutes les offres indicatives reçues pendant la durée du système d'acquisition dynamique [dans un délai maximal de […] jours] conformément aux critères de sélection énoncés dans l'invitation à soumettre des offres indicatives.

5) Sous réserve d'un nombre maximal de fournisseurs ou d'entrepreneurs à admettre dans le système ainsi que des critères et de la procédure de sélection de ce nombre spécifiés dans l'invitation à soumettre des offres indicatives, l'entité adjudicatrice admet dans le système tous les fournisseurs ou entrepreneurs satisfaisant aux critères de sélection et ayant présenté une offre indicative conforme au cahier des charges et à toute autre exigence supplémentaire figurant dans l'invitation à soumettre des offres indicatives.

6) L'entité adjudicatrice fait promptement savoir aux fournisseurs ou entrepreneurs s'ils sont admis dans le système ou si leur offre indicative a été rejetée.

7) Les fournisseurs ou entrepreneurs admis dans le système d'acquisition dynamique peuvent améliorer leurs offres indicatives à tout moment pendant la durée du système d'acquisition dynamique, à condition qu'elles demeurent conformes au cahier des charges figurant dans l'invitation à soumettre des offres indicatives.

(8) L'entité adjudicatrice publie promptement un avis de mise en place d'un système d'acquisition dynamique, selon les modalités spécifiées pour la publication des avis d'attribution de marché conformément à l'article 14 de la présente loi. L'avis désigne les fournisseurs ou entrepreneurs admis dans le système.

Commentaire

Paragraphe 1

11. La nature ouverte des systèmes exige la sollicitation ouverte des offres indicatives. Le paragraphe 1 s'inspire des dispositions de l'article 24-1.

Paragraphe 2

12. Le contenu de l'invitation à soumettre des offres indicatives doit inclure les renseignements visés aux articles 25-1 et 27. Pour éviter les redondances, des

renvois appropriés aux dispositions pertinentes de ces articles ont été insérés dans le paragraphe. En outre, celui-ci énumère les renseignements spécifiques aux systèmes qui doivent être publiés au début des procédures de passation des marchés.

13. Le libellé du texte entre crochets à l'alinéa e) sera aligné sur les dispositions similaires relatives aux enchères électroniques inversées (voir A/CN.9/WG.I/WP.51, paragraphe 29).

14. Comme dans le cas des accords-cadres, le Groupe de travail souhaitera peut-être indiquer explicitement dans cet article les exigences d'objectivité et de transparence applicables aux critères d'évaluation, notamment en ajoutant dans les alinéas pertinents (tels que les alinéas c) et g) ii)) le libellé suivant ou un libellé similaire: "les critères, qui seront, dans la mesure du possible, objectifs et quantifiables et qui seront affectés d'un coefficient de pondération dans la procédure d'évaluation ou seront exprimés en termes pécuniaires, dans la mesure du possible" (voir également A/CN.9/WG.I/WP.52, paragraphe 21).

Paragraphe 4

15. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner le délai dans lequel, d'une part, les offres indicatives devraient être évaluées et, d'autre part, la décision concernant leur admission dans le système ou leur rejet devrait être prise. La Directive de l'UE sur les marchés publics renferme des dispositions équivalentes qui prévoient que l'évaluation devrait être achevée dans un délai maximal de 15 jours à compter de la présentation de l'offre indicative. Toutefois, dans le cadre de ce système, l'entité adjudicatrice peut prolonger la période d'évaluation pour autant qu'aucune mise en concurrence n'intervienne entre-temps.

Article [51 *tredecies*]. Attribution de marchés dans le cadre de systèmes d'acquisition dynamiques

1) L'entité adjudicatrice peut par la suite attribuer un ou plusieurs marchés dans le cadre du système d'acquisition dynamique conformément aux procédures établies dans l'invitation à soumettre des offres indicatives, sous réserve des dispositions ci-après.

2) Chaque marché spécifique fait l'objet d'une mise en concurrence.

3) L'entité adjudicatrice invite tous les fournisseurs ou entrepreneurs admis dans le système à présenter une offre en vue de la fourniture des articles à acquérir pour chacun des marchés qu'elle propose d'attribuer. L'invitation devra:

a) Reformuler, ou formuler si nécessaire en les précisant, les renseignements visés à l'article [51 *duodecies*-2 g)] de la présente loi;

b) Énoncer les clauses et conditions du marché, dans la mesure où elles sont déjà connues de l'entité adjudicatrice; et

c) Inclure des instructions pour l'établissement des offres.

4) L'entité adjudicatrice fixe une date et une heure précises comme délai de soumission des offres. Ce délai laisse suffisamment de temps aux fournisseurs ou entrepreneurs pour préparer et soumettre leurs offres.

5) L'entité adjudicatrice évalue toutes les offres reçues et détermine l'offre à retenir conformément aux critères d'évaluation énoncés dans l'invitation à soumettre des offres en vertu de l'alinéa 3 a) du présent article.

6) Sous réserve des dispositions des articles [12, 12 *bis* et autres références appropriées] de la présente loi, l'entité adjudicatrice accepte l'offre ou les offres à retenir et fait promptement savoir au(x) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) adjudicataire(s) qu'elle a accepté leur(s) offre(s). Elle fait également savoir à tous les autres fournisseurs et entrepreneurs ayant soumis des offres le nom et l'adresse du (des) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) dont l'offre ou les offres a (ont) été acceptée(s) et le prix du marché.

7) Le marché, passé conformément aux conditions de l'offre (ou des offres) retenue(s), entre en vigueur lorsque l'avis est envoyé au(x) fournisseur(s) ou entrepreneur(s) adjudicataire(s).

8) Lorsque le prix convenu conformément à un marché passé en vertu des dispositions du présent article dépasse [l'État adoptant indique un montant minimal [ou] le montant spécifié dans les règlements relatifs aux marchés]], l'entité adjudicatrice publie promptement l'avis d'attribution du marché selon les modalités de publication visées à l'article 14 de la présente loi. Elle publie en outre, de la même manière, des avis [trimestriels] pour tous les marchés passés dans le cadre du système d'acquisition dynamique.

Commentaire

16. Étant donné que ce libellé suit les dispositions équivalentes régissant les accords-cadres, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner les questions soulevées aux paragraphes 29 et 35 du document A/CN.9/WG.I/WP.52.

Publication d'un avis avant d'émettre l'invitation à soumettre une offre

17. Conformément à la Directive de l'UE sur les marchés publics, les entités adjudicatrices qui souhaitent attribuer des marchés dans le cadre du système doivent d'abord publier un avis de marché simplifié invitant tous les fournisseurs intéressés à présenter une offre indicative. Elles ne procèdent à la mise en concurrence de tous les soumissionnaires qu'après avoir achevé l'évaluation de toutes les offres indicatives reçues dans un délai déterminé après la publication de l'avis de marché simplifié. Les commentateurs ont fait observer que les obligations régissant le processus d'attribution, qui présentaient des avantages en termes de transparence, risquaient de faire grandement obstacle à l'utilisation de ce système[4].

18. Si le Groupe de travail estime qu'une disposition prévoyant un avis de marché simplifié est souhaitable, il pourrait insérer un paragraphe avant le paragraphe 3 dans le texte ci-dessus, qui disposerait par exemple que:

"3) Avant d'inviter les fournisseurs ou entrepreneurs admis dans le système à présenter leurs offres, l'entité adjudicatrice:

a) Publie un avis simplifié concernant l'existence du système d'acquisition dynamique et invitant tous les fournisseurs ou entrepreneurs

[4] Voir A/CN.9/WG.I/WP.44/Add.1, par. 35.

intéressés à envisager d'adhérer au système en soumettant des offres indicatives. L'article 51 [*duodecies*-1 et 2] s'applique à la publication de cet avis simplifié;

b) Achève l'évaluation de toutes les offres indicatives soumises dans le délai fixé dans l'avis simplifié, qui ne peut être inférieur à [...] jours à compter de la date de publication de l'avis simplifié. L'article [51 *duodecies*-4 à 6] s'applique à l'évaluation des offres indicatives et à l'admission dans le système."

19. Le Groupe de travail voudra donc peut-être examiner également le délai après la publication de l'avis simplifié dans lequel l'entité adjudicatrice doit permettre à tous les fournisseurs ou entrepreneurs intéressés de soumettre leurs offres indicatives. Ce délai doit être suffisamment long pour permettre aux nouveaux soumissionnaires de préparer leurs offres indicatives. Les dispositions correspondantes de la Directive de l'UE sur les marchés publics prévoient que le délai ne devrait pas être inférieur à quinze jours après la publication de l'avis. Ce délai n'inclut pas le temps supplémentaire dont l'entité adjudicatrice pourrait avoir besoin pour achever l'évaluation de toutes les offres indicatives reçues dans le délai fixé (voir projet d'article 51 *duodecies*-4).

IV. Modifications à apporter en conséquence aux dispositions de la Loi type

20. Compte tenu des dispositions sur les accords-cadres et les systèmes d'acquisition dynamiques, il sera nécessaire d'apporter quelques modifications aux dispositions existantes de la Loi type. En particulier, l'article 11 relatif au procès-verbal de la procédure de passation des marchés devra être modifié.

21. Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager d'insérer des références aux accords-cadres, le cas échéant, à l'article 11, notamment aux alinéas 1 b), d) et g) et au paragraphe 2. En outre, un nouvel alinéa n) pourrait être ajouté au paragraphe 1 comme suit: "Tout autre renseignement devant figurer dans le procès-verbal de la procédure de passation des marchés en vertu des dispositions de la présente loi", ce qui permettrait de prendre en compte des dispositions comme celles énoncées aux articles 51 *octies*-4 (voir A/CN.9/WG.I/WP.52, texte suivant le paragraphe 10) et 51 *undecies*-2 ci-dessus.

22. Ce libellé couvrirait également les informations devant figurer dans le procès-verbal de la procédure de passation des marchés en vertu d'autres dispositions nouvelles de la Loi type, notamment celles régissant les enchères électroniques inversées. Il convient de rappeler qu'à sa dixième session, le Groupe de travail a décidé de reporter à une session ultérieure l'examen des révisions de l'article 11 rendues nécessaires par le recours aux enchères électroniques inversées[5].

23. Par ailleurs, quand il abordera les dispositions sur les recours au titre du Chapitre VI de la Loi type, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si l'utilisation des accords-cadres et des systèmes d'acquisition dynamiques, ainsi que leur fonctionnement devraient faire l'objet de recours.

---

[5] A/CN.9/615, par. 65.

III. ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL ET CONCILIATION

A. Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation sur les travaux de sa quarante-cinquième session (Vienne, 11-15 septembre 2006)

(A/CN.9/614) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-6
II.	Organisation de la session	7-13
III.	Délibérations et décisions	14
IV.	Révision du règlement d'arbitrage de la CNUDCI	15-136
	Principes généraux	15-21
	Section I. Dispositions préliminaires	22-58
	Section II. Composition du tribunal arbitral	59-75
	Section III. Procédure arbitrale	76-107
	Section IV. La sentence	108-135
	Disposition supplémentaire	136

I. Introduction

1. À sa trente et unième session (New York, 1er-12 juin 1998), la Commission, se référant aux discussions tenues lors de la "Journée de la Convention de New York" organisée en juin 1998 pour célébrer le quarantième anniversaire de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) ("la Convention de New York"), a estimé qu'il serait utile d'étudier la possibilité de travaux futurs dans le domaine de l'arbitrage. Elle a prié le secrétariat de rédiger une note sur la base de laquelle elle examinerait cette possibilité à sa session suivante[1].

2. À sa trente-deuxième session (Vienne, 17 mai-4 juin 1999), la Commission était saisie d'une note intitulée "Travaux futurs envisageables dans le domaine de l'arbitrage commercial international" (A/CN.9/460). Se félicitant de l'occasion qui

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 17* (A/53/17), par. 235.

lui était donnée d'étudier s'il était souhaitable et possible de développer encore le droit de l'arbitrage commercial international, elle a jugé, dans l'ensemble, que l'heure était venue d'évaluer l'expérience, riche et positive, accumulée grâce à l'adoption de lois nationales fondées sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ("la Loi type") ainsi que l'utilisation du Règlement d'arbitrage ("le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI" ou "le Règlement") et du Règlement de conciliation de la CNUDCI, et de déterminer, au sein de l'instance universelle qu'elle formait, l'acceptabilité des idées et propositions d'amélioration des lois, règles et pratiques d'arbitrage[2]. Lors de l'examen de la question, la Commission n'a pas arrêté la forme que prendraient ses travaux futurs. Il a été convenu que des décisions seraient prises ultérieurement, lorsque la teneur des solutions proposées serait plus claire. Des dispositions uniformes pourraient ainsi prendre la forme d'un texte législatif (par exemple, des dispositions législatives types ou un traité) ou d'un texte non législatif (par exemple, des règles contractuelles types ou un guide de pratique)[3].

3. À sa trente-neuvième session (New York, 19 juin-7 juillet 2006), la Commission est convenue d'entreprendre en priorité la révision de son Règlement d'arbitrage. Elle a noté que le Règlement, qui était l'un des premiers instruments qu'elle avait élaborés dans le domaine de l'arbitrage, était considéré comme un texte très réussi, adopté par de nombreux centres d'arbitrage et utilisé dans de nombreuses affaires telles que, par exemple, les litiges entre investisseurs et États. Compte tenu du succès et du prestige du Règlement d'arbitrage, la Commission a généralement estimé qu'une éventuelle révision ne devrait pas en modifier la structure, l'esprit et le style, et qu'elle devrait en respecter la souplesse au lieu de le compliquer. Il a été proposé que le Groupe de travail définisse soigneusement la liste des thèmes qu'il faudrait peut-être aborder dans une version révisée du Règlement[4].

4. L'arbitrabilité, a-t-on dit, était aussi une importante question à examiner en priorité. Il a été déclaré qu'il appartiendrait au Groupe de travail d'examiner si les questions susceptibles d'arbitrage pouvaient être définies de manière générique, éventuellement au moyen d'une liste illustrative, ou si la disposition législative à élaborer sur l'arbitrabilité devrait indiquer les questions non susceptibles d'arbitrage. Il a été estimé que l'étude de la question de l'arbitrabilité dans le contexte des biens immeubles, de la concurrence déloyale et de l'insolvabilité pourrait être utile aux États. On a toutefois appelé l'attention sur le fait que l'arbitrabilité soulevait des questions d'ordre public, concept notoirement difficile à définir de manière uniforme, et qu'une liste prédéfinie de questions arbitrables risquait de restreindre inutilement l'aptitude des États à répondre à certaines préoccupations d'ordre public susceptibles d'évoluer dans le temps[5].

5. Parmi les autres thèmes susceptibles de faire l'objet de travaux futurs du Groupe de travail figuraient les questions posées par le règlement des conflits en ligne. Il a été dit que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, lorsqu'il était lu conjointement avec d'autres instruments de la CNUDCI, comme la Loi type de la

---

[2] Ibid., *cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 337.
[3] Ibid., par. 338.
[4] Ibid., *soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 184.
[5] Ibid., par. 185.

CNUDCI sur le commerce électronique et la Convention des Nations Unies sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux, résolvait déjà un certain nombre de questions qui se posent dans le contexte en ligne. Un autre thème mentionné était l'arbitrage dans le domaine de l'insolvabilité. Une autre suggestion, encore, a été d'examiner l'incidence des injonctions antipoursuites sur l'arbitrage international. On a proposé, en outre, d'envisager de clarifier les notions, employées au paragraphe 1 de l'article premier de la Convention de New York, de "sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un État autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées" ou de "sentences arbitrales qui ne sont pas considérées comme sentences nationales dans l'État où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées", dont on a dit qu'elles avaient été source d'incertitudes dans certaines juridictions étatiques. La Commission a également écouté avec intérêt une déclaration faite au nom du Comité consultatif international du coton, dans laquelle il était proposé qu'elle engage des travaux pour promouvoir la discipline contractuelle, l'efficacité des conventions d'arbitrage et l'exécution des sentences dans ce secteur[6].

6. Après une discussion, la Commission a généralement estimé que le Groupe de travail pourrait aborder plusieurs questions en parallèle. Elle est convenue que le Groupe reprendrait ses travaux sur la révision du Règlement d'arbitrage. Elle est également convenue que l'arbitrabilité était un thème qu'il devrait aussi examiner. Pour ce qui est du règlement des conflits en ligne, il a été convenu que le Groupe de travail inscrirait cette question à son programme, mais qu'il devrait, du moins dans un premier temps, examiner les incidences des communications électroniques dans le cadre de la révision du Règlement d'arbitrage[7].

II. Organisation de la session

7. Le Groupe de travail, qui est composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa quarante-cinquième session à Vienne du 11 au 15 septembre 2006. Ont participé à cette session les États membres du Groupe de travail ci-après: Algérie, Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Bélarus, Brésil, Cameroun, Canada, Chine, Croatie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Guatemala, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Jordanie, Kenya, Mexique, Nigéria, Pologne, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Suède, Suisse, Thaïlande, Tunisie, Turquie et Venezuela (République bolivarienne du).

8. Ont également participé à la session des observateurs des États suivants: Bahreïn, Bulgarie, Finlande, Indonésie, Irlande, Koweït, Lettonie, Maurice, Pays-Bas, Pérou, Philippines, République démocratique du Congo, République dominicaine, Roumanie, Slovaquie et Ukraine.

9. Y ont également participé des observateurs de l'organisation internationale intergouvernementale ci-après: Cour permanente d'arbitrage.

10. Ont également participé à la session des observateurs des organisations internationales non gouvernementales ci-après, invitées par le Groupe de travail:

---

[6] Ibid., par. 186.
[7] Ibid., par. 187.

Arab Union of International Arbitration, Asia Pacific Regional Arbitration Group (APRAG), Association européenne des étudiants en droit (ELSA), Association suisse de l'arbitrage (ASA), Centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international, Centre international d'arbitrage, Chambre de commerce internationale (CCI), Chartered Institute of Arbitrators, Club d'arbitres de la Chambre d'arbitrage de Milan, Comité consultatif créé en vertu de l'article 2022 de l'ALENA, Conseil international pour l'arbitrage commercial, Construction Industry Arbitration Association du Centre d'arbitrage international de Singapour, Forum for International Commercial Arbitration (FICA), Institut international pour l'arbitrage (IAI), Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration, London Court of International Arbitration (LCIA), School of International Arbitration (Queen Mary University of London) et Union internationale des avocats (UIA).

11. Le Groupe de travail a élu le Bureau ci-après:

Président: M. Michael Schneider (Suisse);

Rapporteur: M. Trumph Jalichandra (Thaïlande).

12. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: a) ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.142); b) note du secrétariat sur la révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI conformément à la décision prise par la Commission à sa trente-neuvième session (A/CN.9/WG.II/WP.143 et A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1).

13. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant:

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et organisation des travaux futurs.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

III. Délibérations et décisions

14. Le Groupe de travail a commencé par examiner le point 4 de l'ordre du jour en se fondant sur les notes établies par le secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.143 et A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1). Il est rendu compte de ses délibérations sur ce point au chapitre IV. Le secrétariat a été prié d'élaborer un premier projet de version révisée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI en tenant compte des délibérations du Groupe de travail.

IV. Révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

Principes généraux

15. Le Groupe de travail a rappelé que dans le mandat qu'elle lui avait confié à sa trente-neuvième session, tenue à New York du 19 juin au 7 juillet 2006 (voir ci-dessus, par. 3 à 6), la Commission avait notamment précisé qu'une éventuelle révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ne devrait pas en modifier la structure, l'esprit et le style, et qu'elle devrait en respecter la souplesse au lieu de le compliquer[8].

16. Le Groupe de travail a convenu que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI était l'un des instruments de la CNUDCI qui avait eu le plus de succès et qu'il fallait donc éviter d'apporter des modifications inutiles ou de faire figurer dans les travaux préparatoires des déclarations qui remettraient en question la légitimité d'applications antérieures du Règlement dans des cas précis. On a estimé que la révision devrait surtout avoir pour objectif d'actualiser le Règlement pour tenir compte des changements survenus ces trente dernières années dans la pratique de l'arbitrage.

17. On a souligné que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI avait été initialement conçu pour être utilisé dans un large éventail de circonstances et qu'on avait donc suivi, pour l'élaborer, une approche générique. Le Groupe de travail a rappelé que pour cette raison, les mots "ad hoc" avaient été supprimés du titre du Règlement lors de l'élaboration du texte. On a noté que dans la pratique, le Règlement était utilisé dans au moins quatre types de cas: les litiges entre parties commerciales privées non soumis à un organisme d'arbitrage (ce que l'on appelle parfois arbitrage ad hoc), les litiges entre investisseurs et États, les litiges entre États et les litiges commerciaux soumis à des organismes d'arbitrage. On a posé la question de savoir si, lors de la révision du Règlement d'arbitrage, le Groupe de travail devait conserver cette approche générique ou bien ajouter, le cas échéant dans des versions parallèles du Règlement ou dans des annexes, des dispositions qui traiteraient expressément des différents types d'arbitrage ou des litiges auxquels celui-ci s'appliquait. On a estimé que des annexes pourraient fournir à des utilisateurs tels que les États et les organismes d'arbitrage des indications utiles lorsqu'ils adoptent le Règlement d'arbitrage. À ce propos, on a appelé l'attention du Groupe de travail sur les recommandations relatives à la conduite des arbitrages conformément au Règlement, que la CNUDCI a adoptées en 1982. Ces recommandations ont pour objet de fournir aux organismes d'arbitrage et à d'autres organismes compétents tels que les chambres de commerce des indications et des conseils sur la façon d'utiliser le Règlement. Par exemple, le Règlement peut être utilisé comme base pour élaborer ou réviser des règlements intérieurs, lorsque des organismes d'arbitrage ou d'autres organismes font office d'autorité de nomination comme le prévoit le Règlement d'arbitrage, ou pour la fourniture de services administratifs, techniques ou fonctionnels dans le cadre d'un arbitrage mené conformément à ses dispositions.

18. On s'est déclaré largement favorable à une approche générique visant à déterminer les dénominateurs communs à tous les types d'arbitrage, quel que soit

---

[8] Ibid., par. 184.

l'objet du litige, plutôt qu'à une approche traitant de situations spécifiques. Le Groupe de travail a noté que le Règlement avait pu être facilement adapté pour être appliqué à un très large éventail de litiges dans des circonstances très différentes, et que cet atout devait être conservé. Il a noté en outre que le Règlement pourrait être appliqué, à l'avenir, à d'autres situations ou types de litige qui n'avaient pas encore été recensés. Selon une opinion, étant donné que dans divers domaines, tel le règlement des litiges entre investisseurs et États, la pratique arbitrale était encore en gestation, il ne serait pas opportun d'essayer de définir des dispositions précises à ce stade. D'aucuns ont également déclaré que l'inclusion de telles dispositions pourrait compromettre la souplesse et la simplicité actuelles du Règlement, le rendant ainsi moins attrayant. D'autres ont estimé qu'il serait souhaitable d'identifier les dispositions qui pourraient nécessiter un ensemble de règles différentes à des fins spécifiques ou qu'à tout le moins, cette possibilité ne devrait pas être écartée.

19. Après un débat, le Groupe de travail est convenu de conserver la structure et l'esprit du Règlement. Étant donné que certains éléments de ce débat pourraient, le cas échéant, aboutir à des conclusions utiles en ce qui concerne certaines situations telles que les litiges entre États et investisseurs ou l'arbitrage institutionnel, il a été convenu que ces éventuelles conclusions, même s'il n'en était finalement pas tenu compte dans le Règlement ou dans une documentation annexe, devraient être mentionnées dans les travaux préparatoires.

20. En ce qui concerne la méthode de travail à suivre à la session en cours, il a été suggéré que le Groupe de travail détermine les domaines où une révision du Règlement pourrait être utile en indiquant, le cas échéant, les éléments matériels ou les principes à adopter en ce qui concerne les révisions proposées, afin que le secrétariat puisse préparer, pour les sessions futures du Groupe, une première version préliminaire révisée du Règlement. Le Groupe est convenu, sur la base des documents A/CN.9/WG.II/WP.143 et Add.1, d'établir la liste des questions qu'il faudrait peut-être traiter dans une version révisée du Règlement et d'entendre les propositions faites au secrétariat concernant la rédaction de ces révisions, mais de ne pas tirer de conclusions à la présente session.

Harmonisation rédactionnelle du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et de la Loi type

21. Le Groupe de travail est convenu que l'harmonisation des dispositions du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et des dispositions correspondantes de la Loi type sur l'arbitrage ne devrait pas être automatique, mais envisagée uniquement lorsqu'elle était jugée appropriée.

Section I. Dispositions préliminaires

Champ d'application – Article premier

Version applicable du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

22. On a fait observer que l'article premier traitait du champ d'application du Règlement d'arbitrage, sans indiquer quelle version du Règlement serait applicable en cas de révision. À cet égard, on a également fait observer que dans la clause

d'arbitrage type figurant en appendice au paragraphe 1 de l'article premier, il était fait mention du Règlement "actuellement en vigueur".

23. On a signalé que certains organismes d'arbitrage avaient pour habitude d'inclure une disposition interprétative expresse énonçant que le Règlement en vigueur à la date d'ouverture de la procédure d'arbitrage (et non celui en vigueur à la date du contrat) était applicable, sauf convention contraire des parties. On a fait observer que dans la pratique, certaines parties préféraient appliquer à leurs litiges le règlement le plus récent, tandis que d'autres préféraient la sécurité de convenir d'un règlement en vigueur au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage. Il a également été dit que l'inclusion d'une disposition sur le règlement applicable présenterait l'avantage d'éviter les incertitudes quant à la version du Règlement qui serait applicable en cas de révision ultérieure. Cette proposition a recueilli un certain appui.

24. Le Groupe de travail a en outre noté que de nombreux traités relatifs aux investissements comprenaient une disposition relative au traitement des litiges, qui renvoyait au "règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international", sans préciser quelle version du Règlement serait applicable en cas de révision[9]. Certains traités disposent expressément qu'en cas de révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, la version applicable serait celle en vigueur lors de l'ouverture de la procédure.

25. On a fait observer qu'en raison de la nature contractuelle du Règlement, son caractère contraignant découlait de la volonté des parties. Aucune version du Règlement ne pouvait par elle-même être considérée comme "en vigueur" en dehors d'une convention entre les parties au litige (sauf peut-être lorsqu'un traité ou un autre instrument renvoyait au Règlement pour le traitement des litiges). On a averti que toute disposition qui désignerait la version du Règlement applicable par défaut devrait être compatible avec le principe de l'autonomie des parties. Si les parties étaient convenues d'appliquer la version antérieure, aucune disposition transitoire ne devrait avoir d'effet rétroactif sur cette convention.

26. Le Groupe de travail est convenu de revenir sur la question de la version applicable du Règlement une fois qu'il aurait achevé l'examen du texte actuellement en vigueur. On a souligné que la décision d'inclure ou non une disposition supplétive concernant la version applicable pourrait dépendre de l'ampleur des modifications.

Paragraphe 1

L'exigence de la forme écrite pour la clause compromissoire et pour toute modification du Règlement

27. On s'est interrogé sur le point de savoir s'il fallait conserver l'exigence de la forme écrite formulée au paragraphe 1 de l'article premier tant pour la convention

---

[9] Paragraphe 1 c) de l'article 1120 du Règlement de l'ALENA et paragraphe 3 b) de l'article 10 du Traité type sur les investissements de la Grèce (2001), reproduits dans CNUCED, *International Investment Instruments: A Compendium*, vol. VIII (2003), p. 273; Traité relatif aux investissements entre les États-Unis d'Amérique et l'Uruguay (2004); alinéa k) de l'article premier du Traité type sur les investissements des États-Unis d'Amérique (1994), reproduit dans CNUCED, *International Investment Instruments: A Compendium*, vol. III (1996), p. 195.

des parties de soumettre leurs litiges à l'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI que pour les modifications apportées à ce règlement. Des points de vue divergents ont été exprimés à ce sujet.

28. On a noté que l'exigence de la forme écrite pour la convention d'arbitrage avait pour objet de définir le champ d'application du Règlement d'arbitrage et que, contrairement à l'exigence de forme énoncée dans la Loi type, elle pouvait être distincte de la question de la validité de cette convention (qui dépendait de la loi applicable) ou de celle de son exécution en vertu de la Convention de New York.

29. Pour justifier la suppression de l'exigence de la forme écrite, il a été dit que la question de la forme devrait être laissée au droit applicable. On a fait observer qu'un certain nombre de règlements d'arbitrage ne subordonnaient pas leur applicabilité à l'existence d'une convention écrite. On a estimé que pour le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, le Groupe de travail devrait, dans un souci d'harmonisation de l'arbitrage international, adopter une approche conforme à celle de la Loi type sur l'arbitrage, qui traduisait une interprétation large et flexible des conditions de forme. Il a été ajouté que si l'on conservait une telle exigence, il faudrait la définir, et qu'une définition de ce type n'entrerait pas dans le champ d'application habituel d'un règlement d'arbitrage.

30. Il a toutefois été jugé nécessaire de conserver une référence à la règle de l'écrit, notamment du fait de l'absence d'une approche uniforme de la question, certains pays ayant supprimé cette règle tandis que d'autres continuaient à exiger la forme écrite. On a noté, en outre, que l'exigence de la forme écrite pouvait avoir deux fonctions: premièrement, rappeler aux parties que, selon la loi applicable, il se pouvait que la convention d'arbitrage ne soit valable que si elle revêtait la forme écrite; deuxièmement, offrir à une autorité de nomination un moyen commode sur lequel elle pouvait s'appuyer pour nommer des arbitres.

31. Le Groupe de travail est convenu que la question du maintien ou non de l'exigence de la forme écrite pour la convention d'arbitrage et la modification du Règlement devrait être examinée plus avant.

"les litiges se rapportant à ce contrat"

32. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe 1 de l'article premier se référait aux "litiges se rapportant à ce contrat". Il s'est posé la question de savoir si ces mots devraient être supprimés afin de ne pas donner à penser qu'il existait des types de litige que les parties ne pouvaient pas soumettre à l'arbitrage. Le Groupe de travail s'est demandé s'il fallait élargir la portée de ce paragraphe en y incluant un texte semblable à celui de l'article 7 de la Loi type, qui permet de soumettre à l'arbitrage des litiges "au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel", ou s'il ne devait prévoir aucune restriction.

33. Certaines délégations ont appuyé l'insertion des mots "au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel" au motif qu'ils recouvraient un large éventail de litiges, y compris ceux nés de traités relatifs aux investissements et qui n'étaient aucunement liés à un contrat ou se rapportaient à un contrat faisant intervenir une personne non partie à l'arbitrage. On a ajouté que l'insertion de ces mots renforcerait la cohérence entre le Règlement et la Loi type, laquelle avait été largement adoptée. Il a toutefois été objecté que ces mots ne faisaient que remplacer une restriction par une autre qui limitait inutilement la portée du Règlement et

pourrait soulever des questions d'interprétation préjudiciables à la sécurité que celui-ci offrait. Il a été jugé préférable de ne prévoir aucune restriction.

34. Il a été noté que si l'on supprimait les mots "se rapportant à ce contrat", il faudrait aussi, par souci de cohérence, supprimer les mots "à un contrat" figurant après "les parties". On a fait remarquer que la suppression des mots "se rapportant à ce contrat" pourrait, dans le contexte de litiges découlant de traités relatifs aux investissements, être source d'insécurité car les parties à la convention d'arbitrage pouvaient ne pas être les mêmes que les parties au litige. Il a été répondu qu'en traitant cette question dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, on y ajouterait inutilement un élément de complexité. Pour éviter cela, il a été proposé de supprimer toute référence aux parties au début du paragraphe 1 de l'article premier. Cette proposition a bénéficié d'un certain appui. S'agissant du libellé, on a proposé d'étudier plus avant des formules telles que " Lorsqu'une clause compromissoire renvoie au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI …" ou "S'il a été convenu qu'un litige sera soumis à l'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ...". Le Groupe de travail est convenu de revenir sur la question à une session ultérieure.

Paragraphe 2

Droit international

35. De l'avis général du Groupe de travail, il n'était pas nécessaire d'inclure au paragraphe 2 de l'article premier une référence au "droit international" pour traiter les cas où l'une des parties à l'arbitrage était un État ou une organisation internationale. On a estimé que les mots "la loi applicable à l'arbitrage à laquelle les parties ne peuvent déroger" couvraient de manière adéquate les cas où une source de droit de l'arbitrage était contenue dans un traité ou dans un autre instrument international obligatoire.

Libellé type de la clause compromissoire

36. On a posé la question de savoir si les mots "né du présent contrat ou se rapportant au présent contrat" devaient être supprimés de la clause compromissoire type. Il a été rappelé que le Groupe de travail avait envisagé de supprimer toute référence à un contrat (voir, ci-dessus, par. 32 à 34) dans le paragraphe 1 de l'article premier. En réponse à cela, un large appui s'est exprimé en faveur du maintien de la référence au contrat dans la clause compromissoire type, dont l'objet était précisément de donner une indication aux parties désireuses de faire figurer une telle clause dans leur contrat. On a ajouté que la suppression des mots "à une contravention au présent contrat, à sa résolution ou à sa nullité" qui résulterait de la suppression des mots "né du présent contrat ou se rapportant au présent contrat" pourrait avoir des conséquences imprévues ou négatives en fonction de la mesure dans laquelle la loi régissant la convention d'arbitrage admettait la séparabilité de celle-ci.

37. En ce qui concerne la teneur de la clause compromissoire type, il a été fait plusieurs propositions visant à compléter les options suggérées aux parties dans la note à cette clause. Il a notamment été proposé d'ajouter un alinéa tel que celui-ci: "e) la loi régissant la présente convention est …". Cette idée a recueilli un large soutien, sous réserve de modifications rédactionnelles. Il a également été proposé

d'ajouter un alinéa concernant la désignation de la loi régissant le contrat. Il a été objecté que cette proposition sortait du champ d'application du Règlement d'arbitrage. Une troisième proposition visait à remplacer, à l'alinéa c), les mots "le lieu de l'arbitrage" par les mots "le siège [juridique] de l'arbitrage" afin de souligner que le lieu légal de l'arbitrage peut être différent du lieu où les arbitres se réunissent effectivement. Cette proposition a été accueillie avec scepticisme parce qu'elle s'écartait de la terminologie utilisée dans la Loi type. Le Groupe de travail est convenu de revenir sur cette proposition lors de l'examen de l'article 16, qui traite du lieu de l'arbitrage.

38. Il a été proposé d'envisager de déplacer la clause compromissoire étant donné que le paragraphe 1 de l'article premier avait été modifié et ne faisait plus mention d'un contrat. Le Groupe de travail est convenu d'examiner cette proposition à une session ultérieure.

Notification, calcul des délais – Article 2

Paragraphe 1

Remise des notifications

39. Le Groupe de travail a noté que l'article 2-1, qui était fondé sur la Convention de la CNUDCI de 1974 sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, énonçait des règles supplétives que les parties pouvaient modifier. Il donnait des précisions utiles sur le point de savoir quand une notification, y compris une communication ou une proposition, pouvait être considérée comme ayant été reçue. On a fait observer qu'un certain nombre de règlements d'arbitrage en vigueur mentionnaient la notification par voie électronique et il a été indiqué que l'article 2 devrait être modifié pour tenir compte de la pratique actuelle. Il a été dit que ces amendements constitueraient simplement une clarification visant à écarter les doutes et ne devraient pas être interprétés comme signifiant que la version actuelle de l'article 2-1 exclut le recours aux moyens de communication électroniques.

40. On a également noté que l'article 2-1, en prévoyant la remise "en mains propres" des notifications, se fondait sur le principe d'une remise effective et n'envisageait pas la possibilité d'une remise présumée. D'aucuns ont estimé que l'inclusion d'une disposition sur la remise présumée serait utile, en particulier lorsque la remise n'était pas possible parce qu'une partie se dérobait ou l'entravait systématiquement. On a signalé au Groupe de travail, comme exemple de disposition de ce genre, l'article 3.3 du Règlement d'arbitrage de 1998 de la Chambre de commerce internationale ("le Règlement de la CCI"), qui dispose que "La notification ou la communication est considérée comme faite quand elle est reçue ou, si elle a été valablement effectuée conformément aux dispositions ci-dessus, aurait dû être reçue soit par la partie elle-même soit par son représentant".

Paragraphe 2

Modification des délais

41. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir si le paragraphe 2 de l'article 2 devait être modifié de manière à donner expressément au tribunal arbitral le pouvoir de prolonger ou d'abréger, s'il y a lieu, les délais prévus par le

Règlement d'arbitrage de la CNUDCI pour assurer un règlement juste et équitable du litige considéré.

42. On a fait observer que l'article 2-2, qui portait sur la méthode de calcul des délais, n'était peut-être pas l'endroit approprié pour traiter la question plus générale du pouvoir qu'a le tribunal arbitral de modifier les délais. On a émis l'opinion que cette question devrait être examinée dans le contexte de l'article 15, qui disposait que le tribunal arbitral pouvait procéder à l'arbitrage comme il le jugeait approprié. On a suggéré d'inclure une disposition telle que celle-ci: "Dans l'accomplissement de ses fonctions en vertu de l'article 15-1, le tribunal arbitral peut à tout moment prolonger ou abréger tout délai prescrit par le Règlement ou en application du Règlement".

43. Des réserves ont été exprimées quant à la nécessité d'inclure une disposition expresse concernant le pouvoir qu'a le tribunal arbitral de prolonger ou d'abréger les délais prévus. On a émis l'opinion que ce pouvoir pouvait être considéré comme inhérent aux attributions du tribunal arbitral, eu égard en particulier à l'article 15.

44. Selon une opinion contraire, étant donné qu'il était précisé à l'article 15 que ce pouvoir était expressément soumis au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et que divers délais étaient fixés dans différents articles du Règlement, celui-ci pouvait être interprété comme restreignant le pouvoir qu'a l'arbitre de modifier ces délais.

45. On a émis l'opinion que ce point pourrait être analysé une fois que le Groupe de travail aurait examiné toutes les dispositions qui fixent un délai et déterminé s'il était approprié dans chaque situation de donner expressément au tribunal arbitral le pouvoir de prolonger ou d'abréger les délais fixés. Ce point de vue a été appuyé.

46. On a noté, également, que l'octroi d'un tel pouvoir au tribunal arbitral serait utile lorsque les parties ne parvenaient pas à s'accorder sur les délais applicables. On a posé la question de savoir si les arbitres devaient être autorisés à modifier les délais même lorsque les parties s'étaient mises d'accord à leur sujet. Selon une opinion, les délais convenus par les parties avant la nomination du tribunal arbitral pourraient être considérés comme contraignants à l'égard de celui-ci, alors que ceux convenus entre les parties après sa nomination exigeaient son accord. Le Groupe de travail est convenu de poursuivre l'examen de cette question à une session ultérieure.

47. On a posé la question de savoir si le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI devait fixer un délai pour le prononcé de la sentence. Le Groupe de travail est convenu d'étudier ce point lors de l'examen de l'article 32 du Règlement (voir, ci-dessous, par. 118 et 119).

Notification d'arbitrage – Article 3

Séparation de la notification d'arbitrage et de la requête

48. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir si la notification d'arbitrage devait être séparée de la requête. On a fait valoir que le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI avait été soigneusement rédigé de manière à constituer un compromis entre ceux qui souhaitaient que la requête soit remise dès le début de la procédure et ceux qui préféraient une approche en deux temps consistant à remettre la notification d'arbitrage avant de présenter la requête.

49. Le Groupe de travail est convenu que la notification d'arbitrage et la requête devaient continuer de faire l'objet de deux documents séparés pouvant être soumis à des moments différents pour diverses raisons. Premièrement, on a avancé qu'il pourrait être difficile, dans certains cas, à une partie de présenter la requête en même temps que la notification d'arbitrage, par exemple lorsqu'il était urgent d'ouvrir la procédure d'arbitrage pour respecter un délai, obtenir des mesures provisoires ou accélérer le règlement d'un litige. Deuxièmement, il a été dit que la possibilité de présenter la requête soit en même temps, soit après la notification d'arbitrage, comme le prévoient les dispositions actuelles du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, donne à la procédure le degré de souplesse qui convient.

Contenu de la notification d'arbitrage

50. Il a été proposé de faire figurer dans les paragraphes 3 et 4 de l'article 3, qui traitent du contenu de la notification d'arbitrage, des informations supplémentaires ou plus détaillées, de manière à accroître l'efficacité de la procédure arbitrale.

51. S'agissant des litiges qui n'étaient pas nés d'un contrat ou qui ne se rapportaient pas à un contrat, on a proposé d'examiner si la notification d'arbitrage devait indiquer les documents ou les faits dont découlait le litige ou auxquels il se rapportait. Il a été estimé que cette approche était trop large et qu'il existait d'autres moyens de régler la question, par exemple en prévoyant, à l'alinéa d), une formule telle que: "La mention du contrat éventuel duquel est né le litige ou auquel il se rapporte" ou "La mention du contrat ou autre instrument juridique duquel est né le litige ou auquel il se rapporte".

52. Il a été proposé d'exiger, dans le cas des litiges nés d'un contrat, que la notification d'arbitrage s'accompagne d'une copie de ce contrat (plutôt que de simplement s'y référer). Il a toutefois été généralement estimé qu'une telle exigence serait inutilement contraignante et que le libellé actuel de l'article 3-3 d) couvrait de manière adéquate toutes les situations, y compris les litiges découlant d'un traité bilatéral relatif aux investissements ou se rapportant à un arrangement dont une partie avait été conclue oralement.

53. Il a par ailleurs été proposé de modifier l'article 3-3 e) en remplaçant les mots "la nature générale" par les mots "une brève description". On a aussi proposé d'ajouter au paragraphe 3 les dispositions qui figuraient actuellement aux alinéas a) et b) du paragraphe 4. Enfin, il a été suggéré de faire figurer dans la notification d'arbitrage, outre les éléments déjà énumérés dans le paragraphe 3, les propositions du demandeur concernant le nombre d'arbitres, ainsi que la langue et le lieu de l'arbitrage, si ces questions n'avaient pas encore été réglées d'un commun accord.

54. Il a été fait observer que si l'on imposait l'obligation de fournir un nombre excessif d'informations dans la notification d'arbitrage, il faudrait peut-être s'interroger sur ce qu'il conviendrait de faire si la notification était incomplète. Le Groupe de travail s'est demandé si cette question devait être traitée dans le Règlement révisé ou laissée à l'appréciation du tribunal arbitral. Pour éviter de surcharger la notification d'arbitrage, il a été suggéré de déterminer si certains des éléments qu'on proposait d'inclure dans le paragraphe 3 devaient être insérés comme éléments facultatifs dans le paragraphe 4. On a appuyé l'idée de permettre au tribunal arbitral de déterminer les conséquences d'une notification d'arbitrage

incomplète. Le Groupe de travail est convenu d'examiner la question plus avant à une session ultérieure.

55. On a estimé que la notification d'arbitrage, telle qu'elle était actuellement conçue dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, était un élément caractéristique et largement reconnu du Règlement qui permettait aux parties d'ouvrir rapidement et efficacement une procédure d'arbitrage et qu'il était important de ne pas l'abandonner.

Réponse à la notification d'arbitrage

56. Le Groupe de travail a noté que comme la requête n'était qu'un élément facultatif de la notification d'arbitrage, le tribunal arbitral pourrait être constitué sans que le défendeur ait l'occasion (ou soit tenu) d'exposer sa position sur des questions telles que la compétence, la demande ou toute demande reconventionnelle.

57. Le Groupe de travail s'est demandé si le défendeur devait se voir donner l'occasion d'exposer sa position avant la constitution du tribunal arbitral dans une réponse à la notification d'arbitrage et avant que le demandeur ne présente sa requête. Il a été dit que le fait de prévoir une telle possibilité, voire d'en faire une obligation procédurale comme l'ont proposé certaines délégations, aurait pour autre avantage d'éclaircir dès les premiers stades de la procédure les principales questions que soulève le litige. On a estimé qu'en donnant au défendeur le droit de répondre à la notification d'arbitrage, on établirait un juste équilibre entre les intérêts du défendeur et ceux du demandeur. Cette proposition a été appuyée. Le Groupe de travail est convenu d'examiner à une session ultérieure la question du contenu possible de la réponse à la notification d'arbitrage.

Date d'ouverture de la procédure d'arbitrage

58. Il a été demandé si la date d'ouverture de la procédure d'arbitrage devait être celle à laquelle la notification d'arbitrage était reçue par le défendeur, comme le prévoit l'article 3-2, ou celle de réception de la réponse à la notification d'arbitrage. Cette question a été jugée importante, en particulier pour les États où la loi sur l'arbitrage fixait un délai pour le prononcé de la sentence. On a estimé qu'il fallait distinguer la date d'ouverture de la procédure d'arbitrage de celle à partir de laquelle était calculé le délai pour le prononcé de la sentence. Le Groupe de travail est convenu d'examiner la question plus avant.

Section II. Composition du tribunal arbitral

Nombre d'arbitres – Article 5

59. Le Groupe de travail est ensuite passé à la question de savoir s'il fallait modifier la règle supplétive qui fixait le nombre d'arbitres à trois. Pour justifier le maintien de cette composition par défaut du tribunal arbitral, il a été dit que comme la règle supplétive des trois arbitres était une disposition caractéristique bien établie du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI qui avait été reproduite dans la Loi type et qui garantissait une certaine sécurité en faisant intervenir plusieurs arbitres, il convenait de la conserver pour rester en terrain connu.

60. On a fait valoir que l'inclusion d'une règle supplétive prévoyant un arbitre unique réduirait les coûts de l'arbitrage et rendrait donc celui-ci plus accessible, notamment aux parties défavorisées et dans des affaires moins complexes. Toutefois, on a dit qu'il n'était pas sûr que ces parties choisissent l'option moins coûteuse de l'arbitre unique et que la pratique arbitrale montrait qu'elles préféraient la solution des trois arbitres, qui leur permettait d'en choisir au moins un. Le Groupe de travail a fait observer que dans la pratique courante, la règle par défaut était de prévoir un arbitre unique pour les arbitrages administrés par certaines institutions, lesquelles étaient libres de nommer trois arbitres, sauf convention contraire des parties. Il a été fait observer que pour les procédures menées hors du cadre d'une institution d'arbitrage, la sélection discrétionnaire de trois arbitres par une telle institution n'était pas envisageable. Il a été proposé, pour ces arbitrages, de donner à l'autorité de nomination le pouvoir discrétionnaire de nommer trois arbitres en cas de procédure complexe. On a toutefois exprimé la crainte qu'une telle liberté ne dépasse le rôle habituel de l'autorité de nomination et ne retarde encore la procédure arbitrale. En outre, lors de la nomination des arbitres, il se peut qu'il n'existe pas d'autorité de nomination. On a estimé que le fait de laisser à l'autorité de nomination le soin de fixer le nombre d'arbitres en se fondant sur la question subjective de savoir si un cas était complexe ou non ajoutait un degré d'incertitude.

61. Il a été estimé qu'un meilleur moyen de traiter la question de l'accessibilité de l'arbitrage et de la réduction des coûts serait de formuler des lignes directrices sur l'utilisation du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI dans le cas de litiges mineurs.

Nomination des arbitres – Articles 6 à 8

Pluralité de parties à l'arbitrage

62. Le Groupe de travail a noté que les articles 6 à 8, qui concernaient la nomination des arbitres, ne comportaient aucune disposition traitant de la nomination des arbitres dans les affaires faisant intervenir une pluralité de parties. On s'est déclaré, pour la nomination des arbitres en pareil cas, favorable à une procédure en deux étapes. Lorsqu'il existait plusieurs demandeurs ou plusieurs défendeurs et que le litige devait être soumis à trois arbitres, un arbitre devrait être nommé conjointement par les demandeurs et un autre par les défendeurs; faute de nomination conjointe et lorsque toutes les parties ne pouvaient s'entendre sur une méthode de constitution du tribunal arbitral, l'autorité de nomination pouvait nommer chaque membre du tribunal arbitral et désigner l'un d'entre eux président. Un appui s'est exprimé en faveur des principes généraux de cette approche.

63. On a appuyé d'une manière générale la proposition tendant à inclure une règle qui priverait toutes les parties de leur droit de nommer un arbitre si les parties du côté tant demandeur que défendeur ne parvenaient pas à procéder à une telle nomination. Ainsi, lorsque les uns ou les autres étaient très nombreux et ne constituaient pas un groupe homogène ayant des droits et des obligations communs, comme dans le cas d'un groupe important d'actionnaires, l'autorité de nomination pourrait être habilitée à procéder à la nomination en leur nom. Au cours de cette discussion, il a été souligné que l'autorité de nomination devrait avoir le pouvoir discrétionnaire de nommer comme arbitre une personne déjà nommée par une partie qui, entre-temps, avait été privée de son droit de nomination. On a émis l'opinion que les règles applicables en cas de pluralité de parties à l'arbitrage ne devaient pas

régir uniquement la nomination des arbitres, mais aussi la conduite de l'arbitrage et la méthode de nomination, en particulier sa transparence, lorsqu'il existait à la fois plusieurs demandeurs et plusieurs défendeurs. Le Groupe de travail est convenu de revenir sur ces questions à une session ultérieure.

Récusation d'arbitres – Articles 9 à 12

Article 9

Nature continue de l'obligation de divulgation

64. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir si l'article 9, qui traitait de l'obligation de divulgation incombant aux arbitres, devait préciser que l'obligation de signaler toute circonstance de nature à soulever des doutes justifiés sur l'impartialité ou l'indépendance d'un arbitre était une obligation continue, comme indiqué à l'article 12-1 de la Loi type sur l'arbitrage. Alors que la Loi type imposait une obligation continue par les mots "à partir de la date de sa nomination et durant toute la procédure arbitral", le Règlement indiquait simplement que l'arbitre était soumis à l'obligation de divulgation "une fois qu'il a été nommé ou choisi". Le Groupe de travail a reconnu qu'aux fins de l'application du Règlement, cette obligation avait, dans la pratique, été interprétée comme une obligation continue. Néanmoins, pour lever tout doute à ce sujet et assurer l'uniformité avec la Loi type, il a été convenu de préciser le caractère continu de l'obligation de divulgation en utilisant un libellé similaire à celui de l'article 12-1 de la Loi type.

65. Le Groupe de travail n'a pas appuyé une proposition tendant à exiger que la divulgation s'effectue par écrit.

Article 12

Délais pour la récusation

66. Le Groupe de travail est convenu d'envisager la révision de l'article 12 afin de préciser les délais dans lesquels la partie récusant un arbitre devait solliciter une décision de l'autorité de nomination. Il a estimé que d'autres questions comme celle de savoir si la procédure arbitrale pouvait se poursuivre alors qu'une procédure de récusation était en cours ne devraient pas être examinées, car elles étaient traitées par les lois applicables ou laissées au tribunal arbitral.

Remplacement d'un arbitre – Article 13

Démission d'arbitres

67. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir si la version révisée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI devait définir les conditions auxquelles devait répondre la démission d'un arbitre afin d'éviter les fausses démissions ou, tout au moins, de minimiser leur impact sur l'ensemble du processus arbitral. L'article 13 ne comprenait pas de disposition à ce sujet et on a noté que dans la pratique, les démissions présentées de mauvaise foi ou pour des raisons tactiques avaient eu des effets néfastes sur les procédures arbitrales.

68. Le Groupe de travail a examiné plusieurs solutions pour définir les conditions dans lesquelles un arbitre pourrait être autorisé à démissionner. On a fait observer que dans le cas d'un tribunal arbitral composé de plusieurs arbitres, la démission de

l'un d'entre eux pourrait être acceptée par les autres. L'arbitre démissionnaire devrait indiquer les raisons de sa démission et se soumettre à l'appréciation des autres arbitres, ce qui pourrait décourager efficacement les démissions irréfléchies ou simplement tactiques. Cette pratique serait conforme à la règle générale selon laquelle le tribunal arbitral est maître de la conduite de la procédure. Une autre solution serait d'exiger que l'autorité de nomination accepte la démission de l'arbitre. On a toutefois fait valoir que les autres arbitres seraient mieux à même d'accepter ou de refuser une telle démission, car ils connaîtraient les tenants et les aboutissants de la procédure arbitrale.

69. On s'est demandé si le Règlement devait définir des critères utilisables pour déterminer si la démission était présentée de bonne foi ou non. À ce propos, on a dit que les institutions d'arbitrage refusaient rarement la démission d'un arbitre pour la simple raison que le fait d'exiger la participation d'un arbitre réticent nuirait à la procédure arbitrale. On a estimé, également, que le fait de fixer des critères utilisables pour accepter ou refuser la démission d'un arbitre instaurerait peut-être une rigidité excessive et qu'il serait préférable de permettre aux arbitres restants ou à l'autorité de nomination de déterminer, eu égard aux circonstances et aux faits pertinents, si la démission était recevable ou non. On a fait valoir que cette solution avait l'avantage de respecter les fondements contractuels de l'arbitrage.

Conséquences d'une démission présentée de mauvaise foi

70. On a dit que deux solutions pouvaient être envisagées lorsque la démission d'un arbitre n'avait pas été acceptée. Premièrement, la partie qui avait initialement désigné cet arbitre pourrait être privée du droit de désigner un remplaçant, qui serait alors octroyé à l'autorité de nomination. La seconde solution serait d'inclure une disposition concernant les tribunaux incomplets qui maintiendrait le tribunal arbitral composé de trois personnes et respecterait, ce faisant, la disposition prévue dans certaines lois nationales qui interdit qu'un tribunal arbitral se compose d'un nombre pair d'arbitres (voir par. 73 et 74, ci-dessous).

71. Le Groupe de travail a examiné le point de savoir si la perte du droit de désigner un arbitre remplaçant devait être automatique ou dépendre de certaines conditions. On a dit que la perte de ce droit ne devrait pas être liée à la nécessité de prouver la collusion avec l'arbitre démissionnaire. Il a aussi été dit que la déchéance de ce droit était un fait grave qui ne pouvait être fondé que sur une faute d'une partie à l'arbitrage. On a estimé qu'elle devait être le résultat d'une enquête factuelle et ne pas être subordonnée à des critères définis, et que le tribunal arbitral ou l'autorité de nomination devaient avoir le pouvoir discrétionnaire de déterminer si la partie en question avait le droit de désigner un autre arbitre.

72. On a dit que l'arbitre qui présentait sa démission de mauvaise foi pouvait voir sa responsabilité engagée de ce chef en application des règles générales régissant les rapports entre les parties et les arbitres.

Tribunaux incomplets

73. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir si le texte de l'article 13 excluait la possibilité qu'un tribunal arbitral devenu incomplet du fait de la démission d'un arbitre puisse poursuivre la procédure arbitrale et, le cas échéant, rendre une sentence sans qu'un arbitre remplaçant ait été désigné. Il a été fait

observer que certains tribunaux arbitraux avaient jugé que le pouvoir d'agir en tant que tribunal incomplet existait en vertu du Règlement actuel, non modifié. On a toutefois souligné qu'une sentence rendue par un tribunal arbitral incomplet risquait de ne pas être reconnue par certaines lois nationales. On a également dit qu'il était inutile d'inclure une disposition concernant les tribunaux arbitraux incomplets étant donné que les tribunaux judiciaires pouvaient statuer sur ce point en application soit de l'article 34 de la Loi type, soit de l'article V de la Convention de New York. Cependant, on a dit que le fait de s'en remettre à différentes interprétations des tribunaux judiciaires créerait une incertitude en ce qui concerne les tribunaux arbitraux incomplets et qu'il était préférable de régler la question pendant la procédure arbitrale plutôt que d'attendre, pour ce faire, le stade de l'exécution. Il a été suggéré qu'une éventuelle disposition concernant le remplacement d'un arbitre ne se limite pas à la démission de l'arbitre, mais traite également d'autres situations telles que l'incapacité ou le décès d'un arbitre.

74. On a déclaré qu'il serait particulièrement utile d'inclure une disposition concernant les tribunaux incomplets si celle-ci traitait des conditions dans lesquelles le mécanisme du tribunal incomplet s'appliquerait. Il a été convenu qu'une telle disposition devrait indiquer le type de comportement qui déclencherait la mise en œuvre de ce mécanisme, l'entité qui devrait être habilitée à décider de le mettre en œuvre (par exemple, l'autorité de nomination ou les arbitres restants) et le moment auquel le mécanisme pourrait commencer à fonctionner (c'est-à-dire seulement après la fin des audiences ou, éventuellement, avant). Il a été dit que le recours à ce mécanisme devrait se faire dans des délais très stricts, par exemple seulement une fois que les audiences sont closes, et que l'on ne devrait pas pouvoir y recourir quand la démission a été présentée de bonne foi, mais seulement lorsqu'elle l'a été de mauvaise foi ou qu'un arbitre fait autrement obstruction à la procédure.

Répétition orale en cas de remplacement d'un arbitre – Article 14

75. Le Groupe de travail s'est demandé si l'article 14 devait être révisé. D'aucuns ont proposé de prévoir une disposition accordant au tribunal arbitral le pouvoir de décider si la procédure devait ou non être répétée lorsque l'arbitre unique ou l'arbitre président avait été remplacé. Une autre proposition a été d'aligner l'article sur l'article 14 du Règlement suisse d'arbitrage international, lequel prévoit qu'en cas de remplacement d'un arbitre, la procédure reprend en règle générale au stade où l'arbitre remplacé a cessé d'exercer ses fonctions, sauf si le tribunal arbitral en décide autrement. Le Groupe de travail a prié le secrétariat de prévoir une version révisée de l'article 14 tenant compte ces propositions.

Section III. Procédure arbitrale

Dispositions générales – Article 15

76. Le Groupe de travail s'est ensuite demandé s'il fallait que le paragraphe 1 de l'article 15 dispose expressément que la procédure arbitrale devait être conduite par le tribunal arbitral sans retard injustifié. On a estimé que l'inclusion de ce principe était superflue, mais pourrait néanmoins aider le tribunal arbitral à prendre certaines mesures à l'égard tant des arbitres que des parties. On a toutefois signalé qu'en

incluant un tel principe, on risquait d'exposer le tribunal arbitral à des contestations pour non-respect de cette obligation.

77. Il a été estimé que l'article 15 du Règlement ne devait pas donner aux parties la possibilité de faire valoir leurs droits "à tout stade de la procédure", ces mots ayant été supprimés de l'article 18 de la Loi type. On a proposé, pour éviter qu'une partie invoque cette possibilité à un stade inapproprié, de remplacer les mots "à tout stade de la procédure" par les mots "à un stade approprié". Il a par ailleurs été estimé que les mots "toute possibilité" pourraient susciter des controverses et que les mots "la possibilité" seraient peut-être plus appropriés. On s'est toutefois demandé si cette modification était réellement nécessaire étant donné qu'à la connaissance du Groupe de travail, le texte actuel n'avait pas posé de problèmes ni eu d'effets non souhaités.

Procédure orale préparatoire

78. Le Groupe de travail est convenu qu'il n'était peut-être pas nécessaire d'accorder expressément au tribunal arbitral le pouvoir d'organiser des consultations ou réunions préliminaires, soit à la demande des parties, soit de sa propre initiative.

Jonction des affaires soumises au tribunal arbitral

79. Il a été indiqué au Groupe de travail que dans certains cas, en vertu du Règlement, la jonction d'affaires n'était possible que lorsque les parties y consentaient expressément, et il s'est demandé s'il fallait prévoir dans le Règlement des dispositions supplémentaires sur la question. Certaines délégations ont appuyé l'idée d'ajouter de telles dispositions en se fondant, par exemple, sur l'article 4-6 du Règlement d'arbitrage de la CCI, qui permettait une jonction lorsque toutes les procédures concernaient la même "relation juridique", sous réserve du consentement des parties à se soumettre au règlement qui autorisait une telle jonction.

80. On a toutefois douté de la viabilité d'une telle disposition, car le Règlement était souvent appliqué à des affaires non administrées par une institution. Il a été fait observer qu'un certain nombre de questions relatives à la jonction pouvaient être traitées dans le cadre d'autres procédures telles que la compensation ou la jonction d'instances. On a, à cet égard, fait référence à l'article 22.1 h) du Règlement d'arbitrage de la Cour internationale d'arbitrage de Londres (le "Règlement de la LCIA").

Intervention de tierces parties dans la procédure arbitrale

81. Le Groupe de travail s'est demandé si une version révisée du Règlement d'arbitrage la CNUDCI devait comporter une disposition expresse concernant l'intervention de tierces parties. On a indiqué que l'on pouvait distinguer deux situations: premièrement, celle où une personne souhaitait être entendue dans la procédure arbitrale, par exemple comme *amicus curiae*; deuxièmement, celle où une partie souhaitait se joindre à la procédure.

82. Il a été estimé que le paragraphe 1 de l'article 15 du Règlement de la CNUDCI, aux termes duquel "le tribunal arbitral peut procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié", pouvait être interprété comme donnant au tribunal arbitral le pouvoir d'accepter l'intervention de tierces parties. La pratique montrant, comme

cela a été dit, que les tierces parties pouvaient se joindre à la procédure arbitrale en vertu du Règlement d'arbitrage, le Groupe de travail est convenu qu'il n'était peut-être pas nécessaire de prévoir dans une version révisée du Règlement une disposition expresse à cet effet.

83. Le Groupe de travail est convenu que la question de l'intervention de tierces parties était étroitement liée à celle de la confidentialité de la procédure.

Confidentialité de la procédure

84. Le Groupe de travail s'est demandé s'il fallait insérer dans une version révisée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI une disposition expresse sur la confidentialité. Il a été fait observer que le paragraphe 4 de l'article 25 et le paragraphe 5 de l'article 32 du Règlement traitaient de la confidentialité de l'audience et de la sentence, respectivement, mais qu'ils ne contenaient pas de règles touchant la confidentialité de la procédure même ou des documents (y compris les conclusions) soumis au tribunal arbitral.

85. Le Groupe de travail a noté que cette question était assez complexe, que des avis divers avaient été exprimés concernant l'importance de la confidentialité, et que le droit et la pratique en la matière évoluaient encore. On a estimé qu'en édictant des règles trop précises sur cette question, on s'écarterait considérablement du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. On a fait observer que le degré de confidentialité nécessaire pourrait dépendre de l'objet du litige et des régimes réglementaires applicables.

86. Selon de nombreuses délégations, il ne fallait pas introduire de disposition générale sur la confidentialité. On a estimé, par ailleurs, que la question devait être tranchée au cas par cas par les arbitres et les parties. Il est convenu d'examiner plus avant s'il était nécessaire de modifier le paragraphe 5 de l'article 32.

Lieu de l'arbitrage – Article 16

87. Le Groupe s'est ensuite demandé s'il convenait ou non de préciser, à l'article 16, l'expression "lieu de l'arbitrage". Il a été fait observer que le mot "lieu" était employé aux paragraphes 1 et 4 de cet article pour désigner le siège de l'arbitrage, qui déterminait la loi applicable à la procédure arbitrale et la compétence judiciaire, tandis que les paragraphes 2 et 3 désignaient le lieu effectif où des réunions pourraient se tenir. Il a été suggéré de procéder à un examen du Règlement pour distinguer les dispositions où le mot "lieu" désignait le lieu de situation physique de celles où il désignait le siège de l'arbitrage.

88. Il a été proposé de remplacer, aux paragraphes 1 et 4 de l'article 16, les mots "lieu de l'arbitrage" par les mots "siège de l'arbitrage" ou "siège juridique de l'arbitrage". On a dit qu'il n'était pas certain que les mots proposés permettent effectivement de mieux comprendre la disposition. Il a été fait observer que bien souvent, les utilisateurs n'étaient pas conscients des conséquences juridiques de l'expression "lieu de l'arbitrage". L'expression "siège de l'arbitrage" pouvait mettre en évidence les incidences juridiques de cette notion et le fait que ce siège pouvait être différent du lieu où se déroulaient effectivement certains éléments de la procédure arbitrale ou encore du lieu où un arbitre pouvait signer la sentence.

89. Le Groupe a examiné, sans toutefois tirer de conclusion, la question de savoir si le Règlement devait continuer d'utiliser la même terminologie que la Loi type

(qui emploie actuellement l'expression "lieu de l'arbitrage") ou s'il fallait utiliser une terminologie distincte.

90. Afin d'éviter qu'une sentence soit déclarée nulle si elle a été signée ailleurs qu'au siège de l'arbitrage, il a été proposé de modifier le paragraphe 4 de manière à disposer, comme le fait le paragraphe 3 de l'article 31 de la Loi type, qu'une sentence est "réputée avoir été rendue au [lieu de l'arbitrage]".

Langue – Article 17

91. Il a été dit qu'il était inutile de réviser le paragraphe 1 de l'article 17 pour y indiquer expressément que le tribunal arbitral devait consulter les parties pour déterminer la ou les langues à utiliser dans la procédure. Même s'il a été fait observer que tel qu'il était actuellement rédigé ("le tribunal arbitral fixe sans retard, dès sa nomination, la langue ou les langues de la procédure"), l'article 17 pouvait être interprété comme n'exigeant pas de consultation, le Groupe de travail a estimé que le Règlement n'avait pas d'incidence sur l'opportunité de consulter les parties avant que le tribunal arbitral prenne une telle décision de procédure ou toute autre décision de cette nature.

Requête – Article 18

92. Le Groupe de travail est convenu qu'il n'était pas nécessaire de compléter l'article 18 par des dispositions relatives aux preuves documentaires que le demandeur devait fournir avec sa requête. Il a été convenu que cette question pouvait être laissée à l'appréciation du tribunal arbitral ou des parties lors de l'organisation de la procédure.

Réponse – Article 19

Droits invoqués à des fins de compensation

93. L'article 19-3 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI dispose que le défendeur peut former une demande reconventionnelle ou invoquer un moyen de compensation si cette demande ou ce moyen sont fondés "sur le même contrat". Le Groupe de travail a examiné la question de savoir s'il fallait faire figurer dans une version révisée du Règlement des dispositions permettant la présentation de demandes reconventionnelles ou de moyens de compensation dans un éventail de situations plus large.

94. Selon certains points de vue, la compétence du tribunal arbitral pour examiner les demandes reconventionnelles et les moyens de compensation devrait, sous certaines conditions, ne pas être limitée au contrat sur lequel était fondée la demande principale. Pour étendre cette compétence, il a été proposé de remplacer les mots "fondée sur le même contrat" par les mots "fondée sur le même rapport de droit défini". Il a également été proposé de supprimer entièrement cette restriction, bien que l'on ait fait observer qu'une telle approche risquait de rendre cette disposition peu claire quant aux conditions juridiques auxquelles la demande reconventionnelle ou le moyen de compensation seraient recevables.

95. Il a été suggéré de prévoir expressément que le tribunal arbitral ne pourrait examiner une demande reconventionnelle ou un moyen de compensation que s'il était compétent en la matière. Il a été reconnu que ce point soulevait des questions complexes concernant la compatibilité du Règlement avec les lois régissant la

compétence ainsi que les demandes reconventionnelles et les moyens de compensation. D'aucuns ont estimé qu'il était préférable de ne pas inclure, dans le Règlement, de disposition spécifique sur les questions de compétence dans ce contexte et qu'il était préférable de laisser le tribunal arbitral statuer sur ces questions. D'autres étaient d'avis que des dispositions devraient préciser la base de compétence pour toute demande reconventionnelle. Le Groupe de travail a noté que la compensation, qui pouvait être considérée comme une forme de paiement, avait une fonction différente de celle de la demande reconventionnelle et que des principes juridiques différents s'y appliquaient.

96. Pour ce qui est de l'éventail des situations dans lesquelles les questions concernant les demandes reconventionnelles et les moyens de compensation pouvaient être examinées par le tribunal arbitral, on a exprimé l'opinion que le fait d'autoriser le tribunal à examiner toute question de ce genre résultant d'un rapport de droit entre les parties pourrait soulever d'importants problèmes, en particulier lors de litiges relatifs à des investissements, dans le cadre desquels il sera peut-être nécessaire d'adopter une définition relativement large de l'éventail des demandes reconventionnelles et des moyens de compensation qui peuvent être examinés au cours de la même procédure.

Déclinatoire de compétence arbitrale – Article 21

Paragraphe 1

97. Le Groupe de travail a estimé, d'une manière générale, que le paragraphe 1 devrait être remanié dans le sens de l'article 16-1 de la Loi type sur l'arbitrage afin de préciser que le tribunal arbitral est habilité à soulever la question de l'existence et de la portée de sa propre compétence et à statuer à ce sujet. On a fait observer que lorsque les deux parties participaient à la procédure arbitrale, le tribunal ne soulevait habituellement pas cette question en l'absence d'objection des parties. Cependant, on a noté que dans certains cas, par exemple lorsqu'une partie ne participait pas à la procédure où lorsque des questions complexes se posaient en ce qui concerne l'arbitrabilité, notamment en matière de concurrence, les parties n'étaient pas nécessairement conscientes de l'arbitrabilité de l'objet de leur litige. Le tribunal devrait alors pouvoir statuer sur sa propre compétence, quelle que soit la position des parties.

98. Le Groupe de travail a également estimé que l'article 21 du Règlement d'arbitrage devait contenir une disposition équivalente à celle de l'article 16-2 de la Loi type sur l'arbitrage, qui disposait que le fait, pour une partie, d'avoir désigné un arbitre ou d'avoir participé à sa désignation ne la privait pas du droit de soulever une exception d'incompétence et que le tribunal arbitral pouvait, dans l'un ou l'autre cas, admettre une exception soulevée après le délai prévu, s'il estimait que le retard était justifié.

Paragraphe 4

99. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir si l'article 21 devait préciser que les tribunaux internes ne pouvaient être saisis qu'après que le tribunal arbitral s'était prononcé sur sa propre compétence et qu'un tel recours ne devait pas retarder la procédure arbitrale ou empêcher le tribunal arbitral de rendre une sentence, conformément à l'article 16-3 de la Loi type sur l'arbitrage.

100. On a fait observer qu'une telle disposition pourrait soulever des difficultés d'ordre juridique et pratique. On a noté qu'un certain nombre de lois nationales conféraient aux parties le droit irrévocable de saisir les tribunaux. On a signalé qu'un certain nombre de sources de droit particulièrement importantes comme le droit constitutionnel, l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales adoptée par le Conseil de l'Europe et d'autres lois impératives l'emporteraient sur le Règlement d'arbitrage. Il a été répondu qu'en vertu du paragraphe 2 de l'article premier, toute disposition limitant le recours aux tribunaux serait toujours subordonnée au droit impératif applicable.

101. On a déclaré que tout projet de disposition sur le recours aux tribunaux devrait être soigneusement rédigé pour tenir compte du fait qu'une partie ne devrait pas être empêchée de saisir les tribunaux, en particulier avant la constitution du tribunal arbitral et même après, si celui-ci ne fonctionnait pas correctement. Par exemple, lorsqu'une partie présente une demande de suspension de l'instance à un tribunal judiciaire, celui-ci devra peut-être examiner la question de la compétence.

102. Le Groupe de travail est convenu de poursuivre l'examen de cette question à une session ultérieure.

Preuves et audiences – Articles 24 et 25

Article 24

103. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir si une version révisée de l'article 24-1 devait prévoir que le tribunal arbitral peut exercer son pouvoir de prier une partie de lui fournir des preuves soit de sa propre initiative, soit à la demande de l'une quelconque des parties. Il est convenu que cette disposition ne devait pas être modifiée.

Mesures provisoires ou conservatoires – Article 26

104. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir s'il y avait lieu de réviser et, dans l'affirmative, dans quelle mesure, l'article 26 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI à la lumière du nouveau chapitre IV A de la Loi type que la Commission avait adoptée à sa trente-neuvième session.

105. Il a estimé, d'une manière générale, que l'article 26 devrait être révisé pour tenir compte du nouveau chapitre de la Loi type. Par exemple, les mots "en ce qui concerne l'objet du litige", qui avaient été supprimés dans les dispositions équivalentes du chapitre IV A, pourraient l'être aussi dans l'article 26 au motif qu'ils sont trop restrictifs. Il a été suggéré que les dispositions révisées concernant les mesures provisoires précisent, sur le modèle du chapitre IV A, dans quelles circonstances, à quelles conditions et selon quelles modalités ces mesures pouvaient être accordées, ou que ces dispositions soient rédigées de manière à donner effet à l'autonomie des parties prévue par le chapitre IV A. Toutefois, le Groupe de travail est convenu que compte tenu de la nature du Règlement, un certain nombre des dispositions du chapitre IV A ne devraient pas y être reproduites, par exemple celles concernant l'exécution des mesures provisoires. On a exprimé l'opinion que les dispositions du chapitre IV A qui étaient controversées et qui avaient déjà suscité des divergences de vues au sein du Groupe de travail ne devraient pas être incluses dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI afin de ne pas empêcher celui-ci d'être largement accepté.

Experts – Article 27

106. Le Groupe de travail s'est interrogé sur le point de savoir si une version révisée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI devait prévoir une consultation des parties avant la nomination d'un expert. Selon un avis, cette obligation était implicite, ce à quoi il a été opposé que le Règlement ne créait, pour le tribunal arbitral, aucune obligation de consulter les parties dans ce cas. En outre, il a été dit que l'inclusion d'une déclaration aussi explicite pourrait produire des résultats indésirables en ceci qu'elle pourrait être abusivement interprétée comme excluant la possibilité que les parties soient consultées sur d'autres questions telles que, par exemple, la teneur du rapport produit par l'expert.

107. Le Groupe de travail s'est posé la question de savoir si l'article 27 devait disposer que le tribunal arbitral devrait être habilité à prier les experts produits par les parties de se réunir avec l'expert nommé par le tribunal arbitral pour essayer de parvenir à un accord sur les points controversés ou, tout au moins, pour rétrécir les zones de désaccord. Cette proposition n'a pas été appuyée. Après un débat, le Groupe de travail a globalement estimé que l'article 27 devait demeurer inchangé.

Section IV. La sentence

Décisions – Article 31

Paragraphe 1

108. Il a été noté que le paragraphe 1 de l'article 31 disposait que lorsque les arbitres étaient au nombre de trois, toute sentence ou autre décision du tribunal arbitral était rendue à la majorité. Il a été proposé de réviser ce paragraphe afin d'éviter une situation de blocage dans laquelle aucune décision à la majorité ne pourrait être prise. Il a été dit qu'une solution pourrait être de réviser le paragraphe 1 de manière à prévoir que si un tribunal arbitral composé de trois arbitres ne peut dégager une majorité, la sentence est alors rendue par l'arbitre-président comme s'il officiait seul.

109. Il a été dit qu'en l'absence d'une telle disposition, l'arbitre-président pourrait être contraint de rapprocher, par voie de compromis, son point de vue de celui du moins déraisonnable de ses coarbitres afin de former une majorité. On a craint, cependant, qu'une telle disposition n'accorde trop de pouvoir aux arbitres-présidents. En outre, il a été noté que dans les affaires traitées en vertu de règles qui conféraient à des arbitres-présidents le droit de bénéficier d'une voix prépondérante, la pratique avait montré que ces derniers usaient rarement de ce droit, préférant rechercher une sentence unanime, perçue comme étant plus persuasive. En réponse, il a été dit que si ce droit avait rarement besoin d'être utilisé, c'est parce qu'il créait des conditions dans lesquelles les membres des tribunaux arbitraux cherchaient à trouver un terrain d'entente avec les arbitres-présidents.

110. Une telle règle a été jugée appropriée, mais il a été estimé qu'il faudrait peut-être également envisager de procéder à des modifications corrélatives concernant la signature de la sentence et les tribunaux incomplets.

111. Des réserves ont été émises quant à la nécessité de la règle proposée. Il a été estimé que la prescription d'une décision à la majorité était un élément bien connu

non seulement du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, mais aussi d'autres règlements satisfaisants tels que le règlement d'arbitrage de l'American Arbitration Association.

112. Compte tenu des différents avis exprimés, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'élaborer, sur la base d'informations relatives à la pratique actuelle des institutions d'arbitrage sur ce point, diverses propositions qu'il examinerait à une session ultérieure.

Forme et effet de la sentence – Article 32

Paragraphe 1

113. Il a été estimé qu'il fallait supprimer le terme "partielles", qui n'était pas utilisé dans la Loi type, car une sentence partielle pourrait être considérée comme définitive pour les points sur lesquels elle portait.

Paragraphe 2

114. Il a été proposé d'inclure, dans la version révisée du Règlement, une disposition inspirée du paragraphe 6 de l'article 28 du Règlement de la CCI et de l'article 26.9 du Règlement de la LCIA, en vertu desquels la sentence ne devrait être susceptible d'aucun appel ou autre recours devant quelque tribunal ou autre autorité que ce soit. La nouvelle disposition aurait pour effet d'empêcher les parties d'utiliser les types de recours auxquels elles pouvaient librement renoncer (par exemple, dans certaines juridictions, un appel sur un point de droit), sans exclure les contestations de la sentence (par exemple sur des points tels que le défaut de compétence, le vice de procédure ou tout autre motif d'annulation de la sentence énoncé à l'article 34 de la Loi type), dans la mesure où elles ne pouvaient les exclure par contrat.

Paragraphe 5

115. Il a été proposé d'inverser la règle énoncée au paragraphe 5 en exigeant qu'une sentence soit publiée à moins que les parties en décident autrement. Il a en outre été proposé de tenir compte, dans toute révision du paragraphe 5, des cas où une partie était légalement tenue de publier une sentence ou sa teneur.

116. On s'est posé la question de savoir si le paragraphe 5 devait également englober les projets de sentence. Il a été noté qu'une telle inclusion pourrait avoir des incidences sur la confidentialité des délibérations, ce qui, comme le Groupe de travail en a convenu, formait une question distincte, pourtant non réglée dans la pratique, qu'il fallait examiner plus avant.

Paragraphe 7

117. Il a été proposé de réviser le paragraphe 7 de façon à éviter d'imposer une lourde responsabilité à un tribunal arbitral dans des pays où les prescriptions relatives à l'enregistrement étaient ambiguës. Il a été proposé d'élaborer une version révisée disposant que le respect des prescriptions par le tribunal arbitral est subordonné à la formulation en temps requis d'une demande par l'une quelconque des parties. On a toutefois craint qu'une telle modification ne libère pas les arbitres

de leur obligation d'inscription en vertu de la loi applicable, et le secrétariat a été prié d'examiner la nature de cette obligation.

Délai dans lequel la sentence doit être rendue

118. Le Groupe de travail s'est posé la question de savoir s'il fallait fixer un délai pour le prononcé de la sentence. Il a été noté que l'existence de délais était bien connue dans les règlements institutionnels et que, dans la pratique, des prolongations de ces délais étaient systématiquement accordées. La proposition visant à inclure un délai, le tribunal arbitral ayant la possibilité de ne le prolonger qu'une fois, a bénéficié d'un certain soutien.

119. Des réserves ont été exprimées quant à cette proposition compte tenu du fait que, dans les arbitrages non administrés, il n'y aurait aucune institution pour accorder d'éventuelles prolongations du délai. On a aussi indiqué que dans les États dont la loi sur l'arbitrage fixait des délais, il existait également des problèmes pratiques; aussi s'est-on vivement opposé au principe du délai. Il a été estimé que plutôt que d'imposer un délai arbitraire, il vaudrait mieux conserver une certaine souplesse en incluant un principe général selon lequel le prononcé de la sentence doit s'effectuer sans retard injustifié.

Possibilité d'insérer un nouveau paragraphe 8

120. Le Groupe de travail s'est interrogé sur le point de savoir s'il fallait ajouter une disposition prévoyant que les arbitres et les parties ont pour obligation d'agir dans l'esprit du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, même dans les cas où aucune disposition spécifique ne régit la situation en question. À cet égard, il a été dit que l'on devrait envisager d'inclure les principes énoncés dans les articles 15 et 35 du Règlement de la CCI ou dans l'article 32 du Règlement de la LCIA. L'attention du Groupe de travail a été appelée sur la nécessité de formuler la nouvelle règle de façon à éviter toute ambiguïté. Après un débat, une disposition du type proposé a été largement appuyée, dans la mesure où elle préciserait que le Règlement formait un système autonome de normes contractuelles et que les lacunes qu'il comporterait devraient être comblées en interprétant le Règlement lui-même, sans se référer à une quelconque disposition non impérative du droit procédural applicable.

121. Il a également été proposé d'inclure, conformément au nouvel article 2 A de la Loi type, une disposition relative à l'interprétation du Règlement compte tenu de son origine internationale.

Loi applicable – Amiable compositeur – Article 33

Paragraphe 1

Loi applicable au fond du litige

122. Le Groupe de travail s'est demandé si les mots "règles de droit" actuellement employés à l'article 28 de la Loi type devaient aussi l'être dans une version révisée de l'article 33 du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI pour remplacer le mot "loi". Des points de vue divergents ont été exprimés à ce sujet et le secrétariat a été prié d'élaborer d'autres propositions pour que le Groupe de travail les examine à une session future.

123. Il a aussi été proposé de remplacer la disposition supplétive renvoyant à la règle de conflit de lois si les parties ne désignaient pas de loi par un renvoi au choix direct des règles de droit le plus étroitement liées au litige.

Paragraphe 2

Ex aequo et bono – *Amiable compositeur*

124. Le Groupe de travail s'est demandé si le paragraphe 2 de l'article 33 devait être modifié par la suppression de l'exigence qui veut que le droit applicable à la procédure arbitrale autorise le tribunal à statuer *ex aequo et bono*. Cette modification n'a bénéficié d'aucun appui.

Interprétation de la sentence – Article 35

125. Il a été suggéré que la demande faite au tribunal arbitral de donner une interprétation de la sentence émane des deux parties. Cette proposition n'a bénéficié d'aucun appui.

126. Le Groupe de travail s'est demandé si l'article 35 ne devait s'appliquer que lorsqu'il était nécessaire d'interpréter ce que la sentence ordonnait aux parties de faire. Cette idée n'a bénéficié d'aucun appui.

Rectification de la sentence – Article 36

127. Le Groupe de travail s'est demandé s'il faudrait élargir le champ d'application de l'article 36 pour que la sentence puisse être rectifiée si un arbitre omet de la signer ou omet d'indiquer la date ou le lieu de la sentence. Des avis divergents ont été exprimés. Il a été indiqué que le libellé, qui permettait de rectifier "dans le texte de la sentence toute erreur de calcul, toute erreur matérielle ou typographique ou toute erreur de même nature", était suffisamment large pour couvrir ces cas. Pour préciser que les omissions étaient également visées, il a été proposé d'ajouter les mots "ou omission".

Sentence additionnelle – Article 37

128. Le Groupe de travail s'est demandé si les mots "sans nécessiter de nouvelles audiences ou de nouvelles preuves" devaient être supprimés au motif que les arbitres devraient être libres de convoquer des audiences ou de réclamer des preuves ou allégations supplémentaires. Cette proposition a été appuyée, car elle permettait au tribunal arbitral de compléter la sentence pour tenir compte de demandes qui avaient été faites au cours de la procédure arbitrale, mais négligées dans la sentence. On a dit que si des audiences ou des preuves supplémentaires étaient nécessaires, le délai de 60 jours prévu au paragraphe 2 pourrait ne pas s'appliquer. On a exprimé la crainte que la possibilité, pour le tribunal arbitral, de tenir des audiences ou de recevoir des preuves supplémentaires risque d'être exploitée par les parties comme tactique dilatoire pour réouvrir une procédure arbitrale.

129. Les avis ont divergé sur la question de savoir si le paragraphe 2 pouvait déjà être interprété comme permettant au tribunal arbitral de prononcer une sentence additionnelle après avoir tenu des audiences et obtenu des preuves supplémentaires.

Frais – Articles 38 à 40

Article 38

130. Le Groupe de travail s'est demandé si la liste des éléments énumérés à l'article 38 était exhaustive. Il a été estimé qu'elle l'était en raison de l'emploi, dans le chapeau, du mot "uniquement".

131. La proposition d'ajouter à l'alinéa c) une référence aux honoraires et aux frais d'un secrétaire n'a recueilli aucun soutien. On a estimé que ces honoraires et frais étaient déjà visés dans l'alinéa par l'emploi des mots "toute autre aide demandée par le tribunal arbitral".

132. Selon un avis, le qualificatif "raisonnable" devait être ajouté aux alinéas b) à d).

Article 39

133. Le Groupe de travail s'est demandé s'il fallait donner, dans une révision éventuelle du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, plus d'indications sur la question des honoraires des arbitres. Il a été fait observer qu'en l'absence de dispositions sur les honoraires, d'aucuns pourraient hésiter à choisir le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

134. Il a été suggéré, en ce qui concerne les honoraires, d'envisager d'accorder un rôle à l'autorité de nomination. Des réserves ont été émises à ce sujet, car un tel rôle risquerait d'aller au-delà de l'expérience des autorités de nomination. Il a toutefois été fait observer qu'un certain nombre d'autorités de nomination savaient comment l'arbitrage fonctionnait et comment les honoraires étaient fixés. Il a aussi été proposé de prévoir, pour définir d'emblée la méthode de calcul des honoraires du tribunal arbitral, une procédure plus transparente.

Article 40

135. Selon un avis, il se pouvait que les frais de représentation ou d'assistance juridique mentionnés au paragraphe 2 de l'article 40 soient déjà englobés dans les frais d'arbitrage traités au paragraphe 1 du même article; il faudrait donc soit fusionner les deux paragraphes, soit préciser la distinction qui existe entre ces deux catégories de frais dans toute proposition de révision de l'article.

Disposition supplémentaire

Responsabilité des arbitres

136. Le Groupe de travail a fait observer que la question de la responsabilité avait donné lieu à une jurisprudence et qu'il faudrait envisager d'inclure dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI une disposition à ce sujet qui soit limite, soit exclut la responsabilité des arbitres. Il a été noté que toute disposition sur la responsabilité pouvait nécessiter des dispositions connexes établissant un code de déontologie à l'intention des arbitres.

B. Note du Secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, soumise au Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation à sa quarante-cinquième session

(A/CN.9/WG.II/WP.143 et Add.1) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
Introduction	1-4
Notes concernant une révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI	5-76
1. Observations générales	5-6
2 Notes concernant les dispositions du Règlement de la CNUDCI	7
Section I. Dispositions préliminaires	8-41
Section II. Composition du tribunal arbitral	42-61
Section III. Procédure arbitrale	62-76

Introduction

1. À sa trente-neuvième session (New York, 19 juin-7 juillet 2006), la Commission est convenue, en ce qui concerne les travaux futurs du Groupe de travail, d'accorder la priorité à une révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 (ci-après dénommé le "Règlement de la CNUDCI")[1]. La Commission avait déjà discuté de cette question à ses trente-sixième (Vienne, 30 juin-11 juillet 2003), trente-septième (New York, 14-25 juin 2004) et trente-huitième (Vienne, 4-15 juillet 2005) sessions[2].

2. À la quarante-quatrième session du Groupe de travail (New York, 23-27 janvier 2006), il a été proposé, pour faciliter un réexamen du Règlement de la CNUDCI, d'entreprendre des consultations préliminaires avec des praticiens afin d'élaborer une liste de questions à propos desquelles une actualisation ou une modification pourrait être nécessaire[3]. Une conférence a été organisée à Vienne les 6 et 7 avril 2006 en coopération avec le Centre international d'arbitrage de la Chambre fédérale d'économie de l'Autriche, et il a été suggéré de modifier plusieurs articles du Règlement de la CNUDCI afin de mieux les aligner sur la pratique suivie actuellement en matière d'arbitrage international et les dispositions

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 182 à 187.

[2] Ibid., *cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17), par. 204; ibid., *cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 60; ibid., *soixantième session, Supplément n° 17* (A/60/17), par. 178.

[3] A/CN.9/592, par. 90 et 93.

pertinente de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (ci-après dénommée la "Loi type sur l'arbitrage").

3. Afin de faciliter les discussions du Groupe de travail à ce sujet, le secrétariat a établi une liste annotée des domaines dans lesquels le Règlement de la CNUDCI pourrait être révisé, comme suggéré par les experts de l'arbitrage lors de la conférence susmentionnée et comme exposé en détail par écrit par ces experts[4]. La présente note porte sur les articles premier à 16 du Règlement de la CNUDCI. Les articles 17 à 41 font l'objet du document A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1. La présenté note et son additif identifient les domaines dans lesquels il existe un consensus ainsi que les tendances qui se dégagent apparemment des pratiques contemporaines en matière d'arbitrage et indiquent comment ces tendances sont reflétées dans les divers règlements d'arbitrage afin d'en tirer des conclusions quant aux révisions qui pourraient être apportées au Règlement de la CNUDCI. Cette liste annotée n'entend pas être exhaustive et le Groupe de travail voudra peut-être soulever d'autres questions.

4. Il est suggéré que le Groupe de travail s'attache principalement, à sa quarante-cinquième session, à identifier les domaines dans lesquels il pourrait être utile de réviser le Règlement de la CNUDCI, éventuellement en donnant des indications quant aux règles de fond ou aux principes à adopter pour les révisions proposées, afin de permettre au secrétariat d'établir en vue des sessions ultérieures du Groupe de travail le premier avant-projet de Règlement révisé de la CNUDCI.

Notes concernant une révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

1. Observations générales

Principes à appliquer pour la révision du Règlement de la CNUDCI

5. À sa trente-neuvième session (New York, 19 juin-7 juillet 2006), la Commission s'est généralement accordée à penser, compte tenu du succès et de la large application du Règlement de la CNUDCI, que toute révision du Règlement devrait éviter d'altérer la structure du texte, son esprit et le style dans lequel il est rédigé et devrait respecter la flexibilité du texte plutôt que de le rendre plus complexe. Il a été suggéré que le Groupe de travail entreprenne d'examiner attentivement la liste des questions qui pourraient devoir être abordées dans une version révisée du Règlement de la CNUDCI.

---

[4] *The Works of UNCITRAL on Arbitration and Conciliation*, Professeur Pieter Sandres, deuxième édition revue et enrichie, Kluwer Law International; *Has the moment come to révise the Arbitration Roules of UNCITRAL?* Professeur Pieter Sandres, Arbitration International, vol. 20, n° 3, 2004. Rapport informel non publié: *Révision of the UNCITRAL Arbitration Rules*, Jan Palisson et Georgio Petrochilos, préparé pour le Secrétariat de la CNUDCI.

Harmonisation du texte du Règlement de la CNUDCI et de la Loi type sur l'arbitrage

6. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'harmoniser les dispositions du Règlement de la CNUDCI et les dispositions correspondantes de la Loi type sur l'arbitrage, lorsqu'il y a lieu[5].

2. Notes concernant les dispositions du Règlement de la CNUDCI

7. Seuls les articles à propos desquels des révisions de fond sont envisagées sont abordés ci-après. Le texte des articles cités en italiques dans la présente note est le texte originel du Règlement de la CNUDCI.

Section I. Dispositions préliminaires

Champ d'application – Article premier

"*1. Si les parties à un contrat sont convenues par écrit* que les litiges se rapportant à ce contrat seront soumis à l'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, ces litiges seront tranchés selon ce règlement sous réserve des modifications convenues entre les parties par écrit.*

2. Le présent Règlement régit l'arbitrage, sous réserve cependant qu'en cas de conflit entre l'une de ses dispositions et une disposition de la loi applicable à l'arbitrage à laquelle les parties ne peuvent déroger, c'est cette dernière disposition qui prévaut."

* *Libellé type de clause compromissoire*

Tout litige, controverse ou réclamation né du présent contrat ou se rapportant au présent contrat ou à une contravention au présent contrat, à sa résolution ou à sa nullité, sera tranché par voie d'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI actuellement en vigueur.

Note – Les parties voudront peut-être ajouter les indications suivantes:

a) L'autorité de nomination sera ... [nom de la personne ou de l'institution]; b) Le nombre d'arbitres est fixé à ... [un ou trois]; c) Le lieu de l'arbitrage sera ... [ville ou pays]; d) La langue (les langues) à utiliser pour la procédure d'arbitrage sera (seront) ...

---

[5] Par exemple, les articles ci-après du Règlement de la CNUDCI pourraient, dans la mesure pertinente, être alignés sur les dispositions correspondantes de la Loi type sur l'arbitrage: paragraphe 1 de l'article 2 du Règlement de la CNUDCI et paragraphe 1 de l'article 3 de la Loi type sur l'arbitrage; article 9 du Règlement de la CNUDCI et article 12 de la Loi type sur l'arbitrage; article 13 du Règlement de la CNUDCI et article 14 de la Loi type sur l'arbitrage; article 15 du Règlement de la CNUDCI et article 24 de la Loi type sur l'arbitrage; article 16 du Règlement de la CNUDCI et article 20 de la Loi type sur l'arbitrage; article 21 du Règlement de la CNUDCI et article 16 de la Loi type sur l'arbitrage; article 28 du Règlement de la CNUDCI et article 25 de la Loi type sur l'arbitrage; article 31 du Règlement de la CNUDCI et article 29 de la Loi type sur l'arbitrage; article 33 du Règlement de la CNUDCI et article 28 de la Loi type sur l'arbitrage; article 34 du Règlement de la CNUDCI et article 32 de la Loi type sur l'arbitrage; article 37 du Règlement de la CNUDCI et article 33 de la Loi type sur l'arbitrage.

Version applicable du Règlement de la CNUDCI

8. L'article premier traite du champ d'application du Règlement de la CNUDCI, sans déterminer quelle est la version du Règlement qui s'appliquerait en cas de révision. Il y a lieu de noter à ce propos que le libellé type de clause compromissoire joint en note au paragraphe 1 de l'article premier se réfère au Règlement "actuellement en vigueur".

9. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que beaucoup de traités relatifs aux investissements comportent une disposition concernant le règlement des différends qui se réfère au "règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international", sans déterminer quelle serait la version de ce règlement qui s'appliquerait en cas de révision[6]. Certains traités stipulent expressément qu'en cas de révision du Règlement de la CNUDCI, la version applicable sera celle en vigueur au moment où commence l'arbitrage[7].

10. Le règlement de plusieurs centres d'arbitrage contient une précision quant à la version applicable du Règlement en cas de révision. C'est ainsi par exemple que le Règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (ci-après dénommé le "Règlement de la CCI") contient une disposition interprétative expresse qui stipule que "Lorsque les parties conviennent d'avoir recours à l'arbitrage d'après le Règlement, elles se soumettent au Règlement en vigueur à la date d'introduction de la procédure d'arbitrage, à moins qu'elles ne soient convenues de se soumettre au Règlement en vigueur à la date de leur convention d'arbitrage" (paragraphe 1 de l'article 6). Le Règlement d'arbitrage de la Cour internationale d'arbitrage de Londres (ci-après dénommé le "Règlement de la LCIA") contient dans son préambule un passage qui précise que le règlement applicable est la version actuelle ("le Règlement ci-après") ou, en cas de révision, "le Règlement modifié que la LCIA pourra avoir adopté par la suite en vigueur avant l'introduction de l'arbitrage".

11. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir s'il y a lieu de réviser l'article premier en stipulant que, à moins que les parties n'en conviennent autrement, c'est la version la plus récente du Règlement de la CNUDCI qui est applicable.

---

[6] Paragraphe 1 c) de l'article 1120 du Règlement de l'ANALE et paragraphe 3 b) de l'article 10 du Traité type sur les investissements de la Grèce (2001), reproduits dans *CNUCED, International Investment Instruments: A Compendium*, vol. VIII (2003), p. 273; Traité relatif aux investissements entre les États-Unis d'Amérique et l'Uruguay (2004); alinéa k) de l'article premier du Traité type sur les investissements des États-Unis d'Amérique (1994), reproduit dans *CNUCED International Investment Instruments: A Compendium*, vol. III (1996), p. 195.

[7] Traité relatif aux investissements entre la RAS de Hong Kong et l'Italie (1995); Traité relatif aux investissements entre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la Bosnie-Herzégovine (2002); paragraphe 2 c) de l'article 8 du Traité type relatif aux investissements du Royaume-Uni (1991), reproduit dans *CNUCED, International Investment Instruments: A Compendium*, vol. III (1996), p. 185.

Paragraphe 1

Exigence d'une clause compromissoire écrite

12. Le paragraphe 1 de l'article premier stipule que l'accord intervenu entre les parties de soumettre les litiges survenus entre elles à l'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI doit être écrit.

13. Il ressort des travaux préparatoires que la règle selon laquelle la clause compromissoire doit revêtir une forme écrite avait pour but d'éviter toute incertitude quant au point de savoir si le Règlement de la CNUDCI devait être applicable. Cette règle tendait également à assurer la conformité entre le Règlement et le paragraphe 2 de l'article II de la Convention sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) (ci-après dénommée la "Convention de New York")[8].

14. Il y a lieu de noter que la pratique arbitrale internationale a évolué constamment sur ce point.

15. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la version révisée de l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage concernant la définition et la forme de la convention d'arbitrage, telle qu'adoptée par la Commission à sa trente-neuvième session (New York, 19 juin-7 juillet 2006), contient deux options, la première comportant une définition libéralisée de la règle exigeant une forme écrite, et la seconde supprimant la règle purement et simplement. Lors de cette session, la Commission a adopté une recommandation concernant l'interprétation du paragraphe 2 de l'article II de la Convention de New York, selon laquelle "le paragraphe 2 de l'article II devra être appliqué compte tenu du fait que les circonstances qui y sont décrites ne sont pas exhaustives"[9].

16. Les règlements d'arbitrage de plusieurs institutions ne subordonnent pas leur applicabilité à l'existence d'un accord écrit. Par exemple, le Règlement de la CCI exige seulement que les parties soient convenues de soumettre leurs litiges à l'arbitrage conformément au Règlement de la CCI. Le Règlement suisse d'arbitrage international (ci-après dénommé le "Règlement suisse"), qui est fondé sur le Règlement de la CNUDCI, stipule que "Le présent règlement régit les arbitrages internationaux lorsque la convention d'arbitrage renvoie audit règlement" (paragraphe 1 de l'article premier). Le Règlement de l'Institut d'arbitrage de la Chambre de commerce de Stockholm (ci-après dénommé le "Règlement de la CCS") n'exige pas non plus que la convention d'arbitrage soit faite par écrit.

17. D'autres institutions qui conservent encore l'exigence d'un écrit s'efforcent d'adopter une définition souple de cette règle. C'est ainsi par exemple que le préambule du Règlement de la LCIA stipule que "lorsqu'un accord (…) prévoit par écrit, de quelque manière que ce soit, un arbitrage en vertu du Règlement de la

---

[8] Rapport du Secrétaire général: projet révisé de règlement d'arbitrage à usage facultatif dans les arbitrages ad hoc concernant le commerce international (Règlement d'arbitrage de la CNUDCI) (additif): commentaire du projet de Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (A/CN.9/112/Add.1), sect. I, Commentaire de l'article premier, *Annuaire de la CNUDCI*, vol. VII: 1976, deuxième partie, III, 2.

[9] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), annexe II.

LCIA (…), les parties sont réputées être convenues par écrit que l'arbitrage sera mené conformément au règlement suivant (…)".

18. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir s'il y a lieu de conserver la règle de l'écrit.

L'exigence de la forme écrite pour toute modification du Règlement

19. Le paragraphe 1 de l'article premier stipule que, si elles souhaitent apporter des modifications au Règlement de la CNUDCI, les parties doivent le faire par écrit.

20. Selon les travaux préparatoires, la règle selon laquelle toute modification du Règlement de la CNUDCI devait revêtir la forme écrite avait pour but de créer une plus grande certitude quant à la portée d'une telle modification[10].

21. Il y a lieu de noter que certains règlements d'arbitrage prévoient une règle semblable. C'est ainsi par exemple que le préambule du Règlement d'arbitrage du Centre d'arbitrage international de Singapour (ci-après dénommé "le Règlement du SIAC") dispose que "lorsqu'un accord ou document prévoit directement ou par voie de référence un arbitrage conformément au Règlement, les parties sont réputées être convenues que l'arbitrage sera mené conformément au Règlement ci-après (…), sous réserve des modifications dont les parties pourront être convenues par écrit".

22. En revanche, le Règlement suisse, le Règlement de la LCIA ou le Règlement de la CCS ne prévoient pas d'obligation pour les parties de convenir par écrit des modifications qu'elles entendent apporter au Règlement.

23. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir si la règle de l'écrit devrait s'appliquer aux modifications.

"*litiges se rapportant à ce contrat*"

24. Le paragraphe 1 de l'article premier se réfère aux litiges se rapportant à un contrat. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir si le champ d'application du Règlement de la CNUDCI doit effectivement comporter une telle restriction ou bien être élargi et comporter un libellé semblable à celui de l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage, qui permet l'arbitrage d'un différend "au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel"[11].

25. Il y a lieu de noter cependant que d'autres règlements d'arbitrage (comme le Règlement de la CCI et le Règlement de la LCIA) ne contiennent pas de restriction similaire.

---

[10] Rapport du Secrétaire général: projet révisé de règlement d'arbitrage à usage facultatif dans les arbitrages ad hoc concernant le commerce international (Règlement d'arbitrage de la CNUDCI) (additif): commentaire du projet de Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (A/CN.9/112/Add.1), sect. I, Commentaire de l'article 2, *Annuaire de la CNUDCI*, vol. VII: 1976, deuxième partie, III, 2.

[11] Variantes 1 et 2 de l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage, telles qu'adoptées par la Commission à sa trente-neuvième session: *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), annexe I; la même phrase figurait dans la version de 1985 de l'article 7 de la Loi type sur l'arbitrage.

Paragraphe 2

Droit international

26. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir si le paragraphe 2 de l'article premier devrait comporter une référence expresse au "droit international" pour pouvoir régler plus facilement les cas dans lesquels l'une des parties à l'arbitrage est un État ou une organisation internationale.

Notification, calcul des délais – Article 2

"*1. Aux fins du présent Règlement, une notification, y compris une communication ou une proposition, est réputée être arrivée à destination si elle a été remise soit en mains propres du destinataire, soit à sa résidence habituelle, à son établissement ou à son adresse postale, soit encore B aucune de ces adresses n'ayant pu être trouvée après une enquête raisonnable B à la dernière résidence ou au dernier établissement connu du destinataire. La notification est réputée être arrivée à destination le jour d'une telle remise.*

2. Aux fins du calcul d'un délai aux termes du présent Règlement, ledit délai commence à courir le jour où la notification, la communication ou la proposition est arrivée à destination. Si le dernier jour du délai est un jour férié ou chômé au lieu de la résidence ou de l'établissement du destinataire, le délai est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant. Les jours fériés et chômés qui tombent pendant que court le délai sont comptés."

Paragraphe 1

27. Le paragraphe 1 de l'article 2 est inspiré de la Convention de la CNUDCI sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises et énonce des dispositions supplétives que les parties peuvent modifier. Il réglemente utilement en détail la question de savoir quand une notification, y compris une communication ou une proposition, est réputée être arrivée à destination. Il contient une référence à une remise physique des notifications, qui reflète le "concept de remise effective", solidement appuyé dans les travaux préparatoires[12].

28. Il y a lieu de noter que le Règlement d'arbitrage de l'American Arbitration Association (ci-après dénommé le "Règlement de l'AAA") stipule que "Toutes les notifications et communications écrites peuvent être envoyées à une partie ou à son représentant par poste aérienne, facsimilé, transmission, télex, télégramme ou autre forme écrite de communication électronique à sa dernière adresse connue ou lui être remises personnellement" (paragraphe 1 de l'article 18). Le Règlement de la CCI dispose que toutes notifications ou communications peuvent être effectuées "par remise contre reçu, lettre recommandée, courrier, télécopie, télex, télégramme ou par tout autre moyen de télécommunications permettant de fournir une preuve de l'envoi" (paragraphe 2 de l'article 3). Le Règlement de la LCIA contient une disposition semblable (paragraphe 1 de l'article 4).

---

[12] Rapport du Secrétaire général: projet révisé de règlement d'arbitrage à usage facultatif dans les arbitrages ad hoc concernant le commerce international (Règlement d'arbitrage de la CNUDCI) (additif): commentaire du projet de Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (A/CN.9/112/Add.1), sect. I, Commentaire de l'article 3, *Annuaire de la CNUDCI*, vol. VII: 1976, deuxième partie, III, 2.

29. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir si cette disposition, qui peut être interprétée comme excluant les communications électroniques, devrait être modifiée de manière à refléter la pratique contemporaine.

Paragraphe 2

30. Le Groupe de travail voudra sans doute examiner le point de savoir si paragraphe 2 devrait stipuler que le tribunal arbitral peut être expressément habilité à prolonger ou à raccourcir les délais stipulés dans le Règlement de la CNUDCI, si cela est nécessaire pour pouvoir régler équitablement et efficacement le litige entre les parties. L'octroi d'un tel pouvoir au tribunal arbitral serait utile dans la pratique en l'absence d'accord entre les parties sur ces questions.

31. Un exemple de telles dispositions se trouve notamment dans le Règlement de la LCIA, qui dispose que "Le tribunal arbitral peut à tout moment prolonger (même lorsque le délai est expiré) ou abréger tout délai prescrit par le présent Règlement ou par la clause compromissoire concernant le déroulement de l'arbitrage, y compris en ce qui concerne toute notification ou communication devant être adressée par l'une des parties à toute autre partie" (paragraphe 7 de l'article 4). Le Règlement d'arbitrage de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (ci-après dénommé le "Règlement de l'OMPI") dispose que "Le tribunal s'assure que la procédure d'arbitrage est conduite avec célérité. Dans des cas exceptionnels, il peut, à la demande d'une partie ou de sa propre initiative, proroger un délai fixé par le présent règlement ou par lui-même, ou convenu entre les parties. En cas d'urgence, cette prorogation peut être accordée par le président du tribunal agissant seul" (alinéa c) de l'article 38).

Notification d'arbitrage – Article 3

"*1. La partie qui prend l'initiative de recourir à l'arbitrage (ci-après dénommée 'le demandeur') communique à l'autre partie (ci-après dénommée 'le défendeur') une notification d'arbitrage.*

2. La procédure d'arbitrage est réputée commencer à la date à laquelle la notification d'arbitrage est reçue par le défendeur.

3. La notification d'arbitrage doit contenir les indications ci-après:

a) La demande tendant à ce que le litige soit soumis à l'arbitrage;

b) Les noms et adresses des parties;

c) La mention de la clause compromissoire ou de la convention distincte d'arbitrage invoquée;

d) La mention du contrat duquel est né le litige ou auquel il se rapporte;

e) La nature générale du litige et, le cas échéant, une estimation de la somme sur laquelle il porte;

f) L'objet de la demande;

g) Une proposition quant au nombre d'arbitres (c'est-à-dire un ou trois), à défaut d'accord sur ce point conclu précédemment entre les parties.

4. La notification d'arbitrage peut aussi contenir les indications suivantes:

a) Les propositions tendant à nommer un arbitre unique et une autorité de nomination, visées à l'article 6, paragraphe premier;

b) La notification de la nomination d'un arbitre, visée à l'article 7;

c) La requête visée à l'article 18."

32. Il ressort des travaux préparatoires que, lors de l'examen de la disposition concernant l'élaboration du Règlement de la CNUDCI, il a été dit à la Commission que l'article 3 constituait un "pont entre les systèmes de tradition romaniste et les systèmes de *common law*" et un "compromis raisonnable" entre ceux qui souhaitaient que la requête soit communiquée d'emblée et ceux qui préféraient une approche en deux étapes, la notification d'arbitrage étant suivie par la requête[13].

Notification d'arbitrage séparée de la requête

33. Aux termes du paragraphe 3, la notification d'arbitrage du demandeur doit indiquer la "nature générale" du litige (alinéa e) du paragraphe 3) ainsi que "l'objet de la demande" (alinéa f) du paragraphe 3). Comme la requête n'est qu'un élément facultatif de la notification d'arbitrage, le tribunal arbitral peut être constitué sans que le défendeur ait l'occasion (ou soit tenu) d'exposer sa position en ce qui concerne: i) la compétence, ii) la demande, ou iii) toute demande reconventionnelle. L'article 18 du Règlement de la CNUDCI énonce les conditions auxquelles doit répondre la requête si elle n'a pas été incluse dans la notification d'arbitrage.

34. À ce propos, le Groupe de travail voudra peut-être noter que le Règlement suisse considère la requête comme un élément facultatif de la notification d'arbitrage (paragraphe 4 de l'article 3). En revanche, le Règlement de l'AAA stipule que la notification d'arbitrage "doit contenir la requête" (paragraphe 3 de l'article 2). Le Règlement de la CCI dispose que la demande d'arbitrage contient notamment "un exposé de la nature et des circonstances du litige à l'origine de la demande" et "une indication de l'objet de la demande et, si possible, du ou des montants réclamés" (paragraphe 3 de l'article 4). Le Règlement de la LCIA dispose que la demande écrite d'arbitrage doit être accompagnée par le demandeur d'une "description de la nature et des circonstances du litige ainsi que de l'objet de la requête" (paragraphe 1 c) de l'article premier) ainsi que d'une "indication de toutes questions ... dont les parties sont déjà convenues par écrit en vue de l'arbitrage ou au sujet desquelles le demandeur souhaite formuler une proposition" (paragraphe 1 d) de l'article premier). Le Règlement de la CCS prévoit que la demande d'arbitrage doit contenir un "exposé sommaire du litige", (alinéa ii) de l'article 5) ainsi qu'une "indication préliminaire des mesures sollicitées par le demandeur" (alinéa iii) de l'article 5). Le Règlement d'arbitrage de l'Institut allemand d'arbitrage (ci-après dénommé le "Règlement du DIS") dispose que l'arbitrage débute ´par le dépôt d'une requête auprès du secrétariat du DIS et que ladite requête doit indiquer, entre autres, les faits et circonstances qui ont donné lieu au litige (paragraphe 1 de l'article 6). Le Règlement d'arbitrage de la Commission chinoise d'arbitrage économique et commerciale internationale (ci-après dénommé

---

[13] CNUDCI, neuvième session, Comité plénier II, compte rendu analytique de la deuxième séance, A/CN.9/9/C.2/SR.2 (1976), par. 35 et 36.

le “Règlement de la CIETAC”) prévoit que la demande d’arbitrage doit comprendre la requête du demandeur (paragraphe 1 a) de l’article 10).

35. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir si la notification d’arbitrage et la requête devraient être présentées séparément.

Contenu de la notification d’arbitrage

36. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi faire porter son attention sur le point de savoir si le contenu de la notification d’arbitrage devrait comporter tous les éléments nécessaires pour permettre au défendeur de prendre position au sujet: a) de la requête du demandeur, b) de la validité et de la portée de la convention d’arbitrage invoquée, c) de demandes reconventionnelles et d) de la constitution du tribunal. Une telle disposition pourrait être ajoutée au paragraphe 3 de l’article 3.

37. Conformément à la proposition tendant à élargir le paragraphe 1 de l’article premier de manière à englober les litiges qui ne découlent pas d’un contrat ou qui ne concernent pas un contrat, le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si la notification d’arbitrage devrait contenir une indication du ou des documents ou faits dont a découlé le différend ou que concerne le litige.

38. En outre, dans le cas de litiges qui découlent d’un contrat, le Groupe de travail voudra peut-être examiner le point de savoir si la notification d’arbitrage devrait être accompagnée d’une copie du contrat plutôt que de simplement s’y référer.

39. Le Groupe de travail notera qu’aux termes du Règlement de la LCIA (paragraphe 1 d) de l’article premier) et du Règlement de la CCI (paragraphe 3 f) de l’article 4), le demandeur est tenu de formuler des propositions concernant le lieu et la langue de l’arbitrage, si ces questions n’ont pas déjà été réglées d’un commun accord.

Réponse à la notification d’arbitrage

40. Le Groupe de travail voudra sans doute déterminer si le défendeur devrait se voir donner l’occasion d’exposer sa position avant la constitution du tribunal arbitral en répondant à la notification d’arbitrage et avant que le demandeur ne présente sa requête. Cela, à son tour, permettrait au demandeur d’articuler dans sa requête à la fois les motifs sur lesquels se fondent ses revendications et ses moyens de défense concernant les arguments invoqués par le défendeur. Une telle possibilité est prévue par exemple par le Règlement de la CCS (article 10), le Règlement de la CCI (article 5) et le Règlement de la LCIA (article 3).

41. Permettre au défendeur d’exposer sa position dans une réponse à la notification d’arbitrage pourrait avoir l’avantage d’éclaircir dès les premiers stades de la procédure les principales questions que soulève le litige. Il y a lieu de noter cependant que le Règlement de la CNUDCI est censé s’appliquer aussi aux arbitrages *ad hoc*. Il pourrait donc être bon que les dispositions révisées du Règlement de la CNUDCI concernant la notification d’arbitrage et la réponse à celle-ci par le défendeur soient suffisamment souples quant à l’étendue des informations devant être échangées entre les parties avant la constitution du tribunal arbitral.

Section II. Composition du tribunal arbitral

Nombre d'arbitres – Article 5

> "*Si les parties ne sont pas convenues antérieurement du nombre d'arbitres (c'est-à-dire un ou trois) et si, dans les quinze jours de la réception par le défendeur de la notification d'arbitrage, les parties ne sont pas convenues qu'il n'y aura qu'un seul arbitre, il sera nommé trois arbitres*."

42. Les travaux préparatoires ont rappelé que la pratique normale était d'avoir trois arbitres pour l'arbitrage des différends découlant de transactions commerciales internationales. Il ressort également des travaux préparatoires que l'on a examiné la question de savoir si cet article devrait contenir une disposition indiquant que, même dans le cas où les parties ne parviennent pas à un accord sur le nombre d'arbitres, elles ont le droit de convenir ultérieurement qu'il y aura un arbitre unique. Il a été jugé néanmoins qu'aucune disposition expresse à cet effet n'était nécessaire étant donné que le résultat souhaité pouvait être obtenu si les parties convenaient par écrit de modifier cet article conformément à l'article premier[14].

43. Le Groupe de travail notera que, selon le Règlement de la LCIA (paragraphe 4 de l'article 5) et le Règlement de l'AAA (article 5), lorsque les parties ne se sont pas entendues sur le nombre d'arbitres, la préférence est accordée à la désignation d'un arbitre unique, à moins que l'autorité de nomination n'en décide autrement, à son gré, à la lumière des circonstances de l'espèce. Le Règlement de la CCI prévoit que si les parties n'ont pas fixé d'un commun accord le nombre des arbitres, la Cour nomme un arbitre unique, "à moins que le différend ne lui paraisse justifier la nomination de trois arbitres" (paragraphe 2 de l'article 8). Le Règlement d'arbitrage et de conciliation du Centre d'arbitrage international de Vienne de la Chambre fédérale d'économie de l'Autriche (ci-après dénommé le "Règlement de Vienne") n'indique aucune préférence mais permet à l'autorité de nomination de déterminer à son gré s'il y a lieu d'en nommer un seul ou trois (paragraphe 2 de l'article 14).

44. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si la règle supplétive concernant la composition du tribunal arbitral, c'est-à-dire la composition d'un tribunal de trois arbitres, devrait être conservée ou modifiée.

Nomination des arbitres – Articles 6 à 8

Pluralité de parties à l'arbitrage

45. Les articles 6 à 8 concernent la nomination des arbitres mais ne comportent aucune disposition traitant de la nomination des arbitres dans les affaires faisant intervenir une pluralité de parties. Lorsque plus de deux parties sont parties à l'arbitrage, la gestion de la procédure peut être plus compliquée.

46. Les règlements de différentes institutions d'arbitrage ont été modifiés de manière à définir la procédure à suivre lorsque l'arbitrage fait intervenir une pluralité de parties (article 10 du Règlement de la CCI, paragraphe 1 de l'article 8

---

[14] Rapport du Secrétaire général: projet révisé de règlement d'arbitrage à usage facultatif dans les arbitrages ad hoc concernant le commerce international (Règlement d'arbitrage de la CNUDCI) (additif): commentaire du projet de Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (A/CN.9/112/Add.1), sect. I, Commentaire de l'article 6, *Annuaire de la CNUDCI*, vol. VII: 1976, deuxième partie, III, 2.

du Règlement de la LCIA, article 9 du Règlement de la SIAC, article 18 du Règlement de l'OMPI) et ils définissent comme suit la procédure à suivre en pareille situation: en cas de pluralité de parties, que ce soit en qualité de demandeurs ou de défendeurs, et lorsque le différend doit être soumis à trois arbitres, les différents demandeurs, ensemble, et les différents défendeurs, ensemble, désignent un arbitre; faute de nomination conjointe et lorsque toutes les parties ne peuvent pas s'entendre sur une méthode de constitution du tribunal arbitral, l'autorité de nomination peut nommer chaque membre du tribunal arbitral et désigner l'un d'entre eux comme président.

47. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si une version révisée du Règlement de la CNUDCI devrait comporter des dispositions concernant la pluralité de parties à l'arbitrage.

Récusation d'arbitres – Articles 9 à 12

Article 9

> "*Tout arbitre dont la nomination est envisagée signale à ceux qui l'ont pressenti toutes circonstances de nature à soulever des doutes sur son impartialité ou sur son indépendance. Une fois qu'il a été nommé ou choisi, un arbitre signale lesdites circonstances aux parties, s'il ne l'a déjà fait.*"

Divulgation

48. L'article 9 prévoit un processus de divulgation en deux étapes. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si l'article 9 devrait stipuler expressément que le devoir d'impartialité et d'indépendance est continu, comme indiqué au paragraphe 1 de l'article 12 de la Loi type sur l'arbitrage et par la plupart des dispositions relatives à la divulgation de circonstances personnelles figurant dans les différents règlements d'arbitrage (paragraphe 3 de l'article 7 du Règlement de la CCI, paragraphes 2 et 3 de l'article 5 de la LCIA, paragraphe 5 de l'article 7 du Règlement de Vienne). Le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner la question de savoir si l'article 9 devrait préciser que cette divulgation doit revêtir la forme d'une déclaration écrite.

Article 12

> "*1. Si la récusation n'est pas acceptée par l'autre partie et que l'arbitre récusé ne se déporte pas, la décision relative à la récusation est prise:*
>
> *a) Si la nomination initiale a été faite par une autorité de nomination B par ladite autorité;*
>
> *b) Si la nomination initiale n'a pas été faite par une autorité de nomination mais qu'une telle autorité a été désignée antérieurement B par ladite autorité;*
>
> *c) Dans tous les autres cas, par l'autorité de nomination qui doit être désignée conformément à la procédure de désignation d'une autorité de nomination prévue à l'article 6.*
>
> *2. Si l'autorité de nomination admet la récusation, un remplaçant est nommé ou choisi selon la procédure applicable à la nomination ou au choix*

des arbitres qui est prévue aux articles 6 à 9; toutefois, dans le cas où cette procédure implique la désignation d'une autorité de nomination, la nomination de l'arbitre est faite par l'autorité de nomination qui s'est prononcée sur la récusation."

49. Les praticiens ont noté que cette disposition, qui n'indique pas les délais dans lesquels la partie qui récuse un arbitre doit solliciter une décision de l'autorité de nomination (et, si besoin est, la désignation d'une autorité de nomination), a parfois entraîné des retards et des incertitudes de la part du tribunal arbitral sur le point de savoir si la procédure devrait être poursuivie.

50. Le Groupe de travail voudra peut-être décider si une version révisée de cette disposition devrait prévoir des délais.

Remplacement d'un arbitre – Article 13

"*1. En cas de décès ou de démission d'un arbitre pendant la procédure d'arbitrage, un remplaçant est nommé ou choisi selon la procédure prévue aux articles 6 à 9 qui était applicable à la nomination ou au choix de l'arbitre devant être remplacé.*

2. En cas de carence ou d'impossibilité de droit ou de fait d'un arbitre de remplir sa mission, c'est la procédure relative à la récusation et au remplacement des arbitres prévue aux articles précédents qui s'applique."

Démission d'arbitres

51. L'une des questions que soulève l'article 13 est de savoir s'il devrait définir les conditions auxquelles doit répondre la démission d'un arbitre afin d'éviter les fausses démissions ou tout au moins de minimiser leur impact sur l'ensemble du processus.

52. Il ressort des travaux préparatoires que, pendant la discussion qui a débouché sur l'élaboration du Règlement de la CNUDCI, il a été dit à la Commission qu'alors même qu'un arbitre ne devrait certes démissionner que pour de "bonnes raisons" exceptionnelles[15], le respect d'une telle obligation ne pouvait pas être garanti dans la pratique[16].

53. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager les propositions ci-après pour régler cette question:

– Dans le cas d'un tribunal arbitral comportant plusieurs arbitres, une démission pourrait devoir être approuvée par les autres arbitres. Ainsi, l'arbitre devrait indiquer les raisons de sa démission et se soumettre à l'appréciation des autres arbitres, ce qui pourrait décourager efficacement les démissions irréfléchies ou simplement tactiques. Cette pratique serait conforme à la règle générale selon laquelle le tribunal arbitral est maître de la conduite de la procédure.

---

[15] CNUDCI, neuvième session, Comité plénier II, compte rendu analytique de la cinquième séance, A/CN.9/9/C.2/SR.5 (1976), par. 31.

[16] Ibid., par. 32.

– Une démission prendrait effet à la date déterminée par le tribunal arbitral: cette règle permettrait au tribunal arbitral de poursuivre méthodiquement la procédure[17].

Procédure de nomination en cas de remplacement d'un arbitre

54. Pour ce qui est du processus de nomination en cas de remplacement d'un arbitre, le Groupe de travail voudra peut-être noter que le règlement de plusieurs centres d'arbitrage permet de suivre ou de ne pas suivre la procédure originelle de nomination (par exemple le paragraphe 1 de l'article 11 du Règlement de la LCIA). Le but de cette disposition est de priver la partie qui a nommé un arbitre dont la démission n'est pas approuvée du droit de nommer son remplaçant. L'article 13 du Règlement suisse dispose que la partie qui a nommé l'arbitre en question désigne son remplaçant dans un délai prescrit, faute de quoi les Chambres procèdent à son remplacement. Toutefois, un tel mécanisme pourrait être difficilement applicable dans le contexte d'un arbitrage ad hoc.

Tribunaux incomplets

55. L'article 13 soulève une question importante, qui est de savoir si son libellé ("est nommé", "c'est la procédure relative à la récusation et au remplacement des arbitres … qui s'applique") interdit aux arbitres restants de poursuivre la procédure et, le cas échéant, de rendre une sentence sans qu'un arbitre de remplacement ait été nommé.

56. Une version révisée de l'article 13 pourrait comporter des dispositions pour le cas où le tribunal arbitral déciderait de poursuivre l'arbitrage malgré l'absence d'un de ses membres, par exemple lorsqu'il considère que l'un de ses membres fait obstruction à la procédure ou aux délibérations du tribunal. Le Groupe de travail voudra peut-être discuter de l'impact négatif que le fait pour des arbitres de se retirer de mauvaise foi d'une procédure arbitrale pourrait avoir sur la pratique de l'arbitrage commercial international et, dans ce contexte, examiner la mesure dans laquelle les parties devraient pouvoir, d'un commun accord, éliminer toute possibilité de doute quant à la validité d'une sentence rendue par un tribunal composé des arbitres restants représentant la majorité de ses membres (un tribunal arbitral "incomplet")[18]. À ce propos, le Groupe de travail ne manquera certainement pas d'avoir à l'esprit les dispositions du paragraphe 4 de l'article 32, qui stipule que lorsque la signature de l'un des arbitres manque, le motif de cette absence de signature doit être mentionné dans la sentence.

57. L'article 10 du Règlement de l'AAA prévoit notamment que l'administrateur doit déterminer s'il y a des raisons suffisantes d'accepter la démission d'un arbitre. L'article 11 ajoute qu'au cas où "un arbitre, dans un tribunal composé de trois personnes, ne participe pas à l'arbitrage pour des raisons autres que celles qui sont indiquées à l'article 10, les deux autres arbitres sont habilités, à leur gré, à poursuivre l'arbitrage et à rendre toute décision ou sentence malgré l'absence de participation du troisième arbitre". Le Règlement de la CCI dispose que la Cour de

---

[17] Paragraphe 5 de l'article 13 du Règlement du Tribunal des réclamations Iran-États-Unis (la "Règle de Mosk"), qui stipule que l'arbitre qui a démissionné doit "continuer à siéger ... pour toutes les affaires dans lesquelles il a participé à une audience quant au fond".

[18] A/CN.9/460, par. 80 à 91.

la CCI peut, en cas de remplacement d'un arbitre, décider à sa discrétion de suivre ou non la procédure initiale de nomination (paragraphe 2 de l'article 12) et, après la clôture des débats, décider, quand elle l'estime approprié, que les arbitres restants continueront l'arbitrage (paragraphe 5 de l'article 12).

Répétition de la procédure orale en cas de remplacement d'un arbitre – Article 14

"*En cas de remplacement de l'arbitre unique ou de l'arbitre-président en vertu des articles 11 à 13, la procédure orale qui a eu lieu avant le remplacement doit être répétée; en cas de remplacement d'un autre arbitre, la décision de répéter cette procédure est laissée à l'appréciation du tribunal arbitral.*"

58. L'article 14 définit la procédure à suivre lorsque la procédure orale doit être répétée en cas de remplacement d'un arbitre et dispose que, lorsque c'est l'arbitre unique ou l'arbitre-président qui est remplacé, la procédure orale qui a eu lieu avant le remplacement doit être répétée.

59. Il ressort des travaux préparatoires que c'est en raison du rôle particulier que joue dans la procédure arbitrale l'arbitre unique ou l'arbitre-président que ce paragraphe prévoit que, lorsqu'un tel arbitre est remplacé, toute la procédure qui a eu lieu avant le remplacement doit être répétée[19].

60. Il y a lieu de noter que l'article 14 du Règlement de procédure du Tribunal des réclamations Iran-États-Unis et le paragraphe 4 de l'article 12 du Règlement de la CCI laissent cette décision entièrement au tribunal arbitral, sans prévoir aucune règle obligatoire. L'article 14 du Règlement suisse dispose également qu'en cas de remplacement d'un arbitre, la procédure reprend au stade où elle se trouvait lorsque l'arbitre qui a été remplacé a cessé d'exercer ses fonctions, à moins que le tribunal arbitral n'en décide autrement.

61. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si le Règlement de la CNUDCI devrait être révisé de manière à laisser au tribunal arbitral le soin de décider si la procédure doit ou non être répétée lorsque l'arbitre unique ou l'arbitre-président est remplacé.

Section III. Procédure arbitrale

Dispositions générales – Article 15

"*1. Sous réserve des dispositions du Règlement, le tribunal arbitral peut procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié, pourvu que les parties soient traitées sur un pied d'égalité et qu'à tout stade de la procédure chaque partie ait toute possibilité de faire valoir ses droits et proposer ses moyens.*

2. À la demande de l'une ou l'autre partie et à tout stade de la procédure, le tribunal arbitral organise une procédure orale pour la production de

---

[19] Rapport du Secrétaire général: projet révisé de règlement d'arbitrage à usage facultatif dans les arbitrages ad hoc concernant le commerce international (Règlement d'arbitrage de la CNUDCI) (additif): commentaire du projet de Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (A/CN.9/112/Add.1), sect. I, Commentaire du paragraphe 5 de l'article 12, *Annuaire de la CNUDCI*, vol. VII: 1976, deuxième partie, III, 2.

preuves par témoins, y compris des experts, ou pour l'exposé oral des arguments. Si aucune demande n'est formée en ce sens, le tribunal arbitral décide s'il convient d'organiser une telle procédure ou si la procédure se déroulera sur pièces.

3. Toutes les pièces ou informations que l'une des parties fournit au tribunal arbitral doivent être communiquées en même temps par elle à l'autre partie."

Paragraphe 1

62. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si le paragraphe 1 devrait énoncer expressément le principe général selon lequel la procédure arbitrale doit être conduite par le tribunal arbitral sans retard injustifié. Une telle règle est incorporée aux règlements d'un grand nombre d'institutions d'arbitrage. C'est ainsi par exemple que le paragraphe 1 ii) de l'article 14 du Règlement de la LCIA impose à tout moment au tribunal arbitral l'obligation générale "d'adopter des procédures appropriées aux circonstances de l'arbitrage en évitant les dépenses ou retards inutiles afin d'offrir un moyen équitable et efficace de parvenir à un règlement définitif du litige entre les parties". Le paragraphe 3 de l'article 15 du Règlement suisse prévoit que "dès le début de la procédure arbitrale et en consultation avec les parties, le tribunal arbitral prépare le calendrier provisoire de la procédure arbitrale, lequel est communiqué aux parties et, pour information, aux Chambres". Le paragraphe 2 de l'article 16 du Règlement de l'AAA dispose que "le tribunal, dans l'exercice de ses pouvoirs discrétionnaires, conduit la procédure de manière à accélérer le règlement du différend". Le paragraphe 3 de l'article 20 du Règlement de la CCS et l'alinéa c) de l'article 38 du Règlement de l'OMPI contiennent des dispositions semblables.

Consultations ou réunions préparatoires

63. Des consultations ou réunions préparatoires sont de plus en plus fréquemment considérées comme utiles, particulièrement dans le cas des procédures arbitrales internationales complexes. Les Notes de la CNUDCI concernant l'organisation des procédures arbitrales contiennent des indications, à l'intention aussi bien du tribunal arbitral que des parties, quant aux questions à discuter dans ce contexte[20].

---

[20] Ces questions sont notamment la définition des points en cause, l'ordre dans lequel les questions doivent être réglées et la détermination des mesures demandées; la possibilité d'un règlement à l'amiable et son effet sur la programmation de la procédure; la langue utilisée dans la procédure; le lieu de l'arbitrage et la possibilité pour un tribunal de se réunir en dehors dudit lieu; les services administratifs dont le tribunal arbitral peut avoir besoin pour s'acquitter de ses fonctions (par exemple organisation des audiences ou appui d'un secrétariat); la consignation du montant des frais; la confidentialité des informations concernant l'arbitrage; les arrangements touchant l'échange de pièces écrites; les autres détails pratiques concernant les pièces écrites et les preuves (par exemple copies, numérotation, références); les questions liées aux preuves documentaires, y compris les délais dans lesquels elles doivent être présentées; la divulgation; la présentation conjointe d'une série unique de pièces documentaires et la possibilité de présenter des résumés des pièces documentaires volumineuses; les preuves matérielles autres que les documents; les questions liées aux témoins (par exemple les modalités à prévoir pour la prise de dépositions orales; l'ordre dans lequel les témoins seront appelés à déposer); les experts; les

64. Des réunions préparatoires sont expressément prévues par les Notes relatives à l'article 15 du Règlement du Tribunal des réclamations Iran-États-Unis, lequel a adopté l'article 15 du Règlement de la CNUDCI, tout en indiquant dans la Note 4 relative à cet article que "le tribunal arbitral peut ordonner aux parties de comparaître en vue d'une conférence préliminaire. Normalement, cette conférence préliminaire n'a lieu qu'après que la réplique du défendeur a été reçue. L'ordonnance définit les questions à examiner lors de la conférence préliminaire". Le paragraphe 2 de l'article 16 du Règlement de l'AAA prévoit que le tribunal arbitral "peut convoquer une conférence préliminaire avec les parties afin de convenir des procédures à suivre pour accélérer l'arbitrage et d'organiser et de programmer celui-ci". Aux termes de l'article 18 du Règlement de la CCI, le tribunal arbitral doit dans tous les cas établir l'acte de mission et un calendrier de la procédure.

65. Si la règle générale énoncée au paragraphe 1 de l'actuel article 15 n'empêche pas le tribunal arbitral d'organiser des consultations ou des réunions préparatoires, le Groupe de travail voudra peut-être examiner le point de savoir s'il faudrait incorporer au Règlement de la CNUDCI une disposition habilitant expressément le tribunal arbitral à organiser de telles consultations ou réunions "à un stade approprié de la procédure", que ce soit à la suite d'une demande des parties ou de sa propre initiative.

Jonction des affaires soumises au tribunal arbitral

66. Lorsque plusieurs différends distincts découlant de contrats séparés (par exemple des contrats connexes ou une série de contrats) surgissent entre les mêmes parties et que lesdits contrats contiennent des clauses compromissoires distinctes, une des parties peut objecter à ce que tous les différends soient réglés au moyen de la même procédure. Il se peut également qu'une partie introduise une procédure arbitrale séparée concernant une réclamation distincte découlant du contrat pour obtenir un avantage tactique. En pareils cas, une jonction des affaires peut permettre de régler plus efficacement les différends entre les parties conformément au principe général énoncé au paragraphe 1 de l'article 15 tout en réduisant la possibilité que des procédures arbitrales parallèles débouchent sur des sentences contradictoires.

67. Le Groupe de travail notera qu'une jonction des instances est autorisée par le Règlement de la CCI lorsqu'elles concernent toutes la même "relation juridique", à condition que les parties aient donné leur consentement à la jonction des actions en choisissant de soumettre leurs différends à l'arbitrage conformément au Règlement de la CCI. Le paragraphe 6 de l'article 4 du Règlement de la CCI se lit comme suit: "Lorsqu'une partie introduit une demande d'arbitrage relative à une relation juridique faisant déjà l'objet d'une procédure d'arbitrage entre les mêmes parties soumise au présent Règlement, la Cour peut, sur requête de l'une des parties, décider de joindre le ou les chefs de demande sur lesquels elle porte à la procédure déjà pendante, à condition que l'acte de mission n'ait pas été signé ou approuvé par la Cour. Une fois l'acte de mission signé ou approuvé par la Cour, la jonction ne peut être décidée que dans les conditions prévues à l'article 19".

---

questions liées à la tenue d'audiences; et les règles éventuelles concernant le dépôt ou la remise de la sentence.

68. Aux termes du Règlement de la CNUDCI, une jonction d'instances n'est possible que lorsque les parties y consentent expressément[21]. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir si, compte tenu du fait que le Règlement de la CNUDCI s'applique fréquemment dans des affaires non administrées, des dispositions supplémentaires sur cette question devraient être incorporées à une version révisée du Règlement.

Intervention de tierces parties dans la procédure arbitrale

69. Une tierce partie, par exemple une organisation non gouvernementale, peut demander qu'il lui soit accordé la possibilité d'expliquer sa position, particulièrement dans le contexte des arbitrages concernant des traités relatifs aux investissements. Le paragraphe 1 de l'article 15 du Règlement de la CNUDCI, qui dispose que "le tribunal arbitral peut procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié", peut être interprété comme habilitant également le tribunal arbitral à accepter de telles interventions, par exemple comme *amicus curiae*.

70. Le Règlement suisse, par exemple, dispose expressément, au paragraphe 2 de son article 4, que "Lorsqu'une tierce partie demande de participer à une procédure arbitrale déjà pendante en application du présent Règlement ou lorsqu'une partie à une procédure arbitrale conduite en application du présent Règlement a l'intention de demander à une tierce partie de participer à l'arbitrage, le tribunal arbitral statue sur cette demande après avoir consulté toutes les parties, compte tenu de toutes les circonstances qu'elle juge pertinentes et applicables".

71. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si une version révisée du Règlement de la CNUDCI devrait comporter une disposition expresse concernant l'intervention de tierces parties.

Confidentialité de la procédure

72. Le paragraphe 4 de l'article 25 et le paragraphe 5 de l'article 32 du Règlement de la CNUDCI traitent de la confidentialité de l'audience et des sentences respectivement mais ne contiennent pas de règles touchant la confidentialité de la procédure en tant que telle ou des documents (y compris les conclusions) soumis au tribunal arbitral.

73. Le Groupe de travail notera qu'à la suite de controverses substantielles sur le point de savoir si la procédure arbitrale devrait être confidentielle, la CCI a envisagé d'incorporer à son Règlement, lorsqu'elle l'a révisé pour la dernière fois, en 1998, une disposition expresse à ce sujet. Après mûre réflexion, il a été décidé de ne pas y inclure une disposition de caractère général relative à la confidentialité et que la question devait être tranchée au cas par cas par les arbitres et les parties (par exemple dans l'acte de mission du Tribunal).

74. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si une disposition expresse à cet effet devrait être incorporée dans une version révisée du Règlement de la CNUDCI et, dans l'affirmative, comment définir le champ d'application de l'obligation de confidentialité, les personnes intéressées et les exceptions à cette obligation.

---

[21] Le paragraphe 3 de l'article 19 du Règlement de la CNUDCI prévoit que le défenseur peut former une demande reconventionnelle fondée sur le même contrat.

Lieu de l'arbitrage – Article 16

"*1. À défaut d'accord entre les parties sur le lieu de l'arbitrage, ce lieu est déterminé par le tribunal arbitral compte tenu des circonstances de l'arbitrage.*

2. Le tribunal arbitral peut fixer l'emplacement de l'arbitrage à l'intérieur du pays choisi par les parties. Il peut entendre des témoins et tenir des réunions pour se consulter, en tout lieu qui lui conviendra, compte tenu des circonstances de l'arbitrage.

3. Le tribunal arbitral peut se réunir en tout lieu qu'il jugera approprié aux fins d'inspection de marchandises ou d'autres biens et d'examen de pièces. Les parties en seront informées suffisamment longtemps à l'avance pour avoir la possibilité d'assister à la descente sur les lieux.

4. La sentence est rendue au lieu de l'arbitrage."

Caractère juridique du lieu de l'arbitrage

75. Le Groupe de travail notera que le règlement de certaines institutions d'arbitrage précise le caractère juridique du lieu de l'arbitrage en le désignant comme:

- Le siège de l'arbitrage (paragraphe 1 de l'article 16 du Règlement suisse), par opposition aux lieux où le tribunal arbitral peut se réunir (paragraphe 3 de l'article 16 du Règlement suisse);
- Le siège, défini comme étant le lieu où doit juridiquement se tenir l'arbitrage (paragraphe 1 de l'article 16 du Règlement de la LCIA), par opposition aux lieux pouvant être commodes pour tenir des audiences, des réunions et des délibérations (paragraphe 2 de l'article 16 du Règlement de la LCIA).

76. Cette terminologie précise que le choix du lieu de l'arbitrage emporte l'application du droit national régissant la procédure arbitrale, ainsi que la compétence des tribunaux de l'État où se trouve ledit lieu d'intervenir dans la procédure arbitrale (voir par exemple l'article 5 de la Loi type sur l'arbitrage). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir si le Règlement de la CNUDCI devrait, par une disposition appropriée, préciser le caractère juridique du lieu de l'arbitrage.

A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1 [Original: anglais]

Note du Secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, soumise au Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation à sa quarante-cinquième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
Introduction	1-2
Notes concernant une révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI	3-40
Section III. Procédure arbitrale (*suite*)	3-20
Section IV. La sentence	21-38
Disposition diverse	39-40

Introduction

1. À sa trente-neuvième session (New York, 19 juin-7 juillet 2006), la Commission est convenue, en ce qui concerne les travaux futurs du Groupe de travail, d'accorder la priorité à une révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 (ci-après dénommé le "Règlement de la CNUDCI")[1].

2. Afin de faciliter les discussions du Groupe de travail à ce sujet, le secrétariat a établi une liste annotée des domaines dans lesquels le Règlement de la CNUDCI pourrait être révisé. La présente note fait suite à ladite liste et concerne les articles 17 et suivants du Règlement. Les révisions qui pourraient être apportées aux articles premier à 16 figurent dans le document A/CN.9/WG.II/WP.143.

Notes concernant une révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

Section III. Procédure arbitrale (*suite*)

Langue – Article 17

"*1. Sous réserve de l'accord des parties, le tribunal arbitral fixe sans retard, dès sa nomination, la langue ou les langues de la procédure. Cette décision*

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 182 à 187.

s'applique à la requête, à la réponse et à tout autre exposé écrit et, en cas de procédure orale, à la langue ou aux langues à utiliser au cours de cette procédure.

2. Le tribunal arbitral peut ordonner que toutes les pièces jointes à la requête ou à la réponse et toutes les pièces complémentaires produites au cours de la procédure qui ont été remises dans leur langue originale soient accompagnées d'une traduction dans la langue ou les langues choisies par les parties ou fixées par le tribunal arbitral."

3. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer s'il conviendrait, dans une version révisée du paragraphe 1 de l'article 17, de stipuler expressément que les arbitres doivent consulter les parties afin de déterminer la langue ou les langues à utiliser pour la procédure. L'article 14 du Règlement de l'AAA, le paragraphe 3 de l'article 17 du Règlement de la LCIA et l'article 40 du Règlement de l'OMPI prévoient tous que le tribunal arbitral doit tenir compte des vues des parties à ce sujet.

Requête – Article 18

"*1. Si la requête n'a pas été exposée dans la notification d'arbitrage, le demandeur adresse, dans le délai fixé à cet effet par le tribunal arbitral, sa requête écrite au défendeur et à chacun des arbitres. Une copie du contrat et de la convention d'arbitrage, si elle ne figure pas dans le contrat, doit être jointe à la requête.*

2. La requête comporte les indications ci-après:

a) Les noms et adresses des parties;

b) Un exposé des faits présentés à l'appui de la requête;

c) Les points litigieux;

d) L'objet de la demande.

Le demandeur peut joindre à sa requête toutes pièces qu'il juge pertinentes ou y mentionner les pièces ou autres moyens de preuve qu'il produira."

4. L'article 18 décrit les informations que doit contenir la requête.

5. Il ressort des travaux préparatoires que si, dans sa requête, le demandeur est tenu d'inclure "un exposé des faits présentés à l'appui de la requête", il n'est pas tenu d'y joindre les documents qu'il juge pertinents et sur lesquels il entend faire fond. S'il le souhaite, toutefois, le demandeur peut le faire. Il ressort également des travaux préparatoires que, comme les demandeurs souhaitent généralement que le différend soumis à l'arbitrage soit réglé aussi rapidement que possible, ils joignent apparemment à leurs requêtes les documents ou copies de documents qu'ils ont l'intention d'invoquer. Lorsque le demandeur joint effectivement une liste de ces documents ou copie des documents eux-mêmes, rien ne lui interdit de soumettre ultérieurement des documents supplémentaires ou tout autre document, à la lumière de la position adoptée par le défendeur dans sa réponse[2].

---

[2] Rapport du Secrétaire général: projet révisé de règlement d'arbitrage à usage facultatif dans les arbitrages ad hoc concernant le commerce international (Règlement d'arbitrage de la CNUDCI)

6. Le Groupe de travail notera que l'alinéa c) de l'article 41 du Règlement de l'OMPI et le paragraphe 6 de l'article 15 du Règlement de la LCIA stipulent que la requête doit être accompagnée des preuves documentaires et de tous les documents essentiels invoqués par les parties.

7. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si une version révisée de l'article 18 devrait être complétée par des dispositions relatives aux preuves documentaires que le demandeur doit fournir avec sa requête.

Réponse – Article 19

"*1. Dans le délai fixé à cet effet par le tribunal arbitral, le défendeur adresse sa réponse écrite au demandeur et à chacun des arbitres.*

2. Le défendeur répond aux alinéas b), c) et d) de la requête (art. 18, par. 2). Il peut joindre à sa réponse les pièces sur lesquelles il appuie sa défense ou y mentionner les pièces ou autres moyens de preuve qu'il produira.

3. Dans sa réponse, ou à un stade ultérieur de la procédure arbitrale si le tribunal arbitral décide que ce délai est justifié par les circonstances, le défendeur peut former une demande reconventionnelle fondée sur le même contrat ou invoquer un droit fondé sur le même contrat comme moyen de compensation.

4. Les dispositions du paragraphe 2 de l'article 18 s'appliquent à la demande reconventionnelle et au droit invoqué comme moyen de compensation."

Droits invoqués à des fins de compensation

8. Le paragraphe 3 de l'article 19 du Règlement de la CNUDCI dispose que le demandeur peut faire valoir un droit fondé sur le même contrat comme moyen de compensation. Il a été dit que la compétence du tribunal arbitral de tenir compte des droits invoqués dans un but de compensation devrait, dans certaines conditions, s'étendre au-delà du contrat dont découle l'action principale pour des motifs liés à l'efficacité de la procédure et à l'opportunité d'éliminer les différends entre les parties[3].

9. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le Règlement suisse dispose au paragraphe 5 de son article 21 que "le tribunal arbitral a compétence pour connaître d'un moyen invoqué dans un but de compensation même si la relation dont il est allégué que découle ledit moyen ne relève pas du champ d'application de la clause compromissoire ou fait l'objet d'une autre convention d'arbitrage ou d'une autre clause d'élection de for".

10. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir si une version révisée du Règlement de la CNUDCI devrait contenir des dispositions permettant la compensation de créances dans une gamme plus large de situations.

(additif): commentaire du projet de Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (A/CN.9/112/Add.1), sect. I, Commentaire de l'article 17, *Annuaire de la CNUDCI*, vol. VII: 1976, deuxième partie, III, 2.

[3] A/CN.9/460, par. 72 à 79.

Déclinatoire de compétence arbitrale – Article 21

"*1. Le tribunal arbitral peut statuer sur les exceptions prises de son incompétence, y compris toute exception relative à l'existence ou la validité de la clause compromissoire ou de la convention distincte d'arbitrage.*

2. Le tribunal arbitral a compétence pour se prononcer sur l'existence ou la validité du contrat dont la clause compromissoire fait partie. Aux fins de l'article 21, une clause compromissoire qui fait partie d'un contrat et qui prévoit l'arbitrage en vertu du présent Règlement sera considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de la nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire.

3. L'exception d'incompétence doit être soulevée au plus tard lors du dépôt de la réponse ou, en cas de demande reconventionnelle, de la réplique.

4. D'une façon générale, le tribunal arbitral statue sur l'exception d'incompétence en la traitant comme question préalable. Il peut cependant poursuivre l'arbitrage et statuer sur cette exception dans sa sentence définitive."

Paragraphe 1

11. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si le paragraphe 1 devrait être remanié dans le sens du paragraphe 1 de l'article 16 de la Loi type sur l'arbitrage afin de stipuler clairement que le tribunal arbitral est habilité à soulever de son propre chef la question de l'existence et de la portée de sa propre compétence et à statuer à ce sujet.

12. Aux termes du paragraphe 2 de l'article 16 de la Loi type sur l'arbitrage, le fait pour une partie d'avoir désigné un arbitre ou d'avoir participé à cette désignation ne la prive pas du droit de soulever une exception d'incompétence. L'article 21 du Règlement de la CNUDCI ne contient aucune disposition de ce type.

Paragraphe 4

13. En vertu du paragraphe 4 de l'article 21, le tribunal arbitral doit, de manière générale, statuer sur l'exception d'incompétence en la traitant comme question préalable, mais autorise également le tribunal à statuer à ce sujet dans la sentence finale. Cette solution est conforme au pouvoir discrétionnaire que le paragraphe 1 de l'article 15 du Règlement de la CNUDCI accorde au tribunal arbitral de conduire la procédure "comme il le juge approprié" ainsi qu'au paragraphe 2 de l'article 41 de la Convention de Washington de 1965 sur le règlement des différends relatifs aux investissements[4].

14. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si l'article 21 devrait préciser que les parties ne peuvent saisir les tribunaux internes qu'après que le tribunal arbitral s'est prononcé sur sa propre compétence et qu'un tel recours ne doit

---

[4] Rapport du Secrétaire général: projet révisé de règlement d'arbitrage à usage facultatif dans les arbitrages ad hoc concernant le commerce international (Règlement d'arbitrage de la CNUDCI) (additif): commentaire du projet de Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (A/CN.9/112/Add.1), sect. I, Commentaire de l'article 19, *Annuaire de la CNUDCI*, vol. VII: 1976, deuxième partie, III, 2.

pas retarder la procédure arbitrale ou empêcher le tribunal arbitral de rendre une sentence, conformément au paragraphe 3 de l'article 16 de la Loi type sur l'arbitrage.

Preuves et audiences – Articles 24 et 25

Article 24

"*1. Chaque partie doit apporter la preuve des faits sur lesquels elle fonde sa requête ou sa réponse.*

2. S'il le juge nécessaire, le tribunal arbitral peut prier une partie de lui fournir ainsi qu'à l'autre partie, dans le délai qu'il fixe, un résumé des pièces et autres preuves que la partie intéressée a l'intention de produire à l'appui des faits qui constituent l'objet du litige et qui sont exposés dans sa requête ou dans sa réponse.

3. À tout moment de la procédure, le tribunal arbitral peut demander aux parties de produire des preuves complémentaires, en leur fixant un délai à cet effet."

Paragraphe 1

15. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si une version révisée de l'article 24 devrait prévoir que le tribunal arbitral peut exercer son pouvoir de prier une partie de lui fournir des preuves de sa propre initiative mais aussi à la demande de l'une quelconque des parties. Il y a lieu de noter à ce propos que l'article 22 du Règlement de la LCIA, l'article 25 du Règlement de la SIAC et l'alinéa b) de l'article 48 du Règlement de l'OMPI contiennent une telle disposition.

Mesures provisoires ou conservatoires – Article 26

"*1. À la demande de l'une ou l'autre partie, le tribunal arbitral peut prendre toutes mesures provisoires qu'il juge nécessaires en ce qui concerne l'objet du litige, notamment les mesures conservatoires pour les marchandises litigieuses, en prescrivant par exemple leur dépôt entre les mains d'un tiers ou la vente de denrées périssables.*

2. Ces mesures provisoires peuvent être prises sous la forme d'une sentence provisoire. Le tribunal arbitral peut exiger un cautionnement au titre des frais occasionnés par ces mesures.

3. Une demande de mesures provisoires adressée par l'une ou l'autre partie à une autorité judiciaire ne doit pas être considérée comme incompatible avec la convention d'arbitrage ni comme une renonciation au droit de se prévaloir de ladite convention."

16. L'article 26 du Règlement de la CNUDCI traite des mesures conservatoires moins en détail que les nouvelles dispositions correspondantes du nouveau Chapitre IV A de la Loi type sur l'arbitrage adopté par la Commission à sa trente-neuvième session[5]. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer s'il y a lieu de

[5] A/CN.9/592, annexe I.

réviser et, dans l'affirmative, dans quelle mesure, l'article 26 du Règlement de la CNUDCI à la lumière du nouveau Chapitre IV A.

Experts – Article 27

"*1. Le tribunal arbitral peut nommer un ou plusieurs experts chargés de lui faire rapport par écrit sur les points précis qu'il déterminera. Une copie du mandat de l'expert, tel qu'il a été fixé par le tribunal arbitral, sera communiquée aux parties.*

2. Les parties fournissent à l'expert tous renseignements appropriés ou soumettent à son inspection toutes pièces ou toutes choses pertinentes qu'il pourrait leur demander. Tout différend s'élevant entre une partie et l'expert au sujet du bien-fondé de la demande sera soumis au tribunal arbitral, qui tranchera.

3. Dès réception du rapport de l'expert, le tribunal arbitral communique une copie du rapport aux parties, lesquelles auront la possibilité de formuler par écrit leur opinion à ce sujet. Les parties ont le droit d'examiner tout document invoqué par l'expert dans son rapport.

4. À la demande de l'une ou l'autre des parties, l'expert, après la remise de son rapport, peut être entendu à une audience à laquelle les parties ont la possibilité d'assister et de l'interroger. À cette audience, l'une ou l'autre des parties peut faire venir en qualité de témoins des experts qui déposeront sur les questions litigieuses. Les dispositions de l'article 25 sont applicables à cette procédure."

17. L'article 27 met en relief le rôle de l'expert nommé par le tribunal et ne traite expressément des experts appelés comme témoins par les parties qu'après que l'expert nommé par le tribunal a présenté son rapport.

18. Le Groupe de travail tiendra sans doute à noter que le paragraphe 4 de l'article 20 du Règlement de la CCI, l'alinéa a) de l'article 55 du Règlement de l'OMPI et le paragraphe 1 de l'article 27 du Règlement suisse prévoient que le tribunal arbitral peut nommer des experts "après avoir consulté les parties".

19. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si une version révisée du Règlement de la CNUDCI devrait stipuler que le tribunal arbitral doit consulter les parties avant de nommer un quelconque expert pour lui faire rapport.

20. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi examiner le point de savoir si l'article 27 devrait stipuler que le tribunal arbitral devrait être habilité à prier les experts produits par les parties de se réunir avec l'expert nommé par le tribunal pour essayer de parvenir à un accord sur les points controversés ou, tout au moins, pour rétrécir les zones de désaccord.

Section IV. La sentence

Décisions – Article 31

"*1. Lorsque les arbitres sont au nombre de trois, toute sentence ou autre décision du tribunal arbitral est rendue à la majorité.*

2. En ce qui concerne des questions de procédure, à défaut de majorité ou lorsque le tribunal arbitral l'autorise, l'arbitre-président peut décider seul sous réserve d'une éventuelle révision par le tribunal arbitral."

Paragraphe 1

21. Le paragraphe 1 de l'article 31 stipule que, lorsque le tribunal arbitral est composé de trois membres, la sentence est rendue à la majorité.

22. Les travaux préparatoires font apparaître clairement qu'au moins deux des trois arbitres doivent s'associer à la sentence; cependant, le tiers arbitre n'a pas à être l'un d'eux. Il ressort en outre des travaux préparatoires que si la majorité des arbitres ne peut s'entendre sur une sentence, le tribunal arbitral doit sortir de l'impasse conformément à la législation et à la pratique en vigueur au lieu de l'arbitrage, lequel est (conformément au paragraphe 4 de l'article 16 du Règlement) le lieu où la sentence doit être rendue. Dans de nombreux pays, le droit et la pratique font aux arbitres l'obligation de continuer à délibérer jusqu'à ce qu'ils parviennent à une décision prise à la majorité[6].

23. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que le paragraphe 1 de l'article 25 du Règlement de la CCI envisage le cas où il n'y a pas de majorité et stipule ce qui suit: "En cas de pluralité d'arbitres, la sentence est rendue à la majorité. À défaut de majorité, le président du tribunal arbitral statuera seul". Des dispositions semblables figurent au paragraphe 3 de l'article 26 du Règlement de la LCIA, à l'article 61 du Règlement de l'OMPI, au paragraphe 2 de l'article 26 du Règlement de Vienne et à l'article 31 du Règlement suisse.

24. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si le paragraphe 1 de l'article 31 devrait comporter une règle prévoyant le cas où il n'existe pas de majorité, comme un grand nombre de règlements d'arbitrage.

Forme et effet de la sentence – Article 32

"*1. Le tribunal arbitral peut rendre non seulement des sentences définitives, mais également des sentences provisoires, interlocutoires ou partielles.*

2. La sentence est rendue par écrit. Elle n'est pas susceptible d'appel devant une instance arbitrale. Les parties s'engagent à exécuter sans délai la sentence.

3. Le tribunal arbitral motive sa sentence, à moins que les parties ne soient convenues que tel ne doit pas être le cas.

4. La sentence est signée par les arbitres et porte mention de la date et du lieu où elle a été rendue. Lorsque les arbitres sont au nombre de trois et que la signature de l'un d'eux manque, le motif de cette absence de signature est mentionné dans la sentence.

---

[6] Rapport du Secrétaire général: projet révisé de règlement d'arbitrage à usage facultatif dans les arbitrages ad hoc concernant le commerce international (Règlement d'arbitrage de la CNUDCI) (additif): commentaire du projet de Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (A/CN.9/112/Add.1), sect. I, Commentaire de l'article 27, *Annuaire de la CNUDCI*, vol. VII: 1976, deuxième partie, III, 2.

5. La sentence ne peut être publiée qu'avec le consentement des deux parties.

6. Des copies de la sentence signées par les arbitres sont communiquées par le tribunal arbitral aux parties.

7. Si la loi en matière d'arbitrage du pays dans lequel la sentence est rendue impose au tribunal arbitral l'obligation de déposer ou de faire enregistrer la sentence, le tribunal satisfera à cette obligation dans le délai prévu par la loi."

Paragraphe 2

25. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'inclure une nouvelle disposition inspirée du paragraphe 6 de l'article 28 du Règlement de la CCI et du paragraphe 9 de l'article 26 du Règlement de la LCIA, selon laquelle la sentence ne peut pas faire l'objet d'appels ou d'autres formes de recours devant un tribunal ou toute autre autorité de manière à exclure, par exemple, un appel sur un point de droit, sans toutefois exclure une action contestant la sentence (par exemple pour des motifs comme l'absence de compétence ou la violation des règles visant à garantir la régularité de la procédure). Le paragraphe 6 de l'article 28 du Règlement de la CCI stipule notamment ce qui suit: "... les parties s'engagent à exécuter sans délai la sentence à intervenir, et sont réputées avoir renoncé à toutes voies de recours auxquelles elles peuvent valablement renoncer". Le paragraphe 9 de l'article 26 du Règlement de la LCIA prévoit que "... les parties peuvent également renoncer de manière irrévocable à leurs droits à toute forme d'appel, de révision ou de recours devant un tribunal de l'État ou toute autre autorité judiciaire, dans la mesure où une telle renonciation est autorisée".

Paragraphe 5

26. Aux termes du paragraphe 5, la sentence ne peut être publiée qu'avec le consentement des parties. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si le Règlement de la CNUDCI devrait envisager le cas dans lequel une partie est juridiquement tenue de divulguer une sentence ou sa teneur.

Paragraphe 7

27. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager de modifier le paragraphe 7 de manière à éviter d'imposer au tribunal arbitral une charge excessivement lourde dans les pays où les règles d'enregistrement sont ambiguës. À cette fin, l'on pourrait prévoir que le tribunal ne devrait s'acquitter de cette obligation d'enregistrement que si une partie le demande dans un délai adéquat.

Délai dans lequel la sentence doit être rendue

28. Le Groupe de travail voudra peut-être considérer s'il conviendrait de fixer un délai pour le prononcé de la sentence. Un exemple de délai de ce type est celui qui est visé au paragraphe 1 de l'article 24 du Règlement de la CCI, qui prévoit que le tribunal arbitral rend sa sentence finale dans un délai de six mois à partir du jour où la dernière signature du tribunal arbitral ou des parties a été apposée sur l'acte de mission. De même, le paragraphe 1 de l'article 42 du Règlement de la CIETAC dispose que la sentence doit être rendue dans les six mois suivant la constitution du

tribunal arbitral. Si une telle règle doit être insérée dans le Règlement de la CNUDCI, il pourrait être utile de prévoir une méthode de prolongation de ce délai.

Possibilité d'insérer un nouveau paragraphe 8

29. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer s'il faudrait ajouter au Règlement de la CNUDCI un principe d'interprétation en sus du principe général énoncé à l'article 15. Â cette fin, le Groupe de travail pourra peut-être envisager d'inclure une nouvelle règle prévoyant que les arbitres et les parties ont pour obligation essentielle d'agir dans l'esprit du Règlement de la CNUDCI, même dans les cas où aucune disposition spécifique ne régit la situation en question. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer s'il serait approprié d'établir un lien entre cette obligation générale et le caractère exécutoire de la sentence en prévoyant que les parties et le tribunal arbitral ne doivent négliger aucun effort pour faire en sorte que la sentence soit légalement exécutoire.

Loi applicable, amiable compositeur – Article 33

> "*1. Le tribunal arbitral applique la loi désignée par les parties comme étant la loi applicable au fond du litige. À défaut d'une telle indication par les parties, le tribunal arbitral applique la loi désignée par la règle de conflit de lois qu'il juge applicable en l'espèce.*
>
> *2. Le tribunal arbitral ne statue en qualité d'"amiable compositeur" (ex aequo et bono) que si le tribunal arbitral y a été expressément autorisé par les parties et si ce type d'arbitrage est permis par la loi applicable à la procédure arbitrale.*
>
> *3. Dans tous les cas, le tribunal arbitral décide conformément aux stipulations du contrat et tient compte des usages du commerce applicables à la transaction.*"

Paragraphe 1

Loi applicable au fond du litige

30. Le Groupe de travail notera que l'article 28 de la Loi type sur l'arbitrage prévoit que les parties peuvent choisir les "règles du droit" applicables au fond du différend, tandis que le paragraphe 1 vise la "loi applicable". L'expression "règles de droit", jusqu'à son inclusion dans la Loi type sur l'arbitrage, n'avait été utilisée qu'à l'article 42 de la Convention de Washington de 1965 sur le règlement des différends relatifs aux investissements et dans les lois concernant l'arbitrage de la France et de Djibouti[7]. L'expression "règles de droit" est interprétée comme étant plus large que le terme "loi", ce qui permet aux parties de choisir comme applicables à leurs différends des règles provenant de plusieurs systèmes juridiques, y compris des règles de droit élaborées au plan international.[8] Le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'adopter cette expression dans une version révisée de l'article 33 du Règlement de la CNUDCI.

---

[7] A/CN.9/264, par. 4.
[8] Ibid.

Paragraphe 2

Ex aequo et bono – *Amiable compositeur*

31. Le Groupe de travail notera que les règlements de certains centres d'arbitrage (paragraphe 3 de l'article 17 du Règlement de la CCI, paragraphe 4 de l'article 22 du Règlement de la LCIA et paragraphe 3 de l'article 28 du Règlement de l'AAA) exigent l'autorisation des parties pour que le tribunal arbitral statue comme amiable compositeur ou *ex aequo et bono* et ne prévoient pas que le droit applicable à la procédure arbitral autorise le tribunal à statuer *ex aequo et bono*. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si un tel amendement serait approprié dans le contexte du Règlement de la CNUDCI.

Interprétation de la sentence – Article 35

"*1. Dans les trente jours de la réception de la sentence, l'une des parties peut, moyennant notification à l'autre, demander au tribunal arbitral d'en donner une interprétation.*

2. L'interprétation est donnée par écrit dans les quarante-cinq jours de la réception de la demande. L'interprétation fait partie intégrante de la sentence, et les dispositions des paragraphes 2 à 7 de l'article 32 lui sont applicables."

32. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la question de savoir si cet article ne devrait s'appliquer que lorsqu'il est nécessaire d'interpréter ce que la sentence ordonne aux parties de faire.

Rectification de la sentence – Article 36

"*1. Dans les trente jours de la réception de la sentence, l'une des parties peut, moyennant notification à l'autre, demander au tribunal arbitral de rectifier dans le texte de la sentence toute erreur de calcul, toute erreur matérielle ou typographique ou toute erreur de même nature. Le tribunal arbitral peut, dans les trente jours de la communication de la sentence aux parties, faire ces rectifications de sa propre initiative.*

2. Ces rectifications sont faites par écrit et les dispositions des paragraphes 2 à 7 de l'article 32 leur sont applicables."

33. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer s'il y aurait lieu d'élargir le champ d'application de l'article 36 pour que la sentence puisse être rectifiée si un arbitre omet de la signer ou omet d'indiquer la date ou le lieu de la sentence.

Sentence additionnelle – Article 37

"*1. Dans les trente jours de la réception de la sentence, l'une des parties peut, moyennant notification à l'autre, demander au tribunal arbitral de rendre une sentence additionnelle sur des chefs de demande exposés au cours de la procédure d'arbitrage mais omis dans la sentence.*

2. Si le tribunal arbitral juge la demande justifiée et estime que l'omission peut être rectifiée sans nécessiter de nouvelles audiences ou de nouvelles preuves, il complète sa sentence dans les soixante jours qui suivent la réception de la demande.

3. Les dispositions des paragraphes 2 à 7 de l'article 32 sont applicables à la sentence additionnelle."

34. Le Groupe de travail voudra peut-être se pencher sur la question de savoir si la règle selon laquelle "l'omission peut être rectifiée sans nécessiter de nouvelles audiences ou de nouvelles preuves" devrait être conservée pour le motif que les arbitres devraient pouvoir de leur propre initiative convoquer des audiences ou prier les parties de présenter d'autres preuves ou conclusions.

Frais – Articles 38 à 40

Article 38

"*Le tribunal arbitral fixe les frais d'arbitrage dans sa sentence. Les 'frais' comprennent uniquement:*

a) Les honoraires des membres du tribunal arbitral, indiqués séparément pour chaque arbitre et fixés par le tribunal lui-même conformément à l'article 39;

b) Les frais de déplacement et autres dépenses faites par les arbitres;

c) Les frais encourus pour toute expertise ou pour toute autre aide demandée par le tribunal arbitral;

d) Les frais de déplacement et autres indemnités des témoins, dans la mesure où ces dépenses ont été approuvées par le tribunal arbitral;

e) Les frais en matière de représentation ou d'assistance juridique encourus par la partie qui triomphe, lorsque ces frais constituent l'un des chefs de la demande d'arbitrage et dans la mesure où le tribunal arbitral en juge le montant raisonnable;

f) Le cas échéant, les honoraires et frais de l'autorité de nomination, ainsi que les frais du Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye."

35. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si la liste des éléments énumérés à l'article 38 est exhaustive.

36. Cet article soulève également les questions ci-après, qui sont de savoir:

- Si les alinéas b) à d) devraient être qualifiés par l'adjectif "raisonnable", comme c'est le cas de l'alinéa e) (qui vise les frais de représentation ou d'assistance juridique). Ce mot pourrait constituer pour les arbitres un rappel utile de leur obligation d'agir à tous égards avec la plus grande efficience possible dans la conduite de l'arbitrage (comme prévu au paragraphe 1 de l'article 15 du Règlement de la CNUDCI);
- Si les honoraires et les frais d'un secrétaire nommé par le tribunal arbitral devraient être expressément inclus dans l'élément c).

Article 39

"*1. Le montant des honoraires des membres du tribunal arbitral doit être raisonnable, compte tenu du montant en litige, de la complexité de l'affaire, du*

temps que les arbitres lui ont consacré et de toutes autres circonstances pertinentes de l'espèce.

2. Si une autorité de nomination a été choisie par les parties d'un commun accord ou désignée par le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye et si cette autorité a publié un barème pour les honoraires des arbitres nommés dans des litiges internationaux qu'elle administre, le tribunal arbitral fixe le montant de ses honoraires en tenant compte de ce barème dans la mesure où il le juge approprié dans les circonstances de l'espèce.

3. Si cette autorité de nomination n'a pas publié de barème pour les honoraires des arbitres nommés dans des litiges internationaux, chaque partie peut, à tout moment, prier l'autorité de nomination d'établir une note indiquant la base de calcul des honoraires qui est habituellement appliquée dans les litiges internationaux dans lesquels l'autorité nomme les arbitres. Si l'autorité de nomination accepte d'établir cette note, le tribunal arbitral fixe le montant de ses honoraires en tenant compte des renseignements ainsi fournis dans la mesure où il le juge approprié dans les circonstances de l'espèce.

4. Dans les cas visés aux alinéas 2 et 3, lorsqu'à la demande d'une partie l'autorité de nomination accepte cette mission, le tribunal arbitral ne fixe le montant de ses honoraires qu'après avoir consulté l'autorité de nomination, qui peut adresser au tribunal arbitral toutes observations qu'elle juge appropriées concernant ces honoraires."

37. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer s'il faudrait fournir des indications plus détaillées concernant la question des honoraires des arbitres dans une révision éventuelle du Règlement de la CNUDCI. Plusieurs solutions pourraient être envisagées à cet égard:

- Le Tribunal arbitral et les parties seraient expressément encouragés à s'entendre d'emblée, lors d'une consultation ou d'une réunion préparatoire, sur les modalités de calcul des honoraires du tribunal arbitral. Une telle disposition pourrait être incorporée à une version révisée de l'article 15;
- L'autorité de nomination ou, s'il n'en a pas été désigné ou convenu, l'autorité nommée ou désignée par le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage, serait habilitée à régler toute objection opposée par une partie à une décision du tribunal arbitral concernant ses honoraires conformément à l'article 38 et au paragraphe 1 de l'article 39.

Article 40

"*1. Sous réserve des dispositions du paragraphe 2, les frais d'arbitrage sont en principe à la charge de la partie qui succombe. Toutefois, le tribunal arbitral peut les répartir entre les parties, dans la mesure où il le juge approprié dans les circonstances de l'espèce.*

2. En ce qui concerne les frais en matière de représentation ou d'assistance juridique visés au paragraphe e) de l'article 38, le tribunal arbitral peut, eu égard aux circonstances de l'espèce, déterminer la partie à la charge de

laquelle seront mis ces frais ou les répartir entre les parties, dans la mesure où il le juge approprié.

3. Lorsque le tribunal arbitral rend une ordonnance de clôture de la procédure arbitrale ou une sentence d'accord parties, il fixe les frais d'arbitrage visés aux articles 38 et paragraphe 1 de l'article 39 dans le texte de cette ordonnance ou de cette sentence.

4. Le tribunal arbitral ne peut percevoir d'honoraires supplémentaires pour interpréter ou rectifier sa sentence ou rendre une sentence additionnelle, conformément aux articles 35 à 37."

38. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer s'il y a lieu de conserver le paragraphe 4 de l'article 40 étant donné que cette disposition ne se trouve pas dans les versions révisées des règlements de la plupart des institutions d'arbitrage.

Disposition diverse

Responsabilité des arbitres

39. Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si la question de la responsabilité des arbitres devrait être examinée plus avant dans le contexte du Règlement de la CNUDCI. À l'heure actuelle, ni le Règlement de la CNUDCI, ni la Loi type sur l'arbitrage, ne traitent de cette question. L'on pourrait également envisager d'élargir le champ d'application de toute disposition relative à la responsabilité aux personnes ou institutions faisant fonction d'autorité de nomination conformément au Règlement de la CNUDCI.

40. Les règlements d'arbitrage existants reflètent deux approches possibles. La première, adoptée dans le Règlement de la CCI (article 34), consiste à exclure la responsabilité en toutes circonstances: ni les arbitres, ni la Cour ou ses membres, ni la CCI et ses employés, pas plus que les comités nationaux de la CCI, n'encourent de responsabilité à l'égard d'une personne quelconque du chef de tout acte ou de toute omission en rapport avec l'arbitrage. Une approche semblable a été adoptée dans le Règlement de Vienne. La deuxième approche, plus commune, est reflétée dans la Note liminaire du Code de déontologie de l'AIB pour les arbitres internationaux (1987), qui dispose que "en principe, les arbitres internationaux jouissent de l'immunité de juridiction en vertu de la législation nationale, sauf dans les cas extrêmes de manquement délibéré ou grave à leurs obligations légales". Le paragraphe 1 de l'article 31 du Règlement de la LCIA et l'article 35 du Règlement de l'AAA visent également les "errements conscients et délibérés".

C. Rapport du Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation sur les travaux de sa quarante-sixième session (New York, 5-9 février 2007)

(A/CN.9/619) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-6
II.	Organisation de la session	7-13
III.	Délibérations et décisions	14
IV.	Révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI	15-164
	Section I. Dispositions préliminaires	18-78
	Section II. Composition du tribunal arbitral	79-113
	Section III. Procédure arbitrale	114-164

I. Introduction

1. À sa trente et unième session (New York, 1er-12 juin 1998), la Commission, se référant aux discussions tenues lors de la "Journée de la Convention de New York" organisée en juin 1998 pour célébrer le quarantième anniversaire de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) ("la Convention de New York"), a estimé qu'il serait utile d'étudier la possibilité de travaux futurs dans le domaine de l'arbitrage. Elle a prié le secrétariat de rédiger une note sur la base de laquelle elle examinerait cette possibilité à sa session suivante[1].

2. À sa trente-deuxième session (Vienne, 17 mai-4 juin 1999), la Commission était saisie d'une note intitulée "Travaux futurs envisageables dans le domaine de l'arbitrage commercial international" (A/CN.9/460). Se félicitant de l'occasion qui lui était donnée d'étudier s'il était souhaitable et possible de développer encore le droit de l'arbitrage commercial international, elle a jugé, dans l'ensemble, que l'heure était venue d'évaluer l'expérience, riche et positive, accumulée grâce à l'adoption de lois nationales incorporant la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985) ("la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage") ainsi que l'utilisation du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ("le Règlement d'arbitrage" ou "le Règlement") et du Règlement de conciliation de la CNUDCI, et d'évaluer, au sein de l'instance universelle qu'elle formait, l'acceptabilité des idées

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 17* (A/53/17), par. 235.

et propositions d'amélioration des lois, règles et pratiques d'arbitrage[2]. Lors de l'examen de la question, la Commission n'a pas arrêté la forme que prendraient ses travaux futurs. Il a été convenu que des décisions seraient prises ultérieurement, lorsque la teneur des solutions proposées serait plus claire. Des dispositions uniformes pourraient par exemple prendre la forme d'un texte législatif (par exemple, des dispositions législatives types ou un traité) ou d'un texte non législatif (par exemple, des règles contractuelles types ou un guide de pratique)[3].

3. À sa trente-neuvième session (New York, 19 juin-7 juillet 2006), la Commission est convenue d'entreprendre en priorité la révision de son Règlement d'arbitrage. Elle a noté que le Règlement, qui était l'un des premiers instruments qu'elle avait élaborés dans le domaine de l'arbitrage, était considéré comme un texte très réussi, adopté par de nombreux centres d'arbitrage et utilisé dans de nombreuses affaires telles que, par exemple, les litiges entre investisseurs et États. Compte tenu du succès et du prestige du Règlement d'arbitrage, la Commission a généralement estimé qu'une éventuelle révision ne devrait pas en modifier la structure, l'esprit ni le style, et qu'elle devrait en respecter la souplesse au lieu de le compliquer. Il a été proposé que le Groupe de travail définisse soigneusement la liste des thèmes qu'il faudrait peut-être aborder dans une version révisée du Règlement[4].

4. L'arbitrabilité, a-t-on dit, était aussi une importante question à examiner en priorité. Il a été déclaré qu'il appartiendrait au Groupe de travail de déterminer si les questions susceptibles d'arbitrage pouvaient être définies de manière générique, éventuellement au moyen d'une liste illustrative, ou si la disposition législative à élaborer sur l'arbitrabilité devrait indiquer les questions non susceptibles d'arbitrage. Il a été estimé que l'étude de la question de l'arbitrabilité dans le contexte des biens immeubles, de la concurrence déloyale et de l'insolvabilité pourrait être utile aux États. On a toutefois appelé l'attention sur le fait que l'arbitrabilité soulevait des questions d'ordre public, concept notoirement difficile à définir de manière uniforme, et qu'une liste prédéfinie de questions arbitrables risquait de restreindre inutilement l'aptitude des États à répondre à certaines préoccupations d'ordre public susceptibles d'évoluer dans le temps[5].

5. Parmi les autres thèmes susceptibles de faire l'objet de travaux futurs du Groupe de travail, figuraient les questions posées par le règlement des conflits en ligne. Il a été dit que le Règlement d'arbitrage, lorsqu'il était lu conjointement avec d'autres instruments, comme la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et la Convention des Nations Unies sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux, résolvait déjà un certain nombre de questions qui se posent dans le contexte en ligne. Un autre thème mentionné était l'arbitrage dans le domaine de l'insolvabilité. Une autre suggestion, encore, a été d'examiner l'incidence des injonctions antipoursuites (anti-suit injunctions) sur l'arbitrage international. On a proposé, en outre, d'envisager de clarifier les notions, employées au paragraphe 1 de l'article premier de la Convention de New York, de "sentences arbitrales rendues sur le territoire d'un État

---

[2] Ibid., *cinquante-quatrième session, Supplément n° 17* (A/54/17), par. 337.
[3] Ibid., par. 338.
[4] Ibid., *soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 184.
[5] Ibid., par. 185.

autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées" ou de "sentences arbitrales qui ne sont pas considérées comme sentences nationales dans l'État où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées", dont on a dit qu'elles avaient été source d'incertitudes dans certaines juridictions étatiques. La Commission a également écouté avec intérêt une déclaration faite au nom du Comité consultatif international du coton, dans laquelle il était proposé qu'elle engage des travaux pour promouvoir la discipline contractuelle, l'efficacité des conventions d'arbitrage et l'exécution des sentences dans ce secteur[6].

6. Après une discussion, la Commission a généralement estimé que le Groupe de travail pourrait aborder plusieurs questions en parallèle. Elle est convenue que le Groupe reprendrait ses travaux sur la révision du Règlement d'arbitrage. Elle est également convenue que l'arbitrabilité était un thème qu'il devrait aussi examiner. Pour ce qui est du règlement des conflits en ligne, il a été convenu que le Groupe de travail inscrirait cette question à son programme, mais qu'il devrait, du moins dans un premier temps, traiter des incidences des communications électroniques dans le cadre de la révision du Règlement d'arbitrage[7].

II. Organisation de la session

7. Le Groupe de travail, qui est composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa quarante-sixième session à New York du 5 au 9 février 2007. Ont participé à cette session les États membres du Groupe de travail ci-après: Afrique du Sud, Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Bélarus, Bénin, Cameroun, Canada, Chili, Chine, Colombie, Croatie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Fidji, France, Guatemala, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Madagascar, Mexique, Nigéria, Pologne, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Rwanda, Singapour, Suède, Suisse, Thaïlande, Turquie et Venezuela (République bolivarienne du).

8. Ont également participé à la session des observateurs des États suivants: Albanie, Bahreïn, Bulgarie, Cuba, Égypte, El Salvador, Finlande, Grèce, Haïti, Honduras, Irlande, Jamaïque, Koweït, Libéria, Malaisie, Maurice, Népal, Pays-Bas, Roumanie et Trinité-et-Tobago.

9. Y ont également participé des observateurs des organisations internationales intergouvernementales ci-après, invitées par la Commission: Communauté européenne, Cour permanente d'arbitrage et Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique.

10. Ont également participé à la session des observateurs des organisations internationales non gouvernementales ci-après, invitées par la Commission: American Arbitration Association (AAA), American Bar Association (ABA), Arab Union for International Arbitration (AUIA), Asia Pacific Regional Arbitration Group (APRAG), Association européenne des étudiants en droit, Association of the Bar of the City of New York (ABCNY), Association suisse de l'arbitrage (ASA), Center for International Environmental Law (CIEL), Centre régional du Caire pour

---

[6] Ibid., par. 186.
[7] Ibid., par. 187.

l'arbitrage commercial international (CRCICA), Chambre de commerce internationale (CCI), Chartered Institute of Arbitrators, Club d'arbitres de la Chambre d'arbitrage de Milan, Comité consultatif créé en vertu de l'article 2022 de l'ALENA, Comité consultatif international du coton (CCIC), Forum for International Commercial Arbitration (FICA), Institut international du développement durable (IIDD), Institut international pour l'arbitrage (IAI), Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration (KLRCA), London Court of International Arbitration (LCIA), Moot Alumni Association, School of International Arbitration (Queen Mary University of London) et Union internationale des avocats (UIA).

11. Le Groupe de travail a élu le Bureau ci-après:

Président: M. Michael Schneider (Suisse);

Rapporteur: M. Andrés Jana (Chili).

12. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants: a) ordre du jour provisoire (A/CN.9/WG.II/WP.144); b) note du secrétariat sur la révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI conformément aux délibérations du Groupe de travail à sa quarante-cinquième session (A/CN.9/WG.II/WP.145 et A/CN.9/WG.II/WP.145/Add.1).

13. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour suivant:

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et organisation des travaux futurs.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

III. Délibérations et décisions

14. Le Groupe de travail a repris ses travaux sur le point 4 de l'ordre du jour en se fondant sur les notes établies par le secrétariat (A/CN.9/WG.II/WP.145 et A/CN.9/WG.II/WP.145/Add.1). Il est rendu compte de ses délibérations et conclusions sur ce point au chapitre IV. Le secrétariat a été prié d'élaborer un projet de version révisée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI en tenant compte des délibérations et conclusions du Groupe de travail.

IV. Révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

15. Le Groupe de travail a rappelé le mandat que la Commission lui avait confié à sa trente-neuvième session, tenue à New York du 19 juin au 7 juillet 2006 (voir ci-dessus par. 3). Il a aussi rappelé sa décision selon laquelle l'harmonisation des dispositions du Règlement d'arbitrage et des dispositions correspondantes de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage ne devrait pas être automatique, mais envisagée uniquement lorsqu'elle était jugée appropriée (A/CN.9/614, par. 21).

16. Le Groupe de travail est convenu de reprendre les discussions sur la révision du Règlement en se fondant sur les documents A/CN.9/WG.II/WP.145 et A/CN.9/WG.II/WP.145/Add.1 et les propositions de révision qui y figurent.

Remarques générales sur l'emploi du mot "parties" dans le Règlement

17. Le Groupe de travail est convenu du principe consistant à remplacer dans le texte du Règlement, lorsqu'il y avait lieu, les formules telles que "les deux parties", "l'une ou l'autre partie" ou "l'une des parties" par la formule plus générique "les parties" de manière à tenir compte de l'arbitrage multipartite.

Section I. Dispositions préliminaires

Champ d'application

Article premier

Intitulé

18. Le Groupe de travail a examiné si l'article premier devrait être intitulé "Applicabilité" plutôt que "Champ d'application" étant donné qu'il contenait des dispositions sur les principes d'application du Règlement et ne se limitait pas aux questions relatives au champ d'application. À l'issue de la discussion, il a été convenu de conserver l'intitulé existant sans le modifier, conformément au principe généralement approuvé selon lequel le Groupe de travail devrait éviter d'apporter des modifications inutiles au Règlement.

Paragraphe 1

"parties à un contrat"

19. Le Groupe de travail a ensuite examiné deux options pour répondre à la question de savoir si le paragraphe 1 devrait se référer aux "parties". Il a été noté que l'option 1 suivait de très près la version actuelle du Règlement en faisant référence aux "parties", tandis que l'option 2 correspond à la proposition, faite par le Groupe de travail à sa quarante-cinquième session, de supprimer toute référence aux "parties" au début de ce paragraphe (A/CN.9/614, par. 34).

20. L'option 2 a aussi bénéficié d'un certain appui au motif qu'elle introduisait de la souplesse et engloberait plus adéquatement l'arbitrage concernant par exemple des litiges dans le cadre de traités bilatéraux relatifs aux investissements, où les parties à de tels traités contenant une clause compromissoire n'étaient pas les mêmes que les parties à l'arbitrage. On a toutefois dit préférer l'option 1 car elle avait l'avantage de préciser que les litiges de nature non contractuelle seraient aussi régis par le Règlement (voir, ci-dessous, par. 21 à 24).

"les litiges se rapportant à ce contrat"

21. Le Groupe de travail a examiné si les mots "se rapportant à ce contrat", au paragraphe 1, devraient être supprimés afin de ne pas laisser entendre que ce dernier limitait les types de litige pouvant être soumis à l'arbitrage. Il est convenu d'élargir la portée de ce paragraphe pour lever toute ambiguïté quant au champ d'application du Règlement et faire en sorte que ce dernier ne vise pas uniquement les litiges de

nature contractuelle et, partant, de supprimer les mots “à un contrat” et “se rapportant à ce contrat”.

“au sujet d’un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel”

22. Le Groupe de travail a examiné s’il fallait ajouter les mots “au sujet d’un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel” au paragraphe 1. Il a été proposé de ne pas ajouter ces mots au motif qu’ils risquaient de limiter inutilement la portée du Règlement et de soulever de difficiles questions d’interprétation. La référence à un “rapport de droit déterminé”, a-t-on ajouté, pourrait être difficile à incorporer dans certains systèmes juridiques.

23. À cela on a objecté que la formule “au sujet d’un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel” était bien connue car elle était reprise de la Convention de New York et figurait également au paragraphe 1 de l’article 7 de la Loi type de la CNUDCI sur l’arbitrage. À l’appui du maintien de ces mots, on a fait valoir qu’ils établissaient clairement qu’un large éventail de litiges, nés ou non d’un contrat, pouvaient être soumis à l’arbitrage en vertu du Règlement et que leur suppression pouvait être source d’ambiguïté. On a dit en outre que ces mots auraient un effet pédagogique sur les évolutions futures dans le domaine de l’arbitrage international.

24. Sous réserve de revenir éventuellement sur la question à une session future, le Groupe de travail a fermement appuyé le maintien de l’option 1 ainsi que l’ajout des mots “au sujet d’un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel”.

L’exigence de la forme écrite pour la convention d’arbitrage conformément au Règlement et pour toute modification de ce dernier

25. Le Groupe de travail a examiné s’il fallait conserver l’exigence de la forme écrite formulée au paragraphe 1 tant pour la convention des parties de soumettre leurs litiges à l’arbitrage conformément au Règlement d’arbitrage que pour les modifications apportées à ce dernier.

26. On a rappelé que l’exigence de la forme écrite pour la convention d’arbitrage avait pour objet de définir le champ d’application du Règlement d’arbitrage et que, contrairement à l’exigence de forme énoncée dans la Loi type de la CNUDCI sur l’arbitrage, elle n’avait rien à voir avec la question de la validité de cette convention (qui était régie par la loi applicable) ni avec celle de l’exécution en vertu de la Convention de New York.

27. On a rappelé que les travaux préparatoires du Règlement d’arbitrage indiquaient que l’exigence d’un écrit pour la convention d’arbitrage avait pour but d’éviter toute incertitude quant à la question de savoir si l’intention était de rendre le Règlement applicable[8]. Des points de vue divergents ont été exprimés sur le point de savoir si l’utilisation accrue du Règlement avait réduit le risque d’incertitude.

---

[8] Rapport du Secrétaire général: projet révisé de règlement d’arbitrage à utiliser à titre facultatif dans les arbitrages ad hoc portant sur le commerce international (Règlement d’arbitrage de la CNUDCI) (additif): commentaire du projet de règlement d’arbitrage de la CNUDCI (A/CN.9/112/Add.1), sect. I, commentaire de l’article premier, *Annuaire de la CNUDCI*, vol. VII: 1976, deuxième partie, III, 2.

28. Pour justifier la suppression de l'exigence de la forme écrite, il a été dit que la forme de la convention d'arbitrage devrait être laissée à la loi applicable. On a estimé que, pour le Règlement d'arbitrage, le Groupe de travail devrait, dans un souci d'harmonisation de l'arbitrage international, adopter une approche conforme à celle qu'il avait suivie pour la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage, qui traduisait une interprétation large et flexible de la condition de forme. Il a été fait observer que le maintien de l'exigence de la forme écrite dans le Règlement risquait de créer des difficultés dans les États qui avaient supprimé toute exigence de ce type dans leur législation. Il a été dit que, si l'on conservait une telle exigence, il faudrait la définir et qu'une définition de ce type ne relevait pas du contenu habituel d'un règlement d'arbitrage. Il a été ajouté que le paragraphe 1 de l'article 19 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage, aux termes duquel "Sous réserve des dispositions de la présente Loi, les parties sont libres de convenir de la procédure à suivre par le tribunal arbitral", n'exigeait pas que les parties conviennent de la procédure par écrit et qu'en conséquence, par souci de cohérence, le Règlement ne devrait pas poser des exigences plus strictes que la Loi type.

29. On a également noté que des questions comme celles de savoir si l'exigence de forme écrite avait été remplie et comment elle pouvait l'être avaient donné lieu à de nombreux litiges. De même, on a souligné qu'il était difficile de savoir si cette exigence s'appliquait à la convention d'arbitrage ou à l'accord des parties sur l'application du Règlement d'arbitrage et qu'il fallait par conséquent la supprimer.

30. À l'appui du maintien d'une référence à la règle de l'écrit, il a été dit que la réponse à la question n'était pas uniforme, certains pays ayant supprimé cette règle tandis que d'autres continuaient à l'appliquer. On a noté, en outre, que l'exigence de la forme écrite pouvait avoir deux fonctions: premièrement, rappeler aux parties que, selon la loi applicable, il se pouvait que la convention d'arbitrage ne soit valable que si elle revêtait la forme écrite; deuxièmement, offrir à une autorité de nomination un moyen commode sur lequel elle pouvait s'appuyer pour nommer des arbitres. Il a été déclaré que le fait d'exiger des parties qu'elles mettent leur convention d'arbitrage par écrit favoriserait les bonnes pratiques et leur donnerait l'occasion de préciser la version du Règlement qui serait applicable.

31. Sous réserve de revenir éventuellement sur la question à une session future, le Groupe de travail s'est dit très favorable à la suppression de l'exigence de la forme écrite dans l'article premier.

Version applicable du Règlement d'arbitrage

32. On a fait observer que l'article premier traitait du champ d'application du Règlement d'arbitrage, sans indiquer quelle version du Règlement serait applicable en cas de révision. Le Groupe de travail a examiné les variantes 1, 2 et 3 telles qu'elles étaient proposées dans le document A/CN.9/WG.II/WP.145.

33. La variante 1, qui correspondait à la formulation actuelle du Règlement d'arbitrage et qui ne donnait aucune indication sur la version applicable du Règlement en cas de révision, n'a pas été appuyée.

34. La variante 2, qui disposait que la version applicable du Règlement était celle "ayant effet à la date à laquelle commence la procédure d'arbitrage, sous réserve des modifications convenues entre les parties", a bénéficié d'un appui. Il a été noté que

cette variante correspondait à l'approche adoptée par un certain nombre d'institutions d'arbitrage lors de la révision de leur règlement.

35. La variante 3 a bénéficié d'un appui considérable car elle énonçait une règle précise et simple qui avertissait les parties que, si elles ne consentaient pas expressément à l'application du Règlement ayant effet à la date de leur convention, le Règlement ayant effet à la date à laquelle commençait la procédure d'arbitrage devrait être présumé s'appliquer. À cet égard, il a été observé que la variante 3 exposait de manière plus détaillée les options des parties qui étaient de soumettre leur litige soit à la version la plus récente du Règlement soit au Règlement en vigueur au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage.

36. On a toutefois exprimé la crainte que la variante 3 ne conduise à une situation où une règle supplétive s'appliquerait rétroactivement aux conventions conclues avant l'adoption du Règlement révisé sans tenir suffisamment compte du principe de l'autonomie des parties. Pour éviter cette situation, on a proposé de renverser la présomption de la variante 3 de la manière suivante: "À moins qu'elles n'aient convenu d'appliquer le Règlement ayant effet à la date à laquelle commence la procédure d'arbitrage, les parties sont réputées se soumettre au Règlement ayant effet à la date de leur convention". La proposition suivante a aussi été faite: "À moins qu'elles n'en aient convenu autrement, les parties sont réputées se soumettre au Règlement ayant effet à la date de la convention d'arbitrage". Une autre proposition encore était de conserver la variante 3 en précisant que le Règlement révisé ne s'appliquait pas aux conventions conclues avant son adoption.

37. Ces propositions ont bénéficié d'un certain soutien. Il a toutefois été rappelé qu'elles risquaient d'aller à l'encontre de ce que l'on attendait, à savoir que la version la plus récente du Règlement s'appliquerait, comme l'illustrait la pratique de certains organismes d'arbitrage qui donnait à penser que les parties préféraient souvent recourir au règlement actualisé. On a également exprimé l'avis que la préférence pour le règlement le plus récent pouvait aussi résulter d'un parallèle qui serait fait entre une révision du règlement et l'adoption d'une nouvelle législation sur les questions de procédure. À cela il a été répondu que la différence de nature entre des règles contractuelles types et un texte législatif rendait une telle comparaison peu judicieuse. Il a été largement estimé qu'en cas de désaccord ou de doute au sujet de la version retenue du Règlement, il appartiendrait au tribunal arbitral d'interpréter la volonté des parties. De l'avis de certaines délégations, la disposition relative à la version applicable du Règlement devrait uniquement s'appliquer aux modifications futures du Règlement.

38. À l'issue de la discussion, une préférence a été exprimée pour la variante 3. Le Groupe de travail est convenu de revoir la question de la version applicable du Règlement lorsqu'il aurait achevé son examen du texte actuel du Règlement d'arbitrage, et il a indiqué que la question de savoir si la disposition relative à la version applicable du Règlement devrait s'appliquer aux conventions conclues avant l'adoption du Règlement révisé devait être étudiée plus avant.

Clause compromissoire type

"actuellement en vigueur"

39. Le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait envisager de supprimer les mots "actuellement en vigueur" si une disposition faisant référence à la version

applicable du Règlement était adoptée au paragraphe 1 de l'article premier (voir ci-dessus, par. 32 à 38).

Note relative à la clause compromissoire type

Alinéa a)

40. Il a été proposé de supprimer la référence entre crochets à la "personne", au motif qu'il était préférable de désigner des institutions plutôt que des personnes comme autorités de nomination. Bien que cette proposition ait bénéficié d'un certain appui, on a fait observer qu'en supprimant la possibilité de désigner une personne, on irait à l'encontre de la pratique existante, y compris celle du Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage, qui, dans des cas appropriés, désignait des personnes comme autorités de nomination.

Alinéa c)

41. Le Groupe de travail a noté que la question de savoir s'il faudrait, dans cet alinéa, employer le terme "siège" plutôt que "lieu" devrait être examinée dans le contexte de l'article 16 sur le lieu de l'arbitrage (voir ci-dessous, par. 137 à 144). Il a été proposé de supprimer les mots "ville ou pays" figurant entre crochets, du fait qu'ils ne représentaient pas toutes les possibilités de fait et n'étaient pas suffisamment souples. En outre, la désignation d'un pays seul ne permettait pas de déterminer le lieu de l'arbitrage et, dans les cas où un pays avait plusieurs systèmes juridiques régissant la procédure arbitrale, la formulation ne tenait pas compte du fait que la désignation du lieu de l'arbitrage dans ce pays pouvait avoir d'importantes conséquences juridiques. On a toutefois fait observer que les parties pourraient avoir besoin de précisions sur la signification de la détermination du lieu de l'arbitrage, et il a été proposé de conserver ces mots et de remplacer la conjonction "ou" par "et". Le Groupe de travail a pris note de ces propositions.

Alinéa e)

42. Le Groupe de travail a examiné la proposition faite à sa quarante-cinquième session d'ajouter à la note relative à la clause compromissoire type une référence à la loi régissant la convention d'arbitrage (A/CN.9/614, par. 37). Bien qu'un tel ajout eût l'avantage de sensibiliser les parties à l'importance de définir la loi applicable à la convention d'arbitrage, il a été largement estimé que celui-ci induirait en erreur, car il ne visait qu'un seul aspect des lois applicables dans le cadre d'un arbitrage. Le Groupe de travail a examiné si la clause compromissoire type devrait prévoir une disposition relative à la loi applicable au fond du litige, et si l'incidence du lieu de l'arbitrage sur la loi applicable à la procédure d'arbitrage devrait aussi être clarifiée. Il est convenu que l'alinéa e) ne devrait pas être conservé et que la clause compromissoire type ne devrait contenir aucune disposition sur la loi applicable.

Conciliation

43. Le Groupe de travail est convenu qu'il ne faudrait pas ajouter de référence à la conciliation, afin de ne pas compliquer inutilement la clause compromissoire type.

Notification, calcul des délais

Article 2

Paragraphe 1

44. Le Groupe de travail a examiné le paragraphe 1, qui indiquait quand une notification, y compris une communication ou une proposition, était réputée reçue.

Notification réputée remise

45. L'avis a été exprimé que le paragraphe 1 ne devait pas être modifié car il n'avait pas posé de difficultés dans la pratique. Il a également été souligné que le paragraphe 1 de l'article 2 du Règlement était fondé sur la Convention de la CNUDCI sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (1974) et qu'une disposition similaire figurait dans l'article 24 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980). Il a été dit que l'adoption des modifications proposées risquait de créer des divergences inutiles entre les textes existants.

46. Il a été proposé de modifier le paragraphe 1 pour y introduire une disposition inspirée du paragraphe 3 de l'article 3 du Règlement d'arbitrage de 1998 de la Chambre de commerce internationale ("le Règlement de la CCI"), qui disposait que "la notification ou la communication est considérée comme faite quand elle est reçue ou, si elle a été valablement effectuée conformément aux dispositions ci-dessus, aurait dû être reçue soit par la partie elle-même soit par son représentant". Il a été dit que cette modification tiendrait compte des situations dans lesquelles la remise en mains propres des notifications était impossible, par exemple lorsqu'une adresse donnée n'était plus valable. L'avis a été exprimé qu'il n'était pas certain que ces situations soient déjà couvertes par le concept de notification "réputée reçue" par le défendeur, tel qu'il figurait au paragraphe 1 de l'article 2 du Règlement. Il a toutefois été indiqué que les règlements d'autres institutions d'arbitrage prévoyaient des dispositions différentes et que, dans tous les cas, la remise à la dernière résidence ou au dernier établissement connu prévue dans ce paragraphe fournissait une solution appropriée pour ce type de situations.

"Adresse postale"

47. Le Groupe de travail a examiné si le terme "adresse postale" employé au paragraphe 1 de l'article 2, pouvait être interprété comme englobant les nouveaux moyens de communication, tels que la remise de notifications par courriel. Il s'est dit largement favorable à la suppression de l'adjectif "postale", de sorte que le mot "adresse" puisse être compris d'une manière plus extensive comme se rapportant à une adresse postale ou à une adresse électronique.

Notification d'arbitrage

48. Il a été demandé si la disposition selon laquelle les notifications étaient réputées remises devait s'appliquer aussi à la remise de la notification d'arbitrage. Il a été dit qu'une telle disposition risquait de priver le défendeur du droit de recevoir dûment notification du commencement de l'arbitrage. Pour répondre à cette préoccupation, il a été proposé de remplacer la notion de notifications "réputées

reçues" par celle de notification "en bonne et due forme". Cette proposition n'a pas été appuyée.

49. Après discussion, le Groupe de travail est convenu que le paragraphe 1 ne devrait pas être modifié comme cela était proposé dans le document A/CN.9/WG.II/WP.145, mais qu'un commentaire accompagnant le texte devrait donner des précisions pour les cas où la remise n'était pas possible.

Communication électronique – paragraphe 1 bis

50. Le Groupe de travail a examiné le nouveau paragraphe 1 *bis* proposé sur la remise des notifications par voie électronique, tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.II/WP.145. Selon un avis qui a été appuyé, ce nouveau paragraphe devrait faire référence aux moyens traditionnels de remise des notifications, sans oublier l'importance d'une remise effective, la nécessité de conserver une trace de l'émission et de la réception des notifications et le consentement des parties quant aux moyens de communication utilisés. Il a été proposé d'ajouter une disposition du type: "la remise au sens du paragraphe 1 peut se faire par télécopie, télex, messagerie électronique ou tout autre moyen de communication qui permet de conserver une trace durable de l'expédition et de la réception". Cette proposition a bénéficié d'un certain soutien. Le Groupe de travail est convenu que la nouvelle proposition sur cette question devrait contenir le terme "communication électronique" car il figurait dans la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (2005). Il est également convenu qu'il n'était pas nécessaire de définir ce terme car des définitions figuraient déjà dans les instruments pertinents de la CNUDCI. Il a été recommandé d'utiliser avec prudence des termes comme "trace durable" qui n'étaient pas employés dans les instruments de la CNUDCI, et il a été jugé préférable que le projet révisé devant être élaboré suive la terminologie des instruments existants. Le secrétariat a été prié d'élaborer un texte pour le paragraphe 1 *bis* qui autoriserait à la fois la communication électronique et les formes traditionnelles de communication.

Notification d'arbitrage et réponse à la notification d'arbitrage

Article 3

Paragraphe 1

Autre partie [ou autres parties]

51. Le Groupe de travail est convenu que les mots "ou aux autres parties" étaient utiles pour tenir compte de l'arbitrage multipartite et devraient donc être conservés.

Paragraphe 3

Alinéa b)

52. Pour tenir compte d'une proposition tendant à ce que l'alinéa b), selon lequel la notification d'arbitrage devrait contenir les noms et adresses des parties, exige aussi des informations supplémentaires, le Groupe de travail est convenu de modifier l'alinéa comme suit: "les noms et coordonnées des parties". Par souci de cohérence, il faudrait modifier aussi l'alinéa b) du paragraphe 5 de sorte qu'il soit

libellé comme suit: “le nom et les coordonnées complets de tout défendeur” (voir aussi ci-dessous, par. 148).

Alinéa c)

53. On a exprimé la crainte que l’alinéa c), qui exigeait l’identification de la convention d’arbitrage invoquée, ne donne pas suffisamment d’informations, en particulier si le Règlement était appliqué à l’arbitrage multipartite, et il a donc été proposé de le modifier de sorte que la notification contienne le libellé même de la convention d’arbitrage. Cette proposition n’a bénéficié d’aucun appui.

Alinéa d)

54. Il a été dit que la référence, dans l’alinéa d), à “tout contrat ou autre instrument juridique” devrait être modifiée pour tenir compte de la décision antérieure du Groupe de travail selon laquelle les litiges de nature non contractuelle seraient aussi visés par le Règlement (voir ci-dessus, par. 21 à 24). C’est pourquoi on a proposé de trouver une formulation plus générale qui engloberait ces litiges. Cette proposition a bénéficié d’un certain appui.

Éléments obligatoires à inclure dans la notification d’arbitrage

55. Le Groupe de travail a rappelé les discussions de sa quarante-cinquième session, où il avait été fait observer qu’en exigeant un nombre excessif d’informations dans la notification d’arbitrage, on risquait d’être amené à s’interroger sur ce qu’il conviendrait de faire si la notification était incomplète, en particulier dans les cas d’arbitrage ad hoc où aucune institution ne superviserait la question (A/CN.9/614, par. 54). Il est convenu qu’il pouvait être utile de traiter la question dans la version révisée du Règlement.

56. À cet égard, on a proposé de prévoir expressément qu’une notification d’arbitrage incomplète ne devait pas empêcher la constitution d’un tribunal arbitral et qu’il devait incomber à ce dernier de déterminer les conséquences du défaut d’inclusion d’éléments obligatoires dans la notification. Il a été proposé d’ajouter une disposition libellée à peu près comme suit: “tout désaccord relatif au caractère suffisant de la notification est tranché définitivement par le tribunal arbitral, dont la constitution ne doit pas être entravée par un tel désaccord”. On a estimé que l’article 5.4 du Règlement d’arbitrage de la London Court of International Arbitration (LCIA) pourrait servir d’exemple pour traiter la question des effets d’une notification incomplète, bien qu’il faille en adapter le libellé pour tenir compte de l’arbitrage ad hoc. Il a également été estimé que, lorsqu’il élaborerait une nouvelle disposition, le secrétariat devrait examiner si le tribunal arbitral devait être expressément habilité à demander la rectification d’une notification d’arbitrage de sorte que, si celle-ci était rectifiée en conséquence, la procédure puisse, aux fins du délai de prescription applicable, être réputée avoir commencé à la date de la communication initiale de la notification. Il a été noté que l’article 4.5 du Règlement de l’Australian Centre for International Commercial Arbitration, de même que le Règlement de la CCI, pouvaient servir de modèle. Le Groupe de travail est convenu d’examiner la question plus avant à une session ultérieure.

Paragraphe 4

Alinéa c)

57. Le Groupe de travail est convenu qu'il fallait laisser la possibilité au demandeur de communiquer sa requête. Il est convenu d'examiner plus avant, à une session ultérieure, la question de savoir si le demandeur ne devrait décider que sa notification d'arbitrage constituerait sa requête qu'au stade de la procédure visé à l'article 18.

Paragraphe 5

Disposition impérative ou facultative

58. Le Groupe de travail est convenu que les dispositions sur la réponse à la notification dont il était question au paragraphe 39 du document A/CN.9/WG.II/WP.145 devraient être conservées. Il a été demandé si cette réponse devrait être rendue facultative. On a proposé de remplacer les mots "qui contient" dans le chapeau du paragraphe 5 par les mots "qui peut contenir". Le Groupe de travail a noté que le paragraphe 7 contenait déjà des dispositions sur les conséquences de l'absence de réponse à la notification. Il est convenu d'examiner plus avant le libellé des paragraphes 5 à 7 à une session ultérieure.

Délais

59. Il a été fait observer que le délai de 30 jours pour la communication de la réponse à la notification risquait d'être trop court dans certains cas et ne semblait pas correspondre aux autres délais, comme celui de 15 jours prévu à l'article 11 pour récuser un arbitre. Le Groupe de travail est convenu qu'il serait peut-être nécessaire de revoir les différents délais prévus dans le Règlement pour en assurer la cohérence.

Alinéa a)

60. Il a été dit que les mots "tout commentaire" ne convenaient peut-être pas s'ils étaient interprétés comme excluant tout commentaire postérieur et il a été proposé d'employer une formule plus précise. Le Groupe de travail est convenu d'examiner ultérieurement le libellé des paragraphes 5, 6 et 7 sur la réponse à la notification d'arbitrage.

Arbitrage entre investisseurs et États

61. Selon un avis, il faudrait peut-être prévoir des dispositions spécifiques pour assurer la transparence des procédures d'arbitrage faisant intervenir des États. Selon cet avis, pour traiter l'arbitrage entre investisseurs et États, il faudrait prévoir: dans un nouveau paragraphe de l'article 3, que la notification d'arbitrage et la composition du tribunal arbitral devraient être publiées sur le site Web de la CNUDCI; dans le paragraphe 3 de l'article 15, que toutes les pièces reçues ou émises par le tribunal arbitral devraient être publiées par des moyens semblables; dans le paragraphe 4 de l'article 15, que le tribunal arbitral pourrait autoriser des personnes ou entités autres que les parties à intervenir en tant qu'*amicus curiae*; dans le paragraphe 4 de l'article 25, que les audiences devraient être ouvertes au

public; et, dans le paragraphe 5 de l'article 32, que les sentences devraient être systématiquement publiées.

62. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa quarante-cinquième session, un large soutien avait été exprimé en faveur d'une approche générique visant à déterminer les dénominateurs communs à tous les types d'arbitrage, quel que soit l'objet du litige, de préférence à une solution qui consistait à traiter de situations particulières (A/CN.9/614, par. 18 et 19). Il a réitéré son soutien en faveur de cette approche. On a rappelé que, étant donné que la pratique dans divers domaines, comme le règlement des litiges entre investisseurs et États, évoluait toujours, il ne serait pas souhaitable d'essayer d'élaborer des dispositions spécifiques au stade actuel, alors que le Groupe de travail en était encore à définir les dénominateurs communs à tous les types d'arbitrage. Celui-ci est convenu de revenir sur la question lorsqu'il aurait terminé son premier examen des dispositions révisées.

Représentation et assistance

Article 4

"personnes de leur choix"

63. Il a été proposé de remplacer les mots "personnes de leur choix", figurant dans la première phrase de l'article 4, par "personnes qu'elles ont choisies" pour ne pas laisser entendre que les parties avaient tout loisir d'imposer, à n'importe quel stade de la procédure, la présence d'un avocat (par exemple, un praticien affairé qui ne pourrait pas tenir les délais raisonnables fixés par le tribunal arbitral). Cette proposition a bénéficié d'un large soutien.

Existence/Étendue des pouvoirs

64. Le Groupe de travail a examiné s'il serait utile de compléter l'article 4 de sorte que, lorsqu'une personne était mandatée pour représenter une partie, le contenu de ses pouvoirs soit révélé à toute autre partie ou au tribunal arbitral. Il a été demandé si seule l'existence des pouvoirs du représentant ou également l'étendue de ces pouvoirs devait être révélée.

65. Il a été répondu qu'il pourrait s'avérer difficile dans certains cas d'exiger que soit révélée l'étendue des pouvoirs conférés, car une telle exigence pourrait obliger à divulguer certaines communications entre la partie et son représentant qui devraient rester confidentielles, comme le pouvoir de régler un litige pour un certain montant.

66. Il a été proposé de rédiger la disposition en termes souples, pour permettre au tribunal arbitral de déterminer, de sa propre initiative, dans quelle mesure il avait besoin d'être informé de l'étendue des pouvoirs. À cet égard, il a été proposé d'ajouter à la fin de l'article 4 une phrase qui pourrait être libellée comme suit: "Le tribunal arbitral peut, à tout moment, requérir la preuve par une partie, sous la forme qu'il détermine, des pouvoirs conférés à son représentant". L'objet de cette disposition, a-t-on dit, n'était pas de priver une partie du droit de choisir un représentant mais plutôt de confirmer à l'autre partie qu'une personne représentait effectivement une partie à l'arbitrage.

67. Il a été souligné que, si le tribunal arbitral avait le droit d'exiger d'une partie des informations sur la question, il serait plus utile d'autoriser une partie à

demander à l'autre la communication de ces informations. L'idée de prévoir que ces informations devraient être communiquées à la demande du tribunal arbitral, y compris à la demande d'une partie, a été appuyée. Il a été précisé également que la communication de la preuve des pouvoirs n'excluait pas la communication d'informations sur l'étendue desdits pouvoirs.

"par écrit"

68. Le Groupe de travail est convenu de supprimer les mots "par écrit" de l'article 4, car l'article 2 traitait déjà des modalités d'échange des communications entre les parties et le tribunal arbitral.

Autorités de désignation et de nomination

Article 4 *bis*

69. Le Groupe de travail a examiné la disposition dont il était question aux paragraphes 41 et 42 du document A/CN.9/WG.II/WP.145 et numérotée provisoirement article 4 *bis*, qui traitait des autorités de désignation et de nomination. Cette disposition énonçait le principe selon lequel l'autorité de nomination pourrait être désignée par les parties à tout moment au cours de la procédure d'arbitrage, et non pas seulement dans les cas actuellement prévus dans le Règlement. Elle visait également à clarifier, pour les utilisateurs du Règlement, l'importance du rôle d'une telle autorité, en particulier dans le contexte d'arbitrages ad hoc. Le Groupe de travail a approuvé l'idée d'inclure, dans le Règlement, une disposition portant sur les rôles respectifs des autorités de désignation et de nomination. Compte tenu de la simplification résultant de l'adoption de l'article 4 *bis*, le secrétariat a été prié de revoir le Règlement en étudiant si d'autres dispositions de ce dernier pouvaient être simplifiées.

70. S'agissant de la rédaction, il a été proposé d'utiliser, après insertion d'une définition appropriée, l'expression "Secrétaire général de la CPA" à la place du titre complet "Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye". Cette proposition a été appuyée.

Paragraphe 1

71. Le Groupe de travail a noté que le projet de paragraphe 1 précisait que le Secrétaire général de la CPA était expressément habilité à agir en qualité d'autorité de nomination en vertu du Règlement. Il a été proposé de modifier le projet de texte pour prévoir que, lorsque les parties n'étaient pas en mesure de convenir d'une autorité de nomination, le Secrétaire général de la CPA devrait directement agir en cette qualité au lieu de désigner une telle autorité. Il a été dit qu'une telle disposition préserverait la liberté des parties de choisir une autre autorité de nomination tout en offrant une plus grande prévisibilité si elles n'arrivaient pas à se mettre d'accord.

72. La crainte a été exprimée que cette proposition ne tienne pas suffisamment compte de l'applicabilité multirégionale du Règlement d'arbitrage et n'ait pour conséquence de concentrer toutes les affaires dans lesquelles les parties n'avaient pas désigné d'autorité de nomination entre les mains d'une seule organisation. Même si une telle disposition, a-t-on estimé, pouvait être appropriée pour les litiges entre investisseurs et États, selon une opinion largement partagée, elle ne

conviendrait pas aussi bien dans d'autres situations. Il a été fait référence à l'arbitrage régional et national. Il a été dit que le mécanisme prévu dans la version originale du Règlement fonctionnait bien et n'avait pas besoin d'être modifié. Afin de répondre à ces préoccupations, la proposition a été rectifiée pour prévoir que les parties devraient conserver le droit de demander au Secrétaire général de la CPA de désigner une autre autorité de nomination, et que le Secrétaire général lui-même devrait être habilité à désigner une autre autorité de nomination, s'il le jugeait approprié.

73. En faveur de cette proposition, il a été rappelé que la CPA était une organisation intergouvernementale unique qui comptait un nombre important de membres. Il a été dit que la proposition préserverait le droit des parties de désigner une autorité de nomination. Il a également été fait observer qu'en exprimant une règle supplétive, la proposition fournissait aux parties une procédure simple, rationnelle et efficace. Au cours de cette discussion, le Groupe de travail a reconnu les compétences et la fiabilité de la CPA, ainsi que la qualité des services qu'elle rendait dans le cadre du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI.

74. Cependant, selon l'opinion dominante, la proposition s'écartait de manière importante et inutile du Règlement d'arbitrage actuel. Après discussion, il a été décidé qu'avec les modifications à l'article 4 *bis* comme proposé dans le document A/CN.9/WG.II/WP.145, le mécanisme existant sur les autorités de désignation et de nomination devrait être conservé. Le Groupe de travail a noté que le représentant de la Cour permanente d'arbitrage avait confirmé que son Secrétaire général acceptait d'exercer les fonctions prévues dans le projet de Règlement révisé.

Paragraphe 2

75. Afin de clarifier le principe selon lequel la désignation de l'autorité de nomination pourrait être demandée par les parties à tout moment au cours de la procédure d'arbitrage, le Groupe de travail est convenu d'ajouter les mots "au moment de l'envoi de la notification d'arbitrage ou à tout moment après" à la suite de "toute partie peut" ce qui donnerait le libellé suivant: "toute partie peut, au moment de l'envoi de la notification d'arbitrage ou à tout moment après, demander au Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye de désigner une autorité de nomination." Cette proposition a été adoptée.

Paragraphe 3

76. Le Groupe de travail est convenu que le paragraphe 3 devrait énoncer un principe général selon lequel les parties devraient se voir donner la possibilité d'être entendues par l'autorité de nomination.

Paragraphe 5

77. Le Groupe de travail est convenu que le passage "lorsque la candidature d'une ou plusieurs personnes est proposée", dans la dernière phrase du paragraphe 5, devrait être remplacé par "lorsque des personnes sont proposées".

78. Le Groupe de travail est convenu que le paragraphe 5 devrait préciser qu'il appartenait aux arbitres proposés (et non à l'autorité de nomination) de fournir aux parties des informations concernant leurs titres.

Section II. Composition du tribunal arbitral

Nombre d'arbitres – Article 5

Paragraphe 1

79. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa quarante-cinquième session, des opinions divergentes avaient été exprimées sur la question de savoir s'il fallait modifier la règle supplétive concernant le nombre d'arbitres (A/CN.9/614, par. 59 et 60). Il est passé ensuite à l'examen des différentes options évoquées sur la question aux paragraphes 43 et 44 du document A/CN.9/WG.II/WP.145.

Option 1, variante 1, et option 2

80. Une préférence a été exprimée en faveur de l'option 1, variante 1, selon laquelle, à défaut d'accord entre les parties sur la désignation d'un arbitre unique, il serait nommé trois arbitres. Il a été dit que cette option ressemblait dans une très large mesure à la règle supplétive actuellement posée à l'article 5. L'option 2 prévoyait qu'à défaut d'accord des parties sur le nombre d'arbitres, la question devrait être tranchée par l'autorité de nomination. Cette option a bénéficié d'un appui limité car l'intervention d'une autorité de nomination à un stade aussi précoce de la procédure arbitrale risquait de retarder inutilement les choses.

Autre proposition

81. Un autre texte, libellé à peu près comme suit, a été proposé: "Si les parties ne sont pas convenues antérieurement du nombre d'arbitres, il sera nommé un arbitre, à moins que le demandeur, dans sa notification d'arbitrage, ou le défendeur, dans le délai fixé pour répondre à cette notification, demande que soient nommés trois arbitres, auquel cas il y aura trois arbitres." Cette proposition, a-t-on estimé, évitait d'imposer la constitution d'un tribunal composé de trois arbitres lorsque le litige n'était pas important. Elle a été appuyée sur le fond, car elle offrait plus de souplesse, mais il a été estimé que sa rédaction devrait être revue. Selon un avis, également, le délai de quinze jours octroyé au défendeur pour demander la nomination de trois arbitres risquait d'être trop court, en particulier dans les arbitrages auxquels participaient des États. On a donc proposé de remplacer les mots "dans les quinze jours" soit par "dans les trente jours", délai qui correspondait à celui fixé pour répondre à la notification d'arbitrage, soit par "dans le délai fixé pour répondre à la notification d'arbitrage".

82. Le Groupe de travail est convenu d'examiner la question plus avant et a prié le secrétariat de lui soumettre des projets de textes révisés reprenant l'autre proposition.

Paragraphe 2

83. Le Groupe de travail a appuyé le projet de paragraphe 2, figurant dans le document A/CN.9/WG.II/WP.145. Ce paragraphe précisait que le Règlement prévoyait des méthodes de constitution d'un tribunal arbitral composé de un ou de trois arbitres et, si les parties voulaient opter pour un autre nombre (en constituant, par exemple, un tribunal arbitral composé de deux arbitres, ce que la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage permettait et ce qui était habituel dans certains secteurs),

elles devaient définir leur propre méthode de constitution du tribunal. Il a été noté que le paragraphe 2 ne contenait pas de règle subsidiaire et on a estimé que, dans de telles situations, il serait peut-être nécessaire de faire intervenir l'autorité de nomination.

Nomination des arbitres (articles 6 à 8)

Article 6

84. Le Groupe de travail a adopté l'article 6 quant au fond, tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.II/WP.145.

Article 7

85. Le Groupe de travail a adopté l'article 7 quant au fond, tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.II/WP.145.

Article 7 *bis*

Nomination des arbitres dans un arbitrage multipartite – Principe

86. Le Groupe de travail a rappelé que l'article 7 *bis*, dont il était question au paragraphe 47 du document A/CN.9/WG.II/WP.145, avait été inséré pour traiter la question de la nomination des arbitres dans les arbitrages multipartites, suite aux discussions qu'il avait tenues à sa quarante-cinquième session (A/CN.9/614, par. 62 et 63). Le principe énoncé dans cet article, à savoir que, en cas de pluralité de demandeurs ou de défendeurs et sauf convention contraire, les demandeurs conjointement et les défendeurs conjointement devaient nommer un arbitre, a été généralement appuyé. Il a été proposé de rédiger l'article en termes suffisamment généraux pour s'appliquer à des situations où l'on avait, d'un côté, pluralité de parties et, de l'autre, une seule partie.

Paragraphe 1

87. Il a été proposé, dans la première phrase du paragraphe 1, d'ajouter après le verbe "nomment", les mots "de part et d'autre" ou de dire "le groupe des demandeurs et le groupe des défendeurs nomment chacun un arbitre" pour montrer qu'un arbitre serait nommé de chaque côté. Il a aussi été proposé de remplacer, dans la deuxième phrase, le verbe "choisissent" par une formule plus souple du type "s'efforcent de choisir". Ces propositions ont été adoptées.

Paragraphe 2

Défaut de constitution du tribunal arbitral

88. Il a été suggéré de remplacer les mots, figurant actuellement au début du paragraphe, "Faute de nomination conformément au paragraphe 1" par "À défaut de constitution du tribunal arbitral" car le pouvoir de l'autorité de nomination de constituer le tribunal devrait être énoncé en termes plus généraux pour englober tous les cas possibles de non-constitution sans se limiter à ceux visés au paragraphe 1. Cette proposition a été adoptée.

Pouvoir d'appréciation de l'autorité de nomination – Annulation des nominations déjà faites

89. On s'est demandé si le verbe "peut", employé pour parler du pouvoir d'appréciation dont disposait l'autorité de nomination pour constituer le tribunal arbitral à la demande d'une partie, était approprié. On a exprimé la crainte que, dans sa rédaction actuelle, le paragraphe 2 ne laisse penser que l'autorité, en cas de défaut de nomination des arbitres, avait le pouvoir de constituer le tribunal et d'annuler les nominations déjà effectuées. On a estimé que cette disposition risquait de priver les parties du droit de nommer leur propre arbitre et de donner aux parties qui ne nommaient pas d'arbitre la possibilité d'amener l'autorité à renommer tous les arbitres.

90. Le maintien du principe posé au paragraphe 2, qui permettait à l'autorité de nomination de constituer le tribunal arbitral ainsi que d'annuler les nominations déjà faites, a été appuyé. Il a été dit que ce principe, selon lequel l'autorité devait nommer tous les arbitres du tribunal lorsque les codemandeurs ou les codéfendeurs dans un arbitrage multipartite ne parvenaient pas à s'entendre sur un arbitre, était important et devait être conservé, en particulier dans des situations comme celle à l'origine de l'affaire Dutco c. BKMI et Siemens, qui avait conduit à la modification d'un certain nombre de règlements d'arbitrage international, notamment celui de la CCI (Article 10) et de la LCIA (Article 8.1). La décision rendue dans cette affaire, a-t-on dit, se fondait sur l'obligation d'accorder l'égalité de traitement aux parties, principe qui s'appliquait dans tous les pays liés par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que dans de nombreux autres pays. Il a aussi été déclaré que, pour tenir compte des situations très diverses se posant dans la pratique, il importait de maintenir une certaine souplesse en octroyant des pouvoirs d'appréciation à l'autorité de nomination.

91. Selon un avis largement partagé, il fallait néanmoins préserver le droit des parties de désigner leur arbitre et, afin de préciser que l'autorité de nomination était clairement autorisée à nommer de nouveau un arbitre sur lequel s'étaient entendus les codemandeurs ou les codéfendeurs, le Groupe de travail a examiné si le mécanisme de désignation par les parties prévu dans le Règlement devrait être modifié, pour être divisé en deux étapes. Selon une proposition dans ce sens, il faudrait distinguer entre l'étape où les parties désignaient leur arbitre et celle où l'arbitre était nommé. Il a été estimé dans l'ensemble que cette procédure en deux temps, bien que conforme aux règlements d'un certain nombre d'institutions d'arbitrage, risquait d'entraîner des modifications inutiles dans les dispositions actuelles du Règlement relatives à la nomination et à la révocation des arbitres. Il était possible, selon un avis, de régler la question plus simplement en insérant les mots "ou renommer" après "nommer" au paragraphe 2 et en supprimant la référence à la confirmation d'une nomination. La proposition a été appuyée et le Groupe de travail est convenu d'examiner la question plus avant à une session ultérieure.

Droit des parties d'être entendues par l'autorité de nomination

92. Il a également été proposé que le paragraphe 2 reconnaisse expressément à toutes les parties le droit d'être entendues par l'autorité de nomination sur la question de la constitution du tribunal arbitral (voir ci-dessus, par. 76). Cette proposition a été appuyée.

Délai

93. Il a été suggéré de fixer éventuellement des délais au paragraphe 2. Le Groupe de travail est convenu d'examiner plus avant la question ultérieurement.

Article 8

94. Le Groupe de travail est convenu de supprimer l'article 8, dont le contenu avait été déplacé à l'article 4 *bis* sur les autorités de désignation et de nomination.

Récusation d'arbitres (articles 9 à 12)

Article 9

95. Le Groupe de travail a adopté l'article 9 quant au fond, tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.II/WP.145.

Déclaration d'indépendance type

96. Le Groupe de travail a examiné s'il faudrait donner des indications dans le Règlement sur les éléments devant être divulgués sous la forme, par exemple, d'une déclaration d'indépendance type qui ferait l'objet d'une note de bas de page se rapportant à l'article 9 ou figurerait dans un commentaire accompagnant le texte et qui serait rédigée comme indiqué au paragraphe 50 du document A/CN.9/WG.II/WP.145.

97. On s'est inquiété de ce que les deux déclarations employaient des termes différents. Il a été proposé, pour que celles-ci soient alignées, de remplacer, dans la première, les mots "il n'existe pas de circonstances, passées ou présentes, susceptibles de soulever des doutes légitimes sur mon impartialité" par une formule du type "je n'ai pas eu par le passé ni n'ai actuellement de relations professionnelles, d'affaires et autres avec les parties et il n'existe pas d'autres circonstances qui pourraient conduire une partie à mettre en doute l'indépendance et l'impartialité que l'on attend de moi". Il a été noté que le libellé de la déclaration type correspondait à celui des règles de déontologie de l'AIB pour les arbitres internationaux (Rules of Ethics for International Arbitrators) (1987). Il a été noté aussi que la déclaration type serait insérée dans le Règlement révisé sous la forme d'une note de bas de page accompagnant l'article 9.

98. Il a été proposé d'indiquer à quel moment l'arbitre devait soumettre une déclaration. Cette proposition n'a pas été appuyée.

99. À l'issue de son débat, le Groupe de travail est convenu d'adopter quant au fond le texte de la déclaration type, tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.II/WP.145.

Article 10

100. Le Groupe de travail a adopté le texte de l'article 10 tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.II/WP.145.

Article 11

101. Le Groupe de travail a adopté le texte de l'article 11 tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.II/WP.145.

Article 12

Paragraphe 1

Délais de récusation

102. On a estimé qu'il fallait peut-être écourter les délais prévus au paragraphe 1. Après discussion, il a été convenu que, si dans les 15 jours à compter de la date de sa notification, la récusation n'était pas acceptée par une autre partie et si l'arbitre récusé ne se déportait pas, la partie récusante pouvait demander une décision relative à la récusation dans un délai de 30 jours au lieu de 60.

Paragraphe 2

103. Le Groupe de travail a noté que le texte modifié du paragraphe 2 permettait à l'autorité de nomination de nommer directement un arbitre si elle considérait que les circonstances de l'arbitrage étaient telles qu'une partie devait être privée du droit de nommer un remplaçant.

104. Il a été proposé de limiter ce pouvoir aux cas dans lesquels une partie avait à plusieurs reprises abusé de la procédure de récusation. Cette proposition a suscité des objections, du fait que l'autorité pourrait être amenée à nommer directement un arbitre dans bien d'autres cas. Il était donc préférable d'énoncer ce pouvoir en termes plus généraux.

105. Le Groupe de travail est convenu de maintenir le texte dans sa formulation générale mais a prié le secrétariat d'envisager d'élaborer, afin de l'insérer éventuellement dans un commentaire, une liste illustrative de cas possibles dans lesquels l'autorité de nomination pourrait exercer ce pouvoir conformément au paragraphe 2.

Remplacement d'un arbitre

Article 13

Paragraphe 1

106. Le Groupe de travail a approuvé le paragraphe 1 quant au fond, tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.II/WP.145.

Paragraphe 2

107. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe 2 prévoyait deux solutions pour l'autorité de nomination lorsque la démission d'un arbitre n'avait pas été acceptée ou qu'un arbitre ne remplissait pas sa mission, à savoir décider soit de nommer directement un remplaçant soit d'autoriser la poursuite de la procédure en l'absence de remplaçant (A/CN.9/614, par. 70).

108. Des craintes ont été exprimées à propos de la formulation "une partie estime qu'un arbitre a donné sa démission pour des raisons non valables ou ne remplit pas sa mission". Il a été avancé que le texte original, qui faisait référence à la "carence" d'un arbitre, était préférable à l'expression "ne remplit pas sa mission". Cet avis a été appuyé.

109. Le Groupe de travail a également examiné s'il existait des circonstances dans lesquelles les arbitres eux-mêmes, et non une partie, devraient être autorisés à

décider soit de poursuivre la procédure en tant que tribunal incomplet, soit de demander à l'autorité de nomination d'approuver cette poursuite de la procédure. L'idée d'une disposition dans ce sens a été soutenue car elle couvrirait les situations dans lesquelles il y avait carence d'un arbitre sans qu'aucune des parties n'en ait eu connaissance. Il a toutefois été dit qu'autoriser le tribunal arbitral à poursuivre la procédure en tant que tribunal incomplet risquait de ne pas offrir de garanties suffisantes aux parties, en particulier en cas de collusion entre les arbitres. De même, il a été fait remarquer que le fait d'autoriser le tribunal arbitral à demander l'approbation de l'autorité de nomination pouvait poser des problèmes lorsque les parties n'avaient pas choisi une telle autorité. Il a été dit qu'il était possible de surmonter cette difficulté en prévoyant que, dans ce cas, le tribunal arbitral devrait en référer aux parties, qui désigneraient alors une autorité de nomination. Il a été proposé d'introduire un délai dans lequel les parties pourraient élever des objections contre un arbitre inactif.

110. Il a été suggéré que le tribunal arbitral soit à chaque fois associé au processus de remplacement d'un arbitre.

111. L'avis a été exprimé que la disposition sur le remplacement des arbitres devrait distinguer clairement la révocation d'un arbitre pour carence de la démission d'un arbitre pour des raisons non valables. Il a été dit que ces deux situations devaient être soumises à des procédures différentes car chacune pouvait avoir des conséquences différentes en termes de responsabilité.

112. Après discussion, le Groupe de travail a demandé au secrétariat d'élaborer des variantes en tenant compte des suggestions faites.

Répétition orale en cas de remplacement d'un arbitre

Article 14

113. Le Groupe de travail a adopté le texte de l'article 14 quant au fond, tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.II/WP.145.

Section III. Procédure arbitrale

Dispositions générales – Article 15

Paragraphe 1

114. Le Groupe de travail a examiné la disposition du paragraphe 1, qui énonçait le principe général selon lequel la procédure arbitrale devait être conduite par le tribunal arbitral sans retard inutile. Il a été proposé d'accorder expressément au tribunal arbitral le pouvoir d'organiser des consultations ou réunions préliminaires, soit à la demande des parties, soit de sa propre initiative. Cette proposition n'a pas été appuyée et le Groupe de travail a adopté le paragraphe 1 quant au fond, tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.II/ WP.145/Add.1.

Paragraphes 2 et 3

115. Les paragraphes 2 et 3 ont été adoptés quant au fond sans modification.

Paragraphe 4

Jonction des affaires soumises au tribunal arbitral

116. Le Groupe de travail a noté que, dans certains cas, en vertu du Règlement, la jonction d'affaires n'était possible que lorsque les parties y consentaient expressément, et a examiné s'il fallait prévoir dans le Règlement une disposition sur la question, comme proposé dans le document A/CN.9/WG.II/ WP.145/Add.1.

117. L'inclusion d'une telle disposition a bénéficié d'un certain soutien. Il a été dit qu'elle pourrait être utile lorsque plusieurs litiges différents découlant de contrats séparés (par exemple, des contrats connexes ou une série de contrats) surgissaient entre les mêmes parties et que lesdits contrats contenaient des clauses compromissoires distinctes ou pour éviter une situation dans laquelle une partie introduisait une procédure arbitrale séparée concernant un litige distinct découlant du même contrat pour obtenir un avantage tactique. En pareils cas, une jonction des affaires pouvait permettre de régler efficacement les différends entre les parties tout en réduisant la possibilité que des procédures arbitrales parallèles débouchent sur des sentences contradictoires.

118. On a dit cependant qu'il fallait rédiger cette disposition avec soin afin d'indiquer clairement que la jonction des affaires ne serait possible que si le litige était déjà soumis au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI ou si les parties acceptaient expressément une telle jonction.

119. On a toutefois douté de la viabilité de cette disposition, surtout lorsque le Règlement s'appliquait aux arbitrages ad hoc. On a fait observer en outre que la disposition visait soit les nouveaux litiges découlant du même contrat, auquel cas il convenait davantage d'appliquer les dispositions sur les modifications de la requête, soit plusieurs litiges différents entre les mêmes parties découlant de contrats séparés qui contenaient des clauses compromissoires distinctes. Dans ce dernier cas, l'application de la disposition risquait de soumettre les parties à une procédure d'arbitrage qui serait régie par des conditions autres que celles convenues dans leur convention d'arbitrage. On a estimé qu'une telle situation soulevait des problèmes complexes et pouvait aboutir à des solutions inéquitables.

120. À l'issue de son débat, le Groupe de travail est convenu qu'il n'était sans doute pas nécessaire de prévoir une disposition sur la jonction des affaires dans le Règlement et a supprimé l'alinéa a) (voir ci-dessous, par. 157 à 160).

Participation des tiers à l'instance arbitrale

121. Le Groupe de travail a examiné une proposition de disposition relative à la participation des tiers à la procédure arbitrale, qui figurait dans le document A/CN.9/WG.II/WP.145/Add.1, et a noté que celle-ci s'inspirait de l'article 22.1 h) du Règlement d'arbitrage de la LCIA, lequel disposait que le tribunal arbitral avait le pouvoir "d'autoriser, mais seulement à la demande d'une partie, un ou des tiers à se joindre comme partie à l'arbitrage, à condition que ce ou ces tiers et la partie qui a fait cette demande y aient consenti par écrit, et ensuite de rendre une sentence finale unique, ou des sentences séparées, à l'égard de toutes les parties ainsi impliquées dans l'arbitrage".

122. L'insertion d'un tel principe dans le Règlement a bénéficié d'un certain soutien car, a-t-on déclaré, il avait son utilité en permettant aux tiers intéressés de se

joindre à un arbitrage lorsque l'autre partie s'y opposait. On a cependant exprimé la crainte que cette disposition ne viole le principe fondamental du consentement des parties à l'arbitrage et qu'elle ne soit acceptable que si elle contenait une formule du type "sauf convention contraire" ou "s'il en est ainsi convenu", ou si elle était modifiée de manière à autoriser la participation des tiers uniquement avec le consentement de toutes les parties à l'arbitrage. Il a été souligné que l'obtention d'un tel consentement éviterait d'éventuelles difficultés au moment de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence arbitrale, car il n'y aurait alors aucun doute à son sujet. À cet argument, il a été répondu que, les parties à l'arbitrage se réservant toujours le droit d'accepter la participation de tiers sans avoir besoin d'une disposition particulière dans ce sens, l'exigence du consentement de toutes les parties rendrait la disposition inutile. Il a également été noté que, dans la mesure où elles acceptaient de se soumettre à un arbitrage régi par le Règlement contenant la disposition proposée relative à la participation de tiers, les parties auraient consenti à la participation volontaire d'un tiers.

123. Il a été proposé de préciser dans la disposition que le tiers devrait d'abord accepter de participer à la procédure arbitrale, comme le prévoyait l'article 22.1 h) du Règlement d'arbitrage de la LCIA.

124. Il a été demandé si la disposition devait préciser en faveur de qui le tiers devrait se joindre à l'arbitrage. Il a été répondu que la disposition devrait probablement rester aussi souple que possible pour tenir compte des diverses situations dans lesquelles un tiers pourrait demander à participer.

125. Il a été proposé de supprimer la référence au prononcé d'une sentence "à l'égard de toutes les parties impliquées dans l'arbitrage". On a fait observer que, si le tiers se joignait à l'arbitrage en tant que partie, une telle disposition serait probablement inutile. Il a été jugé préférable de parler uniquement du prononcé de la sentence pour ne laisser subsister aucun doute sur le fait que l'arbitrage lierait toutes les parties, qu'il s'agisse des parties initiales ou de celles qui s'étaient jointes par la suite. On a aussi fait valoir qu'une telle disposition expresse dans le Règlement pourrait être utile au stade de la reconnaissance et de l'exécution de la sentence.

126. Après discussion, le Groupe de travail est convenu que la disposition relative à la participation des tiers modifierait considérablement le Règlement et a pris note des vues divergentes exprimées sur la question. Il est convenu d'étudier celle-ci à une session ultérieure, à partir des informations sur la fréquence et l'utilité pratique de la participation des tiers à la procédure arbitrale que les institutions arbitrales fourniraient au secrétariat.

Confidentialité de la procédure

127. Le Groupe de travail a examiné s'il conviendrait d'inclure une disposition générale relative à la confidentialité de la procédure ou des pièces (y compris les mémoires) soumis au tribunal arbitral. Il a rappelé qu'à sa quarante-cinquième session, de nombreuses délégations s'étaient dites opposées à une telle disposition. On avait estimé aussi que la question devait être tranchée au cas par cas par les arbitres et les parties (A/CN.9/614, par. 86).

128. L'idée d'insérer une disposition générale sur la confidentialité a bénéficié d'un certain soutien, en particulier à la lumière de décisions comme celle rendue, par

exemple, par la English Court of Appeal dans l'affaire City of Moscow c. Bankers Trust, qui, a-t-on estimé, mettait en évidence l'importance d'une telle disposition. Il a été dit qu'un certain nombre de règlements d'arbitrage international actuels, comme celui de la LCIA ou de l'OMPI, contenaient des dispositions particulières sur la confidentialité. L'attention du Groupe de travail a été attirée sur l'article 9 de la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale, qui pourrait servir de référence à l'élaboration d'une disposition sur la question.

129. On a cependant fait observer que la rédaction d'une disposition générale serait extrêmement difficile, car il faudrait, pour ce faire, aborder des questions telles que celles de savoir quand commençait et finissait l'obligation de confidentialité, si cette obligation s'appliquait à des personnes autres que les parties, par exemple aux témoins ou aux experts, et quelles exceptions devraient être prévues.

130. À l'encontre de l'insertion d'une telle disposition, on a fait valoir que celle-ci irait à l'encontre de la tendance actuelle à une plus grande transparence dans les procédures internationales. On a aussi dit que la révision du Règlement avait pour principal objet d'offrir une certaine souplesse de manière à tenir compte de l'évolution des lois et des pratiques. À cet égard, il a été noté que la confidentialité était un domaine où les lois et les pratiques étaient encore en plein développement.

131. De surcroît, l'élaboration d'une disposition générale n'était peut-être pas appropriée du fait que l'importance de la confidentialité dans un arbitrage dépendrait de la nature de la relation considérée. Les contrats sur la propriété intellectuelle, par exemple, exigeaient un degré élevé de confidentialité. C'est pourquoi, a-t-on dit, il fallait laisser aux arbitres et aux parties le soin de régler la question au cas par cas.

132. On a exprimé la crainte que de nombreux utilisateurs du Règlement n'attendent de ce dernier qu'il garantisse la confidentialité. Pour dissiper cette crainte, il a été suggéré d'insérer une note relative à la clause compromissoire type qui accompagnait l'article premier du Règlement afin d'attirer l'attention des parties sur la possibilité d'ajouter une disposition concernant la confidentialité, indiquant notamment sa portée, sa durée et à qui l'obligation s'adressait. Il a été dit qu'une telle note pourrait servir à rappeler qu'il s'agissait là d'une question devant être abordée par les parties et qui n'était pas traitée dans le Règlement.

133. À l'issue de son débat, le Groupe de travail est convenu de ne pas insérer dans le Règlement de disposition relative à la confidentialité de la procédure.

Pouvoir de prolonger ou d'abréger les délais

134. Le Groupe de travail a rappelé qu'à sa quarante-cinquième session il avait été proposé d'inclure à l'article 15 du Règlement une disposition générale qui pourrait être libellée comme suit "Dans l'exécution de ses obligations en vertu du paragraphe 1 de l'article 15, le tribunal arbitral peut à tout moment prolonger ou abréger tout délai prescrit par le Règlement ou en application du Règlement" (A/CN.9/614, par. 41 à 46).

135. Divers avis ont été exprimés sur le point de savoir si le tribunal arbitral avait le pouvoir intrinsèque de modifier les délais de procédure, mais on s'est déclaré favorable à l'idée de traiter expressément cette question dans le Règlement. On a toutefois exprimé la crainte qu'il ne soit inopportun d'autoriser le tribunal arbitral à

modifier l'accord des parties, selon lequel par exemple la procédure d'arbitrage devrait se terminer dans un certain délai. On a suggéré qu'il soit demandé au tribunal arbitral de motiver toute modification des délais de procédure, conformément à l'approche adoptée à l'article 23 du Règlement. Cette proposition n'a pas été appuyée. Il a été demandé si tout pouvoir conféré au tribunal arbitral de prolonger les délais devrait également être conféré à l'autorité de nomination en attendant la constitution du tribunal arbitral. Il a été souligné qu'en conférant un tel pouvoir au tribunal arbitral, on risquait d'en retarder la constitution.

136. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu que le Règlement devrait conférer au tribunal arbitral le pouvoir de modifier les délais qui s'y trouvaient prescrits dans le Règlement mais non les délais généraux qui pourraient être fixés par les parties dans leurs accords sans consultation préalable desdites parties.

Article 16

Lieu de l'arbitrage

137. Le Groupe de travail a examiné s'il fallait utiliser une terminologie distincte, telle que "siège de l'arbitrage" (lorsque l'on parlait du lieu juridique de l'arbitrage, qui déterminait l'applicabilité de la loi régissant l'arbitrage ainsi que la compétence du tribunal étatique) et "emplacement" (lorsque l'on parlait du lieu où se tenaient effectivement les réunions). Il a également examiné s'il fallait ajouter des précisions à l'article 16 sur les conséquences s'attachant au lieu juridique de l'arbitrage.

Utilisation d'une terminologie distincte

138. On a dit qu'il serait peut-être nécessaire de faire une distinction entre le lieu juridique et le lieu physique de l'arbitrage, et qu'une modification de la terminologie utilisée irait dans le sens de la clarté. On a fait observer qu'une telle modification pourrait aussi avoir un but éducatif, du fait que les utilisateurs ignoraient souvent les conséquences juridiques qui s'attachaient au terme "lieu de l'arbitrage". Des points de vue divergents ont été exprimés sur la meilleure manière de faire une distinction entre le lieu physique et le lieu juridique de l'arbitrage.

139. Il a été proposé de remplacer les mots "lieu de l'arbitrage", aux paragraphes 1 et 4 de l'article 16, par des mots tels que "siège" ou "siège juridique" de l'arbitrage. Il a été proposé d'employer un terme tel qu'"emplacement" lorsqu'il était question du lieu purement physique ou géographique de l'arbitrage, aux paragraphes 2 et 3.

140. Selon une autre proposition, on pourrait modifier l'article 16 dans le sens de l'article 16 du Règlement d'arbitrage de la LCIA, qui faisait référence dans son paragraphe 1 au "siège (c'est-à-dire la localisation juridique)" de l'arbitrage, et qui disposait dans son paragraphe 2 que "le tribunal arbitral peut tenir audiences, réunions et délibérations à tout endroit géographiquement convenable, à son entière discrétion; si ce lieu est différent du siège de l'arbitrage, l'arbitrage sera néanmoins considéré comme ayant été conduit à son siège (…)". Cette proposition a recueilli un certain appui.

141. On a toutefois attiré l'attention sur le fait que l'utilisation d'une nouvelle terminologie risquait d'entraîner des conséquences non voulues concernant les pratiques existantes en matière de rédaction des contrats qui faisaient usage

d'expressions différentes, parmi lesquelles "lieu de l'arbitrage", avec l'intention de faire référence au siège juridique de l'arbitrage. Il a été répondu que le mot "lieu" avait un sens générique et pouvait désigner le lieu juridique ou le lieu physique, selon le contexte dans lequel il était employé. Le Groupe de travail a aussi examiné – sans toutefois parvenir à une conclusion – si le Règlement devrait rester conforme à la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage (qui employait actuellement l'expression "lieu de l'arbitrage") ou s'il faudrait utiliser une terminologie différente.

142. Afin de clarifier ce point, il a été proposé de restructurer l'article 16 en fusionnant les paragraphes 1 et 4 (où il était question du lieu juridique de l'arbitrage) et les paragraphes 2 et 3 (où il était question du lieu physique de l'arbitrage). Il a été proposé aussi de transférer le paragraphe 4 à l'article 32 du Règlement, qui traitait des sentences.

Conséquences attachées au lieu juridique de l'arbitrage

143. Il a été demandé si le paragraphe 1 devrait préciser que le lieu juridique de l'arbitrage déterminait la loi applicable à la procédure arbitrale et la compétence du tribunal étatique. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu que les conséquences juridiques découlant du choix d'un siège de l'arbitrage pourraient différer selon les systèmes juridiques, et que le Règlement n'était pas l'instrument approprié pour codifier cette matière.

144. À l'issue du débat, le Groupe de travail est convenu d'examiner plus avant cette question à une session ultérieure, et a prié le secrétariat de préparer des variantes du texte, sur la base de ses discussions. Il a été convenu qu'il faudrait veiller à faire également une distinction entre, d'une part, les audiences et autres réunions tenues avec les parties et, de l'autre, les réunions tenues exclusivement pour les délibérations du tribunal.

Langue

Article 17

145. Le Groupe de travail est convenu de supprimer les mots "ou les langues" de l'article 17 (ainsi que de la note relative à la clause compromissoire type) au motif que, lorsqu'il était nécessaire d'utiliser plusieurs langues dans la procédure d'arbitrage, les parties étaient libres d'en convenir.

Requête – Article 18

Paragraphe 1

146. La question a été posée de savoir si la mention d'"une copie du contrat et de la convention d'arbitrage" était encore nécessaire compte tenu des délibérations antérieures du Groupe de travail relatives au maintien ou non de l'exigence de la forme écrite (voir ci-dessus, par. 25 à 31). Il a été dit que, lorsqu'il existait un contrat et une convention d'arbitrage par écrit, l'obligation de joindre une copie devait être conservée.

147. À l'issue des discussions, le Groupe de travail est convenu que le libellé de la disposition relative à la communication du contrat et de la convention d'arbitrage, figurant dans les articles 3 et 18, devait être aligné. Il a également été proposé de simplifier la phrase en supprimant les mots "si elle ne figure pas dans le contrat".

Cette proposition a généralement été appuyée. Le Groupe de travail a prié le secrétariat de réviser ces dispositions en conséquence.

Paragraphe 2

alinéa a)

148. On a proposé de modifier la référence aux "adresses des parties" conformément aux discussions antérieures du Groupe de travail concernant les paragraphes 3 b) et 5 b) de l'article 3, en remplaçant le mot "adresses" par le mot "coordonnées" (voir ci-dessus, par. 52). Cette proposition a été adoptée.

alinéa b)

149. Le Groupe de travail a examiné si l'alinéa b) du paragraphe 2 devrait être reformulé comme suit: "un exposé des faits et des principes juridiques présentés à l'appui de la requête", l'objectif étant d'encourager les parties à démontrer le bien-fondé de leur requête d'un point de vue juridique. On s'est inquiété de ce que les mots "principes juridiques" étaient trop vagues et on a proposé de les remplacer, par exemple, par les mots "arguments de droit" ou "moyens de droit".

150. Il a été estimé que cette proposition de modification était inutile, car elle priverait la disposition de sa souplesse et ne tiendrait pas compte des pratiques différentes selon les systèmes juridiques. À cela on a objecté qu'il importait d'autant plus, du fait même de l'existence de pratiques juridiques divergentes, de traiter la question dans le Règlement. L'idée d'ajouter une référence aux "moyens de droit" a été fermement appuyée.

151. À l'issue des discussions, le Groupe de travail est convenu d'ajouter un nouvel alinéa e) prévoyant que la requête devait mentionner les arguments ou moyens de droit invoqués.

Dernière phrase du paragraphe 2

152. On a appuyé la proposition de reformuler la dernière phrase du paragraphe 2 à peu près comme suit: "Dans la mesure du possible, la requête est accompagnée par toutes pièces et autres éléments de preuve invoqués par le demandeur ou mentionne ceux-ci".

153. On a exprimé la crainte que l'emploi du présent ne laisse entendre que le demandeur serait contraint de communiquer une requête complète et n'aurait pas la possibilité de fournir des éléments à un stade ultérieur. Pour répondre à cette crainte, on a proposé d'employer le verbe "devrait", l'objectif étant de fixer un standard pour le contenu de la requête sans pour autant imposer de conséquences strictes en cas d'écart par rapport à ce standard.

154. À l'issue du débat, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'établir une version révisée du texte en tenant compte des vues échangées.

Requête dans l'arbitrage multipartite

155. Le Groupe de travail est convenu qu'il n'était pas nécessaire de modifier l'article 18 pour traiter la question de la requête dans l'arbitrage multipartite.

Réponse

Article 19

156. Le Groupe de travail est convenu que, le cas échéant, le libellé de l'article 19 devait être aligné sur la nouvelle version de l'article 18.

Droits invoqués à des fins de compensation et demandes reconventionnelles

157. Le Groupe de travail est convenu que l'article 19 devait contenir une disposition relative à la compensation et que la compétence du tribunal arbitral pour examiner les demandes reconventionnelles et les moyens de compensation devrait, sous certaines conditions, ne pas être limitée au contrat sur lequel était fondée la demande principale et s'appliquer dans un éventail de situations plus large. Pour étendre cette compétence, il était proposé, dans la version révisée de la disposition, telle qu'elle figurait dans le document A/CN.9/WG.II/WP.145/Add.1, de remplacer les mots "fondés sur le même contrat" par les mots "fondés sur le même rapport de droit, contractuel ou non contractuel". Cette proposition a bénéficié d'un certain soutien.

158. Il a été proposé de modifier la disposition pour autoriser les demandes reconventionnelles étroitement liées à la demande initiale (ou en découlant). Il a également été proposé soit de supprimer les mots "fondés sur le même rapport de droit, contractuel ou non contractuel", soit de ne pas exiger de lien entre la demande principale et la demande reconventionnelle ou le moyen de compensation, en laissant au tribunal arbitral tout pouvoir d'appréciation pour trancher la question. Dans ce contexte, il a été dit qu'en supprimant tout lien entre la demande principale et la demande reconventionnelle ou le moyen de compensation, on répondait peut-être aux besoins dans certaines situations telles que les différends relatifs aux investissements auxquels des États étaient parties, mais peut-être pas suffisamment aux besoins dans des litiges commerciaux plus généraux.

159. Il a été proposé que les articles 3-6 d), 15-4 a), 19-3 et 28-1 se réfèrent tous aux "demandes reconventionnelles ou droit comme moyen de compensation".

160. À l'issue des discussions, le Groupe de travail est convenu que le libellé actuel de l'article 19 était trop limité et a prié le secrétariat d'élaborer des variantes, en tenant compte des discussions à ce sujet, et en révisant éventuellement l'article 15 sur la jonction des affaires.

Modifications de la requête ou de la réponse

Article 20

161. Le Groupe de travail est convenu d'adopter l'article 20 quant au fond, tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.II/WP.145/Add.1.

Déclinatoire de compétence arbitrale

Article 21

Paragraphe 1

162. Pour plus de simplicité, le Groupe de travail est convenu de remplacer les mots "de plein droit" par un libellé du type "d'elle-même".

Paragraphe 2

163. Le Groupe de travail a adopté le paragraphe 2 quant au fond, tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.II/WP.145/Add.1.

Paragraphe 3

164. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe 3 avait été révisé de manière à être aligné sur le paragraphe 3 de l'article 16 de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage, conformément aux discussions qu'il avait tenues à sa quarante-cinquième session. Il a été proposé que la disposition autorise les parties à demander au tribunal arbitral de statuer sur sa compétence à titre de question préalable. La question a été posée de savoir si la disposition devait englober un éventuel différend en suspens devant un tribunal étatique au sujet de l'arbitrage. Le Groupe de travail est convenu de poursuivre l'examen de la question.

D. Note du Secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, soumise au Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation à sa quarante-sixième session

(A/CN.9/WG.II/WP.145 et Add.1) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

Introduction 1-3

1. Remarques générales 4-7

2. Notes relatives au projet de version révisée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI 8-56

Section I. Dispositions préliminaires 9-42

Section II. Composition du tribunal arbitral 43-56

Introduction

1. À sa trente-neuvième session (New York, 19 juin-7 juillet 2006), la Commission est convenue, en ce qui concerne les travaux futurs du Groupe de travail, d'accorder la priorité à une révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 (ci-après dénommé le "Règlement de la CNUDCI" ou le "Règlement")[1]. Elle avait déjà discuté de cette question à ses trente-sixième (Vienne, 30 juin-11 juillet 2003), trente-septième (New York, 14-25 juin 2004) et trente-huitième (Vienne, 4-15 juillet 2005) sessions[2].

2. À sa quarante-cinquième session (Vienne, 11-15 septembre 2006), le Groupe de travail a entrepris de déterminer les domaines où une révision du Règlement pourrait être utile. À cette même session, il a donné des indications préliminaires sur diverses options à examiner concernant les révisions proposées, en se fondant sur les documents A/CN.9/WG.II/WP.143 et A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1, afin que le secrétariat puisse préparer un projet de version révisée du Règlement qui en tienne compte.

3. La présente note contient un projet annoté de version révisée du Règlement de la CNUDCI, qui tient compte des délibérations du Groupe de travail à sa quarante-

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 182 à 187.

[2] Ibid., *cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/58/17), par. 204; ibid., *cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 60; ibid., *soixantième session, Supplément n° 17* (A/60/17), par. 178.

cinquième session et couvre les articles premier à 14 du Règlement. Les articles 15 à 41 sont traités dans le document A/CN.9/WG.II/WP.145/Add.1. Les discussions du Groupe de travail auxquelles il est fait référence ici sont celles qui ont eu lieu à cette session.

1. Remarques générales

Principes à appliquer pour la révision du Règlement de la CNUDCI

4. Il est rappelé qu'à sa trente-neuvième session (New York, 19 juin-7 juillet 2006), la Commission a estimé dans l'ensemble que, compte tenu du succès et de l'état de son Règlement d'arbitrage, une révision éventuelle ne devrait en modifier ni la structure, ni l'esprit, ni le style et qu'elle devrait en respecter la souplesse sans en accroître la complexité[3].

5. À sa quarante-cinquième session (Vienne, 11-15 septembre 2006), le Groupe de travail a convenu que ce règlement était l'un des instruments de la CNUDCI qui avait eu le plus de succès et qu'il fallait donc éviter d'apporter des modifications inutiles ou de faire figurer dans les travaux préparatoires des déclarations qui remettraient en question la légitimité d'applications antérieures de celui-ci dans des cas précis. On a estimé que la révision devrait surtout avoir pour objectif d'actualiser le Règlement pour tenir compte des changements survenus ces trente dernières années dans la pratique de l'arbitrage (A/CN.9/614, par. 16). Il est en outre rappelé que l'on s'est déclaré largement favorable à une approche générique visant à déterminer les dénominateurs communs à tous les types d'arbitrage, quel que soit l'objet du litige, plutôt qu'à une approche consistant à traiter de situations particulières (A/CN.9/614, par. 18).

Harmonisation du texte du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI avec celui de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ("Loi type")

6. Le Groupe de travail est convenu que l'harmonisation des dispositions du Règlement et des dispositions correspondantes de la Loi type ne devrait pas être automatique, mais envisagée uniquement lorsqu'elle était appropriée (A/CN.9/614, par. 21).

Remarque générale sur la référence aux "parties" dans le Règlement

7. Il a été proposé de modifier le libellé du Règlement en remplaçant les formules telles que "les deux parties", "l'une ou l'autre partie" ou "l'une des parties" par des formules plus génériques de manière à tenir compte de l'arbitrage multipartite.

2. Notes relatives au projet de version révisée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

8. Toutes les modifications qu'il est proposé d'apporter au Règlement de la CNUDCI sont mises en évidence dans le texte ci-dessous.

---

[3] Ibid., *soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 184.

Section I. Dispositions préliminaires

[Champ d'application] [Applicabilité]

Article premier

1. *Option 1*: [Si ~~les~~ des parties ~~à un contrat~~ sont convenues [par écrit*] que leurs ~~les~~ litiges ~~se rapportant à ce contrat~~ [au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel] seront soumis à l'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, ces litiges seront tranchés selon ce règlement] [*insérer la variante 1, 2 ou 3*]

Option 2: [Lorsqu'il existe une convention [écrite*] selon laquelle les litiges seront soumis à l'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, ces litiges seront tranchés selon ce règlement] [*insérer la variante 1, 2 ou 3*]

Variante 1: [sous réserve des modifications convenues entre les parties [par écrit].]

Variante 2: [ayant effet à la date à laquelle commence la procédure d'arbitrage, sous réserve des modifications convenues entre les parties [par écrit].]

Variante 3: [sous réserve des modifications convenues entre les parties [par écrit]. À moins que les parties n'aient convenu d'appliquer le Règlement ayant effet à la date de leur convention, elles sont réputées se soumettre au Règlement ayant effet à la date à laquelle commence la procédure d'arbitrage.]

2. Le présent Règlement régit l'arbitrage, sous réserve cependant qu'en cas de conflit entre l'une de ses dispositions et une disposition de la loi applicable à l'arbitrage à laquelle les parties ne peuvent déroger, c'est cette dernière disposition qui prévaut.

Remarques

Intitulé

9. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si l'article premier devrait être intitulé "Applicabilité" plutôt que "Champ d'application", du fait qu'il contient des dispositions sur les principes d'application du Règlement et ne se limite pas aux questions relatives au champ d'application.

Paragraphe 1

Options 1 et 2

"parties à un contrat"

10. L'option 1 suit de plus près la version actuelle du Règlement en faisant référence aux "parties", tandis que l'option 2 applique la proposition du Groupe de travail de supprimer toute référence aux "parties" au début du paragraphe 1 de l'article premier (A/CN.9/614, par. 34). Cette proposition vise le cas particulier de l'arbitrage dans le cadre de traités bilatéraux relatifs aux investissements, où les

parties à de tels traités contenant une clause compromissoire ne sont pas les mêmes que les parties à l'arbitrage. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si la suppression des références aux "parties" risque d'entraîner des erreurs d'interprétation quant aux parties liées par l'application du Règlement, en particulier dans les cas d'arbitrage sans rapport avec de tels traités.

"les litiges se rapportant à ce contrat"

11. Si le Groupe de travail décide de retenir l'option 1, il souhaitera peut-être examiner plus avant la question de savoir si les types de litige que les parties pourraient soumettre à l'arbitrage devraient se limiter aux "litiges se rapportant à ce contrat" (A/CN.9/614, par. 32 à 34). Il est rappelé que le Groupe de travail s'est demandé s'il fallait élargir la portée du paragraphe 1 en y incluant un texte semblable à celui de l'article 7 de la Loi type, qui permet de soumettre à l'arbitrage des litiges "au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel" (A/CN.9/614, par. 32 et 33). Une autre possibilité est de ne pas limiter le champ d'application du Règlement et de ne faire référence ni au "contrat" ni au "rapport de droit" (A/CN.9/614, par. 33).

L'exigence de la forme écrite pour la convention d'arbitrage et pour toute modification du Règlement

12. Le Groupe de travail a noté que l'exigence de la forme écrite pour la convention d'arbitrage avait pour objet de définir le champ d'application du Règlement et que, contrairement à l'exigence de forme énoncée dans la Loi type, elle pouvait être distincte de la question de la validité de cette convention (qui dépend de la loi applicable) (A/CN.9/614, par. 28).

13. Si le Groupe de travail décide de ne pas inclure l'exigence de la forme écrite dans l'article premier (A/CN.9/614, par. 27 à 31), il est proposé alors de supprimer les mots "par écrit" et "écrite" qui figurent entre crochets dans le texte.

Variantes 1, 2 et 3
Version applicable du Règlement

14. Les variantes 1, 2 et 3 contiennent des propositions sur la version applicable du Règlement.

15. La variante 1 correspond à la version actuelle de l'article premier qui ne donne aucune indication sur la version applicable du Règlement en cas de révision.

16. La variante 2 prend en compte les discussions préliminaires du Groupe de travail selon lesquelles:

- Certains organismes d'arbitrage incluent une disposition interprétative expresse énonçant que le Règlement en vigueur à la date où commence la procédure d'arbitrage (et non celui en vigueur à la date de la convention d'arbitrage) devrait s'appliquer, sauf convention contraire des parties (A/CN.9/614, par. 23);
- Certains traités disposent expressément qu'en cas de révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, la version applicable serait celle en vigueur lors du commencement de la procédure (A/CN.9/614, par. 24).

17. La variante 3 tient compte de l'observation, faite au sein du Groupe de travail, selon laquelle, dans la pratique, certaines parties préféraient appliquer à leur litige le Règlement le plus récent, tandis que d'autres préféraient opter pour la sécurité en convenant de l'application du Règlement en vigueur au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage (A/CN.9/614, par. 23).

18. Le Groupe de travail se souviendra peut-être qu'il a été dit, lors de sa dernière session, que toute disposition sur la version applicable du Règlement devrait être compatible avec le principe de l'autonomie des parties et que, si les parties étaient convenues d'appliquer la version antérieure, aucune disposition transitoire ne devrait avoir d'effet rétroactif sur cette convention (A/CN.9/614, par. 25).

19. Il est par ailleurs rappelé que le Groupe de travail est convenu de revenir sur la question une fois qu'il aurait achevé l'examen du texte actuel du Règlement (A/CN.9/614, par. 26).

Documents antérieurs de la CNUDCI sur la question

"les litiges se rapportant à ce contrat"

A/CN.9/614, par. 32 à 34
A/CN.9/WG.II/WP.143, par. 24 et 25

L'exigence de la forme écrite pour la convention d'arbitrage et pour toute modification du Règlement

A/CN.9/614, par. 27 à 31
A/CN.9/WG.II/WP.143, par. 12 à 23

Version applicable du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

A/CN.9/614, par. 22 à 26
A/CN.9/WG.II/WP.143, par. 8 à 11

---

* **LIBELLÉ TYPE DE CLAUSE COMPROMISSOIRE [POUR LES CONTRATS]**

Tout litige, controverse ou réclamation né du présent contrat ou se rapportant au présent contrat ou à une contravention au présent contrat, à sa résolution ou à sa nullité, sera tranché par voie d'arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI [ayant actuellement ~~en vigueur~~ effet.]

Note – Les parties voudront peut-être ajouter les indications suivantes:

a) L'autorité de nomination sera... [nom de la personne ou de l'institution];

b) Le nombre d'arbitres est fixé à... [un ou trois];

c) Le lieu de l'arbitrage sera... [ville ou pays];

d) La langue (les langues) à utiliser pour la procédure d'arbitrage sera (seront)...

e) [La loi régissant la convention d'arbitrage sera...]

Remarques

Emplacement de la clause compromissoire type

20. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la proposition de déplacer la clause compromissoire type si celle tendant à modifier le paragraphe 1 de l'article premier en supprimant toute référence au contrat est adoptée (A/CN.9/614, par. 38) (voir ci-dessus par. 11).

Propositions de modifications à apporter à la clause compromissoire type

21. Il est proposé de remplacer les mots "actuellement en vigueur" par "ayant actuellement effet" pour mieux rendre compte de la nature contractuelle et non législative du Règlement. Les mots "ayant actuellement effet" figurent entre crochets car il faudrait envisager leur suppression si une disposition renvoyant à la version applicable du Règlement est adoptée au paragraphe 1 de l'article premier (voir, ci-dessus, par. 16 et 17).

Proposition d'ajout à la note relative à la clause compromissoire type

22. Il a été proposé au sein du Groupe de travail de compléter la note relative à la clause compromissoire type en y ajoutant une référence à la loi régissant la convention d'arbitrage (A/CN.9/614, par. 37). Bien qu'un tel ajout présente l'avantage de sensibiliser les parties à l'importance de définir la loi applicable à la convention d'arbitrage, il ne vise qu'un aspect des lois applicables dans le cadre d'un arbitrage. Pour aider davantage les parties à cet égard, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si la clause compromissoire type devrait prévoir une disposition sur la loi applicable au fond du litige et si l'incidence du lieu de l'arbitrage sur la loi applicable à la procédure d'arbitrage devrait aussi être clarifiée.

23. Afin de reconnaître les avantages et l'utilité de la conciliation en tant que mode alternatif de règlement des litiges, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il faudrait ajouter une référence à la conciliation, éventuellement sous la forme d'une clause de conciliation facultative, de manière à encourager les parties à essayer dans un premier temps de régler leur litige avec l'assistance d'un tiers neutre.

Document antérieur de la CNUDCI sur la question

A/CN.9/614, par. 36 à 38

Notification, calcul des délais

Article 2

1. Aux fins du présent Règlement, une notification, y compris une communication ou une proposition, si elle n'est pas [effectivement] reçue [personnellement] par le destinataire, est réputée être ~~arrivée à destination~~ reçue par lui si elle a été remise ~~soit en mains propres du destinataire~~, soit à sa résidence habituelle, à son établissement ou à son adresse postale, soit ~~encore~~ – aucune de ces adresses n'ayant pu être trouvée après une enquête raisonnable – à la dernière résidence ou au dernier établissement connu du destinataire. La notification est réputée être arrivée à destination le jour d'une telle remise.

1 *bis*. Toute notification peut être remise au moyen d'une communication électronique.

2. Aux fins du calcul d'un délai aux termes du présent Règlement, ledit délai commence à courir le jour où la notification, la communication ou la proposition est arrivée à destination. Si le dernier jour du délai est un jour férié ou chômé au lieu de la résidence ou de l'établissement du destinataire, le délai est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant. Les jours fériés et chômés qui tombent pendant que court le délai sont comptés.

Remarques

Paragraphe 1

Remise présumée

24. La remise en mains propres des notifications figurait au paragraphe 1 en tant que possibilité équivalente à la remise effective. Afin de clarifier cela, il est proposé de remplacer les mots "remise en mains propres" par la formule "si elle n'est pas [effectivement] reçue [personnellement]. L'autre modification proposée – à savoir l'ajout du paragraphe 1 *bis* – confirme la possibilité d'une remise des notifications par voie électronique.

Paragraphe 1 bis

Remise de la notification: "communication électronique"

25. Le Groupe de travail a noté qu'un certain nombre de règlements d'arbitrage existants mentionnaient la notification par voie électronique et il a été proposé que l'article 2 soit modifié pour tenir compte de la pratique actuelle (A/CN.9/614, par. 39).

Paragraphe 2

Pouvoir de prolonger ou d'abréger les délais

26. Le Groupe de travail a examiné la question de savoir si le paragraphe 2 devait être modifié de manière à donner expressément au tribunal arbitral le pouvoir de prolonger ou d'abréger les délais prévus par le Règlement si cela était nécessaire pour assurer un règlement juste et équitable du litige considéré (A/CN.9/614, par. 41 à 46). Il a été proposé d'insérer dans le Règlement la disposition générale suivante: "Dans l'exécution de ses obligations en vertu du paragraphe 1 de l'article 15, le tribunal arbitral peut à tout moment prolonger ou abréger tout délai prescrit par le Règlement ou en application du Règlement."

27. Lors des discussions sur cette question, on a émis l'opinion qu'un tel pouvoir devrait être examiné dans le contexte de l'article 15, qui disposait que le tribunal arbitral pouvait procéder à l'arbitrage comme il le jugeait approprié. Les avis ont divergé sur le point de savoir si ce pouvoir était déjà prévu ou non dans cet article (A/CN.9/614, par. 43 et 44).

28. On a posé la question de savoir si les arbitres devaient être autorisés à modifier les délais même lorsque les parties s'étaient mises d'accord à leur sujet (A/CN.9/614, par. 46).

29. Il est rappelé que le Groupe de travail est convenu que ce point pourrait être analysé une fois qu'il aurait examiné toutes les dispositions qui fixent un délai et déterminé s'il était approprié dans chaque situation de donner expressément au tribunal arbitral le pouvoir de prolonger ou d'abréger les délais fixés (A/CN.9/614, par. 45).

Documents antérieurs de la CNUDCI sur la question

Paragraphe 1 – Remise présumée

A/CN.9/614, par. 40
A/CN.9/WG.II/WP.143, par. 27 à 29

Paragraphe 1 bis *– Remise de la notification: "communication électronique"*

A/CN.9/614, par. 39
A/CN.9/WG.II/WP.143, par. 27 à 29

Paragraphe 2

A/CN.9/614, par. 41 à 46
A/CN.9/WG.II/WP.143, par. 30 et 31

Notification d'arbitrage <u>et réponse à la notification d'arbitrage</u>

Article 3

1. La partie qui prend l'initiative de recourir à l'arbitrage (ci-après dénommée "le demandeur") communique à l'autre partie [<u>ou aux autres parties</u>] (ci-après dénommée "le défendeur") une notification d'arbitrage.

2. La procédure d'arbitrage est réputée commencer à la date à laquelle la notification d'arbitrage est reçue par le défendeur.

3. La notification d'arbitrage doit contenir les indications ci-après:

a) La demande tendant à ce que le litige soit soumis à l'arbitrage;

b) Les noms et adresses des parties;

c) ~~La mention de la clause compromissoire ou de~~ <u>Des éléments identifiant</u> la convention ~~distincte~~ d'arbitrage invoquée;

d) ~~La mention du~~ <u>Des éléments identifiant tout</u> contrat <u>ou autre instrument juridique</u> duquel est né le litige ou auquel il se rapporte;

e) <u>Une brève description</u> ~~La nature générale~~ du litige et, le cas échéant, une estimation de la somme sur laquelle il porte;

f) L'objet de la demande;

g) Une proposition quant au nombre d'arbitres ~~(c'est-à-dire un ou trois)~~, <u>à la langue et au lieu de l'arbitrage</u>, à défaut d'accord sur ces points conclu précédemment entre les parties.

4. La notification d'arbitrage peut aussi contenir les indications suivantes:

a) La proposition tendant à nommer une autorité de nomination <u>visée à l'article 4 *bis*</u>;

a *bis*) La proposition tendant à nommer un arbitre unique ~~et une autorité de nomination, visées~~ visée à l'article 6, paragraphe premier;

b) La notification de la nomination d'un arbitre, visée à l'article 7 ou à l'article 7 *bis*, paragraphe premier;

[c) La requête visée à l'article 18.]

5. Dans les trente jours de la réception de la notification d'arbitrage, le défendeur communique au demandeur une réponse qui contient les indications suivantes:

a) Tout commentaire sur la demande tendant à ce que le litige soit soumis à l'arbitrage;

b) Le nom et l'adresse complets de tout défendeur;

c) Tout commentaire sur la convention d'arbitrage et sur tout contrat ou autre instrument juridique invoqué dans la notification d'arbitrage duquel est né le litige ou auquel il se rapporte;

d) Tout commentaire sur le litige et, le cas échéant, la somme sur laquelle il porte;

e) Tout commentaire sur l'objet de la demande;

f) Tout commentaire sur le nombre d'arbitres, la langue et le lieu de l'arbitrage.

6. La réponse à la notification d'arbitrage peut aussi contenir les indications suivantes:

a) Tout commentaire sur la proposition tendant à nommer une autorité de nomination visée à l'article 4 *bis*;

b) Tout commentaire sur la proposition tendant à nommer un arbitre unique visé à l'article 6, paragraphe premier;

c) Tout commentaire sur la notification de la nomination d'un arbitre, visée à l'article 7 ou à l'article 7 *bis*, paragraphe premier;

d) Une brève description des demandes reconventionnelles éventuelles, y compris, le cas échéant, une estimation de la somme sur laquelle elles portent, et de l'objet de la demande.

7. L'absence de réponse du défendeur à la notification d'arbitrage n'empêche pas que l'arbitrage ait lieu conformément au présent Règlement.

Remarques

Paragraphe 1

30. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si le paragraphe 1 devrait prévoir des dispositions pour traiter l'arbitrage multipartite.

Paragraphes 3 et 4

Contenu de la notification d'arbitrage

31. Le Groupe de travail a proposé de faire figurer dans les paragraphes 3 et 4 de l'article 3, qui traitent du contenu de la notification d'arbitrage, des informations supplémentaires ou plus détaillées, de manière à accroître l'efficacité de la procédure arbitrale (A/CN.9/614, par. 50 à 55).

32. Il souhaitera peut-être envisager la suppression des mots "clause compromissoire" de l'alinéa c) du paragraphe 3, une telle clause pouvant être considérée comme entrant dans la définition plus générique de la convention d'arbitrage.

33. Les mots "ou autre instrument juridique" ont été ajoutés à l'alinéa d) du paragraphe 3 pour tenir compte des cas où un litige ne naît pas d'un contrat ou ne se rapporte pas à un contrat (A/CN.9/614, par. 51).

34. L'alinéa e) du paragraphe 3 a été modifié conformément à la proposition faite au sein du Groupe de travail de remplacer les mots "nature générale" par "brève description" (A/CN.9/614, par. 53).

35. Une référence à "la langue" et au "lieu de l'arbitrage" a été ajoutée à l'alinéa g) du paragraphe 3 conformément à des suggestions faites au sein du Groupe de travail (A/CN.9/614, par. 53). La référence à "un ou trois" arbitres a été supprimée pour les raisons données plus loin (voir ci-dessous, par. 43 sur le nombre d'arbitres).

36. L'alinéa a) du paragraphe 4 a été scindé en deux parties compte tenu de la proposition de prévoir une disposition traitant de l'autorité de nomination (voir ci-dessous, par. 41 et 42 sur l'article 4 *bis*). À l'alinéa b) du paragraphe 4, on a ajouté un renvoi à l'article 7 *bis* qui traite de la nomination d'arbitres dans une procédure multipartite.

37. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si la référence à la requête à l'alinéa c) du paragraphe 4 devait être maintenue.

38. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner plus avant quels éléments de la notification d'arbitrage devraient rester facultatifs au paragraphe 4 et si la question du traitement à accorder à une notification incomplète devait être abordée dans le Règlement révisé ou laissée à l'appréciation du tribunal arbitral (A/CN.9/614, par. 54).

Paragraphes 5, 6 et 7

Réponse à la notification d'arbitrage; contenu de la réponse et conséquences de l'absence de réponse

39. Le Groupe de travail s'est demandé si le défendeur devait se voir donner la possibilité d'exposer sa position avant la constitution du tribunal arbitral dans une réponse à la notification d'arbitrage et avant que le demandeur ne présente sa requête (A/CN.9/614, par. 56 et 57). Il a été dit que le fait de prévoir une telle possibilité, voire d'en faire une obligation procédurale comme l'ont proposé certaines délégations, aurait pour autre avantage d'éclaircir dès les premiers stades de la procédure les principales questions que soulève le litige. On a estimé qu'en

donnant un droit de réponse à la notification d'arbitrage, on établirait un juste équilibre entre le demandeur et le défendeur (A/CN.9/614, par. 57). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner le contenu possible de la réponse à la notification d'arbitrage tel que défini aux paragraphes 5 et 6, ainsi que les conséquences de l'absence de réponse, visée au paragraphe 7.

Documents antérieurs de la CNUDCI sur la question

Paragraphes 3 et 4: Contenu de la notification d'arbitrage

A/CN.9/614, par. 50 à 55
A/CN.9/WG.II/WP.143, par. 36 à 39

Paragraphes 5, 6 et 7: Réponse à la notification d'arbitrage; contenu de la réponse et conséquences de l'absence de réponse

A/CN.9/614, par. 56 et 57
A/CN.9/WG.II/WP.143, par. 40 et 41

Représentation et assistance

Article 4

Les parties peuvent se faire représenter ou assister par des personnes de leur choix. Les noms et adresses de ces personnes doivent être communiqués par écrit à ~~l'autre partie~~ toutes les parties; cette communication doit préciser si la désignation est faite en vue d'une représentation ou d'une assistance [, et lorsqu'une personne doit agir en qualité de représentant d'une partie, la communication fournit des informations sur l'étendue des pouvoirs de cette personne].

Représentation d'une partie

40. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il serait utile de compléter l'article 4 pour faire en sorte que, lorsqu'une personne est habilitée à représenter une partie, l'autre partie ou les autres parties soient informées de l'étendue de ses pouvoirs de représentation et s'il faudrait préciser que l'absence d'une telle information n'invaliderait pas la communication.

Autorités de désignation et de nomination

Article 4 *bis*

1. Les parties peuvent choisir d'un commun accord une personne ou une institution, y compris le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye, qui agira en qualité d'autorité de nomination en vertu du présent Règlement.

2. Lorsque les parties ne sont pas convenues de l'identité d'une autorité de nomination, ou que l'autorité de nomination refuse d'agir ou n'agit pas conformément au présent Règlement, toute partie peut demander au Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye de désigner une autorité de nomination.

3. L'autorité de nomination peut demander à toute partie les renseignements dont elle estime avoir besoin pour s'acquitter de ses fonctions. Des copies de toutes les demandes ou autres communications entre une partie et l'autorité de nomination ou le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye sont également adressées à toutes les autres parties.

4. Lorsqu'il est demandé à une autorité de nomination de nommer un arbitre conformément à l'article 6, 7 ou 7 *bis*, la partie qui fait cette demande lui adresse des copies de la notification d'arbitrage et, si celle-ci existe, de la réponse à la notification d'arbitrage.

5. L'autorité de nomination a égard à des considérations propres à garantir la nomination d'un arbitre indépendant et impartial et tient également compte du fait qu'il peut être souhaitable de nommer un arbitre d'une nationalité différente de celle des parties. Lorsque la candidature d'une ou plusieurs personnes est proposée pour une nomination en qualité d'arbitre, les noms et adresses complets des intéressés ainsi que leur nationalité doivent être indiqués, accompagnés d'une description de leurs titres.

6. Dans tous les cas, la nomination d'un arbitre est laissée à l'appréciation de l'autorité de nomination.

Remarques

Disposition spécifique sur les autorités de désignation et de nomination

41. Le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'inclure dans le Règlement une disposition semblable à l'article 4 *bis*, traitant de la désignation et du rôle de l'autorité de nomination qui pourrait être désignée par les parties à tout moment au cours de la procédure d'arbitrage, et non pas seulement dans les cas actuellement prévus dans le Règlement. Une telle disposition pourrait préciser pour les parties l'importance du rôle d'une telle autorité, en particulier dans le contexte d'arbitrages ad hoc. Cette disposition simplifie les articles 6 et 7 sur la nomination des arbitres, dans la mesure où elle comprend des règles applicables aux deux. L'article 8 serait ensuite supprimé, puisque les dispositions qu'il contient seraient reprises aux paragraphes 3 et 5 de l'article 4 *bis*.

Extension du rôle des autorités de désignation et de nomination

42. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si les fonctions et rôles de l'autorité de désignation et de l'autorité de nomination devraient être modifiés.

Section II. Composition du tribunal arbitral

Nombre d'arbitres

Article 5

1. *Option 1*: [Si les parties ne sont pas convenues antérieurement du nombre d'arbitres (~~c'est-à-dire un ou trois~~) et si, dans les [quinze] [trente] jours de la réception par le défendeur de la notification d'arbitrage, les parties ne sont pas convenues [*Variante 1*: qu'il n'y aura qu'un seul arbitre, il sera nommé trois arbitres.] [*Variante 2*: du nombre d'arbitres, il sera nommé ~~trois~~ un arbitre~~s~~.]]

Option 2: [Si les parties ne sont pas convenues antérieurement du nombre d'arbitres, la notification d'arbitrage devra contenir une proposition sur le nombre d'arbitres. Si le défendeur n'a pas accepté cette proposition avant la date à laquelle il est tenu de communiquer sa réponse, toute partie peut demander à l'autorité de nomination de décider s'il sera nommé un ou trois arbitres.]

2. Si les parties décident que le tribunal arbitral sera composé d'un nombre d'arbitres autre que un ou trois, les arbitres seront nommés selon les méthodes convenues par les parties.

Remarques

Paragraphe 1

43. Le Groupe de travail voudra peut-être se rappeler que des opinions divergentes ont été exprimées sur la question de savoir s'il fallait modifier la règle supplétive qui fixait le nombre d'arbitres (A/CN.9/614, par. 59 et 60). Selon l'option 1, si les parties ne sont pas en mesure de convenir du nombre d'arbitres, il est prévu une règle supplétive avec deux variantes que le Groupe de travail voudra peut-être examiner. Sous l'option 2, si les parties ne sont pas en mesure de s'entendre, l'autorité de nomination décidera du nombre des arbitres.

Paragraphe 2

44. L'objet du paragraphe 2 proposé est de préciser que le Règlement prévoit des méthodes de constitution d'un tribunal arbitral composé de un ou de trois arbitres et que les parties devraient, si elles souhaitent déroger à cette règle (en constituant par exemple un tribunal arbitral composé de deux arbitres, ce que la Loi type de la CNUDCI permet), définir leur propre méthode de constitution du tribunal arbitral.

Documents antérieurs de la CNUDCI sur la question

A/CN.9/614, par. 59 à 61
A/CN.9/WG.II/WP.143, par. 42 à 44

Nomination des arbitres (articles 6 à 8)

Article 6

1. S'il doit être nommé un arbitre unique, ~~chaque~~ une partie peut proposer à l'autre~~: a) Le~~ le nom d'une ou plusieurs personnes susceptibles d'exercer les fonctions d'arbitre unique~~; et~~.

~~b) Si aucune autorité de nomination n'a été choisie par les parties d'un commun accord, le nom d'une ou plusieurs institutions ou personnes susceptibles d'exercer les fonctions d'autorité de nomination.~~

2. Si, dans les trente jours de la réception par une partie d'une proposition faite conformément au paragraphe 1, les parties ne se sont pas entendues sur le choix d'un arbitre unique, celui-ci est nommé par l'autorité de nomination choisie par les parties d'un commun accord. Si aucune autorité de nomination n'a été choisie par les parties d'un commun accord, ou si l'autorité de nomination choisie par elles refuse d'agir ou ne nomme pas l'arbitre dans les

soixante jours de la réception de la demande d'une partie en ce sens, le paragraphe 2 de l'article 4 *bis* s'applique. ~~chaque partie peut demander au Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye de désigner une autorité de nomination.~~

3. L'autorité de nomination, à la requête d'une partie, nomme l'arbitre unique aussi rapidement que possible. Elle procède à cette nomination en utilisant le système des listes conformément à la procédure suivante, à moins que les ~~deux~~ parties ne s'entendent pour écarter cette procédure ou que l'autorité de nomination ne décide, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, que l'utilisation du système des listes conformément à cette procédure ne convient pas dans le cas considéré:

a) À la demande ~~de l'une des parties~~ d'une partie, l'autorité de nomination communique aux ~~deux~~ parties une liste identique comprenant au moins trois noms;

b) Dans les quinze jours de la réception de cette liste, chaque partie peut la renvoyer à l'autorité de nomination après avoir rayé le nom ou les noms auxquels elle fait objection et numéroté les noms restants dans l'ordre de ses préférences;

c) À l'expiration du délai susmentionné, l'autorité de nomination nomme l'arbitre unique parmi les personnes dont le nom figure sur les listes qui lui ont été renvoyées et en suivant l'ordre de préférence indiqué par les parties;

d) Si, pour une raison quelconque, la nomination ne peut se faire conformément à cette procédure, la nomination de l'arbitre unique est laissée à l'appréciation de l'autorité de nomination.

~~4. L'autorité procède à la nomination en ayant égard à des considérations propres à garantir la nomination d'un arbitre indépendant et impartial, et en tenant également compte du fait qu'il peut être souhaitable de nommer un arbitre de nationalité différente de celle des parties.~~

Remarques

45. Les modifications apportées à l'article 6 résultent de l'insertion de l'article 4 *bis* sur les autorités de désignation et de nomination. Les dispositions du paragraphe 4 ont été reprises au paragraphe 5 de l'article 4 *bis*.

Article 7

1. S'il doit être nommé trois arbitres, chaque partie en nomme un. Les deux arbitres ainsi nommés choisissent le troisième qui exerce les fonctions d'arbitre-président du tribunal arbitral.

2. Si, dans les trente jours de la réception de la notification du nom de l'arbitre désigné par une partie, l'autre partie ne lui a pas notifié le nom de l'arbitre de son choix:

a) La première partie peut demander à l'autorité de nomination antérieurement désignée par les parties de nommer le deuxième arbitre; ou

b) Si aucune autorité de nomination n'a été antérieurement désignée par les parties ou si l'autorité de nomination désignée antérieurement refuse d'agir ou ne nomme pas l'arbitre dans les trente jours de la réception de la demande d'une partie en ce sens, le paragraphe 2 de l'article 4 *bis* s'applique et la ~~première partie peut demander au Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye de désigner l'autorité de nomination. La~~ première partie peut alors demander à l'autorité de nomination ainsi désignée de nommer le deuxième arbitre. ~~Dans l'un et l'autre cas, la nomination de l'arbitre est laissée à l'appréciation de l'autorité de nomination.~~

3. Si, dans les trente jours de la nomination du deuxième arbitre, les deux arbitres ne se sont pas entendus sur le choix de l'arbitre-président, ce dernier est nommé par une autorité de nomination, conformément à la procédure prévue à l'article 6 pour la nomination de l'arbitre unique.

Remarques

Paragraphe 2

46. Les modifications apportées au paragraphe 2 résultent logiquement de l'insertion de l'article 4 *bis* sur les autorités de désignation et de nomination. La dernière phrase de l'alinéa b) du paragraphe 2 a été reprise au paragraphe 6 de l'article 4 *bis*.

Article 7 *bis*

1. En cas de pluralité de demandeurs ou de défendeurs, à moins que les parties ne soient convenues d'une autre méthode de nomination des arbitres, les demandeurs conjointement et les défendeurs conjointement nomment un arbitre. Les deux arbitres ainsi nommés choisissent le troisième qui exerce les fonctions d'arbitre-président du tribunal arbitral.

2. Faute de nomination conformément au paragraphe 1, l'autorité de nomination constitue, à la demande d'une partie, le tribunal arbitral et peut, ce faisant, annuler toute nomination déjà faite et nommer chacun des arbitres et désigner l'un d'eux arbitre-président; ou confirmer toute nomination déjà faite et faire toute nomination supplémentaire.

Remarques

Nomination des arbitres dans un arbitrage multipartite

47. L'article 7 *bis* a été inséré pour traiter de la nomination d'arbitres dans les affaires faisant intervenir plus de deux parties, conformément aux délibérations du Groupe de travail (A/CN.9/614, par. 62 et 63). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si des délais devraient être définis au paragraphe 2.

Documents antérieurs de la CNUDCI sur la question

A/CN.9/614, par. 62 et 63
A/CN.9/WG.II/WP.143, par. 45 à 47

~~**Article 8**~~

~~1. Lorsqu'il est demandé à une autorité de nomination de nommer un arbitre conformément à l'article 6 ou à l'article 7, la partie qui fait cette demande lui adresse une copie de la notification d'arbitrage, une copie du contrat duquel est né le litige ou auquel il se rapporte et une copie de la convention d'arbitrage si celle-ci ne figure pas dans le contrat. L'autorité de nomination peut demander à l'une ou l'autre partie des renseignements dont elle estime avoir besoin pour s'acquitter de ses fonctions.~~

~~2. Lorsque la candidature d'une ou plusieurs personnes est proposée pour une nomination en qualité d'arbitre, les noms et adresses complets des intéressés ainsi que leur nationalité doivent être indiqués, accompagnés d'une description de leurs titres.~~

Remarques

48. Le contenu de l'article 8 a été incorporé à l'article 4 *bis* sur les autorités de désignation et de nomination.

Récusation d'arbitres (articles 9 à 12)

Article 9

~~Tout arbitre dont la nomination est envisagée signale à ceux qui l'ont pressenti~~, lorsqu'une personne est pressentie en vue de sa nomination éventuelle en qualité d'arbitre, elle signale toutes circonstances de nature à soulever des doutes sur son impartialité ou sur son indépendance. ~~Une fois qu'il a été nommé ou choisi~~ À partir de la date de sa nomination et durant toute la procédure arbitrale, l'arbitre signale sans tarder ~~lesdites~~ de telles circonstances aux parties, s'il ne l'a déjà fait.

Remarques

Nature continue de l'obligation de divulgation

49. Les modifications proposées à l'article 9 tiennent compte d'une suggestion faite au sein du Groupe de travail, selon laquelle il fallait préciser le caractère continu de l'obligation de divulgation en utilisant un libellé similaire à celui de l'article 12-1 de la Loi type (A/CN.9/614, par. 64).

Déclaration d'indépendance type

50. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faudrait donner des indications sur les éléments devant être divulgués sous la forme, par exemple, d'une déclaration d'indépendance type qui ferait l'objet d'une note de bas de page se rapportant à l'article 9 ou figurerait dans un commentaire accompagnant le texte. Une telle déclaration pourrait être libellée comme suit:

> *Aucune circonstance à signaler*: Je suis indépendant de chacune des parties et entends le rester. À ma connaissance, il n'existe pas de circonstances, passées ou présentes, susceptibles de soulever des doutes légitimes sur mon impartialité. Je m'engage par la présente à notifier promptement aux parties et aux autres membres du tribunal arbitral de telles circonstances qui pourraient par la suite venir à ma connaissance au cours du présent arbitrage.

Circonstances à signaler: Je suis indépendant de chacune des parties et entends le rester. Est jointe à la présente une déclaration concernant a) mes relations professionnelles, d'affaires et autres, passées et présentes avec les parties et b) toute autre circonstance qui pourrait conduire une partie à mettre en doute l'indépendance et impartialité que l'on attend de moi. [*inclure la déclaration*] Je m'engage par la présente à notifier promptement aux parties et aux autres membres du tribunal arbitral toute autre relation ou circonstance de cette nature qui pourrait par la suite venir à ma connaissance au cours du présent arbitrage.

Documents antérieurs de la CNUDCI sur la question

A/CN.9/614, par. 64 et 65
A/CN.9/WG.II/WP.143, par. 48

Article 10

1. Tout arbitre peut être récusé s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes sérieux sur son impartialité ou son indépendance.

2. Une partie ne peut récuser l'arbitre qu'elle a désigné que pour une cause dont elle a eu connaissance après cette désignation.

Remarques

51. Aucune proposition de modification n'a été faite en ce qui concerne l'article 10.

Article 11

1. Toute partie qui souhaite récuser un arbitre doit notifier sa décision dans les quinze jours suivant la date à laquelle la nomination de cet arbitre lui a été notifiée ou dans les quinze jours suivant la date à laquelle elle a eu connaissance des circonstances visées aux articles 9 et 10.

2. La récusation est notifiée à ~~l'autre~~ toutes les autres parties, à l'arbitre récusé et aux autres membres du tribunal arbitral. La notification se fait par écrit et doit être motivée.

3. Lorsqu'un arbitre a été récusé par une partie, ~~l'autre~~ toutes les autres parties peuvent accepter la récusation. L'arbitre récusé peut également se déporter. Cette acceptation ou ce déport n'impliquent pas la reconnaissance des motifs de la récusation. Dans ces deux cas, la procédure prévue aux articles 6 ou 7 est appliquée à la nomination du remplaçant même si une partie n'a pas exercé son droit de nommer ou de participer à la nomination de l'arbitre récusé.

Remarques

52. Aucune proposition de modification n'a été faite en ce qui concerne l'article 11.

Article 12

1. Si, dans les [quinze] [trente] jours à compter de la date de sa notification, la récusation n'est pas acceptée par ~~l'autre~~ une autre partie et que l'arbitre récusé ne se déporte pas, la partie récusante peut demander, dans les soixante jours à compter de la date de la notification de la récusation, une décision relative à la récusation, qui est prise:

a) Si la nomination initiale a été faite par une autorité de nomination, par ladite autorité;

b) Si la nomination initiale n'a pas été faite par une autorité de nomination, mais qu'une telle autorité a été désignée antérieurement, par ladite autorité;

c) Dans tous les autres cas, par l'autorité de nomination qui doit être désignée conformément à la procédure de désignation d'une autorité de nomination prévue à l'article ~~6~~ 4 *bis*.

2. Si l'autorité de nomination admet la récusation, un remplaçant est nommé ou choisi selon la procédure applicable à la nomination ou au choix des arbitres qui est prévue aux articles 6 à 9; toutefois, dans le cas où cette procédure implique la désignation d'une autorité de nomination, ou si l'autorité de nomination estime que les circonstances de l'arbitrage le justifient, la nomination de l'arbitre est faite par l'autorité de nomination ~~qui s'est prononcée sur la récusation~~.

Remarques

Paragraphe 1

Délais pour la récusation

53. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner plus avant la possibilité de réviser l'article 12 afin de fixer un délai dans lequel la partie récusant un arbitre devrait solliciter une décision de l'autorité de nomination (A/CN.9/614, par. 66).

Paragraphe 2

54. Conformément à la modification proposée, l'autorité de nomination peut nommer directement un arbitre si les circonstances de l'affaire sont telles qu'une partie devrait être privée du droit de nommer un remplaçant, ce qui pourrait être le cas par exemple lorsqu'une partie a utilisé la procédure de récusation à plusieurs reprises pour retarder le processus arbitral.

Documents antérieurs de la CNUDCI sur la question

A/CN.9/614, par. 66
A/CN.9/WG.II/WP.143, par. 49

Remplacement d'un arbitre

Article 13

1. En cas de décès ou de démission d'un arbitre pendant la procédure d'arbitrage, un remplaçant est nommé ou choisi selon la procédure prévue aux

articles 6 à 9 qui était applicable à la nomination ou au choix de l'arbitre devant être remplacé.

2. Si une partie estime qu'un arbitre a donné sa démission pour des raisons non valables ou ne remplit pas sa mission, elle peut demander à l'autorité de nomination soit de remplacer cet arbitre soit d'autoriser les autres arbitres à poursuivre l'arbitrage et à rendre toute décision ou sentence. Si l'autorité de nomination estime que les circonstances de l'arbitrage justifient la nomination d'un remplaçant, elle décide soit d'appliquer la procédure de nomination d'un arbitre prévue aux articles 6 à 9 ou de nommer le remplaçant. ~~En cas de carence ou d'impossibilité de droit ou de fait d'un arbitre de remplir sa mission, c'est la procédure relative à la récusation ou au remplacement des arbitres prévue aux articles précédents qui s'applique.~~

Remarques

Paragraphe 2

Démission non acceptée ou carence d'un arbitre

55. Conformément aux délibérations du Groupe de travail, le paragraphe 2 prévoit deux solutions lorsque la démission d'un arbitre n'a pas été acceptée ou qu'un arbitre ne remplit pas sa mission: l'autorité de nomination peut décider soit de nommer directement un remplaçant, privant ainsi la partie ayant initialement nommé cet arbitre de la possibilité de nommer son remplaçant, soit d'autoriser la poursuite de la procédure en l'absence de remplaçant (A/CN.9/614, par. 70). L'autorité de nomination déterminera, en ayant égard aux circonstances et aux faits pertinents, si la démission ou la carence était recevable ou non (A/CN.9/614, par. 69). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il existe des circonstances dans lesquelles les arbitres eux-mêmes, et non une partie, devraient être autorisés à décider soit de poursuivre la procédure en tant que tribunal incomplet, soit de demander que cette poursuite de la procédure soit approuvée.

Documents antérieurs de la CNUDCI sur la question

Démission d'un arbitre

A/CN.9/614, par. 67 à 69
A/CN.9/WG.II/WP.143, par. 51 à 53

Conséquences d'une démission présentée de mauvaise foi

A/CN.9/614, par. 70 à 72
A/CN.9/WG.II/WP.143, par. 54

Tribunaux incomplets

A/CN.9/614, par. 73 et 74
A/CN.9/WG.II/WP.143, par. 55 à 57

Répétition orale en cas de remplacement d'un arbitre

Article 14

En cas de remplacement d'un arbitre conformément aux articles 11 à 13, la procédure reprend au stade où l'arbitre remplacé a cessé d'exercer ses fonctions, sauf si le tribunal arbitral en décide autrement.

Remarques

56. L'article 14 a été révisé pour tenir compte de la suggestion faite au sein du Groupe de travail selon laquelle le libellé de l'article 14 devrait être aligné sur celui de l'article 14 du Règlement suisse d'arbitrage international, lequel prévoit qu'en cas de remplacement d'un arbitre, la procédure reprend au stade où l'arbitre remplacé a cessé d'exercer ses fonctions, sauf si le tribunal arbitral en décide autrement (A/CN.9/614, par. 75).

Documents antérieurs de la CNUDCI sur la question

A/CN.9/614, par. 75
A/CN.9/WG.II/WP.143, par. 58 à 61

A/CN.9/WG.II/WP.145/Add.1 [Original: anglais]

Note du Secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, soumise au Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation à sa quarante-sixième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes
Introduction	1-2
Notes relatives au projet de dispositions révisées du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI	3-46
Section III. Procédure arbitrale	3-29
Section IV. La sentence	30-46
Dispositions supplémentaires proposées	47-48

Introduction

1. À sa trente-neuvième session (New York, 19 juin-7 juillet 2006), la Commission est convenue, en ce qui concerne les travaux futurs du Groupe de travail, d'accorder la priorité à une révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI de 1976 (ci-après dénommé le "Règlement de la CNUDCI" ou le "Règlement")[1]. À sa quarante-cinquième session (Vienne, 11-15 septembre 2006), le Groupe de travail a entrepris de déterminer les domaines où une révision du Règlement pourrait être utile.

2. La présente note contient un projet annoté de version révisée du Règlement de la CNUDCI, fondé sur les délibérations du Groupe de travail à cette session. Elle porte sur les articles 15 et suivants du Règlement, alors que le document A/CN.9/WG.II/WP.145 traite des articles premier à 14. Les discussions du Groupe de travail auxquelles il est fait référence ici sont celles qui ont eu lieu à cette session.

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 182 à 187.

Notes relatives au projet de version révisée du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

Section III. Procédure arbitrale

Dispositions générales

Article 15

1. Sous réserve des dispositions du Règlement, le tribunal arbitral peut procéder à l'arbitrage comme il le juge approprié, pourvu que les parties soient traitées sur un pied d'égalité et qu'à ~~tout~~ un stade approprié de la procédure chaque partie ait ~~toute~~ une possibilité de faire valoir ses droits et proposer ses moyens. Le tribunal, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, conduit la procédure de manière à éviter les retards et les dépenses inutiles et à assurer un règlement équitable et efficace du litige entre les parties.

2. Si, à un stade approprié de la procédure, une ~~À la demande de l'une ou l'autre~~ partie en fait la demande ~~et à tout stade de la procédure~~, le tribunal arbitral organise une procédure orale pour la production de preuves par témoins, y compris des experts, ou pour l'exposé oral des arguments. Si aucune demande n'est formée en ce sens, le tribunal arbitral décide s'il convient d'organiser une telle procédure ou si la procédure se déroulera sur pièces.

3. Toutes les pièces ou informations que l'une des parties fournit au tribunal arbitral doivent être communiquées en même temps par elle à toutes les ~~l'~~autres parties.

4. À la demande d'une partie, le tribunal arbitral peut:

a) se déclarer compétent pour tout litige entre les mêmes parties découlant du même rapport de droit, pour autant qu'un tel litige soit soumis à l'arbitrage conformément aux dispositions du présent Règlement et que la procédure arbitrale y relative n'ait pas encore commencé;

b) autoriser un ou plusieurs tiers à se joindre comme partie à l'arbitrage et, à condition que ce ou ces tiers et la partie qui a fait cette demande y aient consenti, rendre une sentence à l'égard de toutes les parties impliquées dans l'arbitrage.

Remarques

Paragraphe 1

Éviter les retards inutiles

3. L'ajout proposé au paragraphe 1 traite de la question des retards dans la procédure arbitrale. On a estimé au sein du Groupe de travail que l'inclusion de ce principe était superflue, mais pourrait néanmoins être utile pour donner aux arbitres le pouvoir de prendre certaines mesures à l'égard tant des autres arbitres que des parties (A/CN.9/614, par. 76).

Paragraphes 1 et 2

"à un stade approprié" – "une possibilité"

4. Le remplacement des mots "à tout stade de la procédure" par "à un stade approprié" et des mots "toute possibilité" par "une possibilité" reflète les discussions du Groupe de travail (A/CN.9/614, par. 77).

Paragraphe 4

Jonction des affaires soumises au tribunal arbitral – participation des tiers à la procédure

5. Le paragraphe 4 entend traiter de la question de la jonction des affaires et de la participation des tiers à la procédure. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner plus avant la viabilité de telles dispositions, étant donné que le Règlement est également souvent appliqué à des arbitrages non administrés par une institution (A/CN.9/614, par. 79 à 83).

6. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que l'alinéa b) du paragraphe 4 sur la participation des tiers à la procédure s'inspire de l'article 22.1 h) du Règlement d'arbitrage de la London Court of International Arbitration.

Confidentialité de la procédure

7. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner plus avant s'il serait opportun d'inclure une disposition générale relative à la confidentialité de la procédure ou des pièces (y compris les mémoires) soumis au tribunal arbitral.

8. Le Groupe de travail a noté que cette question était assez complexe, que des avis divers avaient été exprimés concernant l'importance de la confidentialité, et que le droit et la pratique évoluaient encore. On a estimé qu'en édictant des règles trop détaillées sur cette question, on s'écarterait considérablement du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI. On a fait observer que le degré de confidentialité nécessaire pourrait dépendre de l'objet du litige et des règles applicables. Selon de nombreuses délégations, il ne fallait pas introduire de disposition générale sur la confidentialité. On a estimé aussi que la question devait être tranchée au cas par cas par les arbitres et les parties (A/CN.9/614, par. 84 à 86).

Documents antérieurs de la CNUDCI sur la question

Paragraphe 1 – Éviter les retards inutiles

A/CN.9/614, par. 76
A/CN.9/WG.II/WP.143, par. 62

Paragraphes 1 et 2 – "stade approprié"

A/CN.9/614, par. 77

Paragraphe 4 – Jonction des affaires soumises au tribunal arbitral – participation des tiers à la procédure

A/CN.9/614, par. 79 à 83
A/CN.9/WG.II/WP.143, par. 66 à 71

Confidentialité de la procédure

A/CN.9/614, par. 84 à 86
A/CN.9/WG.II/WP.143, par. 72 à 74

Lieu de l'arbitrage

Article 16

1. À défaut d'accord entre les parties sur le **[***option 1:* lieu**]** **[***option 2*: siège**]** de l'arbitrage, ce [*option 1*: lieu] **[***option 2*: siège de l'arbitrage**]** est déterminé par le tribunal arbitral compte tenu des circonstances de l'arbitrage.

2. Le tribunal arbitral peut fixer [*option 1*: l'emplacement] [*option 2*: le lieu] de l'arbitrage à l'intérieur du pays choisi par les parties. Il peut entendre des témoins et tenir des réunions pour se consulter, en tout [lieu] [emplacement] qui lui conviendra, compte tenu des circonstances de l'arbitrage.

3. Le tribunal arbitral peut se réunir en tout [*option 1*: lieu] [*option 2*: emplacement] qu'il jugera approprié aux fins d'inspection de marchandises ou d'autres biens et d'examen de pièces. Les parties en seront informées suffisamment longtemps à l'avance pour avoir la possibilité d'assister à la descente sur les lieux.

4. La sentence est réputée avoir été rendue au [*option 1*: lieu] *[option 2*: siège] de l'arbitrage.

Remarques

"Lieu de l'arbitrage" –"siège de l'arbitrage" – "emplacement de l'arbitrage"

9. On rappellera que le Groupe de travail s'est demandé s'il convenait ou non de préciser, à l'article 16, l'expression "lieu de l'arbitrage". Il s'est également demandé, sans toutefois parvenir à une conclusion, si le Règlement devait continuer d'utiliser la même terminologie que la Loi type (qui emploie actuellement l'expression "lieu de l'arbitrage") ou s'il fallait utiliser une terminologie distincte, telle que "siège de l'arbitrage" lorsqu'on parlait du lieu juridique de l'arbitrage, ou "emplacement" lorsqu'on parlait du lieu où se tenaient effectivement les réunions. Des options sont proposées au Groupe de travail pour examen (A/CN.9/614, par. 87 à 89).

Paragraphe 4

"est réputée"

10. Le paragraphe 4 a été modifié pour tenir compte d'une proposition de disposition prévoyant qu'une sentence est réputée avoir été rendue au lieu de l'arbitrage afin d'éviter l'incertitude quant à la compétence des juridictions étatiques concernant la sentence si celle-ci a été signée ailleurs qu'au siège de l'arbitrage. Le texte correspond à celui du paragraphe 3 de l'article 31 de la Loi type (A/CN.9/614, par. 90). Le paragraphe 4 de l'article 32 du Règlement a été modifié pour tenir compte de cette proposition de modification (voir ci-dessous, par. 34).

Documents antérieurs de la CNUDCI sur la question

"Lieu de l'arbitrage" – "siège de l'arbitrage" – "emplacement"

A/CN.9/614, par. 87 à 89
A/CN.9/WG.II/WP.143, par. 75 et 76

Paragraphe 4 – "est réputée"

A/CN.9/614, par. 90

Langue

Article 17

1. Sous réserve de l'accord des parties, le tribunal arbitral fixe sans retard, dès sa nomination, la langue ou les langues de la procédure. Cette décision s'applique à la requête, à la réponse et à tout autre exposé écrit et, en cas de procédure orale, à la langue ou aux langues à utiliser au cours de cette procédure.

2. Le tribunal arbitral peut ordonner que toutes les pièces jointes à la requête ou à la réponse et toutes les pièces complémentaires produites au cours de la procédure qui ont été remises dans leur langue originale soient accompagnées d'une traduction dans la langue ou les langues choisies par les parties ou fixées par le tribunal arbitral.

Remarques

11. Aucune proposition de modification n'a été faite en relation avec l'article 17.

Documents antérieurs de la CNUDCI sur la question

A/CN.9/614, par. 91
A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1, par. 3

Requête

Article 18

1. Si la requête n'a pas été exposée dans la notification d'arbitrage, le demandeur adresse, dans le délai fixé à cet effet par le tribunal arbitral, sa requête écrite au défendeur et à chacun des arbitres. Une copie du contrat et de la convention d'arbitrage, si elle ne figure pas dans le contrat, doit être jointe à la requête.

2. La requête comporte les indications ci-après:

a) Les noms et adresses des parties;

b) Un exposé des faits présentés à l'appui de la requête;

c) Les points litigieux;

d) L'objet de la demande.

Le demandeur peut joindre à sa requête toutes pièces qu'il juge pertinentes ou y mentionner les pièces ou autres moyens de preuve qu'il produira.

Remarques

Paragraphe 2

12. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si l'alinéa b) du paragraphe 2 devrait être reformulé comme suit: "un exposé des faits et des principes juridiques présentés à l'appui de la requête". On encouragerait ainsi les parties à démontrer le bien-fondé de leur requête d'un point de vue juridique. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi se demander si cette disposition devrait traiter la question de la requête dans l'arbitrage multipartite.

13. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faudrait reformuler la dernière phrase du paragraphe 2 de l'article 18, de manière à ce que le demandeur ait l'obligation, autant que faire se peut, de produire avec sa requête les pièces et les moyens de preuve qui s'y rapportent. Cette phrase pourrait être libellée comme suit: "Dans la mesure du possible, la requête est accompagnée par toutes pièces et autres éléments de preuve invoqués par le demandeur ou mentionne ceux-ci."

Documents antérieurs de la CNUDCI sur la question

A/CN.9/614, par. 92
A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1, par. 4 à 7

Réponse

Article 19

1. Dans le délai fixé à cet effet par le tribunal arbitral, le défendeur adresse sa réponse écrite au demandeur et à chacun des arbitres.

2. Le défendeur répond aux alinéas b), c) et d) de la requête (art. 18, par. 2). Il peut joindre à sa réponse les pièces sur lesquelles il appuie sa défense ou y mentionner les pièces ou autres moyens de preuve qu'il produira.

3. Dans sa réponse, ou à un stade ultérieur de la procédure arbitrale si le tribunal arbitral décide que ce délai est justifié par les circonstances, le défendeur peut former une demande reconventionnelle ~~fondée sur le même contrat~~ ou invoquer un droit comme moyen de compensation fondés sur le même ~~contrat~~ rapport de droit, contractuel ou non contractuel ~~comme moyen de compensation~~.

4. Les dispositions du paragraphe 2 de l'article 18 s'appliquent à la demande reconventionnelle et au droit invoqué comme moyen de compensation.

Paragraphe 1

14. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si cette disposition devrait traiter la question de la réponse dans l'arbitrage multipartite.

Paragraphe 2

15. Si la modification proposée au paragraphe 2 de l'article 18 est adoptée (voir ci-dessus, par. 13), le paragraphe 2 de l'article 19 devrait être modifié en conséquence et pourrait être libellé comme suit: "Dans la mesure du possible, la

réponse est accompagnée par toutes pièces et autres éléments de preuve invoqués par le défendeur ou mentionne ceux-ci".

Paragraphe 3

Droits invoqués à des fins de compensation

16. Le paragraphe 3 de l'article 19 du Règlement de la CNUDCI dispose que le défendeur peut former une demande reconventionnelle ou invoquer un droit comme moyen de compensation si cette demande ou ce droit sont fondés "sur le même contrat". Selon certains points de vue exprimés au sein du Groupe de travail, la compétence du tribunal arbitral pour examiner les demandes reconventionnelles et les moyens de compensation devrait, sous certaines conditions, ne pas être limitée au contrat sur lequel est fondée la demande principale et s'appliquer dans un éventail de situations plus large (A/CN.9/614, par. 93). Pour étendre cette compétence, il a été proposé de remplacer les mots "fondés sur le même contrat" par les mots "fondés sur le même rapport de droit, contractuel ou non contractuel" (A/CN.9/614, par. 94).

Documents antérieurs de la CNUDCI sur la question

A/CN.9/614, par. 93 à 96
A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1, par. 8 à 10

Modifications de la requête ou de la réponse

Article 20

Au cours de la procédure arbitrale, ~~l'une ou l'autre~~ une partie peut modifier ou compléter sa requête ou sa réponse à moins que le tribunal arbitral considère ne pas devoir autoriser ledit amendement en raison du retard avec lequel il est formulé, du préjudice qu'il causerait à ~~l'autre~~ toutes les autres parties ou de toute autre circonstance. Cependant, une requête ne peut être amendée au point qu'elle sorte du cadre de la clause compromissoire ou de la convention distincte d'arbitrage.

Remarques

17. Aucune proposition de modification n'a été faite en relation avec l'article 20.

Déclinatoire de compétence arbitrale

Article 21

1. ~~Le tribunal arbitral peut statuer sur les exceptions prises de son incompétence, y compris toute exception relative à l'existence ou la validité de la clause compromissoire ou de la convention distincte d'arbitrage~~.

2. ~~Le tribunal arbitral a compétence pour se prononcer sur l'existence ou la validité du contrat dont la clause compromissoire fait partie. Aux fins de l'article 21, une clause compromissoire qui fait partie d'un contrat et qui prévoit l'arbitrage en vertu du présent Règlement sera considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de la nullité~~

~~du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire~~.

1. Le tribunal arbitral peut statuer sur sa propre compétence, y compris sur toute exception relative à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage. À cette fin, une clause compromissoire faisant partie d'un contrat est considérée comme une convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de plein droit la nullité de la clause compromissoire.

2. L'exception d'incompétence doit être soulevée au plus tard lors du dépôt de la réponse ou, en cas de demande reconventionnelle, de la réplique. Le fait pour une partie d'avoir désigné un arbitre ou d'avoir participé à sa désignation ne la prive pas du droit de soulever cette exception. L'exception prise de ce que la question litigieuse excéderait les pouvoirs du tribunal arbitral est soulevée dès que la question alléguée comme excédant ses pouvoirs est soulevée pendant la procédure arbitrale. Le tribunal arbitral peut, dans l'un ou l'autre cas, admettre une exception soulevée après le délai prévu, s'il estime que le retard est dû à une cause valable.

3. ~~D'une façon générale, le tribunal arbitral statue sur l'exception d'incompétence en la traitant comme question préalable. Il peut cependant poursuivre l'arbitrage et statuer sur cette exception dans sa sentence définitive~~. Le tribunal arbitral peut statuer sur l'exception visée au paragraphe 2 du présent article soit en la traitant comme une question préalable, soit dans sa sentence sur le fond. Il peut poursuivre la procédure arbitrale et rendre une sentence, nonobstant toute contestation relative à sa compétence pendante devant une juridiction étatique.

Remarques

Paragraphe 1

18. Le paragraphe 1 traduit l'opinion exprimée au sein du Groupe de travail selon laquelle la version existante des paragraphes 1 et 2 de l'article 21 devrait être remaniée dans le sens de l'article 16-1 de la Loi type afin de préciser que le tribunal arbitral est habilité à soulever la question de l'existence et de la portée de sa propre compétence et à statuer à ce sujet (A/CN.9/614, par. 97).

Paragraphe 2

19. Il a été estimé au sein du Groupe de travail que la version existante du paragraphe 3 de l'article 21 du Règlement devrait contenir une disposition équivalente à celle du paragraphe 2 de l'article 16 de la Loi type, qui dispose que le fait, pour une partie, d'avoir désigné un arbitre ou d'avoir participé à sa désignation ne la prive pas du droit de soulever une exception d'incompétence et que le tribunal arbitral peut, dans l'un ou l'autre cas, admettre une exception soulevée après le délai prévu, s'il estime que le retard est justifié (A/CN.9/614, par. 98).

Paragraphe 3

20. Le paragraphe 3, qui remplace la version existante du paragraphe 4 de l'article 21 du Règlement, contient une disposition semblable au paragraphe 3 de

l'article 16 de la Loi type, conformément aux délibérations du Groupe de travail (A/CN.9/614, par. 99 à 102).

Documents antérieurs de la CNUDCI sur la question

A/CN.9/614, par. 97 à 102
A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1, par. 11 à 14

Autres pièces écrites

Article 22

Le tribunal arbitral décide quelles sont, outre la requête et la réponse, les autres pièces écrites que les parties doivent ou peuvent lui présenter; il fixe le délai dans lequel ces pièces doivent être communiquées.

Remarques

21. Aucune proposition de modification n'a été faite en relation avec l'article 22.

Délais

Article 23

Les délais fixés par le tribunal arbitral pour la communication des écritures (y compris la requête et la réponse) ne devraient pas dépasser quarante-cinq jours. Toutefois, ces délais peuvent être prorogés par le tribunal arbitral si celui-ci juge que cette prorogation est motivée.

Remarques

22. Aucune proposition de modification n'a été faite en relation avec l'article 23.

Preuves et audiences (articles 24 et 25)

Article 24

1. Chaque partie doit apporter la preuve des faits sur lesquels elle fonde sa requête ou sa réponse.

[2. S'il le juge nécessaire, le tribunal arbitral peut prier une partie de lui fournir ainsi qu'à toutes les ~~l'~~autres parties, dans le délai qu'il fixe, un résumé des pièces et autres preuves que la partie intéressée a l'intention de produire à l'appui des faits qui constituent l'objet du litige et qui sont exposés dans sa requête ou dans sa réponse.]

3. À tout moment de la procédure, le tribunal arbitral peut demander aux parties de produire des preuves complémentaires, en leur fixant un délai à cet effet.

Remarques

Paragraphe 2

23. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faudrait supprimer le paragraphe 2, dans la mesure où il n'est peut-être pas courant qu'un tribunal arbitral

prie les parties de présenter un résumé des pièces et où il pourrait être souhaitable d'encourager un système dans lequel les parties joindraient à leurs prétentions les moyens de preuve qu'elles invoquent.

Documents antérieurs de la CNUDCI sur la question

A/CN.9/614, par. 103
A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1, par. 15

Article 25

1. En cas de procédure orale, le tribunal arbitral notifie aux parties suffisamment à l'avance la date, l'heure et le lieu de la procédure.

2. Si des témoins doivent être entendus, chaque partie communique, quinze jours au moins avant l'audience, au tribunal arbitral et à toutes les ~~l'~~autres parties, les noms et adresses des témoins qu'elle se propose de produire en précisant l'objet des témoignages et la langue dans laquelle ils seront présentés.

2 *bis*. [Des témoins peuvent être entendus selon les conditions fixées par le tribunal arbitral. Toute personne témoignant devant le tribunal arbitral sur une question de fait ou comme expert est considérée comme un témoin selon le présent Règlement, même si elle est partie à l'arbitrage, ou si elle est ou a été un mandataire social, un employé ou un actionnaire d'une partie quelconque.]

3. Le tribunal arbitral prend des dispositions pour faire assurer la traduction des exposés oraux faits à l'audience et établir un procès-verbal de l'audience, s'il juge que l'une ou l'autre de ces mesures s'impose eu égard aux circonstances de l'espèce ou si les parties en sont convenues et ont notifié cet accord au tribunal arbitral quinze jours au moins avant l'audience.

4. L'audience se déroule à huis clos, sauf convention contraire des parties. Le tribunal arbitral peut demander que des témoins se retirent pendant la déposition d'autres témoins. Il est libre de fixer la manière dont les témoins sont interrogés.

5. La preuve par témoins peut également être administrée sous la forme de déclarations écrites signées par les témoins.

6. Le tribunal arbitral est juge de la recevabilité, de la pertinence et de l'importance des preuves présentées.

Remarques

Paragraphe 2

24. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la référence aux "témoins" pourrait poser problème dans certains systèmes juridiques, où les parties elles-mêmes, et leurs dirigeants ou employés ne peuvent pas être qualifiés de témoins. Le paragraphe 2 *bis* suggère une définition du terme "témoin" et décrit plus en détail le pouvoir du tribunal arbitral.

Mesures provisoires

Article 26

~~1. À la demande de l'une ou l'autre partie, le tribunal arbitral peut prendre toutes mesures provisoires qu'il juge nécessaires en ce qui concerne l'objet du litige, notamment les mesures conservatoires pour les marchandises litigieuses, en prescrivant par exemple leur dépôt entre les mains d'un tiers ou la vente de denrées périssables.~~

~~2. Ces mesures provisoires peuvent être prises sous la forme d'une sentence provisoire. Le tribunal arbitral peut exiger un cautionnement au titre des frais occasionnés par ces mesures.~~

~~3. Une demande de mesures provisoires adressée par l'une ou l'autre partie à une autorité judiciaire ne doit pas être considérée comme incompatible avec la convention d'arbitrage ni comme une renonciation au droit de se prévaloir de ladite convention.~~

1. Le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, ordonner des mesures provisoires.

2. Une mesure provisoire est toute mesure temporaire par laquelle, à tout moment avant le prononcé de la sentence qui tranchera définitivement le différend, le tribunal arbitral ordonne à une partie:

a) De préserver ou de rétablir le statu quo en attendant que le différend ait été tranché;

b) De prendre des mesures de nature à empêcher, ou de s'abstenir de prendre des mesures susceptibles de causer, un préjudice immédiat ou imminent ou une atteinte au processus arbitral lui-même;

c) De fournir un moyen de sauvegarder des biens qui pourront servir à l'exécution d'une sentence ultérieure; ou

d) De sauvegarder les éléments de preuve qui peuvent être pertinents et importants pour le règlement du différend.

3. La partie demandant une mesure provisoire en vertu des alinéas a), b) et c) du paragraphe 2 convainc le tribunal arbitral:

a) Qu'un préjudice ne pouvant être réparé de façon adéquate par l'octroi de dommages-intérêts sera probablement causé si la mesure n'est pas ordonnée, et qu'un tel préjudice l'emporte largement sur celui que subira probablement la partie contre laquelle la mesure est dirigée si celle-ci est accordée; et

b) Qu'elle a des chances raisonnables d'obtenir gain de cause sur le fond du litige. La décision à cet égard ne porte pas atteinte à la liberté d'appréciation du tribunal arbitral lorsqu'il prendra une décision ultérieure quelconque.

4. En ce qui concerne une demande de mesure provisoire en vertu de l'alinéa d) du paragraphe 2, les conditions énoncées aux alinéas a) et b) du paragraphe 3 ne s'appliquent que dans la mesure jugée appropriée par le tribunal arbitral.

5. Le tribunal arbitral peut modifier, suspendre ou rétracter une mesure provisoire qu'il a prononcée, à la demande de l'une des parties ou, dans des circonstances exceptionnelles et à condition de le notifier préalablement aux parties, de sa propre initiative.

6. Le tribunal arbitral peut exiger que la partie qui demande une mesure provisoire constitue une garantie appropriée en rapport avec la mesure.

7. Le tribunal arbitral peut exiger d'une partie quelconque qu'elle communique sans tarder tout changement important des circonstances sur la base desquelles la mesure a été demandée ou accordée.

8. La partie qui demande une mesure provisoire est responsable de tous les frais et de tous les dommages causés par la mesure à une partie quelconque, si le tribunal arbitral décide par la suite qu'en l'espèce la mesure n'aurait pas dû être prononcée. Le tribunal arbitral peut accorder réparation pour ces frais et dommages à tout moment pendant la procédure.

Remarques

25. L'article 26 a été modifié pour tenir compte de la suggestion faite au sein du Groupe de travail selon laquelle la disposition révisée relative aux mesures provisoires pourrait préciser, sur le modèle du chapitre IV A de la Loi type, dans quelles circonstances, à quelles conditions et selon quelles modalités ces mesures pourraient être accordées, ou être rédigée de manière à donner effet à l'autonomie des parties prévue par le chapitre IV A (A/CN.9/614, par. 105).

26. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si des dispositions relatives aux injonctions préliminaires devraient être insérées dans l'article 26.

Documents antérieurs de la CNUDCI sur la question

A/CN.9/614, par. 104 et 105
A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1, par. 16

Experts

Article 27

1. Le tribunal arbitral peut nommer un ou plusieurs experts chargés de lui faire rapport par écrit sur les points précis qu'il déterminera. Une copie du mandat de l'expert, tel qu'il a été fixé par le tribunal arbitral, sera communiquée aux parties.

2. Les parties fournissent à l'expert tous renseignements appropriés ou soumettent à son inspection toutes pièces ou toutes choses pertinentes qu'il pourrait leur demander. Tout différend s'élevant entre une partie et l'expert au sujet du bien-fondé de la demande sera soumis au tribunal arbitral, qui tranchera.

3. Dès réception du rapport de l'expert, le tribunal arbitral communique une copie du rapport aux parties, lesquelles auront la possibilité de formuler par écrit leur opinion à ce sujet. Les parties ont le droit d'examiner tout document invoqué par l'expert dans son rapport.

4. À la demande de l'une ~~ou l'autre~~ des parties, l'expert, après la remise de son rapport, peut être entendu à une audience à laquelle les parties ont la possibilité d'assister et de l'interroger. À cette audience, l'une ~~ou l'autre~~ des parties peut faire venir en qualité de témoins des experts qui déposeront sur les questions litigieuses. Les dispositions de l'article 25 sont applicables à cette procédure.

Remarques

27. Aucune proposition de modification n'a été faite en relation avec l'article 27.

Documents antérieurs de la CNUDCI sur la question

A/CN.9/614, par. 106 et 107
A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1, par. 17 à 20

Défaut

Article 28

1. Si, dans le délai fixé par le tribunal arbitral, le demandeur n'a pas présenté sa requête et n'a pu invoquer un empêchement légitime, le tribunal arbitral ordonne la clôture de la procédure arbitrale, à moins que le défendeur n'ait présenté une demande reconventionnelle. Si, dans le délai fixé par le tribunal arbitral, le défendeur n'a pas présenté sa réponse, sans invoquer d'empêchement légitime, le tribunal arbitral ordonne la poursuite de la procédure, sans considérer ce défaut en soi comme une acceptation des allégations du demandeur.

2. Si ~~l'une des~~ une partie~~s~~, régulièrement convoquée conformément au présent Règlement, ne comparaît pas à l'audience, sans invoquer d'empêchement légitime, le tribunal arbitral peut poursuivre l'arbitrage.

3. Si ~~l'une des~~ une partie~~s~~, régulièrement invitée par le tribunal arbitral à produire des documents, ne les présente pas dans les délais fixés, sans invoquer d'empêchement légitime, le tribunal arbitral peut statuer sur la base des éléments de preuve dont il dispose.

Remarques

28. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les propositions de modification de l'article 28 qui ont été faites dans un souci de clarté. Le texte ajouté à la fin du paragraphe 1 est tiré des dispositions de l'article 25 de la Loi type.

Clôture des débats

Article 29

1. Le tribunal arbitral peut demander aux parties si elles ont encore des preuves à présenter, des témoins à produire ou des déclarations à faire, faute desquels il peut déclarer la clôture des débats.

2. Le tribunal arbitral peut, s'il l'estime nécessaire en raison des circonstances exceptionnelles, décider, de sa propre initiative ou à la demande

d'une partie, la réouverture des débats à tout moment avant le prononcé de la sentence.

Remarques

29. Aucune proposition de modification n'a été faite en relation avec l'article 29.

Renonciation au droit de se prévaloir du présent Règlement

Article 30

Toute partie qui, bien qu'elle sache que l'une des dispositions ou des conditions énoncées dans le présent Règlement n'a pas été respectée, poursuit néanmoins l'arbitrage sans formuler d'objection est réputée avoir renoncé à son droit de faire objection.

Section IV. La sentence

Décisions

Article 31

1. Lorsque les arbitres sont au nombre de trois, toute sentence ou autre décision du tribunal arbitral est rendue à la majorité. [À défaut de majorité, toute sentence ou autre décision est rendue par l'arbitre-président seul.]

2. En ce qui concerne des questions de procédure, à défaut de majorité ou lorsque le tribunal arbitral l'autorise, l'arbitre-président peut décider seul sous réserve d'une éventuelle révision par le tribunal arbitral.

Remarques

Paragraphe 1

30. Il est rappelé que, compte tenu des différents avis exprimés, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'élaborer diverses propositions qu'il examinerait (A/CN.9/614, par. 112). La première proposition consiste à laisser l'article 31 inchangé (A/CN.9/614, par. 111); la deuxième à réviser ce paragraphe 1 afin d'éviter une situation de blocage dans laquelle aucune décision à la majorité ne pourrait être prise et à prévoir que si un tribunal arbitral composé de trois arbitres ne peut dégager une majorité, la sentence est alors rendue par l'arbitre-président comme s'il officiait seul (A/CN.9/614, par. 108).

31. Si le passage ajouté est conservé, il faudrait peut-être également envisager de modifier en conséquence le paragraphe 4 de l'article 32, concernant la signature de la sentence.

Documents antérieurs de la CNUDCI sur la question

A/CN.9/614, par. 108 à 112
A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1, par. 21 à 24

Forme et effet de la sentence

Article 32

1. [Le tribunal arbitral peut rendre non seulement des sentences définitives, mais également des sentences provisoires, ou interlocutoires ~~ou partielles~~.]

2. Une sentence est rendue par écrit. Elle n'est pas susceptible d'appel devant une instance arbitrale. Les parties s'engagent à exécuter sans délai la sentence et sont réputées avoir renoncé à leur droit d'exercer toute forme d'appel, de révision ou de recours devant toute juridiction étatique ou autre autorité compétente, pour autant que cette renonciation puisse être valablement faite.

3. Le tribunal arbitral motive sa sentence, à moins que les parties ne soient convenues que tel ne doit pas être le cas.

4. La sentence est signée par les arbitres et porte mention de la date à laquelle elle a été rendue et ~~du~~ indique le lieu ~~où elle a été rendue~~ de l'arbitrage. Lorsque les arbitres sont au nombre de trois et que la signature de l'un d'eux manque, le motif de cette absence de signature est mentionné dans la sentence.

5. [*Option 1*: La sentence peut être publiée avec le consentement des deux parties.] [*Option 2*: La sentence peut être publiée avec le consentement des parties ou dans les cas et la mesure où cette révélation est requise d'une partie en vertu d'une obligation légale pour la protection ou l'exercice d'un droit ou en rapport avec une procédure judiciaire engagée devant une juridiction étatique ou une autre autorité compétente.]

6. Des copies de la sentence signées par les arbitres sont communiquées par le tribunal arbitral aux parties.

7. Si la loi en matière d'arbitrage du pays dans lequel la sentence est rendue impose au tribunal arbitral l'obligation de déposer ou de faire enregistrer la sentence, le tribunal satisfera à cette obligation ~~dans le délai prévu par la loi~~ si l'une des parties lui en fait la demande en temps voulu.

Remarques

Paragraphe 1

Forme de la sentence

32. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si les types de sentences devraient être déterminés par la pratique et si le paragraphe 1 devrait être supprimé.

Paragraphe 2

Renonciation au droit de recours devant les juridictions étatiques

33. Conformément à une proposition faite au sein du Groupe de travail, le passage inséré dans le paragraphe 2 vise à empêcher les parties d'utiliser des voies de recours devant les juridictions étatiques auxquelles elles peuvent librement renoncer (par exemple, dans certaines pays, un appel sur un point de droit), sans exclure les contestations de la sentence (par exemple sur des points tels que le défaut de

compétence, le non-respect des garanties d'une procédure régulière ou tout autre motif d'annulation de la sentence énoncé à l'article 34 de la Loi type), dans la mesure où elles ne pouvaient les exclure par contrat (A/CN.9/614, par. 114).

Paragraphe 4

34. La modification est proposée pour tenir compte de la modification apportée au paragraphe 4 de l'article 16, concernant le lieu où la sentence est réputée avoir été rendue (voir plus haut, par. 10).

Paragraphe 5

35. Comme convenu par le Groupe de travail, le paragraphe 5 propose deux options pour la publication des sentences. La première reprend le texte existant du Règlement d'arbitrage, tandis que la deuxième tient compte de la situation où une partie est légalement tenue de communiquer une sentence.

Paragraphe 7

36. Le paragraphe 7 a été modifié de manière à éviter d'imposer une charge excessivement lourde à un tribunal arbitral qui ne connaît peut-être pas bien les obligations en matière d'enregistrement au lieu de l'arbitrage.

Documents antérieurs de la CNUDCI sur la question

A/CN.9/614, par. 113 à 121
A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1, par. 25 à 29

Loi applicable, amiable compositeur

Article 33

1. Le tribunal arbitral applique [*option 1*: la loi] [*option 2*: <u>les règles de droit</u>] désignée[<u>s</u>] par les parties comme étant la loi applicable[<u>s</u>] au fond du litige. À défaut d'une telle indication par les parties, le tribunal arbitral applique [*option 1*: la loi] [*option 2*: <u>les règles de droit</u>] [*variante 1*: désignée[<u>s</u>] par la règle de conflit de lois qu'il juge applicable en l'espèce] [*variante 2*: avec [<u>laquelle] [lesquelles] le litige a le lien le plus étroit</u>].

2. Le tribunal arbitral ne statue en qualité d'"amiable compositeur" (*ex aequo et bono*) que si le tribunal arbitral y a été expressément autorisé par les parties et si ce type d'arbitrage est permis par la loi applicable à la procédure arbitrale.

3. Dans tous les cas, le tribunal arbitral décide conformément aux stipulations du contrat et tient compte des usages du commerce applicables à la transaction.

Remarques

Paragraphe 1

Loi – Règles de droit

37. Les options 1 et 2 proposées au paragraphe 1 rendent compte des points de vue divergents exprimés au sein du Groupe de travail sur la question de savoir si les mots “règles de droit” actuellement employés à l’article 28 de la Loi type devraient aussi l’être dans une version révisée de l’article 33 du Règlement d’arbitrage de la CNUDCI pour remplacer le mot “loi” (A/CN.9/614, par. 122).

Règle de conflit de lois

38. Les variantes 1 et 2 tiennent compte de la proposition visant à remplacer la règle de conflit de lois par un choix direct des règles de droit les plus étroitement liées au litige (A/CN.9/614, par. 123).

Documents antérieurs de la CNUDCI sur la question

Paragraphe 1

A/CN.9/614, par. 122 et 123
A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1, par. 30

Paragraphe 2

A/CN.9/614, par. 124
A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1, par. 31

Transactions ou autres motifs de clôture de la procédure

Article 34

1. Si, avant que la sentence ne soit rendue, les parties conviennent d’une transaction qui règle le litige, le tribunal arbitral rend une ordonnance de clôture de la procédure arbitrale ou, si les deux parties lui en font la demande et s’il l’accepte, constate le fait par une sentence arbitrale rendue d’accord parties. Cette sentence n’a pas à être motivée.

2. Si, avant que la sentence ne soit rendue, il devient inutile ou impossible pour une raison quelconque non mentionnée au paragraphe 1 de poursuivre la procédure arbitrale, le tribunal arbitral informe les parties de son intention de rendre une ordonnance de clôture de la procédure. Le tribunal arbitral est autorisé à rendre cette ordonnance à moins que l’une des parties ne soulève des objections fondées.

3. Le tribunal arbitral adresse aux parties une copie de l’ordonnance de clôture de la procédure arbitrale ou de la sentence rendue d’accord parties, dûment signée par les arbitres. Les dispositions des paragraphes 2 et 4 à 7 de l’article 32 sont applicables aux sentences arbitrales rendues d’accord parties.

Remarques

39. Aucune proposition de modification n’a été faite en relation avec l’article 34.

Interprétation de la sentence

Article 35

1. Dans les trente jours de la réception de la sentence, l'une des parties peut, moyennant notification à l'autre, demander au tribunal arbitral d'en donner une interprétation.

2. L'interprétation est donnée par écrit dans les quarante-cinq jours de la réception de la demande. L'interprétation fait partie intégrante de la sentence, et les dispositions des paragraphes 2 à 7 de l'article 32 lui sont applicables.

Remarques

40. Aucune proposition de modification n'a été faite en relation avec l'article 35.

Documents antérieurs de la CNUDCI sur la question

A/CN.9/614, par. 125 et 126
A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1, par. 32

Rectification de la sentence

Article 36

1. Dans les trente jours de la réception de la sentence, l'une des parties peut, moyennant notification ~~à l'autre~~ aux autres parties, demander au tribunal arbitral de rectifier dans le texte de la sentence toute erreur de calcul, toute erreur matérielle ou typographique ou toute erreur ou omission de même nature. Le tribunal arbitral peut, dans les trente jours de la communication de la sentence aux parties, faire ces rectifications de sa propre initiative.

2. Ces rectifications sont faites par écrit et les dispositions des paragraphes 2 à 7 de l'article 32 leur sont applicables.

Remarques

Paragraphe 1

41. Le mot "omission" a été ajouté pour tenir compte de la proposition, faite au sein du Groupe de travail, d'élargir la portée de l'article 36 pour que la sentence puisse être rectifiée si un arbitre omet de la signer ou omet d'indiquer la date ou le lieu de la sentence.

Documents antérieurs de la CNUDCI sur la question

A/CN.9/614, par. 127
A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1, par. 33

Sentence additionnelle

Article 37

1. Dans les trente jours de la réception de la sentence, ~~l'une des~~ une partie~~s~~ peut, moyennant notification à l'autre, demander au tribunal arbitral de rendre

une sentence additionnelle sur des chefs de demande exposés au cours de la procédure d'arbitrage mais omis dans la sentence.

2. Si le tribunal arbitral juge la demande justifiée et estime que l'omission peut être rectifiée [sans nécessiter de nouvelles audiences ou de nouvelles preuves], il complète sa sentence dans les soixante jours qui suivent la réception de la demande.

3. Les dispositions des paragraphes 2 à 7 de l'article 32 sont applicables à la sentence additionnelle.

Remarques

42. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner plus avant si les mots "sans nécessiter de nouvelles audiences ou de nouvelles preuves" devraient être supprimés et si le paragraphe 2 pourrait ou non être interprété comme permettant déjà au tribunal arbitral de prononcer une sentence additionnelle après avoir tenu des audiences et obtenu des preuves supplémentaires (A/CN.9/614, par. 128).

Documents antérieurs de la CNUDCI sur la question

A/CN.9/614, par. 128 et 129
A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1, par. 34

Frais (articles 38 à 40)

Article 38

Le tribunal arbitral fixe les frais d'arbitrage dans sa sentence. Les "frais" comprennent uniquement:

a) Les honoraires des membres du tribunal arbitral, indiqués séparément pour chaque arbitre et fixés par le tribunal lui-même conformément à l'article 39;

b) Les frais raisonnables de déplacement et autres dépenses faites par les arbitres;

c) Les frais raisonnables encourus pour toute expertise ou pour toute autre aide demandée par le tribunal arbitral;

d) Les frais raisonnables de déplacement et autres indemnités des témoins, dans la mesure où ces dépenses ont été approuvées par le tribunal arbitral;

e) Les frais en matière de représentation ou d'assistance **[**juridique**]** encourus par la partie qui triomphe, lorsque ces frais constituent l'un des chefs de la demande d'arbitrage et dans la mesure où le tribunal arbitral en juge le montant raisonnable;

f) Le cas échéant, les honoraires et frais de l'autorité de nomination, ainsi que les frais du Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye.

Remarques

43. Les modifications apportées aux alinéas b) à d) rendent compte de l'avis exprimé au sein du Groupe de travail selon lequel il faudrait ajouter le qualificatif "raisonnable" aux frais prévus à ces alinéas (A/CN.9/614, par. 132). Le Groupe de travail voudra peut-être décider si le mot "juridique" à l'alinéa e) devrait être supprimé.

Documents antérieurs de la CNUDCI sur la question

A/CN.9/614, par. 130 à 132
A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1, par. 35 et 36

Article 39

1. Le montant des honoraires des membres du tribunal arbitral doit être raisonnable, compte tenu du montant en litige, de la complexité de l'affaire, du temps que les arbitres lui ont consacré et de toutes autres circonstances pertinentes de l'espèce.

2. Si une autorité de nomination a été choisie par les parties d'un commun accord ou désignée par le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye et si cette autorité a publié un barème pour les honoraires des arbitres nommés dans des litiges internationaux qu'elle administre, le tribunal arbitral fixe le montant de ses honoraires en tenant compte de ce barème dans la mesure où il le juge approprié dans les circonstances de l'espèce.

3. Si cette autorité de nomination n'a pas publié de barème pour les honoraires des arbitres nommés dans des litiges internationaux, chaque partie peut, à tout moment, prier l'autorité de nomination d'établir une note indiquant la base de calcul des honoraires qui est habituellement appliquée dans les litiges internationaux dans lesquels l'autorité nomme les arbitres. Si l'autorité de nomination accepte d'établir cette note, le tribunal arbitral fixe le montant de ses honoraires en tenant compte des renseignements ainsi fournis dans la mesure où il le juge approprié dans les circonstances de l'espèce.

4. Dans les cas visés aux alinéas 2 et 3, lorsqu'à la demande d'une partie l'autorité de nomination accepte cette mission, le tribunal arbitral ne fixe le montant de ses honoraires qu'après avoir consulté l'autorité de nomination, qui peut adresser au tribunal arbitral toutes observations qu'elle juge appropriées concernant ces honoraires.

Remarques

44. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner plus avant si l'autorité de nomination devrait jouer un plus grand rôle dans la fixation du montant des honoraires ou s'il serait préférable de prévoir une procédure plus transparente pour convenir d'emblée de la méthode de calcul des honoraires des membres du tribunal arbitral.

45. Le Groupe de travail voudra peut-être noter que la Cour permanente d'arbitrage de La Haye a été sollicitée à cet égard et a accepté de participer davantage aux aspects pratiques liés à la fixation des honoraires, conformément à une disposition qui pourrait être libellée comme suit et qui remplacerait les

paragraphes 3 et 4: "Le tribunal arbitral fait une proposition dans laquelle sont définis les principes selon lesquels les honoraires de ses membres seront fixés et précise ensuite les montants établis en application de ces principes. À tout stade, a) le tribunal arbitral ou b) l'une des parties, au plus tard 15 jours après que la proposition a été faite, peut demander que les principes ou le montant des honoraires et, s'il y a lieu, les sommes à consigner soient établis par l'autorité de nomination ou, si aucune autorité de nomination n'a été choisie d'un commun accord ou si l'autorité de nomination choisie d'un commun accord ne prend pas de décision dans les 30 jours qui suivent la demande d'une partie, par le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye".

Documents antérieurs de la CNUDCI sur la question

A/CN.9/614, par. 133 et 134
A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1, par. 37

Article 40

1. Sous réserve des dispositions du paragraphe 2, les frais d'arbitrage sont en principe à la charge de la partie **[**des parties**]** qui succombe**[**nt**]**. Toutefois, le tribunal arbitral peut les répartir entre les parties, dans la mesure où il le juge approprié dans les circonstances de l'espèce.

2. En ce qui concerne les frais en matière de représentation ou d'assistance [juridique] visés au paragraphe e) de l'article 38, le tribunal arbitral peut, eu égard aux circonstances de l'espèce, déterminer la partie **[**les parties**]** à la charge de laquelle **[**desquelles**]** seront mis ces frais ou les répartir entre les parties, dans la mesure où il le juge approprié.

3. Lorsque le tribunal arbitral rend une ordonnance de clôture de la procédure arbitrale ou une sentence d'accord parties, il fixe les frais d'arbitrage visés aux articles 38 et paragraphe 1 de l'article 39 dans le texte de cette ordonnance ou de cette sentence.

4. Le tribunal arbitral ne peut percevoir d'honoraires supplémentaires pour interpréter ou rectifier sa sentence ou rendre une sentence additionnelle, conformément aux articles 35 à 37.

Remarques

46. L'article 40 a été modifié pour tenir compte des modifications proposées à l'alinéa e) de l'article 38 (voir plus haut, par. 43).

Documents antérieurs de la CNUDCI sur la question

A/CN.9/614, par. 135
A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1, par. 38

Consignation du montant des frais

Article 41

1. Dès qu'il est constitué, le tribunal arbitral peut demander ~~à chaque~~ aux parties de consigner une même somme à titre d'avance à valoir sur les frais visés à l'article 38, paragraphes a), b) et c).

2. Au cours de la procédure d'arbitrage, le tribunal arbitral peut demander aux parties de consigner des sommes supplémentaires.

3. Si une autorité de nomination a été choisie par les parties d'un commun accord ou désignée par le Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye et lorsqu'à la demande d'une partie l'autorité de nomination accepte cette mission, le tribunal arbitral ne fixe le montant des sommes ou sommes supplémentaires à consigner qu'après avoir consulté l'autorité de nomination qui peut adresser au tribunal arbitral toutes observations qu'elle juge appropriées concernant le montant de ces consignations.

4. Si les sommes dont la consignation est requise ne sont pas intégralement versées dans les trente jours de la réception de la requête, le tribunal arbitral en informe les parties afin que l'une ou l'autre d'entre elles puisse effectuer le versement demandé. Si ce versement n'est pas effectué, le tribunal arbitral peut ordonner la suspension ou la clôture de la procédure d'arbitrage.

5. Après le prononcé de la sentence, le tribunal arbitral rend compte aux parties de l'utilisation des sommes reçues en dépôt; il leur restitue tout solde non dépensé.

Dispositions supplémentaires proposées

Responsabilité des arbitres

Ni les arbitres ni l'autorité de nomination ne sont responsables envers quiconque d'un acte ou omission quelconque en relation avec l'arbitrage, à l'exception des conséquences d'un méfait commis sciemment et intentionnellement.

Remarques

47. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si la question de la responsabilité des arbitres et des institutions faisant fonction d'autorité de nomination en vertu du Règlement de la CNUDCI devrait être traitée. Dans l'affirmative, il voudra peut-être examiner le projet de disposition proposé, qui accorderait en principe l'immunité aux arbitres et aux autorités de nomination, sauf dans le cas extrême d'un "méfait commis sciemment et intentionnellement".

Documents antérieurs de la CNUDCI sur la question

A/CN.9/614, par. 131
A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1, par. 39 et 40

Principes généraux

Pour l'interprétation du Règlement, il est tenu compte de son origine internationale et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application et le respect de la bonne foi. Les questions concernant les matières régies par le Règlement qui ne sont pas expressément réglées par lui sont tranchées selon les principes généraux dont il s'inspire.

Remarques

48. La disposition a pour objet de répondre à la proposition faite au sein du Groupe de travail d'inclure, sur le modèle du nouvel article 2 A de la Loi type, une disposition relative à l'interprétation du Règlement compte tenu de son origine internationale (A/CN.9/614, par. 121). La deuxième phrase de ce paragraphe vise à préciser que le Règlement forme un système autonome de normes contractuelles et qu'il faudrait en combler les lacunes éventuelles en interprétant le Règlement lui-même, sans se référer à aucune disposition non impérative du droit procédural applicable.

Documents antérieurs de la CNUDCI sur la question

A/CN.9/614, par. 120 et 121
A/CN.9/WG.II/WP.143/Add.1, par. 29

E. Rapport du Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage sur ses activités au titre du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI depuis 1976

(A/CN.9/634) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

Introduction 1-4

Rapport du Secrétaire général de la Cour sur ses activités au titre du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI 5-19

1. Augmentation du nombre des affaires d'autorité de nomination à la Cour depuis 1976 5-6
2. Procédure suivie par le Secrétaire général de la Cour pour désigner les autorités de nomination 7-10
3. Affaires et tendances notables 11-17
4. Consultation sur les honoraires. 18-19

Annexe Augmentation du nombre d'affaires d'autorité de nomination à la CPA depuis 1976 . . . . . .

Introduction

1. À sa trente-neuvième session (New York, 19 juin-7 juillet 2006), la Commission est convenue que le Groupe de travail II (Arbitrage international et conciliation) devrait se consacrer en priorité à la révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (1976) ("le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI" ou "le Règlement"). Le Groupe de travail a entrepris cette révision à sa quarante-cinquième session (Vienne, 11-15 septembre 2006).

2. On a estimé qu'il convenait d'informer la Commission des activités du Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage ("le Secrétaire général de la Cour") au titre du Règlement, notamment pour faciliter les discussions actuelles sur la révision de ce dernier. Le 16 novembre 2006, le Secrétaire général de la Cour a communiqué au Secrétariat un rapport résumant ses activités au titre du Règlement depuis 1976.

3. Il est rappelé que les articles 6, 7 et 12 du Règlement chargent le Secrétaire général de la Cour, sur demande d'une partie, de désigner une autorité de nomination afin de nommer les membres d'un tribunal arbitral et de statuer sur la récusation des arbitres. Le Secrétaire général de la Cour peut aussi aider les parties à fixer les honoraires des arbitres et assister le tribunal arbitral en matière de consignation du montant des frais, conformément aux articles 39 et 41 (respectivement) du Règlement.

4. Le rapport du Secrétaire général de la Cour sur ses activités au titre du Règlement est reproduit en substance ci-dessous.

Rapport du Secrétaire général de la Cour sur ses activités au titre du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

1. Augmentation du nombre des affaires d'autorité de nomination à la Cour depuis 1976

5. Depuis l'adoption du Règlement, le Secrétaire général de la Cour a été appelé à intervenir dans plus de 270 affaires afin de désigner une autorité de nomination ou d'agir lui-même en cette qualité (voir annexe jointe). Vingt-cinq institutions et plus de 20 personnes ont été désignées par le Secrétaire général de la Cour pour remplir cette fonction. La demande la plus fréquente concerne la désignation d'une autorité de nomination pour nommer un deuxième arbitre au nom d'un défendeur défaillant.

6. La forte augmentation des demandes ces dernières années[1] est attribuable en partie aux arbitrages commencés dans le cadre de traités bilatéraux et multilatéraux d'investissement[2]. Les questions relatives aux traités d'investissement ont aussi contribué au pourcentage relativement élevé d'affaires (environ 40 %) dans lesquelles une demande a été reçue où au moins un État ou une entité étatique était impliquée. La Cour a également reçu un nombre croissant de demandes concernant un appui administratif complet dans les arbitrages régis par le Règlement.

2. Procédure suivie par le Secrétaire général de la Cour pour désigner les autorités de nomination[3]

7. Le Secrétaire général de la Cour s'efforce de rendre la procédure la plus efficace possible et désigne généralement une autorité de nomination dans les deux semaines qui suivent la réception d'une demande contenant tous les documents nécessaires[4].

---

[1] En 2006, la Cour a reçu jusqu'ici 24 requêtes.

[2] En 2005, 7 demandes de services d'autorité de nomination ont été reçues en rapport avec des arbitrages commencés dans le cadre de traités d'investissement; 16 ont été reçues pour des litiges relatifs à des contrats.

[3] La Cour a publié: 1) *Directives à suivre en cas de recours au Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage pour la désignation d'une autorité de nomination conformément au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*; 2) *Procédures de la Cour permanente d'arbitrage en cas de litiges soumis au Règlement d'arbitrage de la CNUDCI*; 3) *Clauses types pour les services fournis par la Cour permanente d'arbitrage dans le cadre du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI* (voir http://www.pca-cpa.org/FRENCH/DB/index.htm sous le titre "Règlements et procédures de la CNUDCI").

[4] Les documents nécessaires sont: 1) Une copie de la clause compromissoire ou de la convention d'arbitrage établissant l'applicabilité du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI; 2) Une copie de la notification d'arbitrage qui a été communiquée au défendeur ainsi qu'une indication de la date à laquelle elle a été envoyée; 3) L'indication de la nationalité des parties; 4) Le cas échéant, les noms et nationalités des arbitres déjà nommés; 5) Le nom de toute institution ou personne que les parties avaient envisagé de désigner comme autorité de nomination mais dont la désignation a été rejetée; 6) Une copie du mandat établissant la compétence de la personne soumettant la requête; 7) Le versement à la Cour d'un montant non remboursable de 750 euros.

8. Lorsque le Secrétaire général de la Cour reçoit une requête en vue de la désignation d'une autorité de nomination, il examine les documents qui lui ont été transmis pour s'assurer, à titre préliminaire, qu'il est compétent pour agir. Une fois sa compétence établie, le Secrétaire général de la Cour invite le défendeur à présenter ses observations sur la requête du demandeur dans un délai de cinq à dix jours ouvrés. Après réception de ces observations, ou une fois le délai expiré, le Secrétaire général de la Cour désigne l'autorité de nomination.

9. En procédant à cette désignation, le Secrétaire général de la Cour tient généralement compte des éléments suivants: i) observations des parties; ii) nationalité des parties et caractère régional ou mondial du litige (afin de choisir une autorité de désignation neutre); iii) lieu de l'arbitrage, s'il est précisé; iv) langue de l'arbitrage, si elle est précisée; v) complexité de l'affaire et sommes réclamées; vi) honoraires de l'autorité de nomination éventuelle; et vii) temps de réaction escompté de l'autorité de nomination. Le Secrétaire général de la Cour s'assure également de l'indépendance et de l'impartialité de l'autorité de nomination avant de la désigner.

10. Le Secrétaire général de la Cour attire l'attention de l'autorité de nomination sur le fait que la désignation intervient "à toutes fins prévues dans le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI" et couvre donc la nomination des arbitres (art. 6 et 7), les questions de récusation (art. 12) et l'assistance dans les questions relatives aux honoraires des arbitres (art. 39) et à la consignation du montant des frais (art. 41).

3. Affaires et tendances notables

Remplacement des autorités de nomination

11. Un nombre croissant de demandes ont été adressées au Secrétaire général de la Cour visant à remplacer, en vertu des articles 6-2 et 7-2 b) du Règlement, des autorités de nomination précédemment choisies.

12. Par exemple, dans une affaire, le demandeur a demandé au Secrétaire général de la Cour de remplacer l'autorité de nomination pour cause de partialité en faveur du défendeur. En vertu du Règlement, les seuls motifs de révocation d'une autorité de nomination sont le défaut ou le refus d'agir. Le Secrétaire général de la Cour a estimé qu'il n'était pas habilité à révoquer l'autorité de nomination pour les motifs avancés par le demandeur et a rejeté sa demande. Dans une autre affaire, le demandeur a demandé au Secrétaire général de la Cour de remplacer une autorité de nomination au motif qu'elle n'avait pas agi dans le délai prévu à l'article 7-2 b) du Règlement. Le Secrétaire général de la Cour a examiné l'affaire et découvert que le demandeur n'avait pas respecté l'article 8-1 du Règlement, qui impose à une partie de fournir à l'autorité de nomination une copie de documents spécifiés. De l'avis du Secrétaire général de la Cour, le respect de l'article 8-1 était une condition préalable au remplacement d'une autorité de nomination et la demande a été rejetée.

13. Dans une autre affaire encore, le demandeur a demandé au Secrétaire général de la Cour de désigner une autorité de nomination de remplacement au motif que l'autorité choisie s'était abstenue d'agir. L'autorité de nomination choisie, une juge nationale, a expliqué que les juridictions nationales étant saisies de la question de l'arbitrabilité du litige, elle refusait d'agir avant que cette question ne soit tranchée. Le Secrétaire général de la Cour a estimé qu'il s'agissait d'un refus d'agir, au sens du Règlement, et a désigné une autorité de nomination de remplacement.

Clauses "pathologiques" et problématiques

14. Le Secrétaire général de la Cour a reçu un certain nombre de demandes de désignation d'une autorité de nomination fondées sur des clauses d'arbitrage peu claires ou contenant des erreurs de rédaction évidentes.

15. Dans une affaire, le demandeur a demandé au Secrétaire général de la Cour de désigner une autorité de nomination pour nommer le deuxième arbitre au nom d'un défendeur défaillant. La clause compromissoire prévoyait que "tout différend ou conflit entre les parties serait soumis à arbitrage à La Haye pour être tranché conformément aux règles de l'arbitrage international". Le défendeur, lorsque la Cour l'a invité à présenter ses observations, a contesté la demande du demandeur au motif que la clause était trop vague pour justifier la compétence de la Cour. Il a également refusé de donner son assentiment à l'application du Règlement. Après avoir examiné la question, le Secrétaire général de la Cour a informé les parties qu'au vu de l'examen préliminaire de la documentation qu'elles avaient présenté il n'estimait pas avoir compétence pour agir.

16. Il a également été demandé au Secrétaire général de la Cour de désigner une autorité de nomination dans des affaires où la clause compromissoire faisait référence à un organe administrant et où l'une des parties s'opposait à ce que cet organe fasse office d'autorité de nomination. Dans de telles affaires, le Secrétaire général de la Cour désigne habituellement l'organe administrant mentionné dans la clause comme autorité de nomination puisque les parties avaient préalablement fait le choix de cet organe[5].

17. Dans une affaire, le Secrétaire général de la Cour a été prié de désigner une autorité de nomination par un demandeur qui voulait invoquer une clause compromissoire contenue dans un traité bilatéral d'investissement entre l'État défendeur et un État tiers en se fondant sur la clause de la nation la plus favorisée qui y était contenue. Le traité prévoyait un arbitrage régi par le Règlement et spécifiait une autorité de nomination. Le Secrétaire général de la Cour a invité le demandeur à s'adresser à l'autorité de nomination spécifiée dans le traité concernant la constitution du tribunal.

4. Consultation sur les honoraires

18. Le Secrétaire général de la Cour a aidé les parties à s'entendre avec les arbitres sur le montant des honoraires de ces derniers. Diverses formules ont été adoptées sous sa coordination, comme le fait pour les parties et les arbitres de se mettre d'accord sur des honoraires fixes ou sur le barème d'une institution d'arbitrage.

19. Le Secrétaire général de la Cour a également contribué à trouver des arrangements sur les honoraires lorsque le taux horaire des arbitres différait. Dans certaines affaires, les coarbitres pratiquent un taux différent de celui de l'arbitre-

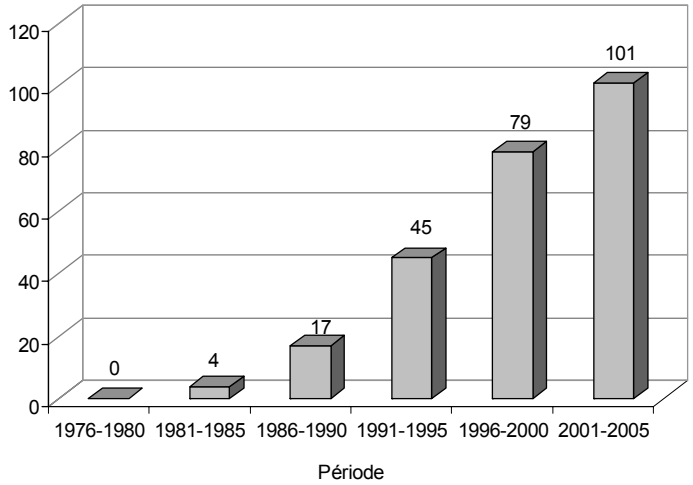
---

[5] Par exemple, dans une affaire, la clause compromissoire prévoyait que la procédure se "déroulerait conformément au Règlement d'arbitrage de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international – CNUDCI, en vigueur à la date d'entrée en vigueur et telle qu'administrée par la London Court of International Arbitration". Le demandeur a demandé au Secrétaire général de la Cour de désigner une autorité de nomination pour se prononcer sur une récusation. Le Secrétaire général de la Cour a désigné la London Court of International Arbitration autorité de nomination.

président. Dans une affaire, le Secrétaire général de la Cour a aidé à parvenir à un accord aux termes duquel chaque arbitre pratiquait un taux individuel comparable à celui qu'il aurait normalement appliqué dans son pays d'origine; ces taux diffèrent sensiblement entre eux. L'avantage de cette approche est d'éviter que tous les arbitres appliquent le taux le plus élevé.

Annexe

Augmentation du nombre d'affaires d'autorité de nomination à la CPA depuis 1976



IV. DROIT DES TRANSPORTS

A. Rapport du Groupe de travail III (Droit des transports) sur les travaux de sa dix-huitième session (Vienne, 6-17 novembre 2006) (A/CN.9/616) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
	Introduction	1-7
I.	Décisions et délibérations	8
II.	Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]	9-279
	Documents de transport et enregistrements électroniques concernant le transport – Chapitre 9 (*suite*)	9-82
	Projet d'article 39. Signature	10-13
	Projet d'article 40. Carence des données du contrat	14-28
	Projet d'article 41. Réserves concernant la description des marchandises dans les données du contrat	29-39
	Projet d'article 42. Moyen raisonnable de vérification et bonne foi	40-44
	Projet d'article 43. Présomption simple et preuve péremptoire	45-57
	Version révisée du projet d'article 43	58-68
	Projet d'article 44. Force probante des réserves	69-73
	Projet d'article 45. "Fret payé d'avance"	74-82
	Obligations du chargeur – Chapitre 8	83-113
	Projet d'article 31. Responsabilité du chargeur en cas de retard	83-100
	Propositions concernant la fixation d'une limite appropriée pour la responsabilité du chargeur en cas de retard	101-113
	Droits d'action – Chapitre 14	114-118
	Délai pour agir – Chapitre 15	119-160
	Projet d'article 69. Prescription des actions	127-133
	Projet d'article 70. Point de départ du délai de prescription	134-143
	Projet d'article 71. Prorogation du délai de prescription	144-147
	Projet d'article 72. Action récursoire	148-152
	Projet d'article 73. Demandes reconventionnelles	153-155
	Projet d'article 74. Actions contre l'affréteur coque nue	156-157

Article supplémentaire éventuel concernant le désistement d'instance en vertu du projet d'article 80-2 158-160

Limitation de la responsabilité du transporteur – Chapitre 13 161-215

Projet d'article 64. Fondement de la limitation de la responsabilité 162-180

Projet d'article 65. Responsabilité pour le préjudice causé par le retard. 181-194

Projet d'article 66. Déchéance du droit de limiter sa responsabilité 195-204

Projet d'article 104. Modification des limites 205-215

Relation avec d'autres conventions: projets d'articles 27, 89 et 90. 216-238

Débat général et projet d'article 27 216-228

Projet d'article 89. Instruments internationaux régissant d'autres modes de transport et projet d'article 90. Préséance sur des conventions antérieures 229-235

Projet d'article 64. Fondement de la limitation de la responsabilité (*suite*) 236-238

Avaries communes – Chapitre 18 239-244

Compétences – Chapitre 16 245-266

Arbitrage – Chapitre 17. 267-279

III. Questions diverses 280-281

Organisation des travaux futurs 280-281

Introduction

1. À sa trente-quatrième session, en 2001, la Commission a créé le Groupe de travail III (Droit des transports) et l'a chargé d'élaborer, en étroite coopération avec les organisations internationales intéressées, un instrument législatif sur des questions liées au transport international de marchandises, telles que le champ d'application, les obligations et la responsabilité du transporteur, la durée de cette responsabilité, les obligations du chargeur et les documents de transport[1]. Le Groupe de travail a commencé à examiner un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] à sa neuvième session, en 2002. On trouvera un historique actualisé de ce projet dans le document A/CN.9/WG.III/WP.71.

2. Le Groupe de travail III (Droit des transports), qui est composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa dix-huitième session à Vienne du 6 au 17 novembre 2006. Ont assisté à cette session des représentants des États membres suivants: Algérie, Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Bélarus, Bénin, Brésil, Canada, Chili, Chine, Colombie, Croatie, Espagne, États-Unis d'Amérique,

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 345.

Fédération de Russie, France, Gabon, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Mexique, Nigéria, Pakistan, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Suède, Suisse, Thaïlande, Tunisie, Turquie et Venezuela (République bolivarienne du).

3. Ont également assisté à la session des observateurs des États suivants: Bulgarie, Burkina Faso, Congo, Danemark, Finlande, Grèce, Indonésie, Iraq, Jamahiriya arabe libyenne, Lettonie, Malaisie, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Pérou, Philippines, République démocratique du Congo, République dominicaine, Roumanie, Sénégal, Slovaquie, Ukraine et Yémen.

4. Ont en outre assisté à la session des observateurs des organisations internationales suivantes:

a) **Système des Nations Unies**: Commission économique des Nations Unies pour l'Europe (CEE) et Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED);

b) **Organisations intergouvernementales**: Commission européenne, Conseil de l'Union européenne et Organisation intergouvernementale pour les transports internationaux ferroviaires (OTIF);

c) **Organisations internationales non gouvernementales invitées par le Groupe de travail**: Association européenne des étudiants en droit (ELSA), Association of American Railroads (AAR), BIMCO, Center for International Legal Studies (CILS), Chambre de commerce internationale (CCI), Chambre internationale de la marine marchande, Comité maritime international (CMI), Conseil des chargeurs européens (ESC), Fédération internationale des associations de transitaires et assimilés (FIATA), International Group of Protection and Indemnity (P&I) Clubs, International Multimodal Transport Association (IMMTA), Union internationale d'assurances transports et Union internationale des transports routiers (IRU).

5. Le Groupe de travail a élu les membres du Bureau ci-après:

Président: M. Rafael Illescas (Espagne)

Rapporteur: M. Walter de Sá Leitão (Brésil)

6. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants:

a) Ordre du jour provisoire annoté et rectificatif (A/CN.9/WG.III/WP.71 et A/CN.9/WG.III/WP.71/Corr.1);

b) Un document sur les documents de transport et les enregistrements électroniques concernant le transport présenté pour information par le Gouvernement des États-Unis d'Amérique à sa dix-septième session, mais dont l'examen n'avait pas été achevé à cette session (A/CN.9/WG.III/WP.62);

c) Un document sur la limitation de la responsabilité du transporteur dans le projet de convention présenté pour information par le Gouvernement chinois (A/CN.9/WG.III/WP.72);

d) Un document contenant en annexe les observations et les propositions de la Chambre internationale de la marine marchande, du BIMCO et de l'International

Group of P&I Clubs concernant les questions inscrites à l'ordre du jour de la dix-huitième session du Groupe de travail (A/CN.9/WG.III/WP.73);

e) Un document sur la responsabilité du chargeur en cas de retard présenté par le Gouvernement suédois (A/CN.9/WG.III/WP.74);

f) Une note du secrétariat contenant une version révisée du chapitre 16 (Compétence) du projet de convention (A/CN.9/WG.III/WP.75);

g) Un document sur les droits d'action et le délai pour agir dans le projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] présenté, pour information par le Gouvernement japonais (A/CN.9/WG.III/WP.76);

h) Une proposition du Gouvernement des États-Unis d'Amérique relative à la procédure de modification des limites prévues dans le projet de convention (A/CN.9/WG.III/WP.77);

i) Une note du secrétariat sur la relation entre le projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] et d'autres conventions (A/CN.9/WG.III/WP.78); et

j) Un document contenant une proposition de texte des Gouvernements italien et néerlandais relative à la disposition sur l'identité du transporteur dans le projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] (A/CN.9/WG.III/WP.79).

7. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour ci-après:

1. Élection du Bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer].
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

I. Délibérations et décisions

8. Le Groupe de travail a poursuivi l'examen du projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] ("le projet de convention") en se fondant sur le texte figurant dans les annexes d'une note du secrétariat (A/CN.9/WG.III/WP.56) et a étudié divers textes révisés et propositions, notamment la proposition de la Chambre internationale de la marine marchande, du BIMCO et de l'International Group of P&I Clubs concernant les questions inscrites à l'ordre du jour de la dix-huitième session du Groupe de travail (A/CN.9/WG.III/WP.73); la version révisée du chapitre 16 (Compétence) du projet de convention (A/CN.9/WG.III/WP.75); la proposition du Gouvernement des États-Unis d'Amérique relative à la procédure de modification des limites prévues dans le projet de convention (A/CN.9/WG.III/WP.77); la proposition des Gouvernements italien et néerlandais relative à la disposition sur l'identité du transporteur dans le projet de convention (A/CN.9/WG.III/WP.79). Le secrétariat a

été prié d'établir une version révisée d'un certain nombre de dispositions en tenant compte des délibérations et des conclusions du Groupe de travail, qui sont résumées dans la section II ci-après.

II. Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]

Documents de transport et enregistrements électroniques concernant le transport – Chapitre 9 (*suite*)

9. Il a été rappelé au Groupe de travail que son examen le plus récent du projet de chapitre 9 sur les documents de transport et les enregistrements électroniques concernant le transport remontait à sa dix-septième session (voir A/CN.9/594, par. 216 à 233), mais que, faute de temps, celui-ci avait été interrompu jusqu'à la session en cours. Il a également été rappelé que son examen complet le plus récent de ce sujet remontait à sa onzième session (voir A/CN.9/526, par. 24 à 61) et qu'une proposition écrite relative à l'identité du transporteur dans le projet d'article 40-3 lui avait été présentée pour examen à la présente session (voir A/CN.9/WG.III/WP.79). Pour son examen des dispositions du chapitre 9, le Groupe de travail s'est fondé sur le texte figurant dans les annexes I et II du document A/CN.9/WG.III/WP.56, le texte des dispositions dans le document A/CN.9/WG.III/WP.62 reprenant celui du projet de convention actuel figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, sans modifications.

Projet d'article 39. Signature

10. Le Groupe de travail a examiné le projet d'article 39 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 et reproduit au paragraphe 19 du document A/CN.9/WG.III/WP.62. Il a été rappelé qu'il l'avait jugé acceptable quant au fond à sa onzième session (voir A/CN.9/526, par. 32) et que la seule modification qui lui avait été apportée depuis concernait le paragraphe 2, dans un souci d'harmonisation avec les changements apportés au projet de convention à propos de la communication électronique (voir A/CN.9/576, par. 201 à 205).

11. Le Groupe de travail a été informé qu'à l'occasion des consultations informelles sur le projet d'article 39, on avait indiqué qu'il souhaiterait peut-être examiner si le projet de convention devrait contenir une définition de la signature, s'inspirant par exemple de celle contenue à l'article 14-3 des Règles de Hambourg ou à l'article 5 k) de la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (voir A/CN.9/WG.III/WP.62, par. 22). L'inclusion d'une telle définition n'a bénéficié d'aucun appui au sein du Groupe de travail. On a fait valoir qu'elle était inutile et que l'on pourrait déterminer en quoi consistait une signature selon les besoins commerciaux concrets.

12. La proposition d'ordre rédactionnel (voir A/CN.9/WG.III/WP.62, par. 24) visant à supprimer les références au "pouvoir" dans les projets de paragraphes 1 et 2 a été soutenue. Il a été convenu que le soin de déterminer les conséquences d'une signature non autorisée devrait être laissé au droit interne.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 39

13. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

- De conserver le projet d'article 39 contenu dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56;
- De remplacer les mots "par le transporteur ou par une personne ayant reçu pouvoir de ce dernier", au projet de paragraphe 1, par une formule du type "par le transporteur ou en son nom"; et
- De remplacer les mots "du transporteur ou d'une personne ayant reçu pouvoir de ce dernier", au projet de paragraphe 2, par une formule du type "du transporteur ou d'une personne agissant en son nom".

Projet d'article 40. Carence des données du contrat

14. Le Groupe de travail a ensuite examiné le projet d'article 40 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 et reproduit au paragraphe 25 du document A/CN.9/WG.III/WP.62.

Paragraphe 1

15. Il a été noté que le paragraphe 1 énonçait une règle générale selon laquelle le défaut d'une ou plusieurs des données du contrat visées à l'article 38-1 ou l'inexactitude de ces données n'avait pas en soi d'incidence sur la nature juridique ou la validité du document de transport ou de l'enregistrement électronique concernant le transport. Le Groupe de travail a approuvé le paragraphe 1 quant au fond.

Paragraphe 2 "est réputée être"

16. Il a été rappelé que le paragraphe 2 énonçait une règle visant à lever toute ambiguïté concernant la signification de la date indiquée dans les données du contrat. Il a été demandé si les mots "est considérée comme étant" créaient une présomption sauf preuve contraire ou une présomption irréfragable pour l'interprétation d'une telle date. On a appuyé l'avis selon lequel les mots "est considérée comme étant" devraient être interprétés comme créant une présomption irréfragable et que l'on pourrait revoir le paragraphe de manière à clarifier ce point, éventuellement en employant une formule telle que "est réputée être".

Paragraphe 3 – L'identité du transporteur

17. Le Groupe de travail a examiné le texte du paragraphe 3 du projet d'article 40, tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, concernant les documents de transport et les enregistrements électroniques concernant le transport qui n'indiquaient pas clairement l'identité du transporteur. À cette occasion, il a examiné la proposition de libellé figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.79.

18. À titre d'introduction, il a été expliqué que les divers éléments de cette proposition visaient à traiter principalement trois problèmes que semblait soulever l'identification du transporteur dans les documents de transport et les enregistrements électroniques concernant le transport. Le premier problème, a-t-on dit, se posait lorsque le recto d'un tel document ou enregistrement n'était pas clair

et, au lieu d'identifier le transporteur, n'en indiquait par exemple que la raison sociale ou les agents de réservation (voir A/CN.9/WG.III/WP.79, par. 3). Il a été proposé, conformément aux exigences en matière d'identification du transporteur énoncées aux articles 23 a) i) et 26 a) i) des Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU 500), de modifier comme suit le projet d'article 38-1 e) concernant les données du contrat nécessaires: "le nom et l'adresse d'une personne identifiée comme étant le transporteur". Le Groupe de travail a soutenu dans l'ensemble cette proposition, mais on a rappelé que les RUU 600 seraient publiées prochainement et qu'il devrait les examiner pour s'assurer que le projet de convention était aligné sur elles à ce sujet.

19. Le deuxième problème pratique traité dans la proposition du document A/CN.9/WG.III/WP.79 (voir par. 4 dudit document) se posait, a-t-on indiqué, lorsque les informations imprimées en petits caractères au verso d'un document de transport dans la clause dite d'"identité du transporteur" contredisaient celles qui identifiaient le transporteur au recto du document. Pour lever cette ambiguïté, il a été proposé d'insérer dans le projet d'instrument une disposition selon laquelle les informations relatives à l'identification du transporteur qui figuraient au recto d'un document de transport ou d'un enregistrement électronique concernant le transport priment toutes informations contradictoires figurant au verso (voir A/CN.9/WG.III/WP.79, par. 4). Le Groupe de travail a appuyé la proposition, étant entendu toutefois qu'il faudrait prendre soin, lors de la rédaction de la disposition, de trouver un libellé approprié pour parler du "verso" d'un enregistrement électronique concernant le transport.

20. Le troisième problème pratique abordé dans la proposition du document A/CN.9/WG.III/WP.79 se posait lorsque, malgré les règles existantes, l'identité du transporteur n'était toujours pas claire dans le document de transport ou l'enregistrement électronique concernant le transport, par exemple lorsque le document ou l'enregistrement était signé par le capitaine, ou en son nom, sans qu'il soit indiqué à quel titre ce dernier exerçait ce pouvoir. En pareille circonstance, il a été proposé que la règle subsidiaire pour l'identification du transporteur soit le texte figurant au paragraphe 5 dudit document, selon lequel le propriétaire inscrit était présumé être le transporteur à moins qu'il n'identifie l'affréteur coque nue ou que lui-même ou l'affréteur coque nue ne réfute la présomption en identifiant le transporteur. Un corollaire de l'acceptation de cet élément de la proposition a été présenté au paragraphe 6 du même document, prévoyant une prolongation du délai de prescription pendant lequel l'ayant droit pouvait intenter une action dans de tels cas. Il a été indiqué que le droit interne avait dans certains cas prévu des solutions à ce problème, mais qu'elles n'étaient pas uniformes. On a estimé en outre que, s'il pouvait être inapproprié de présumer que le propriétaire inscrit était le transporteur dans des cas où, par exemple, il s'agissait d'une institution financière, le propriétaire était néanmoins le mieux placé pour identifier le transporteur et, de ce fait, pour réfuter la présomption.

21. Le Groupe de travail a appuyé dans l'ensemble cette tentative de trouver une solution de compromis au problème persistant de l'identification du transporteur. L'approche particulière du problème adoptée dans la proposition a également été soutenue en principe.

22. On s'est toutefois inquiété de la présomption selon laquelle le propriétaire inscrit du navire était le transporteur. On a estimé qu'une telle solution pour

identifier le transporteur risquait d'être particulièrement problématique dans le contexte du transport multimodal, où il se pouvait que le propriétaire inscrit du navire n'ait pas connaissance des autres parties du transport. Il a été noté aussi que la probabilité que le propriétaire inscrit soit le transporteur était très faible, et que celui-ci procédait peut-être à toute une série d'affrètements, de sorte qu'il pourrait ne pas savoir grand-chose de l'identité du transporteur. On a dit également qu'il était erroné de supposer que le propriétaire inscrit pouvait facilement avoir accès aux informations nécessaires pour réfuter la présomption selon laquelle il était le transporteur.

23. On a dit que la solution de compromis proposée au paragraphe 5 du document A/CN.9/WG.III/WP.79 concernant l'identification du transporteur posait d'autres difficultés. On a fait valoir que la présomption créée dans cette proposition risquait de réduire la marge de manœuvre des tribunaux car ils se prononçaient sur l'identité du transporteur responsable au cas par cas en prenant en considération tous les faits dont ils disposaient, y compris les divers indicateurs relatifs à l'identité du transporteur sur le document de transport ou l'enregistrement électronique concernant le transport, bien que ces indicateurs puissent être contradictoires. On a en outre exprimé la crainte qu'une disposition comme celle qui était proposée empêche les personnes ayant un droit sur les marchandises de se retourner contre la partie qu'elles estimaient être la plus responsable, et l'on a appuyé la suggestion selon laquelle, si la disposition relative à l'identité du transporteur était retenue, bien qu'il y ait une préférence pour sa suppression, il faudrait adopter aussi un texte qui pourrait être libellé comme suit: "Aucune disposition du présent article n'empêche l'ayant droit de prouver qu'une personne autre que le propriétaire inscrit est le transporteur."

24. Il a été indiqué aussi au sein du Groupe de travail que la discussion avait révélé que l'accord était général sur un certain nombre de questions. La première était que le transporteur contractant devrait être responsable de tout manquement au contrat de transport. Ensuite, le Groupe de travail s'était déjà mis d'accord sur le fait que le projet d'article 38 devrait exiger que le transporteur s'identifie dans le document de transport ou l'enregistrement électronique de transport. Il a été noté qu'une présomption quant à l'identité du transporteur n'était nécessaire que dans les situations où ledit transporteur ne s'était pas identifié, de sorte que le destinataire ne savait pas contre qui se retourner. On a appuyé le point de vue selon lequel, s'il était clair que le propriétaire inscrit n'avait peut-être pas toujours les meilleures informations sur l'identité du transporteur, il en avait sans doute quelques-unes sur son navire, et l'approche proposée ici était simplement un moyen d'attribuer la charge de l'identification du transporteur et de donner au destinataire un recours efficace. Il a également été suggéré, pour traiter les cas où un navire faisait l'objet d'affrètements successifs, de modifier la disposition de manière à permettre à chaque personne de la chaîne des contrats de réfuter la présomption selon laquelle elle était le transporteur.

25. À l'appui également de l'approche proposée au paragraphe 5 du document A/CN.9/WG.III/WP.79 en ce qui concerne l'identification du transporteur, on a indiqué qu'un certain nombre de recours dans le domaine du droit maritime adoptaient une approche similaire à l'égard de la responsabilité du propriétaire inscrit du navire, par exemple dans le cas de privilèges maritimes ou de la saisie conservatoire d'un navire.

Paragraphe 4

26. Le Groupe de travail a approuvé le paragraphe 4 quant au fond.

Paragraphe supplémentaire éventuel: Nombre d'originaux

27. Il a été rappelé que le Groupe de travail avait décidé à sa dix-septième session d'ajouter dans la liste du projet d'article 38 concernant les données du contrat le nombre d'originaux d'un document de transport négociable émis (voir A/CN.9/594, par. 230, 232 et 233). À cet égard a été soulevée la question de savoir s'il faudrait faire référence, dans le projet d'article 40, aux conséquences de la non-inclusion de cette information dans les données du contrat. Le Groupe de travail est convenu de considérer cette question comme un problème de rédaction que devrait trancher le secrétariat.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 40

28. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

- D'adopter le texte du projet de paragraphe 1;
- De modifier l'expression "est considérée comme étant", au projet de paragraphe 2, pour introduire une présomption irréfragable;
- D'adopter dans le texte du projet de convention les propositions rédactionnelles figurant aux paragraphes 3 et 4 du document A/CN.9/WG.III/WP.79;
- De conserver pour l'heure le texte existant du projet de paragraphe 3 entre crochets;
- De prier en outre le secrétariat de préparer un texte révisé de l'approche de la question de l'identité du transporteur au projet de paragraphe 3, sur la base des principes énoncés au paragraphe 5 du document A/CN.9/WG.III/WP.79 et des préoccupations soulevées par le Groupe de travail lors de son examen de ce texte;
- D'examiner la proposition relative à la prolongation du délai de prescription lorsqu'il aurait examiné le texte révisé à établir concernant le problème de l'identité du transporteur;
- D'adopter le texte du projet de paragraphe 4; et
- De prier le secrétariat d'établir une nouvelle version du projet d'article 40 en tenant compte des délibérations et conclusions ci-dessus.

Projet d'article 41. Réserves concernant la description des marchandises dans les données du contrat

29. Le Groupe de travail a examiné ensuite le projet d'article 41 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 et reproduit au paragraphe 35 du document A/CN.9/WG.III/WP.62.

30. Il a été rappelé que ce projet d'article partait du principe que le chargeur était toujours en droit d'obtenir un document de transport ou un enregistrement électronique concernant le transport reprenant les informations qu'il avait fournies

au transporteur mais que, dans certains cas, le transporteur devrait avoir le droit d'assortir ces informations de réserves. Il a été indiqué au Groupe de travail que quelques-unes des propositions rédactionnelles faites à sa onzième session (voir A/CN.9/526, par. 37) mais qui n'avaient pas été prises en compte dans le texte du projet de convention avaient été dans une certaine mesure approuvées lors de consultations informelles.

Distinction entre marchandises conteneurisées et marchandises non conteneurisées

31. Il a été proposé soit de supprimer l'alinéa b) et d'appliquer l'alinéa a) aux marchandises conteneurisées, soit d'insérer à l'alinéa b) un texte semblable à celui du sous-alinéa ii) de l'alinéa a) du projet d'article 41, pour les cas où le transporteur avait des raisons de considérer que les informations fournies par le chargeur sur le contenu du conteneur étaient inexactes (voir A/CN.9/526, par. 37, et A/CN.9/WG.III/WP.62, par. 38).

32. À cet égard, on s'est interrogé sur la validité de la distinction entre marchandises conteneurisées et marchandises non conteneurisées dans le projet d'article 41. On s'est demandé si cette distinction reflétait exactement la situation actuelle dans le secteur, car d'autres moyens de transport, comme les remorques, étaient parfois utilisés pour les marchandises aussi. Il a également été estimé que l'alinéa b) apportait un nouvel élément à la discussion, en introduisant la notion de conteneur "fermé", et qu'on ne voyait pas bien ce que ce terme signifiait ni si, par exemple, une remorque scellée pouvait être considérée comme un "conteneur fermé".

33. À l'appui de la structure actuelle de l'article, il a été dit que la distinction était valable du fait que, dans la pratique, les marchandises conteneurisées et les marchandises non conteneurisées étaient traitées différemment et que l'on présumait que le transporteur n'ouvrirait pas un conteneur pour en inspecter le contenu. La disposition, a-t-on également dit, tenait compte de diverses pratiques et la définition large du terme "conteneur", à l'article 1 y), était suffisante pour englober d'autres types d'unités de chargement, comme les remorques. En revanche, l'idée de fusionner les alinéas b) et c) a bénéficié d'un certain soutien, car tous deux portaient sur les conteneurs fermés, bien que le premier traitât de la quantité et de la description des marchandises placées dans un conteneur, alors que le second concernait le poids des marchandises. En outre, il a été proposé de parler à l'alinéa b) d'une description des marchandises comme à l'article 38-1 a).

Obligation du transporteur de justifier ses réserves

34. Il avait par ailleurs été suggéré, à la onzième session, de faire obligation au transporteur qui décidait d'assortir de réserves les informations mentionnées dans le document de transport de justifier ces réserves. Cette suggestion n'a pas été appuyée.

Acceptation par le transporteur de ne pas faire de réserves en échange de la garantie du chargeur et notion de "bonne foi"

35. Il a en outre été proposé de traiter le cas où le transporteur acceptait de ne pas apporter de réserves à la description des marchandises en échange d'une lettre de garantie du chargeur, en prévoyant des sanctions ainsi que la déchéance du droit de

se prévaloir des limites de responsabilité prévues dans le projet de convention, lorsque le transporteur, agissant de mauvaise foi, convenait volontairement de ne pas assortir de réserves les informations figurant dans les données du contrat. Il a été convenu, toutefois, que la question des sanctions devrait être abordée dans les dispositions relatives à la déchéance du droit de limitation.

36. La notion de "bonne foi" mentionnée dans le projet d'article a donné lieu à un long échange de vues. On a émis des doutes à propos de l'emploi général de cette notion dans le chapeau de l'article 41, non seulement parce qu'elle était définie différemment d'un système juridique à l'autre mais aussi parce que l'explication qui en était donnée dans l'article 42, aux fins du projet d'article 41, était jugée trop restrictive. Il a été dit, à cet égard, que dans les systèmes juridiques qui reconnaissaient aux parties à des contrats commerciaux une obligation générale de bonne foi, un manquement à une telle obligation pouvait aussi se produire dans diverses situations qui n'étaient pas expressément mentionnées dans le projet d'article 42.

37. L'idée de donner des exemples de ce qu'il fallait entendre par "bonne foi" a été appuyée, étant donné qu'en cas de collusion entre le transporteur et le vendeur, ce serait le destinataire qui en subirait les conséquences. Toutefois, la suppression du terme "bonne foi" a été fortement soutenue. Il a été dit que le terme était susceptible de faire l'objet de différentes interprétations en fonction des systèmes juridiques et qu'il ne se rapportait pas uniquement à un contrat mais s'appliquait au comportement de toutes les parties. Il a également été noté que son inclusion pouvait être interprétée à tort comme sous-entendant que le reste de l'instrument n'exigeait pas un comportement de bonne foi. Il a été dit qu'une possibilité serait de supprimer le terme "bonne foi" mais d'inclure les éléments de l'alinéa b) i) et ii) du projet d'article 42 dans une règle énonçant les conditions de validité des réserves faites par le transporteur au titre du projet d'article 41.

"si le transporteur peut montrer"

38. On a demandé quelle était l'intention derrière la formule "si le transporteur peut montrer" utilisée dans les projets d'alinéas a) i) et c) i). Il a été avancé que si l'intention était que le transporteur puisse "montrer" au vendeur ou au destinataire, alors cela devait être expressément indiqué, mais l'avis a également été exprimé que les questions de preuve devaient être laissées au droit national et que l'expression "peut montrer" employée dans ces dispositions pouvait tout simplement être supprimée.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 41

39. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

- De supprimer le terme "bonne foi" du chapeau de l'article 41 et de l'article 42 et d'inclure éventuellement des éléments de la description de l'article 42 à un endroit approprié de l'article 41;
- De conserver la distinction entre marchandises conteneurisées et marchandises non conteneurisées, tout en envisageant cependant de clarifier la signification du terme "conteneur fermé", pour indiquer que celui-ci faisait référence au cas où il était difficile pour le transporteur d'inspecter les marchandises, et de simplifier les alinéas b) et c); et

– De demander au secrétariat de préparer une nouvelle version du projet d'article en tenant compte des délibérations et conclusions ci-dessus.

Projet d'article 42. Moyen raisonnable de vérification et bonne foi

40. Il a été rappelé qu'à la onzième session du Groupe de travail, le projet d'article 42 avait été jugé généralement acceptable quant au fond (voir A/CN.9/526, par. 43), et que lors des consultations informelles tenues depuis sa dix-septième session, tous les représentants ayant examiné la question avaient appuyé le projet d'article 42 quant au fond dans sa rédaction actuelle (voir par. 41 du document A/CN.9/WG.III/WP.62).

41. Il a été convenu que les questions abordées à propos du projet d'article 41, par exemple, la décision de supprimer la référence à la "bonne foi", devaient l'être également, le cas échéant, en relation avec l'article 42.

42. Il a été proposé d'ajouter à la fin de l'alinéa a) le texte suivant: "et ne doit pas nécessiter d'expertise technique ou entraîner des frais autres que ceux découlant d'un examen ordinaire des marchandises". Il a été estimé que, si cette proposition était acceptée, il serait par conséquent nécessaire de reformuler le projet d'article 38-1 a) de la manière suivante: "Le transporteur est tenu d'inclure dans le document de transport une description des marchandises telle qu'elle a été fournie par le chargeur. Toutefois, il n'est pas obligé d'inclure de longues descriptions sans rapport avec le contrat de transport ou des descriptions techniques détaillées des marchandises qui, même si elles pouvaient être contrôlées par le transporteur, ne sont pas nécessaires afin d'identifier raisonnablement les marchandises ou risquent d'imposer au transporteur une obligation de contrôle excessive." Bien que certains aient exprimé une certaine compréhension pour le problème potentiel lié à une obligation accrue pour le transporteur ou à l'insertion de trop nombreux détails dans le contrat de transport, le texte additionnel proposé n'a pas été appuyé. Il a été convenu que la question que ce texte cherchait à couvrir était déjà englobée dans la formule "commercialement raisonnable". Les craintes éventuelles selon lesquelles le terme "commercialement raisonnable" serait trop imprécis pour englober l'intention de la proposition pourraient être dissipées, par exemple, dans un commentaire sur le projet de convention que le secrétariat souhaiterait peut-être rédiger.

43. Il a été noté que la décision de supprimer les références à la bonne foi dans le projet d'article 41 entraînerait la suppression des alinéas b) et c) du projet d'article 42. Aussi a-t-il été suggéré que le reste du projet d'article 42 (al. a)) soit inséré à un endroit approprié du projet d'article 41.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 42

44. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– D'inclure l'alinéa a) dans une version révisée du projet d'article 41; et

– De supprimer les alinéas b) et c), suite à la décision de supprimer les références à la "bonne foi" dans l'article 42, et d'inclure éventuellement dans un projet d'article 41 révisé les éléments qui caractérisaient la bonne foi d'un transporteur.

Projet d'article 43. Présomption simple et preuve péremptoire

Débat général

45. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d'article 43 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 et reproduit au paragraphe 42 du document A/CN.9/WG.III/WP.62. Il a été rappelé qu'il avait accepté ce projet d'article quant au fond à sa onzième session (voir A/CN.9/526, par. 44 à 48).

46. À titre d'introduction, il a été rappelé au Groupe de travail que le projet d'article 43 énonçait, sous réserve du projet d'article 44, les conditions dans lesquelles les documents de transport ou les enregistrements électroniques concernant le transport qui attestaient la réception des marchandises constitueraient une présomption irréfragable de la réception par le transporteur des marchandises décrites dans les données du contrat, et les cas dans lesquels ils devraient être uniquement considérés comme une présomption simple de cette réception. Le Groupe de travail a approuvé le texte figurant dans le projet d'article 43 a).

47. Le Groupe de travail est convenu que l'aspect le plus controversé du projet d'article 43 était son alinéa b) ii) concernant la force probante des documents de transport non négociables ou des enregistrements électroniques non négociables concernant le transport. Il a été rappelé que la variante A de ce projet d'alinéa avait une portée légèrement plus étendue que la variante B, car elle ne limitait pas la protection qu'elle accordait aux tiers à ceux qui avaient acheté et payé les marchandises en se fiant à leur description figurant dans les données du contrat, et qu'elle s'appliquerait donc, par exemple, à une banque qui s'était fiée aux données du contrat pour avancer une somme au destinataire.

48. On a rappelé au Groupe de travail qu'une troisième variante C de cet alinéa avait été proposée dans le document A/CN.9/WG.III/WP.68, afin de prendre en compte les connaissements à personne dénommée, dont il avait approuvé l'inclusion dans le projet de convention (voir A/CN.9/594, par. 208 à 211). Le texte proposé pour la variante C de l'alinéa b) ii), qui était destinée à remplacer les variantes A et B, était libellé comme suit (voir A/CN.9/WG.III/WP.68, par. 21): "Si un document de transport non négociable ou un enregistrement électronique non négociable concernant le transport indiquant qu'il doit être remis pour l'obtention de la livraison des marchandises a été émis, si ce document ou cet enregistrement a été transféré au destinataire agissant de bonne foi."

Négociable ou non négociable

49. À titre d'explication de la variante C, il a été rappelé au Groupe de travail que la règle fondamentale concernant la valeur probante voulait que les documents et enregistrements négociables soient considérés comme constituant une présomption irréfragable tandis que les documents et enregistrements non négociables étaient considérés comme constituant une présomption simple. Il a été dit que seules faisaient exception à ce principe général les lettres de transport maritime, auxquelles on était convenu d'appliquer les Règles uniformes pour les lettres de transport maritime ("Uniform Rules for Sea Waybills") du Comité maritime international (CMI). Dans le souci d'en élever le statut et d'en renforcer l'utilisation, elles étaient réputées constituer une présomption irréfragable dans les relations entre le transporteur et le destinataire. On a dit que la principale objection à l'application du statut de présomption irréfragable aux documents et enregistrements non

négociables dans les termes des variantes A ou B était qu'il paraissait peu souhaitable de conférer un tel statut sur la base d'un acte unilatéral du destinataire, à savoir s'être fié à la description des marchandises. Il a été avancé que s'il était justifié de conférer le statut de présomption irréfragable aux connaissements à personne dénommée qui comprenaient une règle de présentation, ce n'était pas le cas des autres documents et enregistrements non négociables. La formule de la variante C a bénéficié d'un certain appui.

50. À titre de précision supplémentaire, il a été observé que les Règles de La Haye n'avaient, à l'origine, conféré qu'un statut de présomption simple aux connaissements ou aux documents similaires formant titre, et que le Protocole de Visby de 1968 avait modifié ces Règles pour leur donner aussi le statut de présomption irréfragable. Il a été dit que cet amendement avait été apporté afin de régler des problèmes survenus en raison d'un manque d'uniformité dans l'application de la règle de la présomption simple aux connaissements qui avaient été transférés à des tiers agissant de bonne foi. De plus, il a été noté que l'amendement de 1968 ne faisait référence qu'aux connaissements et n'avait pas été étendu aux documents de transport non négociables, car le champ d'application des Règles de La Haye-Visby était limité aux connaissements et aux documents formant titre similaires.

51. On a émis des doutes sur le point de savoir si la force probante à conférer à un document ou à un enregistrement devait dépendre de sa négociabilité. Il a été dit que quatre catégories de documents devraient être prises en considération à ce sujet: les documents et enregistrements négociables, qui devraient constituer des présomptions irréfragables; les documents et enregistrements qui étaient de simples récépissés et ne devraient pas constituer des présomptions irréfragables; les connaissements à personne dénommée qui étaient non négociables mais devraient néanmoins avoir l'effet d'une présomption irréfragable; et enfin, les documents et enregistrements non négociables qui constataient un contrat de transport, tels que les lettres de transport maritime. On a estimé que la force probante attribuée aux trois premières catégories ne prêtait pour l'essentiel à aucune controverse mais que pour la dernière catégorie, l'une ou l'autre approche suivante pouvait être adoptée, à savoir disposer que le document ou l'enregistrement, sauf indication contraire à son recto, constituait ou bien une présomption irréfragable, ou bien seulement une présomption simple. Une règle selon laquelle la quatrième catégorie de documents constituerait une présomption irréfragable, sauf indication contraire au recto, a bénéficié d'un certain soutien. On a fait valoir en faveur de cette règle que celle-ci pourrait aussi être appropriée pour promouvoir l'utilisation accrue des lettres de transport maritime, là où un connaissement n'était pas nécessaire. On s'est toutefois inquiété de ce que cette approche ne soit facteur d'insécurité juridique, en permettant aux parties de modifier la nature juridique d'un document en y portant une certaine indication.

52. Une autre solution possible à la question de savoir quels documents et enregistrements devaient constituer une présomption simple et lesquels une présomption irréfragable a également été proposée. Il a été suggéré d'abandonner la distinction fondée sur le caractère négociable en faveur d'une approche dans laquelle le document ou l'enregistrement serait considéré comme une présomption simple dans tous les cas, sauf dans ceux où les trois conditions ci-après étaient remplies: la relation était entre le transporteur et un tiers autre que le chargeur, ce

tiers agissait de bonne foi et il se fiait à la description des marchandises figurant dans le document de transport ou l'enregistrement électronique concernant le transport. Lorsque ces trois conditions étaient remplies, le document ou l'enregistrement serait considéré comme constituant une présomption irréfragable.

53. Un point de vue bien arrêté persistait, selon lequel, à la seule exception des documents de transport non négociables ou des enregistrements électroniques non négociables concernant le transport indiquant qu'ils devaient être remis pour l'obtention de la livraison des marchandises, la règle de la présomption simple devrait s'appliquer généralement aux documents ou enregistrements non négociables tels que les lettres de transport maritime, tandis que la règle de la présomption irréfragable devrait s'appliquer uniquement aux documents de transport négociables et aux enregistrements électroniques négociables concernant le transport. Il a été dit que toute autre approche risquait d'être source de grande confusion concernant la nature juridique des documents ou des enregistrements. Ce point de vue se justifiait par la règle de base voulant que la personne transférant un document ou un enregistrement ne puisse transmettre à autrui des droits supérieurs à ceux qu'elle détenait elle-même et par l'exception à cette règle dans le cas d'instruments négociables, tels que les billets à ordre ou les connaissements, dont on pouvait invoquer les droits en se fondant sur le recto du document ou de l'enregistrement lui-même. On s'est toutefois demandé si ce raisonnement n'associait pas inutilement des concepts du droit de la cession à la force probante à attacher au document ou à l'enregistrement, lorsqu'il faisait fonction de récépissé, pour protéger les droits des tiers agissant de bonne foi.

54. On a fait observer aussi que la question ne devrait pas tant concerner le droit de la cession ou les conséquences strictes de la négociabilité que la répartition, entre le transporteur, qui avait des connaissances spécialisées et avait consigné les informations, et le destinataire innocent, du risque encouru en se fiant à des informations inexactes dans les données du contrat. Dans cet ordre d'idées, le Groupe de travail a été instamment prié de s'écarter des principes juridiques internes stricts et de prendre une décision qui permette de considérer dans certaines situations les documents ou enregistrements non négociables comme constituant des présomptions irréfragables, afin de faciliter les échanges.

55. Dans le souci de trouver un compromis, on a noté que le contenu des données du contrat était dicté par les prescriptions du projet d'article 38, et que le paragraphe 1 a), b) et c) de ce dernier mentionnait les informations à fournir par le chargeur, que le transporteur n'était pas explicitement tenu de vérifier. Il a en outre été fait observer que, le transporteur ne vérifiant jamais le contenu des conteneurs dans la pratique, la question de savoir si un document ou un enregistrement devait être considéré comme constituant une présomption simple ou une présomption irréfragable était d'application limitée puisqu'elle ne concernait pas du tout le commerce conteneurisé, et que les deux types de valeur probante avaient des effets semblables dans la pratique.

Action de "se fier" et notion de "bonne foi" en ce qui concerne les tiers

56. En outre, des préoccupations ont été exprimées concernant l'exigence énoncée au projet d'article 43 b) ii) selon laquelle la valeur probante d'un document de transport ou d'un enregistrement électronique concernant le transport dépendrait de la question de savoir si un tiers s'était effectivement fié à la description des

marchandises dans les données du contrat à son propre détriment. On a dit que cette approche était relativement peu connue dans les pays de droit romano-germanique et une préférence a été exprimée en faveur d'une solution plus générale reliant la valeur probante du document ou de l'enregistrement à sa fonction, éventuellement assortie d'une règle générale protégeant le porteur de bonne foi, à l'instar de la loi qui régissait les instruments négociables, tels que les lettres de change et les billets à ordre, dans de nombreux pays.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 43

57. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que si les avis avaient été convergents sur le libellé du projet d'alinéa a), l'examen du projet d'alinéa b) avait montré que les différences d'approche à l'égard de la force probante à conférer à certains documents de transport ou enregistrements électroniques concernant le transport, qu'ils soient négociables ou non, ne s'étaient pas encore suffisamment atténuées pour qu'un consensus se dégage au sein du Groupe de travail; et

– Que plusieurs propositions différentes avaient été faites au cours de la discussion, à la suite de laquelle le secrétariat a été prié de préparer une variante du projet de texte, en tenant compte des divers avis exprimés au sein du Groupe de travail, pour examen lors d'une discussion future.

Version révisée du projet d'article 43

58. Le Groupe de travail a rappelé ses discussions précédentes sur le projet d'article 43 relatif à la présomption simple et à la présomption irréfragable, et ses débats sur le projet d'alinéa b), qui avaient fait apparaître des différences de conception entre ses membres quant à la force probante à conférer aux informations figurant sur certains documents de transport ou enregistrements électroniques concernant le transport, qu'ils soient négociables ou non (voir plus haut, par. 45 à 57). Afin d'aplanir les divergences de vues sur l'article 43 b), on a proposé de modifier le libellé du projet d'article comme suit:

"Article 43. Force probante de la description des marchandises figurant dans le contrat

Sauf disposition contraire de l'article 44, un document de transport ou un enregistrement électronique concernant le transport qui constate la réception des marchandises constitue une présomption simple de la réception par le transporteur des marchandises décrites dans les données du contrat; et

a) La preuve contraire par le transporteur en ce qui concerne l'une quelconque des données du contrat relatives aux marchandises n'est pas admise lorsque ces données figurent dans:

i) Un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable concernant le transport qui est transféré à un tiers agissant de bonne foi; ou

ii) Un document de transport non négociable ou un enregistrement électronique non négociable concernant le transport indiquant qu'il doit

être remis pour l'obtention de la livraison des marchandises et qui est transféré au destinataire agissant de bonne foi.

b) La preuve contraire par le transporteur vis-à-vis du destinataire, agissant de bonne foi, n'est pas admise non plus en ce qui concerne les données du contrat relatives aux marchandises figurant dans un document de transport non négociable ou un enregistrement électronique non négociable concernant le transport, lorsque ces données sont fournies par le transporteur. Aux fins du présent alinéa, le nombre et le type de conteneurs sont réputés être des informations fournies par le transporteur."

Amendements à la proposition

59. Il a été précisé que les mots "données du contrat fournies par le transporteur", employés dans la proposition, désignaient l'ensemble des informations mentionnées aux alinéas d) à f) (inclus) du projet d'article 38-1 et dans le nouvel alinéa devant y être ajouté au sujet de l'indication du nombre de documents originaux émis. On a noté qu'il faudrait probablement compléter la dernière phrase de l'alinéa b) du projet d'article 43, de manière à ce que les renseignements portant sur le nombre et le type de conteneurs soient réputés avoir été fournis par le transporteur, tandis que les renseignements sur les scellés des conteneurs seraient réputés être fournis par le chargeur. En réponse, il a été proposé d'ajouter à l'alinéa b), après "conteneurs", les mots "leur numéro d'identification et les informations visées à l'article 38, paragraphe 1 d) à f) (inclus), ainsi que le nombre de documents originaux émis". Il a également été proposé d'ajouter à la fin de l'alinéa b) une phrase qui pourrait être libellée comme suit: "Le nombre de scellés apposés sur les conteneurs est réputé être une information fournie par le chargeur". Ces amendements ont été fermement appuyés.

60. On a noté que le chapeau de l'alinéa a) avait été modifié, l'expression "preuve péremptoire", jugée problématique, ayant été remplacée par la formule plus simple "preuve contraire". On avait en outre ajouté un nouveau sous-alinéa ii), issu de ce qui semblait être un consensus au sein du Groupe de travail quant à l'opportunité d'inclure dans le projet d'alinéa a) les connaissements à personne dénommée (voir plus haut, par. 48, 49, 51 et 53).

61. On a expliqué que l'esprit de la proposition était de préserver le statu quo s'agissant des documents de transport négociables et de parvenir à un compromis concernant la force probante à accorder aux documents de transport non négociables, afin de rapprocher les opinions différentes exprimées plus tôt à ce sujet (voir plus haut, par. 49 à 55). Sur ce point, la principale innovation reposait dans le projet d'alinéa b), qui illustrait la nature du compromis en établissant une séparation claire permettant de distinguer la valeur probante des informations figurant dans les données du contrat des documents non négociables selon qu'elles étaient fournies par le transporteur ou par le chargeur. Il a été dit que le transporteur ne devrait pas être autorisé à apporter vis-à-vis du destinataire la preuve contraire aux informations qu'il avait lui-même fournies dans ces documents, mais qu'une telle preuve devrait être admise lorsque les informations étaient fournies par le chargeur.

Débat général

62. Même si certaines préoccupations persistaient concernant le remplacement de la règle selon laquelle le tiers ou le destinataire se "fiait" aux informations par une règle selon laquelle il agissait de "bonne foi", et même si certains doutes ont été exprimés pour ce qui est de conférer une certaine valeur probante aux documents de transport non négociables, il a généralement été reconnu que la proposition constituait un pas en avant vers une solution de compromis. L'approche suivie dans le texte révisé du projet d'article 43 a été fortement appuyée par l'ensemble du Groupe de travail, en tant que compromis solide pour la poursuite du débat.

Alinéa b)

63. Il a été estimé qu'il serait peut-être difficile d'appliquer dans la pratique l'alinéa b) de la disposition proposée pour déterminer la force probante des informations contenues dans les données du contrat d'un document de transport non négociable si un transporteur décidait de formuler une réserve en vertu de l'article 41 a) ii) concernant les informations fournies par le chargeur. En réponse, il a été expliqué que, si le transporteur incluait une réserve concernant les informations du chargeur, telle que "contenu inconnu" ou "tel que fourni par le chargeur", la description des marchandises serait toujours fournie par le chargeur, alors que si le transporteur, estimant que la description du chargeur était incorrecte, incluait une clause avec sa propre description en vertu de l'article 41 a) ii), il le ferait à ses risques et périls, et cette clause serait considérée comme une information fournie par lui.

Inclusion d'un "simple récépissé"

64. On a fait observer avec inquiétude que la définition d'un document de transport ou d'un enregistrement électronique concernant le transport à l'alinéa n) du projet d'article premier était très large et pouvait inclure un simple récépissé. La question a été posée de savoir s'il convenait qu'un document de transport non négociable qui ne faisait que constater la réception soit visé par le projet d'alinéa b), puisqu'un simple récépissé était uniquement émis à titre de preuve de la réception entre le chargeur et le transporteur. Par contre, une lettre de transport maritime était un type de document non négociable différent, parce qu'elle prouvait le contrat de transport et identifiait le destinataire. Toutefois, on a exprimé l'avis que de simples récépissés devraient, parfois, être inclus dans le projet d'alinéa b), en fonction de leur nature. Par ailleurs, il a été noté que la plupart des régimes juridiques internes contenaient un principe général interdisant aux parties de présenter des preuves contraires à leurs déclarations. Finalement, il a été observé que, formulé ainsi, ce projet d'alinéa ne serait probablement pas souvent appliqué, car les simples récépissés ne rempliraient pas souvent de fonction dans les relations entre le transporteur et le destinataire. Certaines craintes ont toutefois subsisté concernant l'inclusion d'un simple récépissé dans le projet d'alinéa b), en ce qu'elle aurait un effet "d'estoppel", en particulier pour les régimes juridiques qui n'avaient pas de règle générale interdisant à une partie de s'en remettre à sa propre déclaration, et il a été dit qu'un effort pourrait être fait pour examiner la possibilité d'exclure les simples récépissés du projet d'alinéa b).

"fournie(s) par"

65. La question a également été posée de savoir si l'expression "fournie(s) par le transporteur" était suffisamment claire et l'on s'est inquiété de ce qu'elle pourrait entraîner des difficultés en matière de preuve, puisque le transporteur, le plus souvent, insérait les informations dans les données du contrat. Il a été répondu que l'obligation de prouver de qui provenait l'information ne serait pas trop lourde dans le contexte des transports modernes. Il a été noté que, par le passé, les transporteurs remettaient généralement des formulaires d'instruction au chargeur dans lesquels ce dernier devait fournir certaines informations précises, mais que, actuellement, il existait des pratiques établies dans le secteur pour savoir qui devait fournir quelle information.

"par le transporteur vis-à-vis du destinataire"

66. Il a aussi été demandé pourquoi l'application du projet d'alinéa b) se limitait au "transporteur vis-à-vis du destinataire". À ce sujet, il a été noté qu'un document de transport devait uniquement être signé par le transporteur, et que l'article 39 n'exigeait pas la signature du chargeur, mais que, avec la disposition actuelle, ce dernier ne serait pas protégé de la même manière que le destinataire. Il a été répondu que la position du destinataire était particulière, car il était concerné par l'opération sans être partie au contrat de transport, mais que le chargeur n'avait pas besoin de la même protection parce qu'il était partie au contrat de transport et participait à la fourniture d'informations dans les documents de transport.

Liberté des parties d'augmenter la valeur probante d'un document

67. En réponse à une question, il a été dit que, d'après le projet de convention, y compris le projet d'article 94, rien n'interdisait aux parties de convenir d'augmenter la valeur probante d'un document de transport non négociable en déclarant dans ce document qu'il constituait une présomption irréfragable. Il a toutefois été noté que les parties ne pourraient pas réduire la valeur probante d'un document et que, même si une telle déclaration au recto d'un document pouvait modifier sa valeur probante, elle ne pourrait pas modifier le statut négociable ou non du document.

Conclusions du Groupe de travail concernant le texte révisé du projet d'article 43

68. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

- Que la proposition de compromis, telle que modifiée à la fin de l'alinéa b), était acceptable quant au fond; et
- Que le secrétariat élaborerait un texte tenant compte des commentaires, pour examen à une session ultérieure.

Projet d'article 44. Force probante des réserves

69. Le Groupe de travail a examiné le texte du projet d'article 44 tel qu'actuellement rédigé et contenu dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 et reproduit au paragraphe 47 du document A/CN.9/WG.III/WP.62, ainsi qu'une variante de ce texte, figurant au paragraphe 49 du document A/CN.9/WG.III/WP.62. Il lui a été rappelé que ce projet d'article énonçait l'effet pratique des réserves qui satisfaisaient aux prescriptions du projet d'article 41, et permettaient ainsi de primer la présomption simple ou la présomption irréfragable qui existerait normalement en

vertu du projet d'article 43. Il lui a été rappelé aussi que l'avis avait été exprimé à sa onzième session que le projet d'article 44, dans sa forme actuelle, favorisait le transporteur, car il lui permettait de se prévaloir de ses réserves quelle que soit la façon dont les marchandises avaient été traitées (A/CN.9/526, par. 50, voir aussi par. 49 à 52). La variante proposait une approche plus restrictive, permettant au transporteur de se prévaloir des réserves uniquement s'il pouvait apporter la preuve d'une chaîne de possession en livrant un conteneur pour l'essentiel dans l'état dans lequel il l'avait reçu.

70. La variante reproduite au paragraphe 49 du document A/CN.9/WG.III/WP.62 a bénéficié d'un certain soutien au sein du Groupe de travail, du fait, a-t-on dit, qu'elle représentait un compromis commercial qui préservait l'équilibre entre les intérêts des chargeurs et ceux des transporteurs. Il a été expliqué en outre que cette variante avait été rédigée avec soin pour autoriser les réserves là où celles-ci l'avaient rarement été auparavant, mais que l'on avait veillé à ce que le texte n'autorise pas de telles réserves dans tous les cas sans tenir compte du soin avec lequel le transporteur s'était occupé des marchandises.

71. Le texte du projet d'article 44 tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 a été fermement appuyé au sein du Groupe de travail. En réponse aux préoccupations exprimées à propos de la nécessité de s'assurer que le transporteur s'était occupé avec soin des marchandises, il a été dit que le fait que les réserves devaient satisfaire aux prescriptions du projet d'article 41 devrait suffire à cet égard, outre que le projet d'article 44 n'autorisait leur mise en œuvre que si elles étaient apportées à la description des marchandises.

72. Des éclaircissements ont été demandés sur le lien entre les projets d'articles 41 et 44, et l'on s'est interrogé en particulier sur la nécessité de ce dernier, compte tenu du membre de phrase, au projet d'article 41, selon lequel le transporteur "ne répond pas de l'exactitude des informations fournies par le chargeur." Il a été répondu que, alors que le projet d'article 41 prévoyait l'insertion d'une réserve spécifique remplissant certaines conditions, l'article 44 était jugé nécessaire parce qu'il énonçait l'effet juridique d'une telle réserve. Il a également été précisé que la présomption simple ou la présomption irréfragable que constituait le document ou l'enregistrement n'était pas entièrement primée par la réserve, puisque le document ou l'enregistrement contenait certaines informations auxquelles il n'était pas permis d'apporter des réserves. Étant donné la préférence du Groupe de travail pour le texte figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, il a toutefois été suggéré que l'on envisage, sur le plan rédactionnel, de simplifier le texte en fusionnant l'article 44 avec l'article 41.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 44

73. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– De conserver le texte du projet d'article 44 mais d'en revoir la rédaction lorsque le texte du projet d'article 41 aura été finalisé, et d'envisager de fusionner les deux projets d'articles.

Projet d'article 45. "Fret payé d'avance"

74. Il a été rappelé que, malgré la suppression, à la treizième session du Groupe de travail, du chapitre proposé relatif au fret, le projet d'article 45 de ce chapitre avait

été conservé entre crochets dans le texte du projet de convention. Il a été rappelé au Groupe de travail que la disposition préservait le droit du transporteur de percevoir le fret auprès du destinataire à moins qu'une mention telle que "fret payé d'avance", ne figure dans le document de transport négociable ou l'enregistrement électronique négociable concernant le transport. Il a été rappelé aussi que les tenants du projet d'article avaient déclaré que son inclusion visait essentiellement à protéger les tiers porteurs, par exemple les banques, d'un document de transport et à clarifier leur situation (A/CN.9/552, par. 163 et 164).

75. Le Groupe de travail a examiné trois options pour le traitement du projet d'article 45: le supprimer totalement, le modifier pour qu'il soit en conformité sur le fond avec l'article 16-4 des Règles de Hambourg, ou le conserver tel quel.

Suppression du projet d'article

76. Certains se sont déclarés favorables à la suppression du projet d'article 45. Il a été dit à cet égard qu'étant donné que l'on avait laissé le soin à la loi nationale de déterminer les conditions générales dans lesquelles le fret devrait être payé, il n'y avait pas lieu de traiter des circonstances dans lesquelles où il n'aurait pas à l'être dans le projet de convention. On a également fait valoir que le paiement du fret était une question commerciale dont le règlement devrait être laissé aux parties.

Révision du projet d'article pour qu'il soit en conformité avec l'article 16-4 des Règles de Hambourg

77. L'option consistant à modifier le projet d'article 45 pour qu'il soit en conformité avec l'article 16-4 des Règles de Hambourg a bénéficié d'un certain soutien. On s'est toutefois inquiété de cette disposition des Règles de Hambourg, car elle contenait, en ce qui concerne le paiement du fret, une présomption inverse de celle du projet d'article 45, de sorte que le transporteur, en vertu de ces Règles, ne serait pas en droit de percevoir le fret auprès du destinataire, à moins qu'une mention, telle que "fret payable par le destinataire", n'apparaisse sur le document de transport.

Maintien du projet d'article

78. Bien que l'on ait généralement considéré que cette disposition abordait un problème pratique mais n'était pas une disposition fondamentale du projet de convention, son maintien, dans sa formulation actuelle, a eu des partisans. On a dit qu'elle représentait simplement ce qui était une pratique internationale ne prêtant pas à controverse, à savoir que s'il avait été indiqué que le fret avait été payé d'avance, le transporteur ne pouvait pas le réclamer au destinataire.

79. Comme argument supplémentaire en faveur du maintien du projet de disposition, on a rappelé que ce dernier visait à résoudre deux problèmes d'ordre pratique. Premièrement, si un document de transport ou un enregistrement électronique concernant le transport contenait la mention "fret payé d'avance", il clarifiait la position des banques (et des tiers en général), qui ne seraient jamais redevables du fret; et deuxièmement, il réfuterait l'argument injustifié opposé par un chargeur à un transporteur cherchant à obtenir de lui paiement du fret, argument selon lequel un document portant la mention "fret payé d'avance" était un récépissé émis par le transporteur prouvant que le fret a en fait déjà été payé (voir

A/CN.9/WG.III/WP.62, par. 57). On s'est déclaré en faveur du maintien du projet d'article, au motif qu'il réglait ces problèmes pratiques.

Droit de rétention du transporteur et autres propositions d'ordre rédactionnel

80. Il a été noté que, si le projet d'article, tel qu'il était actuellement rédigé, confirmait qu'un destinataire ou un autre tiers n'était pas tenu de payer le fret, il n'excluait pas explicitement la possibilité qu'un transporteur invoque un droit de gage ou de rétention pour contraindre le destinataire ou un autre tiers à payer pour obtenir livraison. Bien que l'on se soit inquiété de l'introduction du droit de rétention dans cette disposition, du fait que le Groupe de travail était convenu de l'insérer ailleurs dans le projet de convention (voir A/CN.9/594, par. 114 à 117), l'inclusion d'un texte semblable à celui qui figurait au paragraphe 59 du document A/CN.9/WG.III/WP.62 pour traiter cette situation a été appuyée.

81. Il a été expliqué que cette disposition avait été à l'origine limitée aux documents de transport négociables car c'est à leur sujet que des problèmes s'étaient posés. On a toutefois soutenu la proposition d'étendre le projet de disposition aux documents de transport non négociables et aux enregistrements électroniques non négociables concernant le transport, étant entendu qu'il pourrait être nécessaire de revoir cette décision lorsque le Groupe de travail se serait prononcé sur le texte du projet d'article 43 relatif à la présomption simple et à la présomption irréfragable (à ce propos, voir le texte révisé et le débat s'y rapportant aux paragraphes 58 à 68 ci-dessus). Il a été suggéré en outre d'inclure au projet d'article 45 l'obligation pour les parties d'agir de bonne foi, en s'inspirant de l'article 43.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 45

82. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

- De modifier le texte du projet d'article:
  - En y incorporant un texte s'inspirant de celui qui figure au paragraphe 59 du document A/CN.9/WG.III/WP.62;
  - En adoptant une formulation plus large de manière à couvrir à la fois les documents de transport négociables et non négociables; et
  - En envisageant d'insérer l'obligation pour les parties d'agir de bonne foi, en conformité avec l'article 43.

Obligations du chargeur – Chapitre 8

Projet d'article 31. Responsabilité du chargeur en cas de retard

Débat général sur le problème de la responsabilité en cas de retard

83. Il a été rappelé que le Groupe de travail avait examiné la question de la responsabilité du chargeur en cas de retard pour la dernière fois à sa dix-septième session (voir A/CN.9/594, par. 199 à 207) et, avant cela, à sa seizième session (voir A/CN.9/591, par. 133 et 143 à 147). Il a aussi été rappelé qu'un document contenant des informations sur le retard avait été présenté par le Gouvernement suédois

(A/CN.9/WG.III/WP.74) et que des propositions écrites sur le sujet avaient été soumises au Groupe de travail pour examen à la session en cours (voir A/CN.9/WG.III/WP.73, par. 24 à 27), ainsi qu'à sa dix-septième session (voir A/CN.9/WG.III/WP.67, par. 22, et A/CN.9/WG.III/WP.69, par. 8 à 14). Le Groupe de travail a examiné les dispositions sur la responsabilité du chargeur en cas de retard en s'appuyant sur le libellé du projet d'article 31 tel qu'il figurait dans les annexes I et II du document A/CN.9/WG.III/WP.56.

84. Le Groupe de travail a rappelé que les projets d'articles 28 et 30 faisaient obligation au chargeur de remettre les marchandises prêtes pour le transport et de fournir au transporteur certains documents, informations et instructions. Il a aussi été rappelé que la responsabilité du chargeur en cas de retard dû au manquement à ces obligations était régie par le projet d'article 31, tandis que la responsabilité du transporteur en cas de retard était régie par le projet d'article 22, que le Groupe de travail avait examiné le plus récemment à sa treizième session (voir A/CN.9/552, par. 18 à 31). On a en outre rappelé au Groupe de travail qu'il avait décidé, à sa seizième session, que la responsabilité en cas de manquement aux obligations incombant au chargeur devrait généralement être fondée sur la faute et que le standard ordinaire s'appliquerait pour la charge de la preuve (voir A/CN.9/591, par. 138). Cette règle générale admettait cependant une exception dans deux cas – à savoir que le chargeur serait tenu responsable de plein droit, d'une part, pour ne pas avoir informé le transporteur de la dangerosité des marchandises transportées ou pour ne pas les avoir marquées ou étiquetées en conséquence (voir projet d'article 33) et, d'autre part, pour le préjudice ou le dommage dû à l'inexactitude des informations et des instructions qu'il a effectivement fournies au transporteur (voir A/CN.9/591, par. 148 à 150). Il a aussi été noté que, dans le libellé actuel du projet de convention, la responsabilité du chargeur n'était pas limitée, de sorte que, s'il était déclaré responsable, il pourrait encourir une responsabilité énorme et potentiellement non assurable pour tous dommages indirects ainsi que pour toutes pertes matérielles découlant d'un manquement à ses obligations (voir A/CN.9/WG.III/WP.69, en général, et par. 8, en particulier; et A/CN.9/591, par. 143 à 147). Le Groupe de travail a rappelé que, compte tenu de ce problème, il avait été proposé à sa dix-septième session que, à défaut d'une limitation acceptable de la responsabilité du chargeur en cas de préjudice économique ou de dommages indirects résultant d'un retard, la responsabilité pour ce type de préjudice ou de dommage en cas de retard de la part du chargeur et du transporteur soit supprimée du projet de convention (A/CN.9/WG.III/WP.69, par. 8 à 14).

Traitement du retard dans d'autres conventions et systèmes juridiques

85. À propos du document A/CN.9/WG.III/WP.74, il a été indiqué au Groupe de travail que les Règles de La Haye-Visby ne contenaient aucune disposition sur la responsabilité du transporteur en cas de retard, tandis que les Règles de Hambourg prévoyaient une disposition qui fondait cette responsabilité sur la faute et la limitait à une somme correspondant à deux fois et demie le fret payable pour les marchandises ayant subi le retard (art. 6-1 b)) mais n'excédant pas le montant total du fret payable en vertu du contrat de transport de marchandises par mer. En outre, en vertu des Règles de La Haye-Visby et des Règles de Hambourg, le chargeur pouvait assumer une responsabilité pour faute en cas de dommage causé par le retard (voir art. 4-3 et 12, respectivement) ou de plein droit en cas de préjudice, y compris découlant d'un retard, dû à la fourniture d'informations inexactes (voir

art. 3-5 et 17-1, respectivement) ou au défaut de marquage, d'étiquetage ou d'information concernant des marchandises dangereuses (voir Règles de Hambourg, art. 13-2 a)). Il a en outre été rappelé que la responsabilité du chargeur prévue dans ces dispositions était illimitée.

86. On a aussi rappelé au Groupe de travail que, si la responsabilité en cas de perte matérielle résultant d'un retard était bien connue et déjà prévue dans le projet de convention, la responsabilité en cas de préjudice purement économique ou de dommages indirects résultant d'un retard de la part du chargeur ou du transporteur ne faisait pas partie du droit des transports de certains systèmes juridiques. Dans ceux-ci, le préjudice purement économique ou les dommages indirects ne pouvaient être réparés que s'ils étaient prévisibles et si cette réparation était mentionnée dans le contrat de transport. Selon un avis, l'inclusion d'une responsabilité pour de tels dommages dans le projet de convention reviendrait à modifier considérablement le statu quo et devrait donc faire l'objet d'un traitement particulièrement équilibré dans le projet. En réponse à une question, il a été précisé que la principale source de préoccupation des chargeurs, s'agissant de leur responsabilité potentielle en cas de retard, était de savoir que le défaut de communication, en temps utile, d'informations et de documents exacts au transporteur, ou qu'un dommage causé au navire par les marchandises, puisse retarder le départ du navire et que le chargeur responsable du retard puisse être tenu d'indemniser, sans aucune limite, le transporteur de toute somme dont ce dernier serait redevable pour ce retard à tous les autres chargeurs ayant des marchandises à bord.

Trois options possibles pour traiter du retard

87. On a dit que l'on pouvait choisir entre trois options dans le texte du projet de convention, pour traiter la responsabilité en cas de préjudice purement économique ou de dommages indirects résultant d'un retard de la part du chargeur ou du transporteur.

Première option: absence de responsabilité en cas de retard de la part du chargeur ou du transporteur

88. La première option consistait à ne pas aborder du tout la responsabilité en cas de retard dans le projet de convention, sauf lorsqu'elle avait pour cause la fourniture par le chargeur d'informations inexactes. Cette approche entraînerait la suppression de toute référence au retard, de sorte que la question de la responsabilité en cas de retard, de la part du chargeur et du transporteur serait régie par le droit interne et qu'il n'y aurait pas d'uniformité.

89. Cette option a recueilli un certain soutien. Il a toutefois été dit que l'un de ses inconvénients était que certaines des conventions régionales sur le transport unimodal, comme la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route de 1956, telle que modifiée par le Protocole de 1978 (CMR), et les Règles uniformes concernant le contrat de transport international ferroviaire des marchandises, Appendice B à la Convention relative aux transports internationaux ferroviaires, telle que modifiée par le Protocole de 1999 (COTIF/CIM), contenaient des dispositions relatives à la responsabilité en cas de retard de livraison, ce qui risquait de créer des problèmes dans les États qui y étaient parties. On s'est en outre inquiété du fait qu'à l'ère des transports modernes, un élément clef était la livraison "juste à temps", qui ne serait pas prise en compte dans

le projet de convention si l'on supprimait de celui-ci toute responsabilité en cas de retard. On a souligné aussi que la simple suppression, dans le projet de convention, de toute référence à la responsabilité en cas de retard de la part du chargeur ne l'en exonérerait pas nécessairement pour autant, étant donné ses obligations énoncées au chapitre 8, notamment sa responsabilité en cas de préjudice causé par les marchandises ou résultant du manquement aux obligations lui incombant en vertu du projet d'article 31. Si la responsabilité du chargeur pour le préjudice économique devait relever du droit interne, il faudrait supprimer tout le chapitre sur les obligations du chargeur ou du moins le projet d'article 31.

Deuxième option: conserver la responsabilité du transporteur en cas de retard mais supprimer celle du chargeur

90. Une deuxième option consistait à conserver dans le projet de convention la responsabilité du transporteur en cas de retard, mais de supprimer celle du chargeur, qui serait alors régie par le droit interne. Le transporteur serait alors soumis à une responsabilité limitée uniforme, dont on a dit qu'elle était plus importante que la responsabilité uniforme du chargeur en cas de retard, puisque la première obligation de ce dernier en vertu du contrat de transport était de payer le fret, tandis que la première obligation du transporteur était de livrer les marchandises. On a toutefois fait observer que cette option instaurait un déséquilibre dans le traitement des chargeurs et des transporteurs.

91. À l'appui de la deuxième option, on a fait valoir que la responsabilité du chargeur en cas de retard n'avait pas été un grand problème dans la pratique. À cela il a été rétorqué que le facteur temps prenait une importance croissante dans les transports modernes et que, de ce fait, il risquait de poser un plus grand problème dans l'avenir. On a fait observer aussi que si, en théorie, le transporteur ne devrait pas être tenu responsable du retard d'un chargeur vis-à-vis de tous les autres chargeurs, dans la pratique il risquait encore de l'être, auquel cas il se tournerait vers le chargeur fautif pour obtenir réparation. On a dit que cette deuxième option était inacceptable car il serait injuste d'imposer une responsabilité étendue au transporteur sans lui donner une possibilité de recours contre la partie responsable du retard. On a également indiqué qu'il était nécessaire de mettre en balance les avantages que l'on attribuait au fait d'inclure la responsabilité du chargeur en cas de retard et la difficulté de l'invoquer et de la prouver, qu'une limite ait ou non été fixée à cette responsabilité.

Troisième option: conserver la responsabilité du transporteur et du chargeur en cas de retard et trouver une limite appropriée pour la responsabilité du chargeur

92. La troisième option consistait à faire que le projet de convention couvre le retard de la part aussi bien du transporteur que du chargeur. L'inclusion de la responsabilité du chargeur en cas de retard a suscité quelques inquiétudes, au motif qu'elle risquait d'avoir une incidence sur le trafic des lignes non régulières où il y avait souvent des dommages-intérêts pour retard, et notamment sur des matières contractuelles bien établies telles que la responsabilité en cas de surestaries et d'immobilisation. On a craint en outre de façon générale que ne soient imposées au chargeur des obligations qui pourraient dépasser celles prévues par les Règles de La Haye-Visby ou les Règles de Hambourg.

93. On a dit que certains des avantages de la troisième option tenaient au fait qu'elle offrirait une approche uniforme qui conférerait au projet de convention prévisibilité, sécurité juridique et équilibre. Le soutien à cette variante était subordonné dans une large mesure à la détermination d'une limite acceptable pour la responsabilité du chargeur. Il a toutefois été suggéré de clarifier le sens des mots "perte" (loss) et "retard" (delay) employés dans le projet d'article 31.

Moyens possibles de limiter la responsabilité du chargeur en cas de retard

94. Un certain nombre de suggestions ont été faites au sein du Groupe de travail sur le meilleur moyen de fixer une limite appropriée à la responsabilité des chargeurs. Dans l'ensemble, on a estimé qu'une telle limite pourrait être assez basse, car le projet de convention n'avait pas pour but d'assurer la réparation intégrale du préjudice économique en cause. Mais on a estimé aussi qu'elle devrait être suffisamment élevée pour inciter un chargeur à faire tout son possible pour respecter ses obligations en vertu du projet de convention.

95. Il a été suggéré que le chargeur soit tenu entièrement responsable de la perte physique, telle que la perte et l'endommagement du navire et d'autres équipements, mais de limiter sa responsabilité, en cas de préjudice purement économique, à un montant égal à la valeur des marchandises expédiées. On a estimé que les inconvénients de cette approche étaient qu'elle risquait de créer une certaine disparité, du fait que des marchandises de faible valeur pouvaient causer autant de dommages que des marchandises de valeur élevée, et que la valeur des marchandises pouvait être difficile à établir. D'un autre côté, il serait équitable que les chargeurs de volumes importants de marchandises chères aient à prendre un plus grand risque. Un autre avantage, a-t-on dit, était que la valeur de la plupart des marchandises du trafic des lignes régulières était plutôt stable au cours du temps, et qu'une approche fondée sur les droits de tirage spéciaux (DTS) pourrait être évitée.

96. On a dit qu'un autre moyen possible de fixer une limite à la responsabilité du chargeur était de la relier au montant du fret payable pour les marchandises expédiées, comme cela était fait au projet d'article 65 pour la limite de la responsabilité du transporteur en cas de retard. Le problème posé par cette approche, a-t-on dit, était que les taux de fret variaient considérablement au cours du temps, et que cette limite, en tout état de cause, était probablement trop basse.

97. On a suggéré un autre moyen possible de fixer une limite appropriée pour la responsabilité du chargeur, à savoir appliquer celle qui était retenue au projet d'article 64 pour le transporteur en cas de perte ou d'endommagement des marchandises. Bien que la responsabilité du chargeur en cas de retard ne puisse être assimilée à celle du transporteur en cas de perte ou d'endommagement des marchandises, on a dit que cette approche aurait pour avantage d'être juste, bien connue et prévisible. Il a été fait observer qu'elle avait été adoptée dans le droit interne d'un pays, et qu'elle n'avait pas donné de résultats tout à fait concluants.

98. Une autre approche encore a été proposée, qui consisterait simplement à prendre une somme fixe d'un montant raisonnablement assurable. Là encore, on a estimé que les avantages seraient la sécurité juridique et la prévisibilité.

99. On a suggéré que la limite fixée à la responsabilité du chargeur s'étende à toutes ses responsabilités potentielles, y compris celles qui étaient liées à la perte physique. Cette suggestion a bénéficié d'un certain appui. On a aussi proposé

qu'une disposition indique dans quelles circonstances cette limite pourrait être dépassée. Cette suggestion n'a pas été retenue par le Groupe de travail, non plus qu'une suggestion visant à lier les surestaries au retard, et à les soumettre ainsi à une limite.

Conclusions du Groupe de travail concernant le traitement de la responsabilité en cas de préjudice économique ou indirect résultant d'un retard

100. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– De retenir comme approche optimale pour le projet de convention, en ce qui concerne le traitement de la responsabilité en cas de préjudice purement économique ou de dommages indirects résultant d'un retard de la part du chargeur ou du transporteur, la troisième option, sous réserve de trouver un moyen approprié de limiter la responsabilité du chargeur dans ces cas.

Propositions concernant la fixation d'une limite appropriée pour la responsabilité du chargeur en cas de retard

101. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait précédemment décidé de retenir comme approche optimale pour le projet de convention, en ce qui concerne le traitement de la responsabilité en cas de préjudice purement économique ou de dommages indirects résultant d'un retard de la part du chargeur ou du transporteur, la "troisième option" (décrite dans le document A/CN.9/WG.III/WP.74 et examinée aux paragraphes 92 et 93 ci-dessus), sous réserve qu'il trouve un moyen approprié de limiter la responsabilité du chargeur dans ces cas.

102. Il a été rappelé au Groupe de travail que la proposition de retenir la responsabilité du chargeur en cas de retard était destinée à tenir compte des pays où la responsabilité en cas de préjudice purement économique résultant d'un retard de la part du chargeur ou du transporteur n'était pas reconnue, sauf si elle était prévisible, et si la réparation de ce préjudice était mentionnée dans le contrat de transport. Dans ces pays, les transporteurs craignaient que, si un chargeur était responsable d'un retard, ils puissent néanmoins, aux termes du projet de convention, être tenus responsables de ce retard envers tous les autres chargeurs ayant des marchandises à bord du navire. Les chargeurs dans ces pays craignaient de leur côté d'être exposés à une responsabilité potentiellement très importante en cas d'action récursoire du transporteur.

103. Il a été proposé que toute disposition relative à la responsabilité du transporteur en cas de retard précise que celui-ci ne serait pas responsable du préjudice ou dommage causé dans la mesure où il était imputable à un acte ou une omission d'un autre chargeur. Cette proposition a été appuyée. Il a cependant été dit qu'une telle précision était inutile et risquait de créer la confusion puisqu'une telle exonération était déjà incluse dans le principe général contenu au projet d'article 17-1, qui dégageait le transporteur de tout ou partie de sa responsabilité s'il prouvait que "la cause ou l'une des causes de la perte, du dommage ou du retard [n'était] pas attribuable à sa faute ou à la faute de l'une quelconque des personnes mentionnées à l'article 19". À cela on a répondu que, comme le projet d'article 17 pourrait donner lieu à différentes interprétations par les tribunaux qui concluraient malgré tout à la responsabilité d'un transporteur, peut-être pour ne pas avoir mis en

place des systèmes visant à empêcher un tel retard, la précision serait tout de même utile.

104. Il a été noté qu'une telle disposition était uniquement destinée à définir une limite pour le préjudice économique résultant d'un retard, mais que cette limite ne s'appliquerait pas au préjudice matériel ou indirect dû au manquement à d'autres obligations contractuelles, par exemple au fait de ne pas avoir informé le transporteur de la dangerosité des marchandises transportées ou de ne pas les avoir marquées ou étiquetées en conséquence (voir projet d'article 33), manquement pour lequel le chargeur devrait assumer une responsabilité illimitée de plein droit (voir par. 95 ci-dessus). De plus, le chargeur serait toujours tenu responsable du préjudice indirect résultant d'un dommage matériel causé au navire ou à d'autres cargaisons, ou de dommages corporels, en cas de manquement à ses obligations en vertu des articles 28, 30 et 32.

Possible limitation de la responsabilité du chargeur en cas de retard

105. Rappelant le débat du Groupe de travail sur les moyens possibles de limiter la responsabilité du chargeur en cas de retard (voir par. 94 à 100 ci-dessus), il a été suggéré qu'un montant fixe de 500 000 DTS soit envisagé. Il a été expliqué qu'un montant fixe était proposé parce qu'il s'était avéré difficile de fixer la limite en fonction du poids ou de la valeur des marchandises ou encore du fret, aucun de ces facteurs ne correspondant en effet nécessairement au risque en question. Ainsi, un chargeur expédiant des déchets pouvait causer un préjudice aussi important qu'un chargeur expédiant du matériel électronique. Il a été noté que, bien que quelque peu arbitraire, ce montant était fondé sur les taux de fret moyens pour un conteneur, de 1 500 à 3 000 dollars des États-Unis, et que le montant total de la limite était jugé suffisant pour que les chargeurs soient entièrement responsables des retards ordinaires, tout en étant protégés contre des risques excessifs dans les cas exceptionnels.

106. Il a été suggéré que l'on demande aux assureurs si le montant proposé était adéquat, ou si une limitation générale de la responsabilité du chargeur en cas de préjudice purement économique serait plus appropriée. Il pourrait être nécessaire, a-t-on estimé, d'entreprendre une analyse coût-avantages, afin de déterminer si la limite proposée constituait un risque assurable et si elle affecterait ou non les taux de fret et aurait un impact négatif sur le commerce international. En réponse à l'opinion selon laquelle une limitation générale de la responsabilité du chargeur résultant d'un retard pourrait être plus adéquate, il a été dit qu'une telle approche pourrait nécessiter une limite plus élevée pour tenir compte du risque, relativement faible, de préjudice extraordinaire.

Proposition concernant la possibilité de demander réparation des dommages

107. Il a été observé que ce point n'était pas expressément mentionné dans le projet de convention mais que, comme dans un certain nombre de droits internes, la prévisibilité et la causalité devraient être des éléments nécessaires à l'obtention de dommages-intérêts. Il a été dit que le projet de convention devrait comprendre une disposition visant à préciser que la question de la possibilité de demander réparation de préjudices purement économiques n'y était pas traitée et était donc renvoyée au droit national. Afin de préciser ces questions, il a été proposé d'ajouter au projet de convention une disposition qui pourrait être libellée comme suit: "Sans préjudice de

l'article 23, aucune disposition de la présente Convention ne s'oppose à l'application des règles relatives aux types de dommages pouvant être réparés en vertu de la loi applicable". Il a été suggéré que ce principe soit applicable tant aux transporteurs qu'aux chargeurs, et que le secrétariat examine la manière dont il s'appliquerait aux régimes de responsabilité visés par le projet de convention.

108. On a demandé ce que recouvrait l'expression "loi applicable" dans la proposition, et si elle renvoyait à la loi du contrat ou à la loi du for. À cet égard, on a suggéré que, comme il s'agissait de préjudice économique, il soit fait référence à la loi du for. Selon une autre suggestion, cette question devait être laissée à l'interprétation des tribunaux. On a également exprimé la crainte que la proposition n'aboutisse à une absence totale de responsabilité en cas de retard si, selon la loi applicable, le préjudice économique ne donnait pas lieu à responsabilité.

Proposition relative à la liberté contractuelle

109. On s'est posé la question de savoir si la limitation de la responsabilité du chargeur devait être soumise à la liberté contractuelle. Comme indiqué plus loin (voir par. 190 à 194 ci-dessous), le Groupe de travail a décidé, lorsqu'il a examiné le projet d'article 65 (relatif à la limitation de la responsabilité pour le préjudice causé par le retard du transporteur), de laisser l'expression "sauf convention contraire" entre crochets jusqu'à ce qu'il ait déterminé s'il fallait que le projet de convention prévoie ou non la responsabilité du chargeur en cas de retard. Il a été proposé que, si le projet d'article 65 permettait au transporteur d'introduire dans son connaissement une clause excluant ou limitant sa responsabilité en cas de retard, cette exclusion ou limitation bénéficie automatiquement au chargeur qui réduirait proportionnellement sa propre responsabilité en cas de retard. Il a été estimé que le fait de créer un avantage mutuel dans une telle disposition rendrait plus acceptable l'expression "sauf convention contraire" dans le projet d'article 65.

"Ensemble" formé par les trois propositions

110. Il a été dit que la proposition visant à soumettre la limite de responsabilité à la liberté contractuelle et celle visant à limiter les dommages dont la cause était très éloignée en vertu de la loi applicable étaient complémentaires. On a noté que l'article 23 définissait un mode de calcul de la réparation payable par le transporteur en cas de perte ou d'endommagement des marchandises. On a noté également que le transporteur pourrait aussi être responsable d'autres types de préjudice, et que la disposition proposée en ce qui concerne le respect des règles nationales relatives à la causalité et à la prévisibilité des dommages explicitait ce qui était jusqu'alors implicite dans le projet de convention.

111. Si, d'une manière générale, le Groupe de travail a accueilli favorablement l'ensemble constitué par les trois propositions relatives à l'établissement d'une limite pour la responsabilité du chargeur en cas de préjudice purement économique résultant d'un retard, certaines préoccupations ont été exprimées quant à la proposition sur la liberté contractuelle. Des doutes ont été émis quant à la manière dont le principe de proportionnalité fonctionnerait en pratique, notamment dans les cas où, par exemple, la liberté contractuelle était invoquée pour choisir une toute autre manière d'évaluer le préjudice. On s'est également demandé si, d'une manière générale, cette approche serait la bonne, et on a déclaré qu'il faudrait examiner attentivement le nouveau texte proposé.

112. Il a été estimé, et cet avis a été appuyé, que le texte retenu devrait clairement indiquer que la limitation de la responsabilité du chargeur ne s'appliquait pas aux obligations contractuelles, notamment les surestaries ou les dommages-intérêts pour immobilisation d'un navire découlant d'une charte-partie. Il a également été convenu qu'aucune décision définitive ne pourrait être prise sur les propositions tant que l'on ne disposerait pas d'un texte écrit.

Conclusions du Groupe de travail concernant les trois propositions relatives à la limitation de la responsabilité du chargeur en cas de retard

113. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

- Que, compte tenu de ce qui précède, une proposition écrite sur la question de la limitation de la responsabilité du chargeur en cas de retard devrait être établie pour examen lors d'une prochaine session;
- Qu'un texte devrait aussi être élaboré sur le respect des règles nationales relatives à la possibilité demander réparation des dommages purement économiques et sur la possibilité de recourir à la liberté contractuelle pour modifier la limite de responsabilité du chargeur et du transporteur, possibilité exprimée par les mots "sauf convention contraire" dans le projet d'article 65.

Droits d'action – Chapitre 14

114. Le Groupe de travail était saisi du chapitre 14 comprenant les projets d'article 67 et 68 tels qu'actuellement rédigés et contenus dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 ainsi que d'un document d'information sur cette question publié sous la cote A/CN.9/WG.III/WP.76. Il a rappelé que la question des droits d'action avait fait l'objet d'un échange de vues préliminaire à sa neuvième session (A/CN.9/510, par. 58 et 59), puis d'un examen détaillé à sa onzième session (A/CN.9/526, par. 149 à 162).

115. Avant de passer à l'examen du projet de chapitre quant au fond, le Groupe de travail s'est demandé s'il y avait même lieu d'en conserver les dispositions. À cet égard, il a été rappelé que lors de sessions précédentes, l'idée de supprimer entièrement ce projet de chapitre avait été appuyée (voir A/CN.9/WG.III/WP.56, note 237; et A/CN.9/526, par. 152 et 157).

116. Il a été souligné que le projet de chapitre essayait d'offrir des réponses uniformes à des questions pratiques importantes pour lesquelles divers systèmes juridiques proposaient des solutions différentes. Il était toutefois devenu manifeste que l'objectif du chapitre, aussi louable fût-il, était exagérément ambitieux et qu'il était peu probable que le Groupe de travail parvienne à un consensus sur son contenu.

117. Bien que certains aspects du projet d'article 67 puissent être incorporés dans les dispositions énoncées au chapitre 6 concernant la responsabilité du transporteur, la suppression du chapitre 14 du projet de convention a été fortement appuyée. On a toutefois déploré le fait que, si le projet de chapitre était supprimé du projet de convention, de nombreux problèmes en rapport avec les droits d'action seraient régis par des droits internes, qui risquaient d'être divergents. Par exemple, on pourrait souvent supposer à tort que le porteur d'un connaissement jouissait d'un

droit d'action exclusif. De même, dans le cas d'un document non négociable, l'incertitude subsisterait quant au point de savoir si une personne qui n'était pas partie au contrat de transport, mais qui avait subi un dommage, pourrait exercer un droit d'action.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet de chapitre 14

118. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

- De supprimer le chapitre 14 dans sa totalité;
- D'envisager d'incorporer certains aspects de l'article 67 dans le chapitre 6 (responsabilité du transporteur).

Délai pour agir – Chapitre 15

119. Le Groupe de travail était saisi du chapitre 15 comprenant les projets d'articles 69 à 71 tels qu'actuellement rédigés et contenus dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, ainsi que d'un document d'information sur cette question publié sous la cote A/CN.9/WG.III/WP.76. Il a rappelé que la question du délai pour agir avait fait l'objet d'un échange de vues préliminaire à sa neuvième session (A/CN.9/510, par. 60), puis d'un examen détaillé à sa onzième session (A/CN.9/526, par. 163 à 182). Il a été rappelé que lors de ses sessions précédentes, le Groupe de travail n'avait pas remis en question la nécessité de ce projet de chapitre.

Types d'actions visés

120. Le Groupe de travail a commencé par examiner quel devrait être le champ d'application du chapitre, et en particulier les types d'actions visés.

121. Il y a eu un large accord au sein du Groupe sur le fait que le projet de chapitre devrait s'appliquer aux actions liées à un contrat de transport dans le cadre du projet de convention. Les autres types d'actions entre le chargeur, le transporteur et la partie exécutante maritime (par exemple, pour fret non payé) ne seraient pas touchés par le projet de chapitre.

122. Le Groupe de travail a ensuite examiné si le délai de prescription devrait s'appliquer uniquement aux actions contre le transporteur ou la partie exécutante maritime, ou s'il devrait être étendu aux actions contre les chargeurs. Il a été rappelé au Groupe de travail que cette question avait été examinée à sa onzième session (voir A/CN.9/526, par. 166).

123. L'idée de limiter le champ d'application du chapitre aux actions contre le transporteur et la partie exécutante maritime et de laisser le droit interne fixer le délai pour agir dans tous les autres cas a recueilli un certain soutien. À l'appui de cette idée, on a fait valoir que si les actions contre les transporteurs, qui dans la plupart des cas concernaient la perte ou l'endommagement de marchandises, étaient dans l'ensemble de même nature, les actions potentielles contre les chargeurs, par exemple à la suite d'un retard imputable à des informations inexactes ou d'un dommage causé à un navire par des marchandises dangereuses, pouvaient porter sur des situations beaucoup plus diverses. Les actions de ce type pourraient par

conséquent exiger des recherches approfondies de la part du transporteur et donc nécessiter plus de temps que les demandes ordinaires concernant les marchandises pour être préparées correctement. Elles ne devraient pas être soumises à un délai de prescription dans le cadre du projet de convention.

124. À l'encontre d'une telle limitation, il a été suggéré que, dans un souci de prévisibilité et d'égalité de traitement entre toutes les parties à un contrat de transport, le chapitre s'applique à la fois aux actions contre les transporteurs et aux actions contre les chargeurs. Il a été dit que les différences de nature entre les actions pouvant être intentées contre les chargeurs et celles qui pouvaient l'être contre les transporteurs n'avaient pas d'importance étant donné que le chapitre n'exigeait pas que tous les arguments relatifs à l'affaire aient été présentés dans le délai de prescription, mais introduisait simplement un délai dans lequel les procédures judiciaires ou arbitrales devraient être engagées.

125. Le Groupe de travail a examiné les arguments présentés en faveur des deux propositions. Il est finalement convenu que le projet de convention devrait régir aussi bien les actions contre le transporteur et la partie exécutante que les actions contre le chargeur.

Durée du délai de prescription

126. Le Groupe de travail a ensuite abordé la question du délai pendant lequel une action pourrait être intentée. L'idée de fixer des délais différents en fonction de la nature de l'action a bénéficié d'un certain soutien. Il a été dit qu'un délai plus long (éventuellement de deux ans) conviendrait pour les actions contre les chargeurs, étant donné leur nature probablement plus complexe, alors qu'un délai plus court (un an) pourrait être adopté pour les actions contre les transporteurs. Selon l'avis qui a prévalu au sein du Groupe de travail, toutefois, un délai unique applicable à toutes les parties était préférable. La proposition visant à retenir un délai d'un an pour toutes les actions, du fait qu'il s'agissait de la durée actuellement utilisée dans de nombreux pays, a été appuyée. Il a été dit qu'une durée plus longue risquait d'avoir un effet négatif sur le règlement des sinistres étant donné la tendance, observée dans la pratique, à retarder la soumission des demandes de règlement jusqu'à ce que le délai de prescription ait pratiquement expiré. L'avis qui l'a emporté au sein du Groupe de travail, toutefois, était que les éventuelles difficultés liées aux actions contre le chargeur pouvaient être mieux prises en compte avec un délai de prescription de deux ans pour toutes les actions.

Projet d'article 69. Prescription des actions

127. Le Groupe de travail a ensuite examiné les deux variantes de l'article 69 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 et reproduites au paragraphe 19 du document A/CN.9/WG.III/WP.76. Plusieurs questions ont été examinées en rapport avec cet article. Il a été noté que la variante A faisait référence au fait que le transporteur ou le chargeur était "dégagé de toute responsabilité" si une procédure judiciaire ou arbitrale n'était pas introduite dans un délai d'un an. La variante B, quant à elle, faisait référence au fait que les "droits" (ou "actions") étaient "éteints" (ou "prescrites") si une procédure judiciaire ou arbitrale n'était pas introduite dans un délai d'un an.

128. Le Groupe de travail a rappelé que le choix entre les deux variantes posait plusieurs questions de fond. Il a été rappelé que la distinction entre un “délai de prescription” et l’extinction d’un droit avait été discutée lors d’une session précédente et que cette différence pouvait avoir une incidence sur l’applicabilité du délai ou le choix de la loi applicable (A/CN.9/526, par. 167).

129. Des avis différents ont été exprimés quant à la manière de formuler le principe de la prescription. Il a été signalé que la nature et l’effet d’un délai de prescription variaient en fonction des systèmes juridiques. Alors que, dans certains systèmes, l’expiration du délai emportait généralement l’extinction du droit auquel le délai se rapportait, dans d’autres, le délai privait uniquement la partie titulaire du droit de la possibilité de le faire valoir au moyen d’une action en justice. Certains systèmes juridiques appliquaient les deux règles en fonction de la nature de la demande, la partie concernée voyant son droit éteint dans certains cas et ne pouvant pas le faire valoir dans d’autres. Il a également été souligné qu’une telle distinction avait un certain nombre de conséquences pratiques, comme le fait de savoir si une partie à un contrat dont la demande était soumise au délai de prescription conservait la possibilité de faire valoir sa demande, même après l’expiration du délai, comme moyen de défense afin d’obtenir une compensation dans une action introduite par l’autre partie. Cette possibilité existait pour les droits que le délai rendait seulement impossibles à faire valoir, mais non lorsque les droits étaient éteints.

130. L’adoption d’une règle selon laquelle le délai de prescription éteindrait les droits du demandeur en vertu du projet de convention a bénéficié d’un certain soutien. L’approche adoptée dans la variante A devrait donc être retenue. En pratique, cela signifierait que la partie dont le droit était éteint ne pourrait pas faire valoir ce droit “prescrit” pour obtenir une compensation, ce qui était confirmé, a-t-on dit, par d’autres instruments internationaux antérieurs sur le transport des marchandises, en particulier la CMR et la Convention de Budapest relative au contrat de transport de marchandises en navigation intérieure (2000) (CMNI), qui interdisaient expressément la compensation des demandes prescrites.

131. Selon l’avis qui a prévalu toutefois, le projet d’article 69 devrait uniquement viser l’exercice de son droit par le demandeur et en conséquence l’approche adoptée dans la variante B, sous réserve de conserver uniquement la référence aux “actions” plutôt qu’aux “droits”, était préférable. Il a été dit que cette approche, qui préserverait les droits à compensation du demandeur, était en accord avec la solution adoptée dans la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises. Elle avait également l’avantage de ne pas préserver le droit des parties de choisir d’introduire ou non une demande en fonction des bénéfices qu’elles en attendaient par rapport au coût de l’action. Sans possibilité de compensation, les parties pourraient être incitées à aller jusqu’à introduire des demandes coûteuses afin de se protéger contre une demande éventuelle de l’autre partie au contrat.

132. Il a été demandé si le délai de prescription prévu dans le projet de convention pourrait être suspendu ou interrompu et, dans l’affirmative, dans quels cas. Il a été dit que différents systèmes juridiques prévoyaient plusieurs possibilités de suspension ou d’interruption d’un tel délai. Compte tenu de la diversité des solutions adoptées dans les droits internes, la proposition de laisser à ces derniers le soin de régler la question a été appuyée. À cet égard, il a été suggéré que le projet de convention prévoie une disposition indiquant quelle loi devrait régir cette

question, auquel cas un choix devrait être fait entre la loi applicable au contrat et la loi du for. Le Groupe de travail avait conscience des différences entre droits internes sur la question de la suspension ou de l'interruption des délais de prescription, mais d'une manière générale a été d'avis que le projet de convention devrait offrir une règle uniforme sur la question au lieu de la laisser aux droits internes. Il est généralement convenu que le projet de convention devrait expressément exclure toute forme de suspension ou d'interruption du délai de prescription, sauf dans les cas où les parties s'étaient mises d'accord sur cette suspension au titre du projet d'article 71.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 69

133. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

- D'appliquer le projet d'article 69 aux actions formées contre le transporteur et le chargeur;
- De fixer le délai à deux ans pour les deux types d'actions;
- D'utiliser la variante B, sans la référence à l'extinction des "droits", comme base pour exprimer le principe du délai de prescription;
- De n'autoriser aucune suspension ni interruption du délai, sauf accord des parties au titre du projet d'article 71;
- De laisser la possibilité à la partie dont l'action était prescrite conformément au projet d'article 69 d'obtenir compensation; et
- De demander au secrétariat de préparer une version révisée du projet d'article en tenant compte des considérations ci-dessus.

Projet d'article 70. Point de départ du délai de prescription

134. Le Groupe de travail a noté que le projet d'article 70 qui prévoyait le point de départ du délai de prescription avait été examiné à sa dix-septième session (A/CN.9/526, par. 170). À cette occasion, on avait dit préférer que le point de départ soit la date de la livraison effective plutôt que la date de livraison fixée dans le contrat de transport et que la date de livraison contractuelle serve de référence en cas de perte totale des marchandises. Une question restée en suspens à ce propos était de savoir s'il fallait appliquer le même point de départ aux actions contre le transporteur, la partie exécutante maritime et le chargeur.

Actions contre le transporteur et la partie exécutante maritime

135. Il a été généralement convenu que la disposition avait pour objet d'introduire un élément de sécurité en permettant de déterminer aisément une date de référence, sur la base de laquelle une personne souhaitant engager une action pourrait le faire et une personne éventuellement visée par une action pourrait savoir si celle-ci avait lieu ou non d'être intentée, de sorte que l'expiration du délai de prescription serait également sûre et prévisible.

136. On s'est toutefois demandé s'il était suffisamment clair que l'intention du projet d'article était de désigner la date de la livraison effective. Selon un avis, le renvoi aux paragraphes 4 et 5 du projet d'article 11, sur la durée de la responsabilité, masquait cette intention, dans la mesure où la notion de "livraison"

aux fins du projet d'article 70 risquait d'être rattachée aux clauses du contrat de transport qui fixaient la date de livraison. Il a été noté à ce propos qu'un tribunal cherchant à établir ce qui constituait la livraison pourrait dans tous les cas se reporter au projet d'article 11. Le Groupe de travail est convenu que le projet d'article devrait se référer uniquement à la "livraison", sans renvoyer aux paragraphes 4 et 5 du projet d'article 11, étant donné que cette notion, que l'on retrouvait dans un contexte analogue à l'article 3-6 des Règles de La Haye-Visby et à l'article 20-3 des Règles de Hambourg, était bien comprise et avait été amplement clarifiée dans la jurisprudence.

137. Il a été proposé qu'en cas de perte totale des marchandises, on prenne comme date de référence celle où le transporteur avait pris en charge les marchandises au lieu de celle où il avait "achevé la livraison". On a aussi proposé que cette nouvelle date de référence s'applique à la fois aux demandes ordinaires et aux cas de perte totale. Il a été dit que la référence à la date où le transporteur prenait en charge les marchandises, qui devait figurer dans les données du contrat en vertu du projet d'article 38-1 f) i), introduirait un élément objectivement vérifiable pour déterminer le point de départ du délai de prescription et contribuerait davantage à la sécurité juridique qu'une référence à la "livraison", qui pourrait exiger une constatation des faits. Il a en outre été estimé que la décision du Groupe de travail de fixer le délai de prescription à deux ans laisserait suffisamment de temps pour tenir compte de cette date antérieure. Cette proposition a bénéficié d'un certain soutien, mais selon un avis, le fait que le délai de prescription commencerait à courir avant que ne naisse le droit d'agir risquait de poser un problème. Dans l'ensemble, le Groupe de travail a préféré retenir l'approche bien connue de la date de la livraison effective, telle qu'elle était adoptée dans les Règles de La Haye-Visby et les Règles de Hambourg, au motif que ces dernières avaient fait leurs preuves. L'idée de tenir des discussions futures sur l'utilisation de la date où le transporteur prenait en charge les marchandises comme la date de référence en cas de perte totale a toutefois été appuyée.

138. Certains se sont prononcés en faveur du texte des Règles de Hambourg car il faisait référence à la livraison partielle qui n'était pas expressément traitée dans le projet d'article 70 tel qu'il était actuellement rédigé.

139. Il a été rappelé que l'article 70, dans sa forme actuelle, contenait une règle spécifique pour les cas de perte totale des marchandises puisqu'il n'y aurait alors évidemment pas de "livraison". La règle supplétive dans ce projet d'article rattachait le délai de prescription au "[dernier] jour où" les marchandises "auraient dû être" livrées. Selon un avis, les mots "auraient dû être livrées" pouvaient être ambigus. À cela, il a été répondu que la référence à la date où les marchandises "auraient dû" être livrées était une disposition supplétive acceptée en cas de perte totale, car elle établissait la date de livraison contractuelle, qui devrait être vérifiable à partir des données du contrat, comme le point de départ du délai de prescription. On a en outre expliqué que la référence au "dernier" jour où les marchandises auraient dû être livrées visait à tenir compte des cas où il n'était pas exigé que les marchandises soient livrées à une date précise, mais au cours d'une certaine période, par exemple une semaine ou un mois déterminé.

140. Des doutes ont été émis sur le point de savoir s'il fallait appliquer la même date de référence aux actions contre une partie exécutante maritime. On a dit qu'un point de départ uniforme avait pour avantage de répondre au souci pratique

d'assurer la prévisibilité et la sécurité. Un certain scepticisme a toutefois été exprimé quant à un point de départ uniforme qui se situerait avant que la partie exécutante maritime ait reçu ou pris sous sa garde les marchandises. Certains ont estimé que le délai de prescription d'une action contre la partie exécutante maritime ne devrait courir qu'à compter de la date à laquelle réparation pouvait être demandée. On a fait observer que, même s'il en était ainsi, étant donné que le Groupe de travail avait décidé d'un délai de deux ans et que la date ne désignait que le point de départ du délai de prescription, il ne serait pas trop contraignant d'appliquer la même date.

Action contre le chargeur

141. Il a été rappelé que des doutes avaient été émis sur le point de savoir si le moment de la livraison pouvait servir de référence pour le délai de prescription des actions contre le chargeur (A/CN.9/526, par. 173). On a dit que, compte tenu de la nature différente des actions qui pouvaient être intentées contre les chargeurs et contre les transporteurs, il faudrait retenir une date différente pour le point de départ de ce délai, à savoir la date à laquelle le dommage était survenu. D'une façon générale, on a dit que, conformément à des principes de droit bien établis, un délai de prescription ne commençait à courir que lorsque la partie à laquelle il s'appliquait avait acquis un droit contre l'autre partie. Étant donné la grande diversité des actions possibles que les transporteurs pouvaient intenter contre les chargeurs, par opposition aux types plus standard d'actions concernant les marchandises, le Groupe de travail devrait essayer de mettre au point des règles spécifiques. On pourrait aussi utiliser une règle générale faisant référence au moment où le transporteur avait acquis un droit contre le chargeur, si l'on estimait que la formulation de règles plus précises n'était pas possible. Cette proposition a bénéficié d'un certain soutien.

142. Selon l'avis contraire, cependant, il serait préférable, dans le souci d'accroître la sécurité juridique et la prévisibilité, de prévoir la même date comme point de départ pour les actions contre le chargeur et les actions contre le transporteur. On a fait observer que, dans la plupart des cas, les actes du chargeur qui risquaient de causer un préjudice au transporteur, comme le défaut de fourniture d'informations sur la nature dangereuse des marchandises ou d'instructions appropriées pour leur manutention, se produisaient généralement longtemps avant la livraison desdites marchandises, de sorte que, dans la pratique, le transporteur avait déjà bénéficié du fait que le délai de prescription ne courrait pas avant la livraison des marchandises. On a dit aussi que la date de livraison, qui était un événement matériel facilement vérifiable, contribuait mieux à promouvoir la sécurité juridique qu'une référence au moment où le chargeur avait manqué à ses obligations ou causé un préjudice au transporteur, qui différerait inévitablement d'un cas à l'autre. Le Groupe de travail a approuvé ce point de vue et est convenu que le délai de prescription devrait commencer à courir à la même date pour les actions contre le chargeur et les actions contre le transporteur.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 70

143. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– De conserver le texte du projet d'article 70 mais de le modifier pour supprimer les références à l'article 11 et tenir compte du libellé de l'article 20-2 des Règles de Hambourg; et

– De conserver le mot "dernier" et de supprimer les crochets qui l'entourent.

Projet d'article 71. Prorogation du délai de prescription

144. On a fait observer qu'il existait une disposition permettant aux parties de proroger le délai de prescription dans les Règles de La Haye-Visby (art. 3-6) et dans les Règles de Hambourg (art. 20-4). On a noté que le projet d'article 71 s'inspirait largement des Règles de Hambourg dans ce sens qu'il permettait à une personne contre laquelle une demande était formée de prolonger le délai de prescription par une déclaration à tout moment pendant ce délai. Il a été noté que le projet d'article 71 différait des Règles de La Haye-Visby, qui exigeaient un accord et pouvaient permettre une prorogation même après l'expiration du délai de prescription.

145. En réponse à une question concernant la condition de forme de la déclaration visée à l'article 71, on a souligné que le projet d'article 3 exigeait que la déclaration soit écrite mais qu'il admettait aussi les communications électroniques.

146. Le Groupe de travail a considéré que la condition de forme était appropriée.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 71

147. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé de conserver le texte existant du projet d'article 71.

Projet d'article 72. Action récursoire

148. Le Groupe de travail a rappelé que le projet d'article 72 prévoyait une prorogation spéciale du délai de prescription en cas d'action récursoire, de manière que, par exemple, le transporteur ait suffisamment de temps pour intenter une action contre un transporteur sous-traitant lorsque l'action exercée contre lui-même était intentée immédiatement avant l'expiration d'un délai de prescription. On a rappelé qu'il y avait une règle similaire à la fois dans les Règles de La Haye-Visby (art. 3-6 *bis*) et dans les Règles de Hambourg (art. 20-5).

149. Le Groupe de travail était saisi de deux variantes (figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 et reproduites dans le document A/CN.9/WGIII/WP.76, par. 47). On a fait observer que ces variantes prévoyaient une date différente pour le commencement du délai de 90 jours supplémentaires après l'expiration du délai indiqué à l'article 69.

150. On a rappelé que la variante B avait été rédigée pour répondre à la préoccupation de certains pays de droit romano-germanique où une action récursoire ne pouvait être intentée qu'après le prononcé du jugement définitif. Il a été dit toutefois que l'alinéa a) du projet d'article 72 traitait cette situation de façon adéquate en faisant référence au délai déterminé par la loi applicable de l'État où la procédure était engagée.

151. Dans le souci de renforcer la sécurité juridique, il a été proposé que l'on prévoie l'obligation d'aviser rapidement la personne contre laquelle une action

récursoire pourrait être exercée, de manière qu'elle puisse préserver des éléments de preuve qui risqueraient autrement d'être perdus pendant ce délai. Il a été suggéré que cette notification soit adressée dans les 90 jours faisant suite à l'expiration du délai de prescription, et que cette période ne puisse être prorogée. Cette proposition a bénéficié d'un certain soutien.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 72

152. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

- De supprimer la variante B; et
- De conserver la variante A en la modifiant pour y inclure des variantes éventuelles concernant la notification de l'action initiale.

Projet d'article 73. Demandes reconventionnelles

153. Il a été rappelé que le projet d'article 73 tenait compte de la suggestion faite à la onzième session du Groupe de travail selon laquelle il faudrait, dans le projet de convention, appliquer aux demandes reconventionnelles le même traitement qu'aux actions récursoires (voir A/CN.9/526, par. 177).

154. Des préoccupations ont été exprimées à propos du projet d'article 73 qui, tel que libellé, était peu clair et trop général. Il a été proposé de le réviser pour qu'il se limite aux demandes reconventionnelles formées à des fins de compensation. Il a été rappelé que le Groupe de travail avait déjà décidé de conserver dans le projet d'article 69, la référence à des "actions" plutôt qu'à des "droits", ce qui préserverait le droit à compensation du demandeur, de sorte que le projet d'article 73, dans son libellé actuel, était superflu. Le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait examiner l'emplacement d'une telle disposition sur la compensation à un stade approprié.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 73

155. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

- D'élaborer une version révisée du projet d'article 73 portant sur une règle relative à la compensation et d'incorporer cette version soit dans le projet d'article 73, soit à un autre endroit approprié dans le projet de convention.

Projet d'article 74. Actions contre l'affréteur coque nue

156. Il a été rappelé que le projet d'article 74 levait les inquiétudes liées au fait que le délai de prescription puisse expirer avant qu'un demandeur ait identifié l'affréteur coque nue qui était le "transporteur" responsable en vertu du projet d'article 40-3. Il a été convenu de remanier le libellé de l'article 74 pour tenir compte de la décision du Groupe de travail de reformuler le paragraphe 3 de l'article 40 (voir par. 17 à 25 et 28 ci-dessus) et de maintenir entre crochets la version révisée du projet d'article 74, pour examen à une session ultérieure.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 74

157. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé de maintenir entre crochets le texte du projet d'article 74 et de le remanier en tenant compte de sa décision relative au projet d'article 40-3.

Article supplémentaire éventuel concernant le désistement d'instance en vertu du projet d'article 80-2

158. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait été proposé, à sa seizième session, que le projet de convention prévoie une disposition sur le délai pour agir en rapport avec le désistement d'instance en vertu du projet d'article 80-2 (voir A/CN.9/591, par. 57).

159. Il a été estimé qu'en général, les actions susceptibles de désistement en vertu du projet d'article 80-2 seraient celles engagées par le transporteur en déclaration de non-responsabilité et non celles légitimes exercées contre le chargeur, telles qu'une action en responsabilité en vertu du chapitre 8 (voir A/CN.9/591, par. 57 à 59). Le Groupe de travail est convenu qu'il n'était pas nécessaire d'avoir une règle spéciale concernant le désistement d'instance prévu au projet d'article 80-2.

Conclusions du Groupe de travail concernant un article supplémentaire éventuel

160. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé qu'aucun article supplémentaire concernant le désistement d'instance n'était nécessaire.

Limitation de la responsabilité du transporteur – Chapitre 13

161. Il a été rappelé au Groupe de travail qu'il avait examiné la question de la limitation de la responsabilité du transporteur pour la dernière fois à sa treizième session (voir A/CN.9/552, par. 25 à 31 et 38 à 62) et avant cela à sa dixième session (voir A/CN.9/525, par. 65 à 70 et 81 à 92). Il a également été rappelé qu'un document contenant des informations relatives au retard avait été présenté par le Gouvernement chinois (A/CN.9/WG.III/WP.72), et que des propositions écrites sur la question avaient été soumises au Groupe de travail pour examen à sa session en cours (voir A/CN.9/WG.III/WP.73, par. 29 à 36, et A/CN.9/WG.III/WP.77). L'examen, par le Groupe de travail, des dispositions sur la limitation de la responsabilité du transporteur s'est basé sur le texte figurant aux annexes I et II du document A/CN.9/WG.III/WP.56.

Projet d'article 64. Fondement de la limitation de la responsabilité

Paragraphe 1

162. Il a été noté que le paragraphe 1 du projet d'article 64 prévoyait une méthode pour calculer la limite de responsabilité du transporteur. Comme dans les Règles de La Haye-Visby et de Hambourg, il s'agissait d'un calcul par colis ou par kilogramme de marchandises perdues ou endommagées dans lequel le plus élevé des deux montants obtenus serait retenu. Il a également été rappelé que le paragraphe 1 prévoyait une exception lorsque "la nature et la valeur" des marchandises perdues ou endommagées avaient été déclarées par le chargeur avant l'expédition et figuraient dans les données du contrat, ou lorsqu'un montant supérieur avait été

convenu entre les parties au contrat de transport. Le Groupe de travail a convenu que le montant final de la limite de responsabilité qui serait inséré au paragraphe 1 devrait être considéré comme un élément de l'équilibre général du régime de responsabilité prévu par le projet de convention et que, par conséquent, il poursuivrait son examen de ce paragraphe sans mentionner de chiffres ou de montants précis à ce stade des débats. Par ailleurs, la procédure d'amendement tacite de la limite de responsabilité du transporteur, figurant dans le projet d'article 104 du projet de convention, qui offrait davantage de souplesse pour des ajustements ultérieurs de cette limite, et la règle au paragraphe 2 du projet d'article 64 relative à la perte ou au dommage dont l'origine était non localisée méritaient – a-t-on dit – d'être prises en considération à ce sujet.

Commentaires généraux

163. On a rappelé au Groupe de travail la raison générale pour laquelle une limitation de la responsabilité du transporteur était incluse dans le projet de convention et dans d'autres conventions relatives au transport. Il a été dit que l'objectif premier de dispositions relatives à la limitation de la responsabilité était de réglementer la relation entre deux parties commerciales de manière à ce que chacune ait droit à un avantage. Il a été rappelé que, si sa responsabilité n'était pas limitée, le transporteur serait tenu de la totalité de la perte ou du dommage et que, lorsque les marchandises étaient placées dans des conteneurs, il n'aurait aucune connaissance de leur contenu et risquerait ainsi de s'exposer à des risques très importants et inattendus. Plutôt que de payer des primes d'assurance élevées, et pour ne pas assumer seul ces risques potentiellement très importants, le transporteur devrait répartir ceux-ci entre tous les chargeurs en augmentant les taux de fret. Si l'on prévoyait une limitation de la responsabilité du transporteur, cette répartition des risques permettait de réduire les coûts des transporteurs et des chargeurs, l'inconvénient étant que le dédommagement intégral des préjudices importants ne serait pas possible. Il a également été observé qu'une limitation adéquate de la responsabilité réduirait le montant des réparations pour certains sinistres au montant de la limite, mais pas dans un nombre de cas trop élevé. Il a encore été noté que la limite optimale serait assez élevée pour inciter les transporteurs à prendre dûment soin des marchandises, mais aussi assez basse pour empêcher les demandes excessives, tout en permettant une bonne répartition des risques entre les parties commerciales.

164. On a estimé que les limites de responsabilité prévues dans les Règles de La Haye ou de La Haye-Visby s'étaient révélées satisfaisantes. Il a été observé que le paragraphe 1 prévoyait une limite de responsabilité calculée par colis ou par kilogramme, la limite la plus élevée étant applicable. Il a été rappelé que les Règles de La Haye prévoyaient uniquement une limite par colis, alors que les Règles de La Haye-Visby et de Hambourg prévoyaient une limite à la fois par colis et par kilogramme, mais que chacune de ces conventions était antérieure à l'avènement du transport moderne par conteneurs. Ce point était important car, a-t-on dit, avant l'utilisation généralisée des conteneurs, la plupart des marchandises étaient transportées dans une caisse ou une grande boîte en bois comptant comme un colis, alors qu'avec l'emploi généralisé des conteneurs, la limite par colis était basée sur le nombre de colis à l'intérieur d'un conteneur. Avec cette évolution de la pratique, le montant des réparations dues par le transporteur était supérieur à ce qu'il aurait

été avec une limite par kilogramme ou avec la limite par colis antérieure à l'ère du transport par conteneurs.

165. Toujours à l'appui de l'opinion selon laquelle les limites de responsabilité prévues dans les Règles de La Haye ou de La Haye-Visby étaient satisfaisantes, on a fait valoir que les limites fixées dans d'autres conventions sur le transport, comme la CMR ou la COTIF/CIM, n'étaient pas directement comparables à celles établies dans les conventions régissant le transport maritime, car plusieurs des conventions unimodales ne contenaient qu'une limite par kilogramme. De ce fait, a-t-on dit, même si cette limite était bien plus élevée que dans les Règles de La Haye-Visby, en fait, le montant de la réparation était bien supérieur dans les conventions qui prévoyaient un calcul par colis. Il a également été indiqué que d'autres conventions, comme la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international de 1999 (Convention de Montréal), qui limitait la responsabilité du transporteur à 17 DTS, fixaient une limite élevée par rapport à d'autres conventions sur le transport, mais contenaient aussi des dispositions interdisant tout dépassement de cette limite même en cas de vol ou d'actes intentionnels, et que le fret payable pour le mode de transport régi par ces autres conventions était bien plus élevé que dans les conventions sur le transport maritime. On a en outre fait observer qu'une comparaison des régimes prévus dans les conventions de transport unimodal pouvait être source de confusion, puisque chaque convention prévoyait des dispositions particulièrement adaptées aux conditions du type de transport visé. À cet égard, on a noté qu'il serait utile d'avoir des chiffres concrets concernant les montants des réparations en cas de perte ou d'endommagement des marchandises et l'incidence des limites par kilogramme ou par colis sur ces montants, mais que ces informations avaient été demandées auprès de plusieurs sources et étaient difficiles à obtenir. Selon un autre avis encore, puisque le transport de porte à porte pouvait être multimodal, il serait utile d'examiner les limites fixées dans les autres conventions unimodales, en particulier pour les cas de perte ou d'endommagement non localisé des marchandises.

166. Il a été fait remarquer également que, par la méthode utilisée pour emballer les marchandises expédiées, le chargeur pouvait en principe choisir unilatéralement si le montant de toute réparation éventuelle en cas de perte ou d'endommagement serait calculé en fonction du poids ou du nombre de colis. On a noté, en outre, que les chargeurs avaient toujours la possibilité, bien qu'ils la saisissent rarement, de déclarer la valeur des marchandises qu'ils expédiaient ou de s'entendre avec le transporteur sur une limite différente et d'éviter ainsi de tomber sous le coup des limites de responsabilité fixées au paragraphe 1.

167. Encore à l'appui de l'avis selon lequel les limites établies dans les Règles de La Haye-Visby étaient satisfaisantes, il a été dit que, dans le transport de vrac, la valeur moyenne des marchandises n'avait pas beaucoup augmenté depuis l'époque des anciennes conventions maritimes, non plus que la valeur moyenne des marchandises conteneurisées dans le transport de ligne régulière.

168. Toutefois, selon un autre point de vue fermement appuyé, il convenait de relever les limites de responsabilité prévues dans les Règles de La Haye-Visby. Il a été noté que, comme la pratique répandue de la conteneurisation avait permis de transporter des marchandises bon marché dans des conteneurs à moindre coût, l'examen de chiffres, tels que la valeur moyenne des marchandises sur une période déterminée, dans le but de décider d'une limite équitable pour la responsabilité du

transporteur, pourrait être source d'erreur. Il a également été souligné que les marchandises de grande valeur s'étaient enchéries au cours des dernières années et que l'inflation avait aussi eu une incidence évidente sur la valeur des marchandises en général et entraîné une dépréciation des limites de responsabilité depuis l'adoption des conventions actuelles sur le transport maritime, qui avaient été négociées il y a plusieurs décennies. L'idée que ces facteurs devraient être pris en considération pour déterminer la limite à fixer au paragraphe 1 et que le Groupe de travail devrait envisager d'établir une limite plus élevée que celle prévue dans les anciennes conventions maritimes a été appuyée. Des vues divergentes ont toutefois été exprimées sur les paramètres d'une telle augmentation. Certains ont estimé que seule une légère augmentation serait concevable, alors que d'autres ont été d'avis que les limites de responsabilité devraient correspondre aux montants prévus dans les Règles de Hambourg ou les dépasser.

169. Outre les aspects historiques et commerciaux, le Groupe de travail a été encouragé à considérer d'autres facteurs afin de déterminer la limite de responsabilité appropriée pour le transporteur. En particulier, il fallait, a-t-on dit, tenir compte de la nécessité de veiller à ce que le projet de convention puisse être largement accepté, en examinant soigneusement la limite fixée dans les conventions antérieures sur le transport maritime. On a estimé – et cette opinion a été appuyée – qu'il était préférable de trouver un juste milieu, ce qui exigerait peut-être d'augmenter les limites prévues dans les anciennes conventions maritimes.

170. On a toutefois appelé l'attention sur le fait que la fixation de la limite de responsabilité au niveau prévu dans les Règles de Hambourg, qui ne régissaient actuellement qu'une part relativement faible des expéditions effectuées dans le monde, constituerait une forte augmentation pour la plus grande partie des marchandises transportées, lesquelles étaient actuellement soumises aux limites inférieures des Règles de La Haye-Visby, voire à des limites encore plus basses, comme cela était le cas dans certaines des principales économies du monde. On a exprimé la crainte, cependant, qu'une décision autre que celle de relever les limites de responsabilité par rapport aux anciennes conventions maritimes ne soit interprétée comme un retour en arrière.

171. Après avoir écouté les différentes vues exprimées, le Groupe de travail a conclu ses discussions en soulignant que celles-ci n'avaient qu'un caractère indicatif à ce stade et en rappelant qu'il était convenu que toute décision concernant la limite de responsabilité devait être considérée comme un élément de l'équilibre général du régime de responsabilité prévu dans le projet de convention.

"la nature et la valeur des marchandises"

172. On s'est interrogé sur l'emploi, au paragraphe 1, de l'expression "la nature et la valeur des marchandises" et sur la différence entre celle-ci et les mots "description des marchandises" figurant dans le projet d'article 38-1 a) concernant les données du contrat. Il a été proposé que la terminologie du projet d'article 64-1 soit alignée sur celle du projet d'article 38-1 a), car, a-t-on dit, l'emploi de termes différents risquait d'être une source de confusion s'agissant de l'intention du chargeur en ce qui concerne la valeur déclarée des marchandises. Quelques réserves ont été émises au sujet de cette analyse, car, pensait-on, le projet d'article 38 ayant trait aux marchandises qui se trouvaient sous la garde du transporteur et qui étaient transportées, et non à une déclaration précise de leur valeur, il fallait établir une

différence claire entre les termes employés. Cependant, la proposition de clarifier le texte et les termes employés, éventuellement par la simple suppression du mot "nature", a été appuyée.

Par colis et par kilogramme

173. Bien que, selon un avis, il serait peut-être plus facile de se prononcer définitivement sur la limite à fixer en retenant le seul poids des marchandises comme base de calcul, le Groupe de travail est généralement convenu que les deux éléments – poids et colis – devraient être conservés pour la suite de ses débats.

Conclusions du Groupe de travail concernant le paragraphe 1 du projet d'article 64

174. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

- D'approuver le mécanisme prévu dans le paragraphe 1 pour calculer la limite de responsabilité du transporteur;
- De modifier l'expression "la nature et la valeur des marchandises" en tenant compte du libellé du projet d'article 38-1 a); et
- De se prononcer définitivement sur la question de la limite de responsabilité du transporteur en fonction de l'ensemble des droits et obligations prévus dans le projet de convention.

Paragraphe 2

175. Le Groupe de travail est passé ensuite au paragraphe 2 du projet d'article 64, qui contenait deux variantes, prévoyant l'une et l'autre un régime spécial pour la limite de responsabilité en cas de perte ou d'endommagement non localisé des marchandises. Il est convenu de n'examiner la disposition qu'après avoir conclu son débat, à sa session en cours, sur la relation entre le projet de convention et les autres conventions.

Conclusions du Groupe de travail concernant le paragraphe 2 du projet d'article 64

176. Le Groupe de travail est convenu de n'examiner le paragraphe 2 du projet d'article 64 qu'après avoir débattu de la relation entre le projet de convention et les autres conventions (voir par. 236 à 238 ci-dessous).

Paragraphe 3

177. Il a été signalé que ce paragraphe trouvait son origine dans les Règles de La Haye-Visby. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe 3 réglementait la limitation de la responsabilité en fonction du nombre de colis ou d'unités de chargement lorsque des conteneurs, des palettes ou d'autres moyens de transport étaient utilisés. On a noté que lorsque les Règles de La Haye-Visby avaient été rédigées, les colis étaient souvent assez gros, alors qu'aujourd'hui, du fait de la conteneurisation, ils étaient généralement beaucoup plus petits. Cela signifiait que les transporteurs, de par la définition du colis, risquaient aujourd'hui d'assumer une responsabilité plus importante pour les marchandises d'un seul conteneur qu'au moment de l'adoption du Protocole de Visby.

Conclusions du Groupe de travail concernant le paragraphe 3 du projet d'article 64

178. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail est convenu de conserver le texte actuel du paragraphe 3.

Paragraphe 4

179. Le Groupe de travail a noté que le paragraphe 4 prévoyait l'utilisation du DTS, tel que défini par le Fonds monétaire international, comme unité de compte pour calculer la responsabilité du transporteur.

Conclusions du Groupe de travail concernant le paragraphe 4 du projet d'article 64

180. Le Groupe de travail a approuvé le paragraphe 4 quant au fond.

Projet d'article 65. Responsabilité pour le préjudice causé par le retard

Variante A ou B

181. Le Groupe de travail était saisi de deux variantes (A et B) et a examiné laquelle était préférable. Il a été noté que ces variantes différaient peu quant au fond. La variante A a toutefois eu plus de partisans au motif qu'elle était plus claire.

182. On a rappelé au Groupe de travail les objections qu'avait suscité le traitement de la responsabilité en cas de retard dans le projet de convention et le fait que, pour les pays qui avaient soulevé ces objections, l'une ou l'autre variante du projet d'article 65 n'était acceptable que si une disposition équivalente était prévue sur la responsabilité du chargeur en cas de retard.

Nature des préjudices visés par le projet d'article

183. Dans le souci de faciliter son examen du projet d'article, le Groupe de travail a été invité à examiner les divers types de préjudices susceptibles de résulter d'un retard de livraison des marchandises et à envisager comment chaque catégorie serait traitée dans le projet de convention. On a dit que les préjudices résultant d'un retard ressortissaient, pour l'essentiel, à trois catégories. La première concernait la perte ou l'endommagement physique des marchandises (par exemple, de denrées périssables, comme des fruits ou des légumes); la deuxième, le préjudice économique subi par le destinataire en raison d'une baisse de la valeur marchande des marchandises entre le moment prévu de leur livraison et celui de la livraison effective; et la troisième, le préjudice purement économique subi par le destinataire, par exemple lorsqu'une usine ne pouvait fonctionner en raison de la livraison tardive de composants ou de pièces d'une machine essentielle.

184. Il a été noté que la première catégorie de préjudice résultant d'un retard était manifestement en dehors du champ d'application du projet d'article 65, étant donné qu'elle était traitée par les dispositions relatives au calcul de la réparation en cas de perte physique des marchandises dans le projet d'article 23. Il a été dit que la troisième catégorie (préjudice purement économique), en revanche, relevait clairement du projet d'article 65. Quant à la deuxième catégorie (perte de la valeur marchande), on a estimé que la situation était floue. Le Groupe de travail a souscrit à cette analyse ainsi qu'à la nécessité de préciser que le projet d'article 65 ne visait que le préjudice purement économique (indirect) et que la baisse de la valeur

marchande des marchandises était un type de préjudice qui devrait être traité par le projet d'article 23.

Limitation de la responsabilité pour le préjudice causé par le retard

185. Un certain soutien a été apporté à la proposition de retenir, en ce qui concerne la responsabilité du transporteur pour retard, le même paramètre principal que pour le calcul de la réparation en cas d'endommagement physique des marchandises conformément au paragraphe 1 du projet d'article 23, à savoir la valeur marchande de ces marchandises au lieu de destination. On a dit que l'abandon, comme référence, de la valeur du fret pour le calcul de la réparation était justifié par le fait que les taux de fret étaient soumis à des fluctuations de grande ampleur, les taux actuels étant beaucoup plus faibles, par exemple, qu'au moment de l'adoption des Règles de Hambourg, en 1978. Autrement dit, le fait de continuer de prendre le fret comme référence reviendrait à accorder au chargeur et au destinataire une protection beaucoup plus faible que par le passé.

186. Une autre proposition encore a été de lier la limite de responsabilité à celle des trois valeurs suivantes qui était la plus faible: le montant effectif du préjudice; deux fois et demie le fret payable pour les marchandises ayant subi un retard; ou le montant total payable comme fret pour toutes les marchandises expédiées. Cette proposition a bénéficié d'un certain soutien et il a été suggéré d'entreprendre des recherches plus approfondies sur l'utilité de prendre comme référence la valeur des marchandises afin de déterminer la responsabilité pour le préjudice causé par le retard.

187. L'avis qui l'a emporté a toutefois été que, conformément aux autres instruments existants, le montant du fret payable pour les marchandises ayant subi un retard était un élément plus approprié pour le calcul de la responsabilité du transporteur en cas de préjudice économique résultant d'un retard, qui pouvait être sans aucun rapport avec la valeur des marchandises. Il y avait en revanche un lien direct entre le fret et l'obligation qu'un transporteur n'avait pas exécutée comme il avait été convenu. On a dit que, du fait que la valeur marchande était souvent totalement imprévisible, une telle limite imposerait aux transporteurs un risque déraisonnable, qui se répercuterait négativement sur les chargeurs sous forme de taux de fret plus élevés. On a fait observer que le projet d'article 23 traitait déjà de la réparation en cas de pertes dues à la baisse de la valeur marchande, et que si cette disposition n'était pas claire, il faudrait la préciser.

188. La limite de responsabilité énoncée à l'article 6-1 b) des Règles de Hambourg, à savoir deux fois et demie le fret payable pour les marchandises ayant subi un retard, a été soutenue par plusieurs. Il a aussi été indiqué que la limite de responsabilité devrait être une incitation pour les transporteurs à s'acquitter de leur obligation de livrer les marchandises à temps, et qu'elle ne devrait donc pas être trop basse.

189. Selon l'opinion contraire, qui a été fortement soutenue, la limite de responsabilité équivalant à une fois le fret pour le préjudice économique résultant d'un retard serait suffisante. On a expliqué qu'une comparaison rapide avec les limites fixées dans les Règles de Hambourg était fallacieuse, car dans la pratique, elles conduiraient rarement à récupérer deux fois et demie le fret payé. Il a été souligné à cet égard que, si les Règles de Hambourg comportaient une limite de

deux fois et demie le fret payable, la limite globale de responsabilité, conformément à l'article 6-1 b), était le montant total du fret payé pour l'expédition. Dans la pratique, cela signifiait que dans la plupart des cas la limite était souvent égale à une fois le fret. Par exemple, un chargeur pouvait expédier 10 conteneurs avec un taux de 1 000 DTS chacun et le retard d'un conteneur imposerait une responsabilité de 2 500 DTS, mais dans la situation dont on a dit qu'elle était la plus courante, à savoir que tous les conteneurs seraient en retard, la limite serait équivalente à une fois le fret total, soit 10 000 DTS, et non 25 000. Il a été estimé en outre que dans les Règles de Hambourg les limites de responsabilité en cas de retard s'appliquaient à tous les types de responsabilité pour retard, tandis que le projet d'article 65 s'en tenait au préjudice économique (indirect). On a fait observer qu'un montant égal à une fois le fret était déjà suffisamment élevé étant donné que le transporteur pouvait être tenu responsable du retard envers de nombreux chargeurs et que par conséquent le fait de retenir le fret comme référence pour calculer la limite de la responsabilité constituait une incitation suffisante pour qu'un transporteur respecte son obligation de livraison en temps voulu.

"sauf convention contraire"

190. Le Groupe de travail a ensuite examiné s'il y avait lieu de conserver ou non les termes "sauf convention contraire", qui figuraient dans les deux variantes A et B. Il a été rappelé que l'insertion de ces termes avait pour objectif de permettre la liberté contractuelle en ce qui concerne les limites de responsabilité pour le préjudice économique résultant d'un retard. Les avis sur le maintien ou la suppression de ces termes étaient partagés.

191. On a dit que le maintien de ces termes rendrait l'une des obligations fondamentales du transporteur, à savoir livrer à temps, non impérative et compromettrait sa motivation à respecter cette obligation contractuelle fondamentale. À l'appui de leur suppression, on a fait valoir qu'ils étaient inutiles étant donné que si les parties convenaient d'une limite plus élevée, cette possibilité était déjà reconnue au chapitre 20, et toute convention portant sur une limite inférieure serait contraire à la disposition concernant la liberté contractuelle. On a largement appuyé le point de vue selon lequel le maintien des termes en question reviendrait en pratique à priver les chargeurs et les destinataires de toute réparation en cas de retard, car les transporteurs insèreraient systématiquement dans des documents de transport préimprimés des clauses standard ramenant la responsabilité pour retard à un montant qui pourrait être insignifiant. Si ce degré de liberté contractuelle pouvait être acceptable pour les contrats de tonnage, où les deux parties négociaient sur un pied d'égalité, il ne serait pas approprié dans d'autres situations du transport sur ligne régulière, où les contrats de transport étaient des contrats d'adhésion, dont les chargeurs n'avaient pas la possibilité équitable de négocier les termes.

192. Le maintien des termes en question a également été fortement soutenu. On a indiqué que la dérogation était fondée sur l'accord mutuel des parties et non sur une déclaration unilatérale de la part du transporteur et qu'aujourd'hui les chargeurs avaient souvent un pouvoir de négociation suffisant pour obtenir de meilleures conditions. On a dit aussi que la flexibilité commerciale était importante pour que les parties puissent, en cas de préjudice indirect, imposer des limites différentes en fonction de leurs besoins et que cette approche était conforme aux pratiques

commerciales. De plus, supprimer l'autonomie des parties en cette matière reviendrait à faire des transporteurs des assureurs de l'arrivée en temps voulu des marchandises expédiées. Un tel résultat aurait un effet négatif dans un secteur hautement compétitif où des taux de fret très bas étaient pratiqués depuis peu. Les chargeurs pour lesquels l'arrivée en temps voulu était si essentielle avaient toujours la faculté d'expédier leurs marchandises par des moyens plus rapides, par exemple par voie aérienne, et de payer en conséquence un taux de fret plus élevé.

193. Ayant pris note des divergences d'opinions sur la question, le Groupe de travail est convenu de se prononcer sur le maintien ou non des termes considérés lorsqu'il aurait pris une décision sur l'inclusion ou non dans le projet de convention de la responsabilité pour retard de la part du chargeur. Une décision positive sur ce point ferait pencher en faveur de la suppression de ces termes, pour que ce paragraphe s'applique de manière impérative.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 65

194. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

- De retenir le texte de la Variante A comme base de la poursuite des discussions;
- De conserver les termes "sauf convention contraire" entre crochets en vue d'un examen à une session ultérieure;
- D'apporter toute clarification nécessaire aux projets d'articles 23 et 65 quant aux types de dommages qui étaient visés par chacune de ces dispositions; et
- D'attendre, pour se prononcer sur la limite de responsabilité appropriée pour le transporteur en cas de préjudice indirect résultant d'un retard, qu'un consensus se soit dégagé en ce qui concerne toute limitation de la responsabilité du chargeur pour retard.

Projet d'article 66. Déchéance du droit de limiter sa responsabilité

Paragraphe 1

195. Il a été rappelé au Groupe de travail que le paragraphe 1 du projet d'article 66 énonçait les conditions dans lesquelles le transporteur serait déchu du droit de limiter sa responsabilité, à savoir lorsque le demandeur prouvait que la perte ou le dommage subi par les marchandises ou le manquement aux obligations incombant au transporteur en vertu du projet de convention résultait d'un acte ou d'une omission que la personne revendiquant le droit de limiter sa responsabilité avait commis soit intentionnellement, soit témérairement, en sachant que cette perte ou ce dommage en résulterait probablement.

196. On a fait observer qu'une disposition de ce type autorisant le dépassement de la limite de responsabilité dans certaines circonstances était courante dans les conventions sur les transports. La structure et l'approche adoptées dans le libellé du paragraphe 1 ont recueilli l'approbation générale au sein du Groupe de travail.

"personal" (personnel)

197. Plusieurs délégations se sont déclarées très insatisfaites de l'insertion du mot "personal", dans la version anglaise du paragraphe 1, pour qualifier "un acte ou une

omission", estimant que, en raison de l'emploi de ce mot, il était trop difficile pour la personne ayant un droit sur les marchandises de prouver que les conditions énoncées dans cette disposition avaient été remplies et donc trop difficile de dépasser la limite de responsabilité du transporteur. Le Groupe de travail a rappelé qu'il avait examiné la question de l'insertion ou non du mot "personal" en détail à sa treizième session et a décidé de ne pas revenir sur la décision qu'il avait prise alors (voir A/CN.9/552, par. 59, 60 et 62).

"[ni conformément au contrat de transport]"

198. Le Groupe de travail a examiné la question de l'insertion des mots "[ni conformément au contrat de transport]" au paragraphe 1. Selon un avis, ces mots pouvaient être supprimés, car – a-t-on estimé – ceux qui appliquaient cette disposition parviendraient à la conclusion appropriée que ces mots soient ou non insérés. On a estimé en particulier que, si les conditions énoncées dans le paragraphe étaient remplies, il s'ensuivrait qu'une limite de responsabilité pourrait être dépassée, quel que soit l'endroit où elle avait été prévue, et que ces mots soient ou non insérés dans la disposition. On a toutefois exprimé la crainte que, comme le projet de convention autorisait uniquement les parties à convenir d'augmenter la limite de leur responsabilité et non de la réduire, la non-insertion de ces mots ne soit une source de confusion dans certains pays quant à savoir si une limite plus élevée qui avait été convenue resterait ou non valable, même lorsque les conditions énoncées au paragraphe 1 étaient remplies. À l'issue du débat, le Groupe de travail est convenu de supprimer les crochets entourant les mots et de conserver ceux-ci dans le paragraphe 1.

Préoccupations concernant la rédaction

199. On s'est inquiété de l'interaction entre le projet d'article 64 et le projet d'article 66-1. En particulier, compte tenu de la suppression, dans le projet d'article 64, des mots "lié aux marchandises" remplacés par "manquement aux obligations lui incombant en vertu de la présente Convention", on s'est demandé si le texte révisé s'appliquait aussi aux cas de livraison des marchandises à une personne autre que le destinataire ou de livraison sans présentation du document de transport négociable ou encore de fausse déclaration dans le document de transport. De plus, si ces cas n'étaient pas visés par le projet d'article 64, la question se posait aussi de savoir s'ils seraient jamais susceptibles d'aboutir à une situation où la limite de responsabilité pourrait être dépassée conformément au projet d'article 66, car il se pouvait qu'il n'y ait jamais eu d'intention ou de connaissance de la part du transporteur.

Conclusions du Groupe de travail concernant le paragraphe 1 du projet d'article 66

200. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

- De supprimer les crochets entourant les mots "ni conformément au contrat de transport" et de conserver ces mots; et
- D'approuver le libellé du projet de paragraphe 1, sous réserve des modifications de forme que le secrétariat pourrait juger nécessaires afin de le rendre plus clair.

Paragraphe 2

201. Il a été rappelé au Groupe de travail que le paragraphe 2 du projet d'article 66 énonçait les conditions dans lesquelles le transporteur serait déchu du droit de limiter sa responsabilité en cas de retard à la livraison, à savoir lorsque le demandeur prouvait que ce retard résultait d'un acte ou d'une omission que la personne revendiquant le droit de limiter sa responsabilité avait commis soit intentionnellement, soit témérairement, en sachant que ce retard en résulterait probablement.

202. Le Groupe de travail a approuvé le libellé du projet de paragraphe 2, étant entendu qu'une proposition avait été faite selon laquelle, si une limite de responsabilité appropriée était fixée pour le chargeur en cas de retard, il devrait envisager une disposition similaire à celle contenue dans le projet de paragraphe 2 énonçant les conditions dans lesquelles cette limite pourrait être dépassée.

203. D'autres préoccupations ont été exprimées concernant les mots "si le demandeur prouve", comparés à la formule "s'il est prouvé que" figurant dans la disposition correspondante des Règles de Hambourg (art. 8-1) et des Règles de La Haye-Visby (art. 4-5 e)), car on a estimé que ces mots imposeraient une charge supplémentaire à la personne ayant un droit sur les marchandises.

Conclusions du Groupe de travail concernant le paragraphe 2 du projet d'article 66

204. Le Groupe de travail a approuvé le projet de paragraphe 2, sans perdre de vue qu'une disposition parallèle pourrait être nécessaire concernant la limite de responsabilité du chargeur, si une telle limite devait être déterminée.

Projet d'article 104. Modification des limites

205. Compte tenu de la relation étroite entre cette disposition et les dispositions du chapitre 13 relatives à la limitation de la responsabilité, le Groupe de travail a ensuite examiné le projet d'article 104 relatif à la modification des limites dans le projet de convention. Il a rappelé qu'il avait prié le secrétariat, à sa treizième session, d'élaborer une procédure d'amendement spéciale pour la modification rapide des limites dans le projet de convention (voir A/CN.9/552, par. 40). Le Groupe de travail était saisi de deux versions du projet d'article 104, celle élaborée par le secrétariat et insérée dans le texte du projet de convention dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, et une proposition de texte révisé figurant au paragraphe 9 du document A/CN.9/WG.III/WP.77.

206. Il a été dit qu'une disposition comme celle figurant dans le projet d'article 104, qu'il s'agisse de la proposition de texte révisé ou de la version figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, était directement liée au montant de la limite de responsabilité du transporteur. Il a été estimé, en particulier, que si la limite était fixée à un niveau très élevé, la procédure d'amendement devrait être très stricte, alors que si elle était fixée à un niveau relativement bas, la procédure devrait être moins stricte.

Présentation du texte du paragraphe 9 du document A/CN.9/WG.III/WP.77

207. En guise de présentation des changements suggérés dans la proposition de texte révisé, il a été dit que, comme énoncé dans le premier paragraphe dudit texte,

le projet d'article 104 devait constituer une procédure d'amendement spéciale s'appliquant uniquement aux fins de modifier les limites de la responsabilité du transporteur fixées au projet d'article 64-1. Tout autre amendement du projet de convention suivrait la procédure normale du droit général des traités.

208. Au paragraphe 2 de la proposition de texte révisé, il était suggéré que le nombre d'États contractants requis pour demander une modification des limites soit de la moitié, au lieu du quart des États contractants. On a exprimé l'avis que cette modification assurerait un consensus suffisant et qu'il était nécessaire d'apporter un changement important à la disposition parmi les parties les plus touchées, notamment celles qui représentaient un pourcentage suffisant du volume ou de la valeur des marchandises dans le transport visé par le projet de convention. Il a également été suggéré que le paragraphe 2 de la proposition de texte révisé prévoie que la modification soit apportée lors d'une réunion de tous les États contractants et tous les Membres de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), car l'on estimait que, dans le droit international privé, les modifications importantes des textes ayant fait l'objet d'un accord émanaient souvent des organes multilatéraux mêmes qui avaient élaboré le texte initial.

209. On a dit qu'une autre innovation de la proposition de texte révisé se trouvait au paragraphe 4, qui préférait les procédures normales de la CNUDCI fondées sur le consensus au mécanisme strict du vote, qui risquait de politiser les questions. Outre sa plus grande souplesse, le mécanisme d'approbation fondé sur le consensus paraissait adapté à la procédure d'amendement du fait que c'était le mécanisme utilisé pour l'adoption du projet de convention lui-même.

210. Le paragraphe 5 du projet d'article 104, tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, a été jugé inutile, et il avait été supprimé de la proposition de texte révisé.

211. Pour compléter la présentation, il a été dit que le paragraphe 5 de la proposition de texte révisé était important pour conférer une certaine stabilité au projet de convention en limitant la fréquence et le montant des modifications pouvant être apportées aux limites. Selon la proposition de texte, le délai approprié pour demander un amendement était de sept ans à compter de la date d'entrée en vigueur du projet de convention, et de sept ans à compter de la date d'entrée en vigueur d'un amendement antérieur. Cette proposition suggérait en outre qu'aucune limite ne puisse être augmentée ou abaissée de plus de 21 % en une seule fois, et ne puisse être relevée ou abaissée de plus du double du montant initial cumulativement.

212. Le paragraphe 6 de la proposition de texte révisé fixait pour l'entrée en vigueur de l'amendement un délai de douze mois après la date de son adoption par un nombre suffisant d'États contractants, dont il était dit qu'il devrait être le même que celui qui serait finalement retenu au projet d'article 101 pour l'entrée en vigueur du projet de convention. On a dit que les paragraphes 7 et 8 du projet d'article 104, tels qu'ils figuraient dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, prévoyaient un délai inutilement long pour l'entrée en vigueur d'un amendement.

213. Le paragraphe 7 de la proposition de texte révisé prévoyait que les États contractants devraient dénoncer l'amendement ou être liés par lui, au lieu d'adopter l'approche retenue dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, à savoir dénoncer la convention dans sa totalité. On a estimé que l'approche de la proposition de texte révisé était plus souple et qu'elle permettrait aux États, ayant par exemple des

difficultés à approuver l'amendement au niveau national dans le délai prévu pour son entrée en vigueur, de rester néanmoins parties à la convention.

Première réaction à la proposition de texte révisé figurant au paragraphe 9 du document A/CN.9/WG.III/WP.77

214. Il a été observé que le paragraphe 2 de la proposition prévoyait que trois groupes d'États différents participeraient à toute session de la CNUDCI convoquée pour examiner une proposition d'amendement: les États contractants membres de la CNUDCI; les États non contractants membres de la CNUDCI; et les États contractants non membres de la CNUDCI. On a demandé s'il existait un précédent d'une instance aussi hétérogène pour l'amendement d'une convention. Il a été répondu que les trois types d'États étaient inclus dans le texte parce qu'ils constituaient les membres et observateurs habituels participant aux délibérations consensuelles de la CNUDCI, et que tous les États contractants à la convention devraient également participer aux discussions relatives à son amendement. À titre d'exemple, on a mentionné l'adoption du Protocole de Visby, qui ne se limitait pas à une conférence des parties contractantes, et la négociation de la Convention de 1974 sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises. En réponse à une question supplémentaire sur ce point, à savoir si l'adoption d'une procédure d'amendement simplifiée par un groupe comprenant des États non contractants avait un précédent, on a mentionné diverses conventions de l'Organisation maritime internationale contenant des procédures d'amendement spéciales approuvées par consensus.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 104

215. À l'issue de la discussion préliminaire, le Groupe de travail a décidé:

- Qu'il avait besoin de plus de temps pour examiner la procédure présentée dans le projet d'article 104, aussi bien dans le document A/CN.9/WG.III/ WP.56 que dans le document A/CN.9/WG.III/WP.77; et
- Que l'examen plus avant de la disposition aurait lieu à une date ultérieure.

Relation avec d'autres conventions: projets d'articles 27, 89 et 90

Débat général et projet d'article 27

216. Il a été rappelé que le Groupe de travail avait précédemment examiné la question de la relation entre le projet de convention et d'autres conventions à sa onzième session (voir A/CN.9/526, par. 191 à 202) et que lors de son examen du projet d'article 27 à cette même session, il avait donné pour instruction au secrétariat d'établir des dispositions sur les conflits de conventions pour insertion éventuelle dans le projet de chapitre 19 (voir A/CN.9/526, par. 245 à 250, en particulier par. 247 et 250). Ces dispositions se trouvaient actuellement aux articles 89 et 90 du texte. Il a été rappelé aussi qu'une note du secrétariat avait été établie sur la relation entre le projet de convention et d'autres conventions (A/CN.9/WG.III/WP.78) et que cette note était censée être lue conjointement avec une note précédente du secrétariat sur le champ d'application du projet de convention (A/CN.9/WG.III/WP.29). Pour son examen des projets d'articles 27, 89

et 90, le Groupe de travail s'est fondé sur le texte figurant dans les annexes I et II du document A/CN.9/WG.III/WP.56.

217. L'Union internationale des transports routiers (IRU) a présenté au Groupe de travail un exposé mettant l'accent sur certaines de ses préoccupations concernant l'interaction du projet de convention avec la CMR. Selon l'IRU, le projet de convention créait un régime juridique qui faisait concurrence à la CMR en matière de transport de marchandises par route. Tout en reconnaissant que l'article 27 du projet de convention tentait d'harmoniser l'application des deux textes, l'IRU a soutenu que le jeu combiné des articles 27, 89 et 90 du projet de convention obligerait une partie contractante à la CMR souhaitant adhérer au projet de convention à enfreindre les dispositions de la CMR. Selon l'avis de l'IRU, le projet de convention serait contraire à l'article 41-1 b) de la Convention de Vienne sur le droit des traités concernant la modification d'un traité, ainsi qu'à l'article 1-5 de la CMR, qui interdisait à ses parties contractantes de conclure entre elles des accords particuliers visant à modifier les dispositions de la CMR. L'IRU a avancé que toute partie à la CMR enfreindrait ces dispositions en ratifiant le projet de convention car l'application de ce dernier au transport de porte-à-porte entraînerait nécessairement la modification ou le non-respect des obligations qui leur incombaient en vertu de la CMR. L'IRU était en outre préoccupée par l'application de l'article 27 du projet de convention qui, en cas de perte ou de dommages localisés subis par les marchandises, permettait d'appliquer les dispositions impératives d'autres conventions prévoyant expressément la responsabilité du transporteur, la limitation de la responsabilité ou le délai pour agir, ce qui, a-t-on dit, était contraire au caractère impératif de l'ensemble de la CMR en vertu de ses propres dispositions (voir CMR, art. 41).

218. À cela il a été répondu que certains commentaires de l'IRU se fondaient sur des dispositions provisoires du projet de convention qui étaient encore soumises à l'examen du Groupe de travail. Il a aussi été fait observer que les parties contractantes à la CMR ne coïncideraient pas avec les Membres de l'ONU et qu'il incombait aux premières d'évaluer l'étendue de leurs obligations conventionnelles découlant du droit international public. Enfin, il a aussi été souligné que le type de contrat de transport envisagé par le projet de convention était manifestement différent de celui qui était visé par la CMR.

219. Le Groupe de travail a ensuite examiné les conflits signalés entre le projet de convention et d'autres conventions internationales relatives au transport de marchandises. Tout d'abord, afin d'atténuer les préoccupations que suscitait apparemment la relation du projet de convention avec d'autres conventions, il a été proposé de modifier le libellé du projet d'article 89 en remplaçant les mots: "et qui s'applique à titre obligatoire à des contrats de transport de marchandises effectué essentiellement par un mode autre que le transport par mer" par les mots: "dans la mesure où ledit instrument s'applique à titre obligatoire au contrat de transport en question et ne peut être supplanté par la présente Convention." On a expliqué que cette proposition de modification visait à faire en sorte que d'autres conventions de transport ne soient appliquées que dans la mesure où cela était véritablement nécessaire et lorsque l'on ne pouvait invoquer l'application du projet de convention. Le Groupe de travail a pris note de cette suggestion.

220. On a fait observer que le projet de convention et la CMR avaient chacun une sphère d'application particulière et distincte fondée sur le type de contrat de

transport dont l'inclusion était envisagée, le projet de convention concernant le contrat de transport "maritime plus" avec un transport intérieur supplémentaire, et la CMR les contrats de transport de marchandises exclusivement par route. On a fait observer aussi que le projet d'article 27 était destiné à s'appliquer pour respecter et préserver les dispositions des conventions existantes pour le transport intérieur de marchandises relatives aux questions de responsabilité, et que le transporteur exécutant un transport intérieur serait toujours soumis à son propre régime de responsabilité du transport intérieur unimodal, alors que le transporteur contractant pour l'ensemble du transport serait soumis au régime du projet de convention. Le Groupe de travail a été invité à ne pas trop mettre l'accent sur le conflit éventuel de conventions.

221. Il a été dit que le problème du conflit de conventions tenait pour l'essentiel à la définition du contrat de transport dans différentes conventions. On a fait observer par exemple que la définition du "contrat de transport" dans le projet de convention était assez large et pouvait comprendre une étape maritime relativement courte et un transport intérieur très long. De plus, les dispositions sur le transport combiné des autres conventions, comme l'article 2 de la CMR et l'article 38 de la Convention de Montréal, appliquaient ces conventions à l'ensemble du transport dans certains cas, sans tenir compte du fait que d'autres modes de transport étaient impliqués. Il apparaissait que cela provoquait un conflit direct avec le projet de convention, mais l'avis a été exprimé que le projet d'article 27 était le mécanisme le plus approprié pour traiter ces conflits, sous réserve des ajustements rédactionnels nécessaires.

222. On a indiqué qu'il y avait conflit de conventions de transport essentiellement lorsque les dispositions relatives au champ d'application permettaient aux types de contrats de transport visés de se chevaucher. On a dit notamment que la question n'était particulièrement délicate que lorsque les dispositions de conventions de transport unimodal étaient interprétées de façon très large. L'avis a été exprimé que celles du projet de convention étaient tout à fait modestes et précises par rapport à celles d'autres conventions, et que l'on avait précisé davantage la portée du projet de convention en autorisant des actions uniquement contre le transporteur contractant et la partie exécutante maritime, les transporteurs intérieurs restant soumis à leurs régimes de transport unimodal intérieur. Il a été reconnu que, malgré ces mécanismes, il pouvait encore exister des cas de conflit entre les régimes applicables au contrat de transport cadre et le contrat de transport unimodal, et que le projet d'article 27 avait pour but de permettre une coordination en pareils cas en faisant en sorte que le projet de convention s'efface devant les dispositions impératives des conventions existantes ou à venir, mais uniquement pour la responsabilité du transporteur, la limitation de la responsabilité et le délai pour agir. On a dit que le maintien de la priorité du projet de convention pour toutes les autres questions était d'une importance primordiale pour la sécurité commerciale, du fait que le traitement des aspects documentaires de l'expédition multimodale devait rester constant et soumis aux règles du projet de convention. Le risque, autrement, était l'instabilité, par exemple si un document de transport négociable était brusquement transformé en un document non négociable en vertu de la CMR pour l'étape intérieure du transport. On a dit qu'il existait des arguments similaires en faveur de la préservation du droit de donner des instructions concernant la marchandise, et du droit de contrôle, dans ce sens que, contrairement à certaines conventions unimodales, les dispositions du projet de convention permettraient au

chargeur d'empêcher un destinataire qui n'avait pas payé les marchandises de les retirer quand même à la fin du transport.

223. Bien que l'on se soit déclaré satisfait dans l'ensemble de l'approche adoptée dans le projet d'article 27 à l'égard des autres conventions, et bien qu'il y ait eu un accord général sur le fait que le Groupe de travail était convenu d'adopter une approche de réseau limité dans le projet de convention (voir A/CN.9/526, par. 219 à 239), certains se sont demandés avec inquiétude si le projet d'article 27 avait une portée suffisante pour régler entièrement le problème du conflit de conventions. En particulier, étant donné que le projet d'article 27 faisait référence uniquement aux dispositions impératives, l'avis a été exprimé que des conflits pouvaient également se produire en cas de dispositions non impératives, comme le respect des dispositions sur la notification des dommages, et que le projet d'article 27 n'apportait pas une réponse suffisante pour ces situations. Il a été dit que l'on pouvait considérer que les dispositions du projet de convention chevauchaient celles des conventions de transport unimodal. On a indiqué qu'une solution possible au problème des dispositions non impératives consisterait à ajouter une disposition selon laquelle les parties étaient réputées ne pas appliquer les dispositions non impératives des autres conventions dans la mesure où elles étaient en conflit avec les dispositions du projet de convention.

224. On a dit que le libellé du projet d'article 27-1 b) i) lui-même, qui faisait référence à des conventions qui, selon leurs termes "s'appliqu[ai]ent à l'ensemble ou à l'une quelconque des activités menées par le transporteur" en vertu du contrat de transport, posait un autre problème connexe. On a souligné que, étant donné le champ d'application différent des diverses conventions de transport unimodal, leurs dispositions pourraient ne jamais s'appliquer "selon leurs termes", non plus que le projet d'article 27, et l'on aurait alors un système uniforme au lieu d'un système de réseau limité. Il a été suggéré de supprimer les mots "s'appliquent, selon leurs termes, à l'ensemble ou à l'une quelconque des activités menées par le transporteur en vertu du contrat de transport pendant cette période" et de les remplacer par un texte libellé à peu près comme suit: "se seraient appliquées si le chargeur avait conclu un contrat distinct et direct avec le transporteur pour couvrir l'étape particulière du transport pendant laquelle la perte ou le dommage s'est produit". Il a été dit aussi à l'appui d'un système de réseau limité qu'il aurait pour effet de créer la situation préférable dans laquelle le transporteur contractant serait poursuivi par le titulaire d'un droit sur les marchandises, et non le transporteur exécutant.

225. Certains ont émis l'avis que le projet d'article 27, peut-être avec quelques modifications rédactionnelles pour tenir compte des problèmes particuliers de chevauchement avec des conventions telles que la Convention de Montréal, était suffisant pour apporter une solution à tout conflit potentiel de conventions. Certains ont avancé que, dans ces conditions, les dispositions supplémentaires des projets d'articles 89 et 90 étaient inutiles, et qu'elles compliquaient en fait l'approche claire et prévisible prévue au projet d'article 27. À l'appui de ce point de vue, on a dit que le projet d'article 89 laissait une trop grande liberté de décision quant à la convention à appliquer, et l'on a exprimé une préférence pour l'approche plus certaine présentée au projet d'article 27. Il a été ajouté que le recours au projet d'article 89 pour régler le problème du conflit de conventions ne fournirait pas d'interprétation aussi précise et aussi uniforme que celle que l'on pouvait obtenir en se fondant sur le projet d'article 27. Pour d'autres cependant, qui étaient favorables

au projet d'article 27, les projets d'articles 89 et 90 pouvaient continuer de jouer un rôle dans des situations telles que le conflit direct et inévitable entre les dispositions du projet de convention et l'application des dispositions d'autres conventions, comme les articles 18-4 et 38 de la Convention de Montréal. On a estimé également que l'emplacement des projets d'articles 89 et 90, au chapitre "Autres conventions", était plus approprié pour une disposition relative à un conflit de conventions, et que l'inclusion de telles dispositions pouvait conférer une sécurité d'interprétation accrue au cas où de tels conflits surgiraient.

"[législation nationale]"

226. Plusieurs délégations ont été d'avis que les termes "législation nationale" devraient être supprimés du chapeau du projet d'article 27-1 b). On a avancé comme argument que cette suppression favoriserait l'uniformité d'interprétation et la sécurité juridique. On a dit aussi que la complexité accrue et le supplément de dépenses entraînés dans le cadre d'une action concernant les marchandises par la nécessité de déterminer quelles étaient les dispositions applicables de la législation nationale militaient contre le maintien de ces termes. Un nombre considérable de délégations a néanmoins exprimé le souhait de conserver le texte entre crochets, en attendant qu'il fasse l'objet d'un examen plus poussé. À l'appui de cette proposition, on a exprimé l'avis que dans certaines situations où la dernière étape du transport s'effectuait par route et était purement interne, la suppression de ces termes risquait de se traduire par l'application à cette étape routière d'un régime sensiblement différent de celui qui pourrait être appliqué en vertu du droit interne. On a estimé qu'il faudrait examiner plus avant un tel scénario éventuel, ou se demander si ces préoccupations pourraient être prises en compte au moyen d'une autre approche dans le projet de texte.

Autre préoccupation d'ordre rédactionnel

227. Il a été demandé s'il était nécessaire de faire référence, au projet d'article 27-1 b) iii) à des "contrat[s] privé[s]", ou si le mot "privé" pouvait être supprimé du texte.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 27

228. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

- Que la structure du projet d'article 27 devrait être conservée moyennant quelques améliorations éventuelles sur le plan rédactionnel;
- De supprimer les crochets entourant le texte du paragraphe 1 et de conserver ce texte;
- De demander au secrétariat d'envisager de modifier des formulations telles que "s'appliquent, selon leurs termes";
- De conserver les crochets entourant les paragraphes 2 et 3; et
- De conserver les termes "[ou de la législation nationale]" dans le chapeau du projet d'article 27-1 b) en attendant un examen plus approfondi.

Projet d'article 89. Instruments internationaux régissant d'autres modes de transport et projet d'article 90. Préséance sur des conventions antérieures

229. Le Groupe de travail a poursuivi sa discussion sur la relation entre le projet de convention et d'autres conventions en se fondant sur les projets d'articles 89 et 90 qui, a-t-on rappelé, avaient été introduits dans le projet à sa demande lors de sa onzième session (voir A/CN.9/526, par. 245 à 250, en particulier les paragraphes 247 et 250), mais qu'il n'avait pas encore examinés.

230. On s'est inquiété de ce que les projets d'articles 89 et 90 semblaient se contredire, de sorte que, en cas de conflit, le premier donnerait préséance à d'autres conventions, alors que le second donnerait préséance au projet de convention sur toutes les conventions antérieures. Deux solutions possibles ont donc été proposées: soit la suppression de l'un ou l'autre des projets d'articles, soit la suppression des deux. À cet égard, on a estimé que le projet d'article 27 offrait une solution satisfaisante en cas de conflit éventuel avec d'autres conventions relatives au transport unimodal, et qu'aucune disposition supplémentaire n'était nécessaire ni souhaitable à ce sujet.

231. D'autres opinions ont été exprimées à l'appui de la proposition visant à supprimer les projets d'articles 89 et 90 et à conserver uniquement le projet d'article 27, avec les dispositions particulières relatives au conflit de conventions prévues dans les projets d'articles 79, 91, 92, 93 et la disposition sur la dénonciation énoncée dans le projet d'article 102, pour résoudre d'éventuels conflits. Il a été rappelé, à l'appui de cette proposition, que les conventions relatives au transport unimodal, telles que la CMR, n'entraient pas en conflit avec le projet de convention, leur champ d'application étant lié à des contrats de transport qui étaient distincts du contrat de transport "maritime plus" visé par le projet (voir plus haut, par. 225). De ce fait, a-t-on dit, elles ne portaient pas sur les mêmes matières que le projet. Par ailleurs, il a été déclaré que le projet d'article 27 avait, au départ, été rédigé dans l'esprit d'un système de réseau limité pour remplir la fonction de disposition sur le conflit de conventions, et que le fait de lui retirer cette fonction pourrait étendre son champ d'application à tous les transports intérieurs envisagés dans le projet de convention. Une telle interprétation, a-t-on estimé, risquerait de restreindre considérablement le montant des réparations pouvant être accordées au chargeur qui, en cas de transport routier, serait alors soumis à la limite de 8,33 DTS par kilogramme prévue par la CMR, au lieu de bénéficier d'une limite comparable, par exemple, à celle des Règles de La Haye-Visby (666,67 DTS par colis). Dans cet exemple, on a estimé que le calcul par kilogramme, établi dans la CMR, serait plus favorable qu'un calcul par colis tel que celui prévu dans les Règles de La Haye-Visby uniquement si chaque colis pesait plus de 83 kilogrammes, ce qui, a-t-on fait observer, était rarement le cas. Enfin, on a estimé que les projets d'articles 89 et 90 étaient de toute façon superflus, puisqu'en cas de conflit avec d'autres conventions portant sur la même matière, aux termes de l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, une convention postérieure l'emporterait sur les dispositions de la convention antérieure.

232. Si, de l'avis général, le projet d'article 90 pouvait être supprimé au motif qu'il risquait de prêter à confusion du fait de l'application de l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, le maintien du projet d'article 89, au moins pour l'heure, a continué d'être largement appuyé. À cet égard, on a rappelé les craintes exprimées lors du débat antérieur (voir par. 225 ci-dessus) sur la

capacité du projet d'article 27 à traiter des questions générales de conflit pouvant se poser en rapport avec certaines conventions de transport unimodal et certains instruments régionaux de transport unimodal autres que la CMR, tels que les règles uniformes relatives aux contrats de transport de marchandises par route formulées par l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA). Il a notamment été estimé que le projet d'article 89 pouvait apporter une protection supplémentaire contre ce risque de conflit résiduel, dans la mesure où cette protection était nécessaire en sus de l'application du projet d'article 27. En outre, à l'appui du maintien du projet d'article 89, il a été spécifiquement demandé que l'on garantisse la sécurité juridique concernant l'intention de la disposition en conservant le mot "essentiellement" tel qu'il figurait dans le projet et à l'article 25-5 des Règles de Hambourg.

233. Il a été répondu que les préoccupations quant à un besoin de protection supplémentaire n'étaient pas fondées, le projet d'article 27 offrant une solution claire et complète au problème et qu'en fait, l'ajout du projet d'article 89 pouvait prêter à confusion et masquer l'effet voulu du projet d'article 27. À cet égard, on a aussi estimé que le projet d'article 89, tel qu'il était actuellement rédigé, était trop général pour remplir la fonction qui lui était destinée, à savoir combler les lacunes éventuelles dans l'application du projet d'article 27. Il a toutefois été dit que, pour dissiper les incertitudes restantes concernant l'application du projet d'article 27 en tant que disposition sur le conflit de conventions, le secrétariat pourrait proposer des dispositions supplémentaires qui apporteraient des précisions, comme celles présentées aux paragraphes 29 et 36 du document A/CN.9/WG.III/WP.78, selon lesquelles le projet de convention autorisait des actions contre le transporteur contractant et la partie exécutante maritime uniquement et non contre d'autres transporteurs exécutant un transport intérieur. Il a par ailleurs été dit qu'eu égard à sa fonction de disposition sur le conflit de conventions, on pourrait réexaminer la question de savoir quel serait le meilleur emplacement pour l'article 27 dans le projet de convention et que le secrétariat pourrait aussi envisager de clarifier le libellé du projet de convention en se fondant sur le connaissement de transport combiné (COMBICONBILL) du BIMCO mentionné au paragraphe 26 du document A/CN.9/WG.III/WP.78.

234. La crainte d'un conflit possible avec la Convention de Montréal ayant été exprimée (voir par. 225 ci-dessus), il a été dit que, même si le transport combiné par mer et par air était rare, on pourrait clarifier davantage le projet de convention pour veiller à ce qu'il ne subsiste aucun conflit résiduel avec cette convention. À ce propos, on s'est aussi inquiété de ce qu'un conflit direct puisse naître également entre le projet de convention et les instruments issus de certains accords régionaux touchant au commerce et au transport, par exemple de l'OHADA.

Conclusions du Groupe de travail concernant les projets d'articles 89 et 90

235. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

- De supprimer le projet d'article 89;
- De supprimer le projet d'article 90;
- De prier le secrétariat d'examiner le meilleur emplacement pour le projet d'article 27; et

– D'apporter éventuellement des modifications rédactionnelles au projet de convention pour veiller à ce que le système de réseau limité soit appliqué comme il convient, compte tenu des paragraphes 26, 29 et 36 du document A/CN.9/WG.III/ WP.78, et à ce qu'il n'y ait aucun conflit entre le projet de convention et la Convention de Montréal.

Projet d'article 64. Fondement de la limitation de la responsabilité (*suite des paragraphes 175 et 176 ci-dessus*)

*Paragraphe 2 (*suite*)*

236. Le Groupe de travail a rappelé que le paragraphe 2 du projet d'article 64 contenait deux variantes, prévoyant l'une et l'autre un régime spécial pour la limite de responsabilité en cas de perte ou d'endommagement non localisé des marchandises. Il a également rappelé qu'il était convenu de n'examiner ce paragraphe qu'après avoir débattu de la relation entre le projet de convention et d'autres conventions (voir par. 175 et 176 ci-dessus).

237. L'avis a été exprimé qu'étant donné le nombre élevé de colis qui pouvaient être placés dans un seul conteneur, la limitation par colis dans le commerce de conteneurs pourrait, dans la pratique, donner lieu à une réparation plus élevée dans le transport maritime que dans le transport intérieur (voir l'exemple au paragraphe 231 ci-dessus). Il a donc été proposé de supprimer le paragraphe 2 car on a estimé que les chargeurs obtiendraient une réparation d'un montant supérieur dans le régime de responsabilité du projet de convention, et que la réparation en cas de dommages non localisés devrait elle aussi relever du régime général de responsabilité prévu par le projet de convention. Cette proposition a bénéficié d'un certain soutien, certaines délégations suggérant que la limitation soit traitée au projet d'article 27 et faisant valoir qu'en tout état de cause, le paragraphe 2 introduisait un élément d'incertitude dans le régime. Il a toutefois été dit qu'il était prématuré de supprimer le paragraphe 2, et que le Groupe de travail devrait réexaminer la question lorsque les limites, au paragraphe 1 du projet d'article 64, auraient été déterminées. Il a été dit aussi que les variantes du paragraphe 2 manquaient toutes deux de clarté et que, si l'une ou l'autre était retenue, il faudrait la remanier substantiellement.

Conclusions du Groupe de travail concernant le paragraphe 2 du projet d'article 64

238. Faute de temps, et comme il s'agissait de la dernière question examinée à sa dix-huitième session, le Groupe de travail a suspendu sa discussion sur le paragraphe 2 du projet d'article 64 et est convenu de la poursuivre à une session ultérieure.

Avaries communes – Chapitre 18

239. Le Groupe de travail a examiné le texte du chapitre 18 (comprenant les articles 87 et 88), tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, et a rappelé ses débats antérieurs sur ce chapitre (voir A/CN.9/510, par. 137 à 143, et A/CN.9/526, par. 183 à 190).

Projet d'article 87

240. Il a été rappelé que le projet d'article 87 reprenait largement les dispositions relatives aux avaries communes contenues dans les Règles de La Haye, de La Haye-Visby et de Hambourg et traduisait l'orientation convenue, à savoir que le projet de convention ne devrait pas avoir d'incidence sur l'application des dispositions du contrat de transport ou de la loi nationale relatives au règlement des avaries communes. Il a été convenu que le principe contenu au projet d'article 87 était utile et devrait être conservé. Il a été suggéré que l'on précise, le cas échéant, que l'application de l'article 16-2 n'était pas censée avoir d'incidence sur le régime existant en matière d'avaries communes.

Projet d'article 88

241. Il a été noté que le paragraphe 1 avait pour objet de refléter le principe selon lequel il fallait commencer par établir le règlement d'avarie commune et que les questions de responsabilité seraient ensuite réglées sur la même base que la responsabilité en cas de réclamation du propriétaire de la cargaison pour des pertes ou dommages subis par les marchandises.

242. Il a été noté que le paragraphe 2 traitait du délai de prescription pour les réclamations pour avarie commune. Il a été rappelé qu'au moment de sa rédaction, certains doutes avaient été exprimés quant à ce délai mais que le CMI avait publié ensuite, en 2004, une version révisée des Règles d'York et d'Anvers de 1994, qui prévoyait un délai d'un an à compter de la date du dépôt du règlement d'avarie commune ou de six ans à compter de la date où l'aventure maritime commune avait pris fin, selon ce qui intervenait en premier. On a dit que, dans la mesure où l'on ne savait pas très bien si un délai de prescription dans un contrat privé pouvait primer un délai de droit international, et où la version révisée des Règles d'York et d'Anvers n'avait pas encore fait l'objet d'une large acceptation, il pouvait être utile de conserver le paragraphe 2 dans un souci de clarté, mais en modifiant son libellé pour tenir compte des Règles d'York et d'Anvers relatives aux réclamations "en vertu d'engagements ou de garanties d'avarie commune". Cette proposition a reçu un certain soutien.

243. On s'est toutefois opposé au maintien de l'article 88. Il a été dit que l'incorporation du nouveau délai de prescription des Règles d'York et d'Anvers de 2004 pourrait être source de confusion car les règles révisées n'avaient pas été acceptées par tous les propriétaires de navires. Il a été suggéré que la question de la prescription soit laissée au régime juridique existant relatif au règlement des avaries communes.

Conclusions du Groupe de travail concernant le chapitre 18

244. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

- De conserver l'article 87 quant au fond; et
- De supprimer l'article 88.

Compétence – Chapitre 16

Débat général

245. Il a été rappelé au Groupe de travail qu'il avait examiné la question de la compétence pour la dernière fois à sa seizième session (voir A/CN.9/591, par. 9 à 84), et avant cela à ses quatorzième (voir A/CN.9/572, par. 110 à 150) et quinzième sessions (voir A/CN.9/576, par. 110 à 175). Il a également été rappelé qu'une version révisée du chapitre sur la compétence avait été élaborée pour qu'il l'examine à sa session en cours (voir A/CN.9/WG.III/WP.75). Cette version se fondait sur le texte qu'il avait examiné à sa seizième session (voir A/CN.9/591, par. 73) et sur la discussion de ce texte (voir A/CN.9/591, par. 74 à 84). Certaines améliorations rédactionnelles suggérées par le secrétariat avaient été prises en compte dans le document A/CN.9/WG.III/WP.75 comme expliqué dans les notes y relatives. Le Groupe de travail a fondé son examen des dispositions sur la compétence sur le texte figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.75.

Proposition de clause de réserve ou d'acceptation expresse

246. Il a été proposé que, compte tenu de la diversité et de la divergence des opinions, des opinions exprimées lors de la seizième session au sujet du traitement et de l'application des clauses d'élection de for dans le chapitre du projet de convention relatif à la compétence, le Groupe de travail envisage d'adopter une clause permettant aux États contractants de formuler une réserve à l'égard de l'ensemble du chapitre ou de consentir explicitement (acceptation expresse) à être liés par ce dernier. L'avis a été émis que cette approche augmenterait la probabilité de voir de nombreux États contractants accepter le projet de convention et d'obtenir un consensus plus large sur le chapitre relatif à la compétence.

247. Sur le plan rédactionnel, il a été suggéré que soit élaborée une nouvelle disposition, comportant une variante A telle que: "Tout État peut formuler une réserve à l'égard du présent chapitre", et une variante B du type: "Les dispositions du présent chapitre s'appliqueront uniquement à un État contractant si cet État fait une déclaration à cet effet." En outre, il a été expliqué que si l'on prévoyait une clause de réserve ou d'acceptation expresse dans le chapitre relatif à la compétence, les dispositions existantes des paragraphes 4 et 5 du projet d'article 76, qui autorisaient les États contractants à donner effet à des accords d'élection de for remplissant des conditions différentes de celles du projet de disposition, pourraient être supprimées.

Acceptation expresse partielle

248. L'avis a été émis qu'il serait peut-être excessif de prévoir une clause de réserve ou d'acceptation expresse portant sur l'ensemble du chapitre relatif à la compétence et que le Groupe de travail devrait envisager une approche plus souple. Il a été dit que certains États qui pourraient décider de devenir parties contractantes au projet de convention souhaiteraient peut-être conserver le projet d'article 76 afin de donner effet aux accords d'élection de for qui remplissaient des conditions différentes de celles prévues ailleurs dans le projet d'article 76. Il a été dit que cela serait possible si le Groupe de travail décidait de prévoir des dispositions permettant

aux États contractants "d'accepter expressément" le chapitre dans sa totalité à l'exception du projet d'article 76, ou bien projet d'article 76 inclus.

Avis exprimés sur les deux propositions

249. Le Groupe de travail a examiné les deux propositions ci-dessus. L'insertion, dans le projet de convention à l'intention des États contractants, d'une clause de réserve ou d'acceptation expresse concernant l'ensemble du chapitre sur la compétence, a été fortement soutenue. Un certain nombre de délégations qui, à la seizième session, avaient initialement manifesté leur intérêt pour la suppression de l'ensemble du chapitre sur la compétence, se sont déclarées satisfaites de cette proposition et de la souplesse qu'elle accorderait aux États contractants.

250. L'insertion d'une clause d'acceptation expresse partielle concernant le projet d'article 76 a aussi suscité un certain intérêt. Les délégations ont indiqué qu'elles souhaitaient voir un projet de libellé illustrant le fonctionnement de cette approche avant de se prononcer sur son adoption éventuelle. On a dit en particulier qu'il était important que le projet de convention continue de permettre la reconnaissance d'accords d'élection de for conformément au projet d'article 76-4. À propos de la réserve ou de l'acceptation expresse partielle, on a indiqué qu'il faudrait examiner les modifications qui pourraient alors être nécessaires pour assurer l'application adéquate du projet d'article 81 *bis* sur la reconnaissance et l'exécution. La même remarque a été faite en ce qui concerne les modifications qu'il serait peut-être nécessaire d'apporter au projet d'article 81 *bis* si le Groupe de travail adoptait aussi une clause de réserve ou d'acceptation expresse portant sur l'ensemble du chapitre.

Réserve ou acceptation expresse

251. Bien qu'aucune opinion très arrêtée n'ait été exprimée pour ou contre la clause de réserve ou la clause d'acceptation expresse, il a été dit que la seconde serait peut-être plus facile à adopter par les États contractants, car elle leur permettait, sans avoir à prendre l'initiative de formuler de réserve à l'égard des dispositions pertinentes, de faire en sorte que celles-ci restent inapplicables. L'avis général au sein du Groupe de travail a été que les délégations préféraient étudier un projet de libellé présentant les clauses de réserve et d'acceptation expresse, totales et partielles, avant de se prononcer définitivement sur ces propositions.

Conclusions du Groupe de travail concernant les clauses de réserve ou d'acceptation expresse totale ou partielle

252. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a conclu:

- Que l'idée d'inclure dans le projet de convention une clause de réserve ou d'acceptation expresse pour l'ensemble du chapitre 16 bénéficiait d'un appui;
- Que l'insertion d'une clause de réserve ou d'acceptation expresse partielle concernant le projet d'article 76 et la reconnaissance d'accords d'élection de for conformément au projet d'article 76-4 suscitait un certain intérêt; et
- Qu'un projet de libellé présentant avec plus de détails les diverses solutions proposées, accompagné de tout texte nécessaire sur les modifications à apporter en conséquence à d'autres dispositions, telles que le projet d'article 81 *bis*, devrait être préparé pour examen par le Groupe de travail.

Examen de dispositions particulières du chapitre 16

253. Le Groupe de travail a ensuite examiné les dispositions du chapitre sur la compétence afin de déterminer si une décision pouvait être prise au sujet des variantes présentées dans le document A/CN.9/WG.III/WP.75 et si d'autres questions soulevées pouvaient être tranchées.

Projet d'article 75. Actions contre le transporteur

254. Plusieurs délégations ont estimé qu'au début du projet d'article 75, les mots "À moins que le contrat de transport ne contienne un accord exclusif d'élection de for valable en vertu des articles 76 ou 81" devraient être supprimés au motif qu'ils laissaient une trop grande liberté contractuelle dans le choix des lieux devant être considérés comme appropriés pour établir la compétence. On s'est par ailleurs demandé s'il fallait prévoir dans le projet de convention une disposition énonçant les règles de désignation du tribunal compétent pour les actions contre le chargeur et le destinataire, en plus des dispositions des projets d'article 75 et 77 qui prévoyaient de telles règles pour les actions contre le transporteur et la partie exécutante maritime, respectivement. Sur ces deux points, une préférence a été exprimée pour l'approche adoptée à l'article 21 des Règles de Hambourg. Il a été répondu que si certains étaient sensibles à ces propositions, on estimait que, compte tenu du compromis délicat auquel on était parvenu sur ces questions à la seizième session, le Groupe de travail devrait pour l'heure maintenir sa position, telle qu'elle était exprimée dans le document étudié, et qu'il serait peut-être préférable de réserver les questions concernant la liberté contractuelle à l'examen du projet d'article 76 sur les accords d'élection de for. En réponse à une préoccupation concernant l'emploi du mot "demandeur" dans le projet d'article 75 et le fait qu'il pourrait donner aux transporteurs un moyen de contourner la disposition par une action en déclaration de non-responsabilité dans le cadre d'une injonction antipoursuite, on a expliqué qu'il valait peut-être mieux aborder la question en apportant d'éventuelles modifications rédactionnelles au projet d'article 80-2 qui traitait principalement ce problème.

Projet d'article 76. Accords d'élection de for

255. Malgré un avis opposé, le Groupe de travail est convenu dans l'ensemble de supprimer les crochets entourant les termes "actions contre le transporteur" tout en conservant le texte, mais d'en supprimer la variante "[litiges]" au projet d'article 76-1.

256. En ce qui concerne les variantes figurant entre crochets au projet d'article 76-2 b), la préférence est allée dans l'ensemble à la formulation "désigne les tribunaux d'un État contractant, ou d'un ou plusieurs tribunaux particuliers d'un État contractant", qui permettait aux parties d'être plus précises dans leur choix du tribunal dans un accord d'élection de for. Il a également été convenu d'ajouter l'adverbe "clairement", dans la formulation retenue, après le verbe "désigne", et de supprimer l'autre variante figurant entre crochets.

257. Il a été convenu que le projet d'article 76-2 c) pouvait être supprimé, car il a été estimé que chacune des parties à un contrat de tonnage bénéficiait d'une protection suffisante en vertu du projet d'article 76-2 a).

258. Il a été proposé de conserver le texte du projet d'article 76-3 b) sans les crochets. Toutefois, du fait que le terme "document de transport" avait une

signification très large dans le projet de convention, il a été suggéré de restreindre légèrement la disposition pour indiquer que la personne qui n'était pas partie au contrat de tonnage devait être dûment avisée, en remplaçant les termes "émis en rapport avec" par "qui constate le contrat de transport pour". Cette proposition a recueilli un soutien général.

259. À propos du projet d'article 76-3 d) prescrivant de lier une personne qui n'était pas partie à un contrat de tonnage à un accord d'élection de for contenu dans ce contrat, on a exprimé la crainte que les conditions énoncées dans la disposition ne soient pas suffisamment claires sur la manière dont cette personne serait liée. Pour dissiper cette crainte, il a été proposé de modifier l'alinéa d) de manière à mentionner le lieu convenu de destination des marchandises et non les "règles du droit international privé du tribunal saisi". Bien que cette suggestion ait été accueillie favorablement comme une solution possible, des inquiétudes ont été exprimées quant à la loi choisie dans cette formulation, et l'on a dit qu'il vaudrait peut-être mieux parler du "lieu de réception des marchandises", mais que ce facteur de rattachement était inhabituel, et l'on a estimé qu'il était préférable de faire référence à la loi du for ou à la loi régissant le contrat. Il a été fait observer aussi que l'on avait évité ailleurs dans le projet de convention de faire spécifiquement référence à la loi choisie, et que le texte actuel figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.75 serait peut-être préférable. On a appuyé l'avis selon lequel la disposition devrait être conservée telle qu'elle était actuellement rédigée, ou à défaut que la loi du for soit retenue, afin d'éviter une règle potentiellement incertaine et prêtant à confusion comme "la loi du lieu de réception des marchandises". Il a été convenu que l'on pourrait proposer les variantes ci-après pour le projet d'article 76-3 d): "[la loi du lieu de destination des marchandises] [la loi du lieu de réception des marchandises] [la loi applicable en vertu des règles du droit international privé de la loi du for]", et que le secrétariat devrait faire preuve de prudence dans l'emploi du mot "tribunal" dans ce projet d'article, et qu'il veille en particulier à bien employer le terme "tribunal compétent".

260. Le Groupe de travail est convenu que, si la proposition d'insérer une clause de réserve ou d'acceptation expresse concernant l'ensemble du chapitre sur la compétence était retenue, les paragraphes 4 et 5 du projet d'article 76 seraient supprimés.

Projet d'article 77. Actions contre la partie exécutante maritime

261. Après discussion, le Groupe de travail est convenu que les termes figurant entre crochets au projet d'article 77 b) devraient être conservés car ils étaient nécessaires pour définir davantage la partie exécutante maritime, et les crochets supprimés, mais que l'on pouvait supprimer les mots "unique" et "toutes", qui étaient redondants.

Projet d'article 79. Saisie conservatoire et mesures provisoires ou conservatoires

262. Bien que l'on ait émis l'avis que le maintien du texte entre crochets au projet d'article 79 puisse avoir pour effet d'introduire un chef de compétence supplémentaire dans le projet de convention en incluant le lieu de la saisie conservatoire, le Groupe de travail est convenu de conserver le texte entre crochets et de supprimer ces derniers.

Projet d'article 80. Jonction d'instances et désistement d'instance

263. À propos des trois séries de crochets figurant au projet d'article 80-2, on a appuyé l'avis selon lequel le meilleur texte serait le compromis ci-après entre les trois variantes présentées: "en déclaration de non-responsabilité ou toute autre action qui priverait une personne de son droit de choisir le for conformément à l'article 75 ou 77." On a mentionné deux autres questions d'ordre rédactionnel à examiner dans l'avenir par le secrétariat, à savoir la nécessité éventuelle de modifier la référence, dans le projet d'article 80, aux articles 76 ou 81 si une clause d'acceptation expresse partielle était retenue et, pour le projet d'article 80-2, l'éventualité pour le secrétariat d'avoir à préciser que le titulaire d'un droit sur les marchandises devait désigner un for devant lequel porter l'action, faute de quoi il n'y aurait pas désistement. Le Groupe de travail a approuvé ces deux propositions.

Projet d'article 81. Accord après la naissance du litige et compétence en cas de comparution du défendeur

264. La suggestion d'ajouter l'adjectif "compétent" après le mot "tribunal" au projet d'article 81-2 a été approuvée.

Projet d'article 81 bis. Reconnaissance et exécution

265. Le Groupe de travail a réitéré son point de vue selon lequel il pourrait être nécessaire de modifier le texte des paragraphes 2 et 3 du projet d'article 81 *bis* selon la décision qui serait prise à propos de la réserve ou de "l'acceptation expresse" totale ou partielle concernant le chapitre 16. Il a été estimé que le projet d'article 81 *bis* ne faisait pas obligation aux États contractants de reconnaître et d'exécuter les jugements d'autres États, mais leur en donnait la possibilité sous réserve de leurs lois nationales. Cette opinion a été acceptée par le Groupe de travail. Le secrétariat a donc été prié de revoir, dans la version anglaise, l'emploi des verbes "may" ("peut être reconnue et exécutée") et "shall" ("est reconnue et exécutée") au paragraphe 1 du projet d'article 81 *bis*.

Conclusions du Groupe de travail concernant les dispositions du chapitre 16

266. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Que le secrétariat devrait apporter aux dispositions du chapitre 16 les modifications approuvées ci-dessus aux paragraphes 245 à 265.

Arbitrage – Chapitre 17

267. Il a été rappelé que le Groupe de travail avait examiné la question de l'arbitrage pour la dernière fois à sa seizième session (voir A/CN.9/591, par. 85 à 103) et, avant cela, à ses quatorzième (voir A/CN.9/572, par. 151 à 157) et quinzième (voir A/CN.9/576, par. 176 à 179) sessions.

268. Il a été rappelé au Groupe de travail qu'à la suite de son examen de la question de l'arbitrage à sa seizième session, un texte révisé avait été proposé pour un nouveau chapitre relatif à l'arbitrage (voir A/CN.9/591, par. 95). À cette même session, la proposition avait été discutée au sein du Groupe de travail, qui avait décidé que l'approche générale de ces dispositions était acceptable et devait être

retenue pour examen ultérieur (A/CN.9/591, par. 96 à 103). On a rappelé aussi que le projet d'article 83 du texte révisé permettait à une personne faisant valoir un droit soit d'engager une procédure d'arbitrage conformément aux clauses de la convention d'arbitrage dans le contrat de transport, soit d'intenter une procédure judiciaire en tout lieu, à condition que ce lieu soit mentionné à l'article 75 du projet de convention. On a rappelé encore que le but de cette approche était de faire en sorte que, pour les services de lignes régulières, la faculté pour le titulaire de droits sur les marchandises de choisir le tribunal compétent pour toute action en vertu du projet d'article 75 ne soit pas contournée par la mise en œuvre d'une clause compromissoire. Il a été rappelé en outre au Groupe de travail qu'il avait essayé, pour les transports de lignes régulières, de limiter l'atteinte au droit de recourir à l'arbitrage, tout en protégeant le titulaire de droits sur les marchandises et, pour les transports non réguliers, d'accorder une liberté totale de recourir à l'arbitrage, le statu quo pour les deux types de transports étant ainsi préservé.

269. Il avait alors été noté que l'approche retenue dans le texte révisé figurant au paragraphe 95 du document A/CN.9/591 signifierait dans la pratique qu'une convention d'arbitrage par ailleurs valable risquait de ne pas être considérée comme contraignante si l'ayant droit choisissait d'intenter une procédure judiciaire en un autre lieu. Il avait été estimé que cet élément particulier du texte révisé pouvait être incompatible avec l'article II de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de 1958 ("Convention de New York") qui reconnaissait de façon générale le caractère contraignant des conventions d'arbitrage et faisait obligation aux tribunaux étatiques de décliner leur compétence sur des litiges que les parties étaient convenues de soumettre à l'arbitrage. Il avait donc été proposé que le Groupe de travail sollicite l'avis du Groupe de travail II de la CNUDCI (Arbitrage) à propos des dispositions du projet de convention relatives à l'arbitrage (voir A/CN.9/591, par. 101).

270. Le Groupe de travail a été informé que le secrétariat avait depuis facilité des consultations entre les experts qui participaient aux activités des deux groupes, l'objectif étant de trouver des moyens de mettre en œuvre l'approche adoptée par le Groupe de travail III à sa seizième session d'une manière qui ne soit pas en contradiction avec la Convention de New York et les principes préconisés par la CNUDCI en matière d'arbitrage. À l'issue de ces consultations, le texte suivant a été proposé pour examen par le Groupe de travail:

"CHAPITRE 17. ARBITRAGE

Article 83. Conventions d'arbitrage

1. Sous réserve du présent chapitre, les parties peuvent convenir que tout litige susceptible de naître à propos du transport de marchandises en vertu de la présente Convention sera soumis à l'arbitrage.

2. La procédure d'arbitrage se déroule, au choix de la personne faisant valoir un droit contre le transporteur, dans un des lieux suivants:

a) Tout lieu désigné à cette fin dans la convention d'arbitrage; ou

b) Tout autre lieu situé dans un État où se trouve l'un quelconque des lieux spécifiés à l'article 75, alinéas a), b) ou c).

3. La désignation du lieu de l'arbitrage dans la convention d'arbitrage a force obligatoire pour les litiges entre les parties à cette convention si elle est contenue dans un contrat de volume qui indique clairement le nom et l'adresse des parties et qui, soit

a) Est négocié individuellement; soit

b) Indique clairement qu'une convention d'arbitrage a été conclue et spécifie dans quelle partie du contrat elle se trouve.

4. Lorsqu'une convention d'arbitrage a été conclue conformément au paragraphe 3 du présent article, une personne qui n'est pas partie au contrat de volume est liée par la désignation du lieu de l'arbitrage dans cette convention uniquement si:

a) Le lieu de l'arbitrage désigné dans la convention correspond à l'un des lieux mentionnés à l'article 75, alinéas a), b) ou c);

[b) La convention est contenue dans les données du contrat figurant dans un document de transport ou un enregistrement électronique concernant le transport qui constate le contrat de transport pour les marchandises faisant l'objet du litige;]

c) Cette personne est dûment avisée, en temps utile, du lieu de l'arbitrage; et

d) La loi applicable [pour la convention d'arbitrage] permet que cette personne soit liée par la convention d'arbitrage.

5. Les dispositions des paragraphes 1, 2, 3 et 4 du présent article sont réputées incluses dans toute clause ou pacte compromissoire, et toute disposition de la clause ou du pacte est nulle dans la mesure où elle y serait contraire.

Article 84. Convention d'arbitrage dans le transport autre que de ligne régulière

1. Si la présente Convention a été incorporée par référence dans une charte-partie ou un autre contrat de transport qui est exclu de son champ d'application conformément à l'article 9, cette incorporation ne comprend pas le présent chapitre, sauf si la volonté de l'incorporer y est explicitement exprimée.

2. Aucune disposition de la présente Convention n'a d'incidence sur l'opposabilité d'une convention d'arbitrage figurant dans une charte-partie ou dans un autre contrat de transport qui est exclu du champ d'application de la Convention conformément à l'article 9, si cette convention a été incorporée par référence dans un document de transport ou un enregistrement électronique concernant le transport émis en vertu de cette charte-partie ou de cet autre contrat de transport et si la clause du document de transport ou de l'enregistrement électronique concernant le transport qui incorpore la convention i) identifie les parties à la charte-partie et indique la date de cette dernière; et ii) se réfère expressément à la clause compromissoire.

"Article 85. Conventions d'arbitrage après la naissance du litige

Nonobstant les dispositions du présent chapitre et du chapitre 16, après la naissance d'un litige, les parties à ce litige peuvent convenir de soumettre celui-ci à l'arbitrage en tout lieu.

Article 85 *bis*. Application du chapitre 17

Variante A

Les dispositions du présent chapitre s'appliqueront uniquement à un État contractant si cet État fait une déclaration à cet effet conformément à l'article XX [qui décrira la procédure à suivre pour formuler ces déclarations].

Variante B

Tout État peut formuler une réserve conformément à l'article XX [qui décrira la procédure à suivre pour formuler des réserves] concernant le présent chapitre."

271. Il a été expliqué que, dans le texte ci-dessus, la convention d'arbitrage elle-même serait considérée contraignante et le titulaire de droits sur les marchandises ne serait pas autorisé à y passer outre en engageant une procédure judiciaire. Le texte retenait en fait l'approche adoptée à l'article 22 des Règles de Hambourg afin de créer un mécanisme visant à empêcher que le titulaire de droits sur les marchandises soit privé de son droit de choisir le lieu de la procédure par la mise en œuvre d'une clause d'arbitrage. Ce texte donnait la possibilité à l'ayant droit d'engager la procédure arbitrale soit selon les termes de la convention d'arbitrage figurant dans le contrat de transport, soit en tout lieu spécifié au projet d'article 75 du projet de convention. Il a été noté que, dans le passé, le Groupe de travail avait été réticent à suivre l'approche adoptée dans les Règles de Hambourg, principalement parce qu'il craignait que le fait de ne pas engager la procédure d'arbitrage dans le lieu initialement convenu risquait dans la pratique de rendre l'arbitrage impossible, en particulier lorsque le règlement d'arbitrage de l'institution arbitrale choisie par les parties ne permettait pas qu'une procédure d'arbitrage se déroule en dehors de son siège. On a fait observer toutefois qu'étant donné les objections auxquelles avait donné lieu le texte sur lequel le Groupe de travail s'était provisoirement mis d'accord à sa seizième session, le retour à l'approche adoptée à l'article 22 des Règles de Hambourg, avec les modifications figurant dans le texte proposé au paragraphe 270 ci-dessus, constituerait au bout du compte une meilleure solution pour atteindre l'objectif général du Groupe de travail, à savoir protéger les intérêts du titulaire de droits sur les marchandises d'une manière qui respecte le principe général du caractère contraignant des conventions d'arbitrage. Les problèmes que risquait de soulever la demande, par le titulaire de droits, de tenir la procédure d'arbitrage en un autre lieu que le lieu convenu de l'arbitrage seraient réglés dans le cadre de la Convention de New York et compte tenu de la jurisprudence qui avait interprété ce texte.

272. Comme complément d'explication du texte proposé au paragraphe 270 ci-dessus, il a été dit que l'on s'était efforcé de l'aligner autant que possible sur l'approche adoptée dans le chapitre du projet de convention relatif à la compétence. Il a été noté en particulier que le projet d'article 83-3 devait faire pendant au projet

d'article 76 pour ce qui était des contrats de tonnage, et le projet d'article 83-4 au projet d'article 76 pour ce qui était de l'effet contraignant des conventions d'arbitrage sur les personnes qui n'étaient pas parties au contrat de transport. De plus, les variantes A et B du projet d'article 85 *bis* reflétaient la proposition d'insertion d'une clause de réserve ou d'acceptation expresse pour le chapitre sur la compétence, et l'on a dit que, si le Groupe de travail adoptait la clause d'acceptation expresse partielle pour ledit chapitre, il faudrait apporter les modifications correspondantes à cette disposition également, car quel que soit le choix du Groupe de travail quant au mécanisme particulier selon lequel le chapitre 16 devrait s'appliquer, il devrait s'étendre au chapitre 17.

Débat général

273. Quelques délégations ayant réaffirmé leur opposition à l'inclusion dans le projet de convention de dispositions sur l'arbitrage, on a souligné que la proposition d'insérer une clause de réserve ou d'acceptation expresse présentée au projet d'article 85 *bis* devrait apaiser leurs craintes. Bien que le Groupe de travail soit convenu qu'une réflexion plus poussée sur le texte révisé figurant au paragraphe 270 ci-dessus serait nécessaire, un soutien a été exprimé en faveur de la solution de compromis et des principes qui s'y trouvaient énoncés pour permettre une approche aussi large que possible de l'arbitrage dans les services de lignes régulières, tout en veillant à ce que les règles établissant la compétence dans les actions contre le transporteur au projet d'article 75 ne soient pas contournées. On a de nouveau appuyé le principe de la liberté de recourir à l'arbitrage pour les services autres que de ligne régulière. Les observations particulières suivantes ont été faites au sujet du texte spécifique du chapitre examiné.

Projet d'article 83

274. Il a été proposé de supprimer les termes "contre le transporteur" dans le chapeau du paragraphe 2, car on a estimé qu'il était plus conforme à la nature de l'arbitrage qu'un droit puisse être invoqué par l'une ou l'autre partie au litige. Cette proposition a été appuyée. En réponse à une question concernant l'effet des mots "force obligatoire" dans le chapeau du projet d'article 83-3 et son jeu combiné avec le projet d'article 83-2, il a été confirmé que l'emploi de ces mots dans ce contexte visait à interdire complètement les conventions d'arbitrage "exclusives" dans les services de ligne régulière. Il a été proposé que dans les cas où le transporteur prenait l'initiative de recourir à l'arbitrage dans le lieu désigné par le projet de convention, l'autre partie puisse néanmoins décider que la procédure se déroulerait dans l'un des lieux spécifiés aux alinéas a), b) ou c) du projet d'article 75.

275. On s'est également inquiété, à propos du projet d'article 83-4, des conditions dans lesquelles des personnes qui n'étaient pas parties à des conventions d'arbitrage dans des contrats de transport seraient liées par ces conventions. On a estimé que l'alinéa d) posait un problème, en ce sens qu'il disposait qu'un tiers était lié par la convention d'arbitrage si la "loi applicable" permettait qu'elle y soit liée. On a dit en particulier que les termes "loi applicable" étaient trop vagues, car on ne pouvait savoir s'il s'agissait des règles de procédure ou de la loi choisie par l'arbitrage lui-même, et qu'il faudrait employer un terme plus précis, comme la loi du contrat de transport, ou la loi de la procédure d'arbitrage, ou encore la loi de l'État dans lequel se déroulait la procédure d'arbitrage. Il a été indiqué qu'une discussion

similaire avait eu lieu au sein du Groupe de travail à propos de la loi applicable pour lier un tiers dans le cas de dispositions relatives à l'élection de for dans un contrat de tonnage au projet d'article 76-3 d) (voir par. 259 ci-dessus), et l'on s'est dit sceptique quant à la possibilité de parvenir à une décision sur une disposition similaire dans le chapitre relatif à l'arbitrage, où elle paraissait plus controversée que dans le chapitre relatif à la compétence. En conséquence, le Groupe de travail a été encouragé à s'abstenir de faire spécifiquement référence à la loi applicable à cet égard. On a ajouté qu'un tiers ne devrait être lié par clause d'arbitrage que s'il y avait consenti.

Projet d'article 84

276. On a fait observer que le projet d'article 84 différait sensiblement de la version examinée précédemment par le Groupe de travail à sa seizième session (voir A/CN.9/591, par. 95). On a expliqué que ce projet d'article visait à préserver le recours traditionnel à l'arbitrage dans les chartes-parties du transport autre que de ligne régulière, tout en assurant l'inclusion dans cette catégorie des situations dans lesquelles le projet de convention était incorporé par référence. Il a été noté que le paragraphe 2 du projet d'article 84 avait été modifié par rapport à la version précédente, mais que l'intention avait été de conserver pour l'essentiel la même disposition, à l'exception d'une légère limitation des cas dans lesquels un connaissement émis en vertu d'une charte-partie pouvait contenir une clause d'arbitrage. En particulier, le texte révisé s'efforçait de régler un problème particulier en autorisant l'incorporation des clauses d'arbitrage de chartes-parties dans des connaissements émis en vertu de ces dernières.

277. Bien que l'effet souhaité de cette disposition ait été jugé utile, la suggestion de supprimer le paragraphe 1 du projet d'article 84 a été appuyée, car on y voyait une règle de fond susceptible d'avoir une incidence sur l'interprétation de cette incorporation par référence et d'être utilisée comme mécanisme ayant une incidence sur les chartes-parties qui, en tout état de cause, étaient censées rester en dehors du champ d'application du projet de convention. Il a été suggéré aussi d'ajouter les termes "ou d'une convention attributive de juridiction" après "opposabilité d'une convention d'arbitrage" afin de couvrir le nombre limité de cas où des chartes-parties prévoyaient une procédure judiciaire et non arbitrale, et de remplacer le membre de phrase "identifie les parties à la charte-partie et indique la date de cette dernière" au paragraphe 2 i) par "identifie la charte-partie". En réponse aux craintes selon lesquelles les exigences du paragraphe 2 risquaient d'avoir pour effet indésirable d'établir des conditions restreignant l'utilisation des clauses d'arbitrage dans le transport autre que de ligne régulière, il a été suggéré de supprimer le texte faisant suite à la deuxième occurrence de l'expression "ou un autre contrat de transport".

Projet d'article 85 bis

278. Il a été noté que le projet d'article 85 *bis* présentant deux variantes, à savoir une clause de réserve et une clause d'acceptation expresse relatives à l'application du chapitre sur l'arbitrage, n'était pas lié aux dispositions similaires du chapitre 16 sur la compétence étant donné que chaque État serait totalement libre de décider d'appliquer le chapitre 17, alors que la décision d'adopter ou non le chapitre 16 serait prise conjointement par certains États.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet de chapitre 17 sur l'arbitrage

279. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a conclu:

- Que le projet de texte figurant au paragraphe 270 ci-dessus constituait un bon compromis et une base acceptable pour la poursuite des discussions en vue d'aboutir à une version définitive;
- Que les délégations auraient toujours le droit de formuler des commentaires supplémentaires sur le texte en attendant un examen plus approfondi de la nouvelle version présentée pendant la session; et
- Que, bien que certaines modifications rédactionnelles proposées n'aient pas reçu un soutien suffisant, par exemple la suppression des termes "contre le transporteur" au paragraphe 2 du projet d'article 83, le secrétariat devrait élaborer une version révisée du texte, en tenant compte des discussions ci-dessus et en apportant les modifications rédactionnelles nécessaires, notamment celles qui étaient liées à l'approche de l'"acceptation expresse" partielle.

III. Questions diverses

Organisation des travaux futurs

280. Le Groupe de travail est convenu d'achever l'examen de toute question en suspens au terme de sa deuxième lecture, notamment celle de la liberté contractuelle, et de commencer sa troisième lecture du projet de convention à sa dix-neuvième session (New York, 16-27 avril 2007). Il a également noté que sa vingtième session était prévue du 15 au 25 octobre 2007, sous réserve de l'approbation de la Commission à sa quarantième session en 2007.

281. Le Groupe de travail s'est déclaré très satisfait des progrès continus réalisés dans l'élaboration du projet de convention, compte tenu en particulier du programme chargé à sa session en cours. Il a convenu qu'il serait en mesure d'achever comme prévu sa troisième et dernière lecture du projet de convention fin 2007.

B. Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Limitation de la responsabilité du transporteur, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-huitième session

(A/CN.9/WG.III/WP.72) [Original: anglais]

En vue de la dix-huitième session du Groupe de travail III (Droits des transports), le Gouvernement chinois a soumis au secrétariat le document joint en annexe relatif à la limitation de la responsabilité du transporteur dans le projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]. Il a indiqué que le texte avait pour but de faciliter, au sein du Groupe de travail, l'examen de la question de la limitation de la responsabilité du transporteur pour manquement aux obligations qui lui incombent en vertu du projet de convention, en regroupant les vues et commentaires de diverses délégations en un document unique pour discussion par le Groupe de travail.

Le document présenté en annexe est la traduction d'un document reproduit tel qu'il a été reçu par le secrétariat.

ANNEXE

I. Introduction

1. À sa dixième session, qui s'est tenue à Vienne du 16 au 20 septembre 2002, le Groupe de travail III (Droit des transports) a lancé le premier débat sur la question de la limitation de la responsabilité du transporteur (voir A/CN.9/525, par. 65 à 70 et 81 à 92). À sa treizième session, qui s'est tenue à New York du 3 au 14 mai 2004, il a lancé le deuxième cycle de discussions sur le sujet (voir A/CN.9/552, par. 38 à 51 (Fondement de la limitation de la responsabilité), par. 25 à 31 (Responsabilité pour le préjudice causé par le retard), et 51 à 62 (Déchéance du droit de limiter sa responsabilité). À la suite de ce débat, il a prié le secrétariat de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) d'élaborer un plan de révision des articles qui avaient été examinés. Le texte de ces projets d'articles relatifs à la limitation de la responsabilité figure aux paragraphes 3 et 6 à 8 du document A/CN.9/WG.III/WP.39. Le secrétariat a ensuite élaboré et soumis, en novembre 2005, une nouvelle version fusionnée du projet de convention, qui a été publiée sous la cote A/CN.9/WG.III/WP.56. Dans ce document, les dispositions sur la limitation de la responsabilité diffèrent quelque peu, du point de vue de leur structure générale, de celles qui figurent dans le document A/CN.9/WG.III/WP.39. Dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, la limitation de la responsabilité fait l'objet d'un chapitre distinct (chap. 13), qui englobe le projet d'article 64 (Fondement de la limitation de la responsabilité) correspondant au projet d'article 18 du document A/CN.9/WG.III/WP.39; le projet d'article 65 (Responsabilité pour le préjudice causé par le retard) correspondant au projet d'article 16-2 du document A/CN.9/WG.III/WP.39; le projet d'article 66 (Déchéance

du droit de limiter sa responsabilité) correspondant au projet d'article 19 du document A/CN.9/WG.III/WP.39; et le projet d'article 104 (Modification des limites) correspondant au projet d'article 18 *bis* du document A/CN.9/WG.III/WP.39. Le présent document se fonde sur la version du projet de convention qui figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56.

2. En novembre 2005, la délégation chinoise a distribué à toutes les délégations intéressées un questionnaire informel sur la limitation de la responsabilité du transporteur, l'objet étant de faciliter la discussion de ce thème au sein du Groupe de travail. Cinq délégations ont soumis des réponses. Le présent document ne reflète pas nécessairement les vues de la délégation chinoise, mais représente un compromis possible que le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner.

II. Les dispositions fondamentales du chapitre 13

3. Dans le chapitre 13 du projet de convention, la disposition principale est le projet d'article 64 (Fondement de la limitation de la responsabilité).

4. Le paragraphe 1 du projet d'article 64 fixe le niveau de limitation de la responsabilité. Les limites sont exprimées par colis et par kilogramme, et les marchandises dont la valeur a été déclarée ou qui font l'objet d'autres accords entre les parties sont considérées comme des exceptions.

5. Le paragraphe 2 du projet d'article 64 comprend deux variantes, la variante A ayant pour objet de clarifier le texte de la variante B sans le modifier quant au fond. Ainsi, si ces variantes diffèrent dans leur libellé, elles traitent les mêmes questions. Elles réglementent toutes deux la limitation de la responsabilité lorsqu'on ne peut établir à quelle étape du transport la perte ou le dommage est survenu.

6. Le paragraphe 3 du projet d'article 64 réglemente la limitation de la responsabilité par référence au nombre de colis ou d'unités de chargement lorsqu'un conteneur, une palette ou un moyen de transport similaire est utilisé.

7. En vertu du paragraphe 4 du projet d'article 64, l'unité de compte à utiliser est le droit de tirage spécial (DTS) tel qu'il est défini par le Fonds monétaire international.

8. Le projet d'article 65 (Responsabilité pour le préjudice causé par le retard) comprend deux variantes. Là encore, la variante A a pour objet de clarifier le libellé de la variante B, sans le modifier quant au fond.

9. La disposition finale du chapitre 13 est le projet d'article 66 (Déchéance du droit de limiter sa responsabilité).

10. Le paragraphe 1 du projet d'article 66 énonce les circonstances dans lesquelles une personne peut être déchue du droit de limiter sa responsabilité pour la perte ou le dommage subi par les marchandises ou pour le non-respect des obligations qui incombent au transporteur en vertu du projet de convention.

11. Le paragraphe 2 du projet d'article 66 énonce les circonstances dans lesquelles une personne peut être déchue du droit de limiter sa responsabilité pour le préjudice dû au retard de livraison.

12. Enfin, la dernière disposition pertinente pour le présent rapport est le projet d'article 104 (Modification des limites).

13. Le secrétariat a rédigé ce projet d'article à la demande du Groupe de travail en s'inspirant de conventions internationales telles que le Protocole de 2002 à la Convention d'Athènes et la Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international.

III. Projet d'article 64: Fondement de la limitation de la responsabilité

Paragraphe 1: Manquement aux obligations qui incombent au transporteur en vertu du projet de convention

14. À la treizième session du Groupe de travail, certaines délégations avaient proposé d'ajouter l'expression "lié aux marchandises" en s'inspirant de l'article 4-5 des Règles de La Haye, de sorte que ce paragraphe puisse s'appliquer dans des circonstances telles que la livraison à une personne autre que le destinataire ou la description erronée des marchandises dans le connaissement. À l'issue de la discussion, il avait été décidé de placer le membre de phrase "lié aux marchandises" entre crochets dans ce paragraphe et à d'autres endroits pour que le Groupe de travail l'examine et en discute ultérieurement (voir par. 41 à 44 du document A/CN.9/552). Dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, l'expression "la perte ou le dommage subi par les marchandises [ou lié aux marchandises]" a été entièrement remplacée par les mots "manquement aux obligations lui incombant en vertu de la présente Convention". Dans leurs réponses au questionnaire informel, certaines délégations se sont opposées à cette dernière formulation au motif qu'elle étendait la limitation de la responsabilité dont bénéficiait le transporteur. D'autres délégations qui ont répondu ont toutefois proposé que le Groupe de travail examine dans un premier temps la question de savoir quelles autres responsabilités du transporteur, outre celles prévues aux chapitres 6 et 7, devraient faire l'objet d'une limitation. Il semble par exemple qu'un transporteur puisse limiter sa responsabilité en cas de livraison des marchandises à une personne autre que le destinataire, de livraison sans présentation d'un document de transport négociable ou de description erronée dans le document de transport. Or, il semble impossible de couvrir ces cas par la simple expression "la perte ou le dommage subi par les marchandises". Dans ces cas, il pourrait être infondé d'avancer que le transporteur n'est pas en droit de limiter sa responsabilité, car ce dernier pourrait agir sans "intention" ou sans connaissance de cause. Il faudrait donc peut-être employer une formulation appropriée de sorte que les cas susmentionnés soient visés par la limitation de la responsabilité énoncée au projet d'article 64. La question de savoir si le transporteur devrait ou non être déchu du droit de limiter sa responsabilité devrait être tranchée en déterminant, conformément au projet d'article 66, s'il a agi avec "intention" ou en connaissance de cause.

15. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner les questions suivantes:

1) Quelles responsabilités du transporteur, outre celles prévues aux chapitres 6 et 7, devraient faire l'objet d'une limitation? La livraison des marchandises à une personne autre que le destinataire, la livraison sans

présentation d'un document de transport négociable ou la description erronée dans le document de transport devraient-elles être visées par la limitation de la responsabilité énoncée au projet d'article 64?

2) Si le Groupe de travail décide que la limitation de la responsabilité devrait couvrir les circonstances susmentionnées, quelle formulation traduirait avec justesse cette intention: "la perte ou le dommage subi par les marchandises [ou lié aux marchandises]" ou "[manquement aux obligations lui incombant en vertu de la présente convention]"?

Paragraphe 1: Niveau de limitation de la responsabilité

16. À la treizième session du Groupe de travail, la question du niveau de limitation de la responsabilité que la convention devrait imposer n'avait pas été abordée, les délégations ayant estimé qu'il était trop tôt pour en discuter (voir par. 39 du document A/CN.9/522). À la suite de cette session et à la demande du Groupe de travail, le secrétariat a élaboré, en décembre 2005, un tableau comparatif concernant les limites de la responsabilité du transporteur (A/CN.9/WG.III/WP/53) en se fondant sur les premières informations fournies par un certain nombre d'États. Dans leurs réponses au questionnaire informel, certaines délégations ont proposé d'appliquer les limites des Règles de La Haye-Visby, d'autres celles des Règles de Hambourg; une autre encore a suggéré d'élever sensiblement le niveau de limitation au motif que le Protocole de 1996 modifiant la Convention sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes avait considérablement relevé les limites fixées par la Convention de 1976.

17. Si le projet de convention adoptait les limites de responsabilité prévues par les Règles de La Haye-Visby, à savoir 666,67 DTS par colis ou 2 DTS par kilogramme, le niveau de limitation correspondrait à celui qu'applique actuellement la majorité des pays, ce qui faciliterait l'adoption du projet de convention, car le système existant serait moins affecté. Cela dit, étant donné que dans toute version révisée du projet de convention, les limites de la responsabilité seraient augmentées de manière appropriée en fonction de facteurs liés au prix tels que l'inflation, il a semblé concevable de porter le niveau à 835 DTS par colis ou à 2,5 DTS par kilogramme comme le prévoient les Règles de Hambourg. Étant donné que le projet de convention serait un instrument international relatif au transport axé sur le transport maritime, il a semblé que l'approche appropriée serait d'enquêter sur la valeur moyenne des marchandises transportées par voie maritime et sur les demandes d'indemnité pour perte ou dommage subi par les marchandises et, en se fondant sur les résultats, de fixer de manière scientifique les limites de la responsabilité. Certains États qui ont répondu au questionnaire informel ont entrepris une telle démarche et sont arrivés à la conclusion que la valeur moyenne des marchandises et la grande majorité des demandes d'indemnité correspondaient à des montants inférieurs à la limite de 2 ou de 2,5 DTS par kilogramme. En effet, une étude restreinte menée par la Chine sur des décisions judiciaires a révélé que la grande majorité des demandes d'indemnité concernaient des montants inférieurs à la limite de 2 DTS par kilogramme.

18. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question suivante:

Quelles limites de la responsabilité faudrait-il fixer dans le projet de convention en tenant compte de facteurs tels que la valeur moyenne des marchandises et les demandes d'indemnité pour la perte ou le dommage subi par les marchandises?

Paragraphe 2: Perte ou dommage non localisé

19. À la douzième session du Groupe de travail, le paragraphe 2 du projet d'article 64 avait fait l'objet d'un examen détaillé à l'issue duquel il y avait à peu près autant de partisans du maintien de la disposition que de sa suppression (voir par. 43 à 50 du document A/CN.9/544). À sa treizième session, le Groupe de travail avait rappelé cette situation, mais n'avait pas abordé la question dans le détail (voir par. 45 du document A/CN.9/552). Répondant au questionnaire informel, une délégation s'est déclarée favorable au maintien de cette disposition, mais la majorité a recommandé son élimination au motif que le projet de convention était un instrument international qui, en définitive, viserait avant tout le transport maritime et d'autres étapes complémentaires du transport. Pour cette raison, on a estimé qu'il ne serait pas approprié d'inclure ce paragraphe dans le projet de convention. En outre, la limitation de la responsabilité n'était pas une question isolée, mais était étroitement liée à d'autres questions telles que le fondement de la responsabilité et les conditions de la déchéance du droit de limitation. Il n'a pas été jugé souhaitable d'introduire une limitation de la responsabilité pour chaque étape du transport.

20. Le Groupe de travail souhaitera peut-être également noter qu'en vertu de l'article 19 de la Convention des Nations Unies sur le transport multimodal international de marchandises, lorsque l'étape du transport multimodal au cours de laquelle la perte ou le dommage est survenu a été établie, la limite la plus élevée de responsabilité, prévue soit par une convention internationale soit par le droit interne régissant cette étape du transport, devrait s'appliquer, ce qui est compatible avec le principe énoncé au projet d'article 27 du projet de convention. La Convention des Nations Unies sur le transport multimodal international de marchandises ne prévoit toutefois pas de disposition en cas de perte ou de dommage non localisé. Il semble que la limite de responsabilité unitaire fixée à l'article 18 de cette convention devrait s'appliquer et que, de ce fait, le projet de convention devrait adopter une approche analogue de sorte que la limite de responsabilité fixée au paragraphe 1 du projet d'article 64 s'applique en cas de perte ou de dommage non localisé.

21. Les deux variantes de cette disposition ne diffèrent pas quant au fond. La variante A clarifie la variante B.

22. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question suivante:

Ayant soigneusement pesé les avantages et les inconvénients de traiter la perte ou le dommage non localisé, faudrait-il supprimer cette disposition de sorte que la limite de responsabilité fixée au paragraphe 1 du projet d'article 64 s'applique en cas de perte ou de dommage non localisé?

IV. Projet d'article 65: Responsabilité pour le préjudice causé par le retard

Préjudice économique

23. Le projet d'article 65 comporte deux variantes. La variante A vise à clarifier le contenu de la variante B. Répondant au questionnaire informel, une délégation a préféré la variante A, qu'elle a jugée plus claire; d'autres délégations ont appuyé la variante B, mais ont proposé de remplacer les mots "préjudice indirect" par "préjudice économique"; une délégation, enfin, a suggéré que l'on distingue les différents types de préjudice et que le Groupe de travail précise qu'une diminution de la valeur commerciale était une forme de préjudice économique qui devrait donc faire l'objet d'une limitation de la responsabilité, équivalant par exemple à [une fois] le montant du fret.

24. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner les questions suivantes:

> Laquelle des deux variantes, A ou B, est la plus claire? Si la variante B est retenue, le Groupe de travail pourrait envisager de remplacer les mots "préjudice indirect" par "préjudice économique" de manière à viser les préjudices découlant d'une baisse de la valeur commerciale.

Niveau de la limitation pour le préjudice économique causé par le retard

25. Sur la question du niveau de limitation de la responsabilité pour le préjudice économique causé par le retard, la plupart des délégations qui ont répondu au questionnaire ont proposé d'appliquer la limite correspondant à deux fois et demie le fret payable pour les marchandises ayant subi le retard, comme le prévoient les Règles de Hambourg, et ont appuyé la règle selon laquelle le montant total des réparations versées conformément à cet article et au paragraphe 1 du projet d'article 64 ne doit pas dépasser la limite de responsabilité pour la perte totale des marchandises, calculée en application du paragraphe 1 du projet d'article 64. Selon une autre délégation qui a répondu, cependant, un niveau équivalant à une fois le montant du fret suffirait. Il a été proposé de régler la question spécifique du niveau de la limitation pour le préjudice causé par le retard sur la base de nouvelles enquêtes dans le cadre desquelles il faudrait tenir compte de nombreux facteurs, notamment de la mesure dans laquelle le montant retenu serait reconnu et acceptable à l'avenir.

26. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question suivante:

> Faudrait-il fixer la limite de responsabilité pour le préjudice économique causé par le retard à une fois ou à deux fois et demie le fret?

Sauf convention contraire

27. En ce qui concerne les mots "sauf convention contraire", certaines délégations qui ont répondu au questionnaire informel ont estimé que la limite de responsabilité fixée dans cet article devrait être obligatoire et non négociable. Une autre délégation a estimé que cette limite, bien qu'obligatoire, pouvait être négociée, mais uniquement augmentée et non diminuée, dans l'esprit du principe de liberté

contractuelle énoncé au chapitre 20. Selon une autre délégation encore, il n'était pas nécessaire d'inclure les mots "sauf convention contraire", car la conclusion pertinente pouvait être déduite du principe énoncé au projet d'article 94 du chapitre 20. Il a été jugé superflu d'insérer ces mots dans l'article.

28. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question suivante:

> Est-il nécessaire de conserver les mots: "sauf convention contraire"?

V. Projet d'article 66: Déchéance du droit de limiter sa responsabilité

29. Le projet d'article 66 énonce les conditions dans lesquelles le transporteur est déchu du droit de limiter sa responsabilité. Le texte original a été divisé en deux paragraphes, qui réglementent la déchéance du droit de limiter sa responsabilité, d'une part, en cas de perte ou de dommage subi par les marchandises, d'autre part, en cas de préjudice dû au retard de livraison. Dans le paragraphe 1, en outre, les mots "ou le non-respect des obligations incombant au transporteur en vertu de la présente Convention" ont été substitués à l'expression "[ou lié aux marchandises]", comme au paragraphe 1 du projet d'article 64. En ce qui concerne cette disposition, aucune divergence de vue significative ne semble ressortir des réponses au questionnaire informel. Les délégations qui ont répondu ont largement appuyé l'idée de prévoir un deuxième paragraphe distinct pour traiter la question du retard de livraison et semblent également satisfaites des conditions de déchéance du droit de limitation de la responsabilité.

30. Seule une délégation s'est inquiétée de ce que les mots "le non-respect des obligations incombant au transporteur en vertu de la présente Convention" avaient été ajoutés dans la première partie du paragraphe 1, mais pas dans la deuxième. Il a été estimé que cette incohérence dans la formulation pourrait poser des problèmes. On a dit que dans le cas d'une description erronée dans le document de transport, par exemple, le transporteur n'agissait pas dans l'intention de provoquer la perte ou le dommage, ni témérairement en sachant que la perte ou le dommage en résulterait probablement. Or, il était évident qu'en pareille circonstance, il devrait être déchu du droit de limiter sa responsabilité.

31. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question suivante:

> L'insertion des mots "le non-respect des obligations incombant au transporteur en vertu de la présente Convention" au paragraphe 1 entraînerait-elle, entre la première et la deuxième partie de ce paragraphe, une incohérence risquant de poser des problèmes pour son application?

VI. Projet d'article 104: Modification des limites

Paragraphe 1

32. Dans leurs réponses au questionnaire informel, certaines délégations ont proposé d'ajouter une règle prévoyant une procédure de modification des limites de

la responsabilité pour le préjudice causé par le retard. Une autre délégation qui a répondu s'est toutefois opposée à cette idée au motif que le fret était lui-même un élément variable.

33. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la question suivante:

> Faudrait-il prévoir au paragraphe 1 la modification des limites de la responsabilité pour le préjudice dû au retard traitée à l'article 65?

Paragraphe 2

34. Dans leurs réponses au questionnaire informel, certaines délégations ont indiqué que le nombre d'États qui pouvaient demander une modification des limites, à savoir le quart ou la moitié du nombre total, était lié au nombre de ratifications nécessaires pour que la Convention entre en vigueur. Si ce dernier nombre était important, le quart suffirait, mais s'il était faible, la moitié semblerait plus acceptable. Il a en outre été proposé d'envisager une deuxième condition, à savoir de fixer le nombre minimum d'États devant demander la modification des limites de la responsabilité.

35. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner les questions suivantes:

> Quel nombre d'États devant demander la modification des limites de la responsabilité faudrait-il imposer au paragraphe 2? Faudrait-il ajouter une deuxième condition, à savoir fixer le nombre minimum d'États devant demander une telle modification?

C. Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Observations et propositions de la Chambre internationale de la marine marchande, du Conseil maritime baltique et international (BIMCO) et de l'International Group of P&I Clubs sur les questions inscrites à l'ordre du jour de la dix-huitième session, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-huitième session

(A/CN.9/WG.III/WP.73) [Original: anglais]

En vue de la dix-huitième session du Groupe de travail III (Droit des transports), la Chambre internationale de la marine marchande, le Conseil maritime baltique et international (BIMCO) et l'International Group of P&I Clubs ont soumis au secrétariat leurs observations et propositions concernant les dispositions du projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] qu'il est prévu d'examiner à cette session.

On trouvera dans l'annexe à la présente note la traduction du texte de ces observations tel qu'il a été reçu par le secrétariat.

ANNEXE

Projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] (A/CN.9/WG.III/WP.56)

Chambre internationale de la marine marchande, BIMCO et International Group of P&I Clubs

Observations et propositions concernant les questions qu'il est prévu d'examiner à la dix-huitième session du Groupe de travail III de la CNUDCI (Vienne, 6-17 novembre 2006)

1. Afin de faciliter les débats de la prochaine session du Groupe de travail, la Chambre internationale de la marine marchande, le BIMCO et l'International Group of P&I Clubs souhaitent faire les observations ci-après en ce qui concerne un certain nombre de questions qu'il est prévu d'examiner à cette session, à savoir:

A. Compétence et arbitrage (chap. 16 et 17)

B. Documents de transport et enregistrements électroniques concernant le transport (chap. 9)

C. Retard et questions en suspens concernant les obligations du chargeur (chap. 6 et 8)

D. Limitation de la responsabilité (chap. 13 et 21)

E. Droits d'action et délai pour agir (chap. 14 et 15)

A. Compétence et arbitrage (chap. 16 et 17)

2. Le projet de convention ne devrait pas comprendre de dispositions directives concernant le règlement des litiges. L'absence de telles dispositions dans les Règles de La Haye et de La Haye-Visby n'a pas empêché celles-ci d'être largement appliquées et elle n'a pas soulevé non plus de difficultés de principe ou d'ordre pratique. Par contre, le fait que les Règles de Hambourg en contiennent a découragé leur application. Il y a donc de bonnes raisons de laisser aux parties commerciales le soin de déterminer les modalités de règlement des litiges qui conviennent le mieux à leurs besoins particuliers. À ce propos, il peut être utile de rappeler un argument qui a été avancé et dont la validité a été reconnue par de nombreux participants aux sessions du Groupe de travail, à savoir que les contrats de transport de marchandises relèvent essentiellement du droit privé et non du droit public et sont à l'heure actuelle dans la quasi-totalité des cas passés entre des parties qui ont un pouvoir de négociation similaire et qui sont pratiquement toujours assurées.

Compétence

3. Les propositions présentées à la seizième session du Groupe de travail à Vienne en 2005, bien qu'étant moins restrictives que les dispositions des Règles de Hambourg, empiètent néanmoins sur la liberté des parties et sont un facteur d'insécurité juridique.

Projet d'article 75 – Actions contre le transporteur

4. Il conviendrait de préciser que ce projet d'article n'est pas applicable lorsque les projets d'articles 83 et 84 le sont.

Projet d'article 76 – Conventions attributives de juridiction exclusive

5. Les clauses attributives de juridiction exclusive sont largement utilisées dans les contrats de transport. Ces clauses sont un facteur à la fois d'uniformité et de sécurité juridique (deux des principaux objectifs recherchés lorsqu'on élabore des conventions internationales) tant pour les chargeurs que pour les transporteurs. S'agissant des contrats autres que de tonnage, le projet d'article 76, tel qu'il est actuellement rédigé, entraînera un manque d'uniformité et de sécurité et incitera les demandeurs à rechercher le for le plus avantageux. En outre, le fait d'inclure à la fois le paragraphe 4, qui permet à un État de reconnaître la validité de clauses attributives de juridiction qui par ailleurs ne répondent pas aux exigences du projet d'article 76, et le paragraphe 5, qui, nonobstant le paragraphe 4, permet à un demandeur d'intenter une action devant les juridictions spécifiées dans le projet d'article 75, conduira inévitablement à des conflits de compétence et entraînera nécessairement des litiges supplémentaires, avec tous les coûts et les retards que cela suppose.

Projet d'article 80 – Jonction d'instances et désistement d'instance

6. La situation se complique encore plus lorsqu'une action est intentée à la fois contre le transporteur contractant et la partie exécutante maritime. Si une clause attributive de juridiction exclusive ne peut pas être mise à exécution, le transporteur contractant pourra être assigné devant une juridiction qu'il n'a pas acceptée dans le contrat de transport, ce qui ne serait pas raisonnable.

Jonction d'instances

7. L'absence de dispositions permettant la jonction d'instances en cas de demandes multiples constitue une lacune importante lorsque les clauses attributives de juridiction exclusive ne sont pas acceptées. Sur la base du texte actuel, un armateur devrait comparaître devant un nombre quasiment illimité de juridictions en cas de demandes nées du même incident survenu au cours du transport multimodal de marchandises. Il serait déraisonnable de s'attendre à ce que le transporteur comparaisse dans le cadre de telles actions devant de nombreuses juridictions différentes susceptibles d'appliquer divers régimes de limitation de la responsabilité. Il en résulterait une augmentation considérable des frais pour toutes les parties et le règlement des demandes serait retardé lorsque le transporteur était autorisé à limiter sa responsabilité dans le cadre d'un régime de limitation globale. Cette question doit être réexaminée.

Projet d'article 79 – Mesures provisoires ou conservatoires

8. Cette disposition serait la porte ouverte pour que le tribunal du lieu de la saisie d'un navire (*forum arresti*) devienne une nouvelle juridiction imprévisible à laquelle les demandeurs pourraient avoir recours de façon détournée pour se soustraire aux juridictions énumérées dans le projet d'article 75. Lors de délibérations antérieures, les membres du Groupe de travail avaient été largement d'accord, sans aucun doute en raison de l'insécurité qui en résulterait, sur le fait que le *forum arresti* ne devrait pas constituer un facteur de rattachement supplémentaire. Cette question doit être réglée par une disposition relative aux conflits de conventions qui, dans la mesure où le droit international le permet, donne la préférence aux clauses attributives de juridiction du projet de convention sur celles concernant cette question et le *forum arresti* des Conventions de 1952 et de 1999 relatives à la saisie conservatoire des navires.

Arbitrage

9. Ce qui a été dit plus haut sur les avantages de la liberté de choix des clauses attributives de juridiction vaut également pour les conventions d'arbitrage. L'arbitrage est un moyen rapide et économique de régler les litiges qui est utilisé depuis longtemps par les parties aux opérations maritimes. C'est ainsi qu'un certain nombre de centres d'expérience et de compétences en matière d'arbitrage s'appuyant sur un cadre juridique solide ont pu se développer. L'industrie des transports estime que le fait d'insérer dans le projet de convention des dispositions limitant la liberté des parties à un contrat de transport de choisir un lieu d'arbitrage particulier serait tout aussi contraignant qu'inutile et constituerait un facteur supplémentaire d'insécurité. On a fait valoir que la liberté absolue d'inclure des clauses d'arbitrage pourrait être utilisée par les armateurs pour se soustraire aux projets de dispositions attributives de juridiction visant à limiter l'étendue de cette liberté qui ont été examinées par le Groupe de travail à sa seizième session (voir A/CN.9/591, par. 90 à 103). Cependant, aucune difficulté de ce genre n'a été enregistrée dans le cadre du système actuel et on peut s'attendre à ce que les transporteurs qui d'une manière générale ont préféré recourir aux tribunaux, en particulier dans le cas du transport de marchandises autres qu'en vrac, continueront à le faire. Toutefois, il se peut que d'autres mécanismes se voient ultérieurement

accorder la préférence d'un commun accord et il ne faudrait pas que le projet de convention les rende inopérants.

Projet d'article 83

10. En vertu du projet d'article 83, les conventions d'arbitrage autres que celles concernant le transport non régulier (tramping) tel que défini par le projet de convention seraient soumises à la règle supplétive énoncée dans ce projet d'article selon laquelle un demandeur a la possibilité d'opter pour une procédure judiciaire malgré l'existence d'une convention d'arbitrage. Toutefois, la ligne de séparation entre les deux types de transport n'est pas nécessairement claire et les navires qui appliquent les conditions des lignes régulières mais qui n'assurent pas de liaisons selon un calendrier fixe ainsi que ceux qui assurent des liaisons occasionnelles ou transportent des marchandises spéciales sont apparemment soumis à ce régime. Cette disposition n'est pas claire et risque de donner lieu à des interprétations divergentes.

11. Les compagnies assurant des liaisons régulières selon un calendrier précis sont protégées par les propositions concernant les contrats de tonnage en service régulier (voir le projet d'article 95 du projet de convention). Les chargeurs utilisant des services réguliers pourront ainsi se mettre d'accord avec les transporteurs pour déroger aux dispositions du projet de convention et notamment prévoir des clauses spécifiques pour le règlement des litiges, ceux-ci pouvant être soumis, au gré des parties, soit aux tribunaux, soit à l'arbitrage. On peut s'attendre à un recours accru à la formule des contrats de tonnage en service régulier.

12. En revanche, accorder la même latitude pour convenir de clauses d'arbitrage obligatoires et exécutoires posera des problèmes dans le cas des transports qui n'entrent pas dans le champ d'application du projet d'article 84.

Projet d'article 84 – Convention d'arbitrage dans le transport non régulier

13. Ce projet d'article traduit d'une manière générale la pratique suivie dans les services de transport non réguliers, où l'arbitrage est la méthode préférée de règlement des litiges. Il faudra veiller à ce que les tiers intéressés soient également liés par une telle convention, mais il s'agit là principalement d'un problème de rédaction.

14. Cependant, un point est resté en suspens. Le texte initial du chapeau faisait référence à "[une convention attributive de juridiction ou] une convention d'arbitrage", mais le texte entre crochets a été supprimé sans explication dans le nouveau texte. Bien que, dans la plupart des cas, les chartes-parties comprennent des conventions d'arbitrage, il est fait appel aux tribunaux dans un nombre limité de cas. La suppression de ce membre de phrase pourrait donc avoir une incidence sur le caractère exclusif de tels arrangements. Afin de maintenir les choses en l'état, il est proposé de modifier le texte comme suit:

> "*Article 84. Convention de règlement des litiges dans le transport non régulier*
>
> *Aucune disposition de la présente Convention n'a d'incidence sur l'opposabilité d'une convention d'arbitrage ou d'une convention attributive de juridiction dans un contrat de transport ... [le reste du projet d'article reste inchangé]".*

B. Documents de transport et enregistrements électroniques concernant le transport (chap. 9)

Projet d'article 37 – Émission du document de transport ou de l'enregistrement électronique concernant le transport

15. Il est essentiel que le projet de convention contienne des dispositions indiquant sans ambiguïté qui est en droit de recevoir le document de transport. Nous estimons que c'est le chargeur qui devrait recevoir le document de transport, mais il ne devrait s'agir là que d'une disposition supplétive, le chargeur pouvant demander au transporteur de remettre ce document à quelqu'un d'autre, par exemple au destinataire ou au vendeur. Il incombe au vendeur partie à un contrat de vente FOB de veiller à faire figurer dans ce contrat que l'acheteur/chargeur FOB est d'accord avec le transporteur pour que le document de transport soit délivré au vendeur ou au destinataire.

Projet d'article 38 – Données du contrat

16. Il faudrait faire figurer dans le projet des dispositions exigeant que le nom et l'adresse du chargeur soient indiqués.

Projet d'article 40 – Carences des données du contrat

17. Le projet d'article 40-3 devrait être supprimé. Nous sommes opposés à l'idée que, lorsque le document de transport ou l'enregistrement électronique relatif au transport est ambigu ou muet en ce qui concerne l'identité du transporteur, le propriétaire inscrit du navire soit présumé être le transporteur. Le propriétaire inscrit peut être une institution financière qui n'intervient pas dans l'exploitation technique ou commerciale du navire. En outre, une telle présomption n'a pas sa place dans un instrument traitant du transport de porte à porte puisque le transporteur dont l'identité n'est pas mentionnée peut très bien être un transporteur non maritime. De même, l'idée que l'on puisse présumer qu'un affréteur coque nue est le transporteur nous paraît inopportune et inéquitable étant donné que les navires font souvent l'objet de contrats de gestion en vertu desquels le propriétaire inscrit et l'affréteur coque nue éventuel n'interviennent guère dans les opérations quotidiennes.

18. La canalisation de la responsabilité, qui est appliquée par les conventions internationales sur la responsabilité et l'indemnisation en cas de pollution lorsque le demandeur est un tiers qui n'a pas de lien avec les parties concernées, ne convient pas dans le cas du transport contractuel de marchandises. Un chargeur devrait s'enquérir de l'identité du transporteur contractant et les parties faisant l'acquisition de connaissements ne devraient pas être placées dans une meilleure situation que le chargeur, qui, conformément au projet d'article 38-1 e), connaîtra le nom et l'adresse du transporteur indiqué dans le document de transport ou l'enregistrement électronique concernant le transport. Au cours des consultations officieuses, la majorité des délégués qui ont pris la parole sur cette question se sont déclarés opposés au projet d'article 40-3.

Projet d'article 41 – Réserves concernant la description des marchandises dans les données du contrat

19. Exception faite des observations de caractère plus technique présentées plus loin, les projets d'articles 41 a) et c) sont acceptables. Toutefois, le projet

d'article 41 b) est difficile à lire, obscur et répétitif. Étant donné que le chapeau du projet d'article 41 couvre à la fois l'alinéa a) et l'alinéa b), il est très difficile de comprendre pourquoi la dernière partie de l'alinéa b) répète dans une large mesure ce qui découle déjà du chapeau. On pourrait résoudre ce problème simplement en supprimant la dernière partie de l'alinéa b), c'est-à-dire à partir des mots "le transporteur peut inclure...".

20. Les mots "si le transporteur peut montrer..." figurant dans le projet d'article 41 a) i) semblent contredire la règle de la charge de la preuve énoncée dans le projet d'article 42 c) qui dispose que c'est à la partie alléguant que le transporteur n'a pas agi de bonne foi qu'il incombe de prouver ses allégations.

21. Afin d'essayer de surmonter ces problèmes, nous proposons de remplacer le texte du projet d'article 41 par le texte révisé ci-après:

"*Article 41. Réserves concernant la description et le poids des marchandises dans les données du contrat*

Le transporteur, s'il agit de bonne foi lorsqu'il émet un document de transport ou un enregistrement électronique concernant le transport, peut apporter des réserves aux informations mentionnées à l'article 38-1 a), 38-1 b) ou 38-1 c) pour indiquer qu'il ne répond pas de l'exactitude des informations fournies par le chargeur:

a) S'agissant de marchandises non conteneurisées:

i) si le transporteur n'avait pas de moyen raisonnable de vérifier les informations fournies par le chargeur, il peut en faire état dans les données du contrat en indiquant les informations en question; ou

ii) si le transporteur a des raisons de considérer que les informations fournies par le chargeur sont inexactes, il peut inclure une réserve indiquant ce qu'il considère raisonnablement comme des informations exactes;

b) S'agissant de marchandises conteneurisées:

i) sauf si le transporteur [ou une partie exécutante] inspecte en fait les marchandises se trouvant à l'intérieur du conteneur ou a, d'une autre manière, effectivement connaissance du contenu du conteneur avant l'émission du document de transport ou de l'enregistrement électronique concernant le transport, à condition toutefois que, dans ce cas, le transporteur puisse inclure une telle réserve s'il a des raisons de considérer que les informations fournies par le chargeur concernant le contenu du conteneur sont inexactes.

ii) le transporteur peut apporter des réserves à toute mention du poids des marchandises ou du poids d'un conteneur et de son contenu en indiquant expressément qu'il n'a pas pesé le conteneur:

1. s'il peut montrer que ni lui ni une partie exécutante n'ont pesé le conteneur; et si le chargeur et le transporteur ne sont pas convenus avant l'expédition de peser le conteneur et de mentionner le poids dans les données du contrat; ou

2. s'il peut montrer qu'il n'y avait pas de moyen raisonnable de vérifier le poids du conteneur."

Projet d'article 43 – Présomption simple et preuve péremptoire

22. Les documents non négociables ne devraient pas constituer une preuve péremptoire car cela devrait être réservé uniquement aux documents négociables aux clauses desquels un tiers se fie pour acheter les marchandises. Par conséquent, les variantes A et B devraient être supprimées.

Projet d'article 44 – Force probante des réserves

23. La suggestion de la note de bas de page 154 tendant à accorder de l'importance juridique à la question de savoir si le conteneur est livré intact et non endommagé engendrera beaucoup d'insécurité et de litiges. En outre il semble que l'autre solution serait d'amalgamer la responsabilité documentaire et la responsabilité pour les marchandises. Par conséquent, la variante proposée dans cette note est inacceptable.

C. Retard et questions en suspens concernant les obligations du chargeur (chap. 6 et 8)

24. À la dix-septième session du Groupe de travail, la question de la responsabilité pour les retards imputables au chargeur a été longuement débattue et un certain nombre d'options ont été examinées (voir A/CN.9/594, par. 199 à 207). Aucune n'a été retenue, mais on s'est largement déclaré favorable à une solution équilibrée consistant à prévoir soit que la responsabilité du transporteur et du chargeur puisse être engagée en cas de retard, soit que la responsabilité d'aucun d'entre eux ne puisse être engagée en vertu du projet de convention.

25. Les transporteurs restent très opposés à la responsabilité pour retard en dehors de toute convention expresse entre les parties, sauf en cas de perte matérielle ou d'endommagement subi par les marchandises ou le navire en raison du retard. Par conséquent, nous appuyons sans réserve les propositions figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.69.

26. Si le document A/CN.9/WG.III/WP.69 ne recueillait pas un appui suffisant et s'il était décidé de laisser au droit national le soin de régler la question de la responsabilité, il serait essentiel, pour des raisons de sécurité et de prévisibilité, que le projet de convention établisse certaines restrictions quant à la responsabilité pour retard que les chargeurs et les transporteurs pourraient encourir en vertu du droit national, et une distinction devrait peut-être être faite entre les services de transport en vrac et les services de transport réguliers. Par conséquent, le projet de convention devrait contenir les éléments ci-après:

1. Lorsque l'endommagement des marchandises ou du navire survient à la suite du retard, le projet de convention devrait définir la responsabilité du transporteur et du chargeur et les limites de cette responsabilité, comme indiqué plus bas dans l'alinéa 3;

2. Le projet de convention devrait autoriser les États à prévoir un régime mixte de responsabilité des transporteurs et des chargeurs en cas de retard comme indiqué ci-après:

i. La responsabilité du transporteur devrait être limitée à la perte de la valeur marchande des marchandises et aux pertes similaires directement liées aux marchandises et consécutives au retard. Cette responsabilité et ses limites devraient être définies comme indiqué à l'alinéa 3 ci-après;

ii. Le chargeur devrait être responsable de la perte directement liée au fait qu'il a retardé le chargement, le départ, la traversée, l'arrivée ou le déchargement du navire. Cette responsabilité et ses limites devraient être définies comme indiqué plus loin à l'alinéa 3.

3. La responsabilité pour retard en vertu du projet de convention ou des législations nationales devrait, dans le cas du chargeur, être une simple responsabilité pour faute, limitée par exemple à la valeur des marchandises, et, dans le cas du transporteur, être conforme aux règles générales de responsabilité du projet de convention et être limitée au fret (c'est-à-dire à un montant équivalant à une fois le fret exigible pour les marchandises retardées).

27. S'il est décidé de régler la question de la responsabilité pour retard dans le projet de convention et non de s'en remettre pour cela au droit national, les règles du projet de convention devront être fondées sur les mêmes principes que ceux suggérés plus haut, c'est-à-dire qu'elles devront restreindre les cas où la responsabilité du chargeur et du transporteur peut être engagée en cas de retard et limiter le montant de cette responsabilité.

Marchandises dangereuses

28. À la dix-septième session du Groupe de travail, il a été décidé de limiter considérablement la portée des obligations du chargeur de fournir des informations en vertu du projet d'article 30 b) en adoptant la proposition figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.69 (par. 6) (voir A/CN.9/594, par. 190 à 194). Compte tenu de cette modification, il paraît justifié de prévoir que le chargeur répondra de plein droit de l'exactitude des informations fournies. La référence au projet d'article 30 b) et c) figurant tant dans la variante A que dans la variante B du paragraphe 2 du projet d'article 31 devrait être conservée et il ne devrait pas être donné suite à la proposition figurant au paragraphe 25 du document A/CN.9/WG.III/WP.67.

D. Limitation de la responsabilité (chap. 13 et 21)

Projet d'article 64 – Fondement de la limitation de la responsabilité

29. Nous sommes fermement convaincus qu'il serait opportun d'inclure dans l'article 64-1 du projet de convention les limites définies par les Règles de La Haye-Visby. On sait d'expérience que l'écrasante majorité des demandes d'indemnisation se situent dans les limites actuelles de responsabilité (voir la note de bas de page 2 du document A/CN.9/WG.III/WP.34). En outre, l'adoption des limites définies par les Règles de La Haye-Visby constituerait déjà une augmentation appréciable des limites moyennes actuellement appliquées dans le monde. Nous proposons de modifier comme suit le projet d'article 64:

"Sous réserve des articles 65 et 66-1, la responsabilité du transporteur pour manquement aux obligations lui incombant en vertu de la présente Convention est limitée à 666,67 DTS par colis ou autre unité de chargement, ou à 2 DTS

par kilogramme de poids brut des marchandises perdues ou endommagées, la limite la plus élevée étant applicable, sauf ***lorsqu'un fret*** **ad valorem** ***est convenu et acquitté ou*** *lorsque la nature et la valeur des marchandises ont été déclarées par le chargeur avant l'expédition et figurent dans les données du contrat, [ou lorsqu'un montant supérieur à la limite de responsabilité fixée dans le présent article a été convenu entre le transporteur et le chargeur]."*

30. L'inclusion ou non des mots apparaissant entre crochets à la fin du paragraphe dépendra de l'issue des discussions sur le projet d'article 94.

31. Il est extrêmement important que la responsabilité encourue par le transporteur pour manquement aux devoirs, obligations et autres charges lui incombant en vertu du projet de convention soit dans tous les cas limitée. Nous supposons que c'est exactement ce que visent à faire les mots "*pour manquement aux obligations lui incombant en vertu de la présente Convention"* qui figurent dans le projet d'article 64. Par conséquent, une erreur de livraison ou une déclaration erronée constituent des manquements aux obligations incombant au transporteur en vertu du projet de convention qui peuvent engager sa responsabilité mais pour lesquels il peut bénéficier d'une limitation de responsabilité (sauf bien sûr en cas de manquement intentionnel).

32. Le droit de limiter la responsabilité pour retard encourue en vertu de la loi nationale doit être inclus dans le projet convention. Nous renvoyons le lecteur aux observations que nous avons faites plus haut à propos du retard.

33. Nous sommes très opposés à l'inclusion du projet d'article 64-2, tant sous sa variante A que sous sa variante B, et nous sommes favorables à sa suppression. Tout contrat de transport entrant dans le champ d'application du projet de convention comprendra nécessairement une étape maritime qui, dans l'écrasante majorité des cas, sera l'étape la plus longue, du point de vue tant de la durée que de la distance. Dans ces conditions, il serait tout à fait logique d'appliquer les règles de responsabilité et de limitation prévues à l'étape maritime pour les dommages cachés. Il y a bien sûr des cas où l'étape maritime est insignifiante, par exemple lorsque des marchandises acheminées depuis le nord de la Suède jusqu'au sud de l'Italie franchissent par navire traversier le détroit séparant la Suède du Danemark. Nous pensons que, dans pratiquement tous les cas de ce genre, il sera possible de déterminer si le dommage est survenu à bord du navire ou lors du transport routier. Nous doutons que les propositions faites tant dans la variante A que dans la variante B soient réellement dans l'intérêt des demandeurs si, comme les éléments disponibles tendent à le montrer, la majorité des demandes se situent dans les limites fixées par les Règles de La Haye-Visby. Nous craignons également que l'augmentation du montant de la responsabilité pour les dommages cachés ne dissuade les transporteurs maritimes de proposer des documents de transport multimodal et n'entraîne une augmentation des primes d'assurance. En cas de demande d'indemnisation relativement importante, les transporteurs feront le maximum pour déterminer le point où le dommage est survenu afin de pouvoir se retourner contre le transporteur sous-traitant. La raison invoquée à l'appui des variantes A et B, à savoir qu'un grand nombre de demandes portent sur des dommages cachés, est extrêmement contestable. Ces variantes ne devraient pas être soutenues uniquement pour cette raison. En outre, ces propositions entraîneraient une grande insécurité, surtout si la référence à la loi nationale était maintenue.

Projet d'article 104 – Modification des limites

34. Nous nous interrogeons sur le bien-fondé de faire figurer une procédure d'amendement tacite dans un instrument de droit privé. Cependant, si les limites fixées par les Règles de La Haye-Visby étaient acceptées, nous ne nous opposerions pas à une telle procédure. Dans ce cas, nous appuierions les principes énoncés dans le document A/CN.9/WG.III/WP.34 (sect. II).

35. Le projet d'article 104-5 est établi sur le modèle de la Convention d'Athènes, et les facteurs mentionnés dans ce projet d'article seraient appropriés dans un instrument de droit public régissant principalement les demandes d'indemnisation en cas de décès ou de dommages corporels subis par des passagers. Toutefois, le projet de convention porte principalement sur les demandes d'indemnisation pour préjudices matériels présentées par des parties commerciales. En plus des facteurs énumérés dans l'article 104-5, nous estimons qu'il faudra tenir compte de la valeur moyenne des marchandises et des taux de fret moyens si l'on décide de modifier les limites.

36. Bien que nous ne nous opposions pas à ce que l'évolution monétaire soit prise en considération, nous soulignons que de nombreux autres facteurs entrent en ligne de compte, par exemple le type et la valeur des produits, la chute en termes réels du coût de nombreux produits de consommation et l'amélioration générale des techniques d'emballage et de transport. En outre, des recherches préliminaires tendent à montrer que la valeur relative des taux de fret a beaucoup diminué au fil des années.

E. Droits d'action et délai pour agir (chap. 14 et 15)

Chapitre 14 – Droits d'action

37. Nous doutons beaucoup qu'il soit nécessaire d'inclure ce chapitre dans le projet de convention et nous estimons qu'il devrait être supprimé. Le droit d'agir est normalement régi par des règles générales dans la plupart des systèmes juridiques et il pourrait être difficile, voire impossible, d'établir un ensemble spécial de règles applicables à cet égard qui pourrait être différent des règles applicables en vertu de la loi nationale.

Chapitre 15 – Délai pour agir

Projet d'article 69 – Prescription des actions

38. Nous sommes favorables au maintien du délai de prescription d'un an actuellement prévu dans la variante A du projet d'article 69. Compte tenu de la rapidité des moyens de communication modernes ainsi que d'autres considérations, on voit mal pourquoi il serait nécessaire de prolonger ce délai. La tendance actuelle en droit national est de raccourcir les délais de prescription. Nous proposons d'étendre le champ d'application de la variante A du projet d'article 69 aux actions intentées contre les parties exécutantes maritimes, mais nous suggérons en même temps de le limiter aux actions intentées contre le transporteur contractant et les parties exécutantes maritimes. Nous proposons ceci pour tenir compte du fait que le projet de convention ne contient pas par exemple de règle attributive de juridiction applicable aux chargeurs. Par conséquent, engager des actions contre les chargeurs peut être relativement plus compliqué, ce qui justifierait un délai de prescription

plus long, et il serait peut-être préférable de laisser à la loi nationale le soin de régler cette question.

Projet d'article 72 – Action récursoire

39. Nous préférons la variante B du projet d'article 72 b).

Projet d'article 74 – Actions contre l'affréteur coque nue

40. Nous renvoyons le lecteur aux observations que nous avons faites plus haut à propos du projet d'article 40.

D. Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Responsabilité du chargeur en cas de retard: document présenté pour information au Groupe de travail par le Gouvernement suédois, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-huitième session

(A/CN.9/WG.III/WP.74) [Original: anglais]

En vue de la dix-huitième session du Groupe de travail III (Droits des transports), le Gouvernement suédois a soumis au secrétariat le document joint en annexe concernant la responsabilité du chargeur en cas de retard dans le projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]. La délégation suédoise a indiqué que ce document avait pour but de faciliter à la dix-huitième session du Groupe de travail la poursuite des travaux que celui-ci avait consacrés à cette question à sa dix-septième session (voir A/CN.9/954, par. 199 à 207).

On trouvera dans l'annexe la traduction du texte du document tel qu'il a été reçu par le secrétariat.

ANNEXE

La responsabilité du chargeur en cas de retard dans le projet de convention sur le transport de marchandises par mer – analyse des risques et des conséquences

I. Introduction

1. À sa dix-septième session tenue à New York du 3 au 13 avril 2006, le Groupe de travail III (Droit des transports) a examiné la question de savoir s'il fallait faire figurer dans le projet de convention des dispositions concernant la responsabilité du chargeur en cas de retard (voir A/CN.9/594, par. 199 à 207). Un certain nombre de délégations ont demandé qu'une étude sur les risques et les conséquences qui en résulteraient soit effectuée. Le Gouvernement suédois a accepté de réaliser cette étude.

2. La partie II de l'étude indique comment la responsabilité du chargeur en cas de retard est traitée dans les Règles de La Haye-Visby et les Règles de Hambourg. Les parties III et IV rendent compte respectivement de la façon dont la responsabilité du transporteur et du chargeur en cas de retard est traitée dans le projet de convention. Il s'est révélé nécessaire d'examiner également la responsabilité pour retard du transporteur, car le fait que le projet de convention contient des dispositions à ce sujet a, dans une certaine mesure, une incidence sur la responsabilité effective du chargeur. Dans les parties V et VI, un certain nombre de scénarios de risque possibles en ce qui concerne la responsabilité pour retard sont présentés et analysés. La partie VII contient une analyse concernant l'assurabilité de la responsabilité pour retard tant dans le cas du transporteur que du chargeur. Enfin, différentes solutions

envisageables pour régir la responsabilité en cas de retard sont présentées et analysées dans la partie VIII.

II. Règles de La Haye-Visby et Règles de Hambourg

3. Les Règles de La Haye-Visby ne comprennent pas de dispositions concernant la responsabilité du transporteur en cas de retard. Par conséquent, celui-ci ne peut voir sa responsabilité engagée en cas de retard que si la loi nationale lui impose une telle responsabilité ou s'il a accepté dans le contrat de transport de livrer les marchandises dans un certain délai. L'article 5 des Règles de Hambourg prévoit la responsabilité du transporteur pour retard en cas de faute. Cette responsabilité est limitée à deux fois et demie le fret payable pour les marchandises ayant subi le retard (art. 6-1 b)).

4. Conformément aux Règles de La Haye-Visby (art. 4-3) et aux Règles de Hambourg (art. 12), le chargeur peut être responsable de la perte, y compris de la perte consécutive à un retard, qui est imputable à une faute de sa part. En outre, il est responsable de plein droit de la perte résultant de l'inexactitude des informations qu'il a fournies (voir l'article 3-5 des Règles de La Haye et l'article 17-1 des Règles de Hambourg). Par "perte", on peut également entendre le retard. Conformément à l'article 13-2 a) des Règles de Hambourg, le chargeur est également tenu d'informer le transporteur du caractère dangereux des marchandises et d'y apposer une marque ou une étiquette appropriées. Il est responsable de plein droit de la perte, du dommage ou du retard résultant d'un manquement à cette obligation d'information. En outre, sa responsabilité en vertu de ces dispositions est illimitée.

III. La responsabilité du transporteur en cas de retard dans le projet de convention

5. Le retard de livraison est défini dans le projet d'article 22 du projet de convention. Selon cette disposition, il y a retard de livraison "lorsque les marchandises ne sont pas livrées au lieu de destination prévu dans le contrat de transport dans le délai expressément convenu ou, en l'absence d'une telle convention, dans le délai qu'il serait raisonnable d'attendre d'un transporteur diligent, compte tenu des conditions du contrat, des caractéristiques du transport et des circonstances du voyage par mer ou autre". Cela signifie que si les parties au contrat de transport sont expressément convenues que les marchandises devront être livrées dans un certain délai, le transporteur répondra de plein droit du respect de cette obligation. (On suppose qu'il pourra accepter d'assumer une responsabilité plus étendue que celle prévue dans le projet de convention, comme indiqué dans le projet d'article 94.) Dans tous les autres cas, il sera responsable du retard dû à une faute de sa part. Conformément au projet d'article 17-1, le chargeur devra établir une présomption de manquement du transporteur à ses obligations, c'est-à-dire montrer que les marchandises n'ont pas été livrées dans un délai raisonnable et qu'il a subi une perte du fait de ce retard. Lorsque rien n'indique qu'il a garanti le délai de livraison, le transporteur peut, conformément aux paragraphes 2 et 3 du projet d'article 17, réfuter cette présomption en montrant que les circonstances particulières du voyage considéré justifient un délai plus long.

6. La réparation à payer en cas de retard des marchandises est régie par le projet d'article 65. Dans le projet de convention figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, deux variantes sont proposées, mais celles-ci disposent essentiellement que la responsabilité pour la perte indirecte consécutive au retard est limitée à une fois le fret payable pour les marchandises retardées. La réparation due pour la perte ou le dommage physique subi par les marchandises du fait du retard est calculée conformément à la règle générale de responsabilité pour perte ou endommagement des marchandises. Cela signifie que, conformément au projet d'article 23, cette réparation est calculée par référence à la valeur de ces marchandises au lieu et au moment de livraison. En outre, le transporteur aura le droit de limiter la réparation à un certain montant par colis ou par kilogramme de poids brut des marchandises perdues ou endommagées.

7. Si le retard entraîne la perte physique ou l'endommagement des marchandises ainsi qu'une perte indirecte comme un manque à produire, le chargeur ou le destinataire auront la possibilité de demander réparation de la totalité de ces pertes, sous réserve des limites prévues aux projets d'articles 64 et 65. Toutefois, lorsque la perte totale dépasse la limite établie conformément au projet d'article 64, le chargeur ou le destinataire ne pourront pas demander la réparation supplémentaire pour perte indirecte égale à une fois le montant du fret. En cas de perte totale, la limite prévue dans le projet d'article 64 constituera une limite absolue.

8. En plus de la responsabilité pour retard prévue dans le projet d'article 17, le transporteur sera, conformément au principe de réseau énoncé dans le projet d'article 27, responsable vis-à-vis du chargeur en cas de retard en application d'autres conventions obligatoires applicables au transport. On peut citer comme exemple typique le cas de marchandises transportées entre le port de Rotterdam, où elles ont été déchargées, et Berlin soit par route, conformément à la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route de 1956, telle qu'amendée par le protocole de 1978 (Convention CMR), soit par chemin de fer, conformément aux Règles uniformes concernant le contrat de transport international ferroviaire de marchandises reproduites en appendice à la Convention relative aux transports internationaux ferroviaires, telle qu'amendée par le protocole de modification de 1999 (règles COTIF/CIM). Si le retard se produit au cours de cette étape du transport, la responsabilité du transporteur du fait de ce retard sera limitée à une fois le montant du fret conformément à la convention CMR et à quatre fois ce montant en application des règles COTIF/CIM.

IV. La responsabilité du chargeur en cas de retard dans le projet de convention

9. Conformément aux projets d'articles 28 et 30, le chargeur doit remettre les marchandises prêtes pour le transport et fournir au transporteur certaines informations et instructions et certains documents. La responsabilité pour retard dû au manquement à ces obligations est régie par le projet d'article 31. À la seizième session du Groupe de travail III, il a été décidé que la responsabilité pour manquement à ces obligations devrait être une responsabilité pour faute sans renversement de la charge de la preuve (voir par. 138 du document A/CN.9/591). Ce n'est que dans les cas où des marchandises dangereuses sont transportées que le chargeur est responsable de plein droit du retard imputable au fait qu'il n'a pas

informé le transporteur de la nature dangereuse des marchandises ou qu'il ne les a pas marquées ou étiquetées de manière appropriée (voir projet d'article 33). En outre, il a été décidé que le chargeur sera responsable de plein droit de la perte ou du dommage dû à l'inexactitude de l'information et des instructions qu'il a effectivement fournies au transporteur (voir par. 148 à 150 du document A/CN.9/591).

10. En l'état actuel du texte du projet de convention, la responsabilité du chargeur est illimitée. Cela signifie qu'une fois sa responsabilité établie, le chargeur pourrait être tenu de réparer toute perte directe et indirecte subie par le transporteur. Cette réparation ne sera limitée que par les principes généraux de la loi nationale relatifs à la causalité.

V. Effets des dispositions actuelles du projet de convention concernant la responsabilité du transporteur en cas de retard – scénarios de risque possibles

11. En ce qui concerne la responsabilité du transporteur en cas de retard, quatre scénarios sont possibles. Le premier est que le navire est retardé par un des cas de force majeure énumérés dans le projet d'article 17-3, par exemple une tempête, une guerre, etc. Comme il n'y a en pareil cas aucun lien de causalité entre l'intervention du transporteur et la perte subie par le chargeur, le transporteur n'est pas responsable.

12. Le deuxième scénario est que le retard a été occasionné par le transporteur. Dans ce cas, la responsabilité du transporteur dépendra de la question de savoir si l'on peut dire que celui-ci a garanti le délai de livraison ou si le retard est dû à une faute de sa part. À l'heure actuelle, il semblerait que les transporteurs ne garantissent jamais en principe que les marchandises seront livrées à une certaine date, autrement dit, ils n'acceptent jamais d'assumer une responsabilité de plein droit en cas de retard. Normalement, il est explicitement indiqué dans les documents de transport actuellement utilisés sur le marché que le délai de livraison indiqué doit être considéré comme indicatif. Cela s'explique par le fait qu'un délai précis n'est souvent pas nécessaire. Les chargeurs ont tendance à recourir au transport maritime pour acheminer de grandes quantités de marchandises dont la valeur est relativement faible. Les marchandises plus coûteuses, par exemple le matériel électronique fabriqué sur commande, dont la date de livraison est souvent beaucoup plus importante, sont généralement transportées par voie aérienne. Afin de déterminer s'il y a faute du transporteur en l'absence d'accord explicite quant au délai de livraison, le tribunal devra comparer la durée qui a été effectivement nécessaire pour accomplir le voyage convenu avec la durée normale d'un voyage comparable. Il importe de signaler à ce propos que, comme le délai de livraison indiqué dans un document de transport, les informations figurant dans les calendriers de navigation ne doivent pas être considérées comme précises. En outre, le tribunal devra tenir compte des caractéristiques du transport et des circonstances particulières du voyage considéré. Cela signifie que lorsque le capitaine ou le pilote du navire décide de réduire la vitesse par gros temps ou en raison de l'encombrement d'un port, le transporteur ne sera pas responsable du retard qui peut en résulter.

13. Le troisième scénario est que le retard a été provoqué par le chargeur, celui-ci n'ayant pas par exemple fourni les documents nécessaires au dédouanement. Le projet d'article 17-3 h) dispose explicitement qu'en pareil cas le transporteur n'est pas responsable du retard vis-à-vis du chargeur.

14. Le quatrième scénario est que la livraison est retardée en raison d'un acte ou d'une omission d'un autre chargeur. On peut envisager par exemple que le chargeur A demande réparation au transporteur au motif que le déchargement du navire a été retardé au port de destination. Conformément au projet d'article 17-1, le transporteur sera, dans ce cas, exonéré de responsabilité s'il peut prouver que le retard n'est pas imputable à une faute de sa part mais au fait que le chargeur B n'a pas fourni les documents nécessaires. Le chargeur B ne saurait être considéré en l'occurrence comme un préposé ou un sous-traitant du transporteur dont celui-ci est responsable.

15. En conclusion, le risque que le transporteur voie sa responsabilité engagée en cas de retard est relativement limité, d'autant que, même si le navire est retardé, cela ne signifie pas que la livraison de l'ensemble des marchandises sera automatiquement retardée. Par exemple, si le navire arrive au port avec deux jours de retard mais qu'une partie de la cargaison doit être entreposée dans un terminal pendant quatre jours avant d'être acheminée par camion à sa destination finale, malgré le retard du navire, le transporteur sera en mesure de livrer à temps les marchandises à cette destination. En revanche, dans certaines situations, le risque de retard de livraison à la destination finale augmentera du fait de la nécessité d'entreposer les marchandises en cours de transit en raison du retard intervenu lors des étapes précédentes du transport. Par ailleurs, la responsabilité que le transporteur devra assumer en cas de retard du fait du principe de réseau énoncé dans le projet d'article 27 sera relativement limitée dans la pratique puisqu'elle ne concernera le plus souvent que quelques conteneurs, étant donné que la cargaison du navire sera répartie sur différents trains et camions après le déchargement de celui-ci.

16. Outre qu'il n'encourt qu'un risque limité de voir sa responsabilité engagée en cas de retard, le transporteur a également le droit de limiter la réparation à un montant représentant actuellement une fois le fret payable pour les marchandises ayant subi le retard. Cela signifie que, en prenant l'hypothèse la plus pessimiste dans le cas d'un navire transportant 7 000 conteneurs de Göteborg à New York et dont l'ensemble de la cargaison est retardée, il devra payer une réparation d'un montant total de 20 650 000 dollars des États-Unis sur la base d'un taux de fret de 2 950 dollars par conteneur de 20 pieds. En outre, en cas de perte totale, la perte due au retard sera intégrée dans la perte physique des marchandises, ce qui signifie que le chargeur ne pourra pas demander réparation à ce titre en plus de la réparation pour la perte physique. Autrement dit, la limite fixée pour la perte physique constituera en l'occurrence une limite absolue.

VI. Effets des dispositions actuelles du projet de convention concernant la responsabilité du chargeur en cas de retard – scénarios de risque possibles

17. En ce qui concerne la responsabilité pour retard du chargeur, il convient d'envisager deux scénarios de risque possibles. Le premier est que le chargeur ne sera pas en mesure de remettre les marchandises prêtes pour le transport au port de chargement. Dans le cas d'une ligne régulière, le navire partira sans avoir pris à son bord les conteneurs appartenant à ce chargeur. Dans le cas de services de transport en vrac, le chargeur pourra notamment être tenu de payer les surestaries, mais il s'agit là d'un point qui n'entre pas dans le champ d'application du projet de convention.

18. Le second scénario est que des marchandises qui se trouvent déjà à bord d'un navire retardent celui-ci. Si ce retard est dû au fait que le chargeur n'a pas informé le transporteur de la nature dangereuse des marchandises ou n'a pas marqué ou étiqueté celles-ci de façon appropriée, il sera de plein droit responsable du retard qui en a résulté. Il sera également responsable de plein droit du retard dû à l'inexactitude des informations et des documents qu'il a effectivement fournis au transporteur. Dans tous les autres cas, il ne sera responsable qu'en cas de faute de sa part. On peut citer comme exemple typique le fait que, la présence d'insectes dans les conteneurs appartenant à un chargeur ayant été constatée, le navire s'est vu refuser l'entrée du port de déchargement en attendant la fumigation de la cargaison, ou encore que les autorités douanières ont refusé de laisser le navire décharger sa cargaison en raison de l'absence de documents concernant les marchandises de certains conteneurs. Le transporteur peut dans ce cas subir une perte directe (frais de fumigation, coûts liés à l'obligation de retourner dans un port précédent pour décharger certains conteneurs, inspections à bord, etc.). Il s'agit toutefois de risques auxquels les chargeurs sont déjà exposés à l'heure actuelle. Il semble également que la perte directe que subira un transporteur en pareil cas sera le plus souvent limitée.

19. Le risque le plus important en l'occurrence tient au fait que d'autres propriétaires de marchandises peuvent subir des pertes indirectes considérables en raison de ce retard. Toutefois, cela n'augmentera pas le risque auquel est exposé le transporteur. Comme on l'a indiqué plus haut, celui-ci n'est pas responsable des actes ou omissions d'un chargeur et n'est donc pas responsable des pertes que subissent d'autres chargeurs du fait de ces actes ou omissions. Par conséquent, le risque qu'un transporteur se retourne contre le chargeur est minime. Ce n'est que lorsque le retard a été causé conjointement par le chargeur et le transporteur et que ce dernier a entièrement dédommagé les autres chargeurs qu'une action récursoire paraît possible. Cependant, dans la pratique, une telle situation ne se présentera pas en raison de la disposition relative à la répartition figurant dans le projet d'article 17-6. Il semblerait que le véritable risque soit que les autres chargeurs intentent une action fondée sur la responsabilité extracontractuelle du chargeur, mais il s'agit d'un risque auquel celui-ci sera toujours exposé, quelle que soit la règle de responsabilité énoncée au chapitre 8 du projet de convention.

VII. Assurance

20. On peut supposer que la responsabilité du transporteur en cas de retard pourra être assurée par les P & I clubs. Le risque que le transporteur soit tenu responsable d'une perte économique résultant du retard paraît relativement limité et les probabilités pour qu'un scénario catastrophe se concrétise semblent encore plus infimes, comme en témoigne le fait que les dispositions nationales concernant la responsabilité du transporteur pour retard du code maritime scandinave de 1994 n'ont produit pour l'instant aucune jurisprudence. Quand bien même un scénario catastrophe se réaliserait, la réparation serait limitée à un certain montant. On peut donc supposer que la prise en compte du risque responsabilité pour retard dans les contrats d'assurance souscrits auprès des P & I clubs n'aura qu'un effet marginal sur le montant des primes.

21. En ce qui concerne la couverture du risque qu'encourt le chargeur de voir sa responsabilité engagée vis-à-vis du transporteur en cas de retard, la situation est plus compliquée. En principe, l'assurance marchandises ne couvre pas la responsabilité. C'est par exemple le cas des Clauses de l'Institut sur les cargaisons. Sur certains marchés, comme le marché scandinave, l'assurance marchandises peut couvrir certains risques responsabilité mineurs. Par exemple, si une soute est contaminée en liaison avec les dommages subis par les marchandises, le chargeur peut se faire rembourser par l'assureur le dédommagement des frais de nettoyage de la soute. La perte économique pure ne sera jamais couverte.

22. Il n'est pas certain non plus que ces risques soient couverts par l'assurance responsabilité générale d'une entreprise intervenant comme chargeur. Comme il est indiqué plus haut, le chargeur sera exposé au risque de perte directe subie par le transporteur et, dans certains cas également, au risque de perte indirecte, c'est-à-dire la perte subie par les autres chargeurs. Il importe toutefois de souligner à propos des règles proposées dans le projet de convention que ces risques ne sont pas nouveaux. Ils existent déjà aujourd'hui. Par exemple, un chargeur qui cause un dommage au navire sera exposé au risque de devoir indemniser le transporteur non seulement pour les dommages physiques causés au navire, mais aussi pour la perte économique pure, telle que la perte du fret, etc. En outre, il risquera d'être assigné par les autres chargeurs en remboursement des frais que le retard leur a occasionnés.

VIII. Les différentes solutions envisageables et leurs effets

23. D'un point de vue pratique, il semblerait que l'on ait le choix entre trois solutions pour régler la question de la responsabilité pour retard dans le projet de convention. La première solution consisterait à écarter entièrement la question de la responsabilité pour retard du champ d'application du projet de convention, sauf en ce qui concerne la responsabilité pour retard dû à la présentation d'informations inexactes (voir art. 3-5 des Règles de Hambourg). En d'autres termes, toutes les références au retard seraient supprimées. En ce qui concerne la responsabilité du transporteur pour retard, cela signifierait dans la pratique que l'on laisserait à la loi nationale le soin de régler cette question et qu'il n'y aurait aucune uniformité. Le fait de ne pas traiter la question de la responsabilité du transporteur pour retard engendrerait une discordance entre, d'une part, le projet de convention et, d'autre part, la Convention CMR et les règles COTIF/CIM, en vertu desquelles le

transporteur est impérativement responsable du retard. En raison du principe de réseau adopté dans le projet d'article 27, le transporteur sera exposé à une telle responsabilité. Le fait de ne pas traiter la responsabilité pour retard du transporteur contractant dans le projet de convention aurait aussi probablement pour conséquence que les transporteurs exécutants terrestres seraient davantage exposés à des demandes de réparation pour retard car ils sont souvent soumis à des régimes nationaux de responsabilité obligatoire qui prévoient une responsabilité pour retard.

24. On pourrait également faire valoir qu'aujourd'hui déjà, les concepts de transport de porte-à-porte jouent un rôle important dans les systèmes de production modernes et que la livraison à temps des marchandises constitue un aspect essentiel de ces concepts. Afin de réduire les coûts, les composants sont souvent produits de façon simultanée par des sous-traitants, l'entreposage étant réduit au minimum dans la chaîne logistique. En d'autres termes, supprimer la responsabilité pour retard irait dans une certaine mesure à l'encontre du principe selon lequel le projet de convention devrait correspondre à la législation moderne dont a besoin l'industrie mondiale des transports maritimes et des services logistiques.

25. En ce qui concerne la responsabilité du chargeur pour retard, le fait de supprimer toutes les références au retard ne signifierait pas pour autant que celui-ci n'assumerait aucune responsabilité de ce chef en application du projet de convention. Même si le projet d'article 31 ne faisait pas expressément mention du retard, dans de nombreux ressorts, le chargeur pourrait toujours voir sa responsabilité engagée en cas de retard dû au fait que le navire a été endommagé ou que des documents n'ont pas été soumis.

26. Une question qui pourrait se poser à ce propos, qu'il soit ou non fait mention du retard dans le projet d'article 31, est celle de savoir si la responsabilité du chargeur doit être limitée et, dans l'affirmative, à quel niveau. L'intérêt d'une telle limite est de réduire l'exposition au risque, qui autrement serait considérable si le navire était entièrement perdu. Le chargeur serait alors responsable de la perte directe (navire et équipements connexes) ainsi que des pertes indirectes (fret, etc.).

27. La deuxième solution serait de maintenir les dispositions relatives à la responsabilité du transporteur en cas de retard dans le projet de convention, mais de supprimer les mentions expresses du retard dans le chapitre relatif aux obligations du chargeur. Ainsi, le transporteur n'aurait plus qu'une responsabilité limitée uniforme. Comme on l'a indiqué plus haut, cela n'aurait pas d'incidence sur le chargeur étant donné que le transporteur n'est pas responsable des actes d'un chargeur vis-à-vis des autres. L'avantage d'une telle solution découle du constat suivant: alors que la livraison des marchandises à destination est une obligation essentielle stipulée dans le contrat de transport, on ne peut pas en dire autant des obligations qui incombent au chargeur de remettre les marchandises et certains documents au transporteur. L'obligation première du chargeur est de payer le fret. Par conséquent, il semblerait qu'il n'y ait pas, en ce qui concerne la responsabilité du chargeur, le même besoin d'uniformisation à l'échelon international qu'en ce qui concerne la responsabilité du transporteur. Comme on l'a indiqué plus haut, une telle suppression ne signifierait pas pour autant que le chargeur n'assumerait aucune responsabilité. Sa responsabilité pourrait toujours être engagée en cas de retard résultant de l'endommagement du navire ou de la présentation d'informations inexactes et, pour ce qui est de sa responsabilité en cas de retard imputable à d'autres causes, on s'en remettrait à la loi nationale.

28. La troisième solution serait de conserver toutes les mentions du retard imputable tant au transporteur qu'au chargeur. Dans ce cas, il pourrait être nécessaire de limiter la responsabilité du chargeur à un niveau jugé acceptable tant par celui-ci que par le transporteur. Il n'est pas facile de fixer un tel niveau étant donné que le type et le montant du préjudice peuvent varier considérablement d'un cas à l'autre. On pourrait par exemple décider que le chargeur serait entièrement responsable de la perte physique telle que la perte et l'endommagement du navire et d'équipements connexes. En ce qui concerne la perte économique, directe ou indirecte, le chargeur serait responsable de la perte à concurrence de la valeur des marchandises expédiées. Cette solution n'est pas parfaite parce que des marchandises dont la valeur est relativement faible peuvent causer autant de dommages que des marchandises dont la valeur est plus élevée, mais cela aurait au moins pour effet que les chargeurs qui expédient d'importantes quantités de marchandises ayant une valeur relativement élevée assumeraient une plus grande responsabilité. L'avantage de faire dépendre la limite de la valeur des marchandises expédiées et non de leur poids réside dans le fait que l'on peut éviter ainsi d'établir une formule basée sur le DTS. Un système fondé sur la valeur des marchandises rappellerait les solutions que l'on rencontre souvent dans les contrats de vente commerciaux, lesquels font dépendre le montant maximum de la réparation du montant total du contrat, c'est-à-dire de la valeur des marchandises vendues. La limite de responsabilité pour retard de livraison pourrait être fixée par exemple à 15 % ou à 30 % du montant du contrat. Cependant, compte tenu du fait que les chargeurs expédient parfois des volumes relativement faibles, on pourrait fixer comme limite la valeur totale des marchandises et non une fraction de cette valeur. En fixant une limite, on accroîtrait la prévisibilité et on donnerait au chargeur la possibilité de mieux s'assurer, par exemple en ajoutant une clause relative à la responsabilité pour retard à l'assurance marchandises existante ou à son assurance responsabilité.

E. Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Chapitre 16. Compétence, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-huitième session

(A/CN.9/WG.III/WP.75) [Original: anglais]

Le secrétariat a élaboré, en vue de son examen à la dix-huitième session du Groupe de travail III (Droit des transports), une version révisée du chapitre 16 (Compétence) du projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] qui, avec une définition provenant du chapitre premier, est jointe en annexe à la présente note. Cette version révisée est fondée sur le texte que le Groupe de travail a accepté à sa seizième session (voir A/CN.9/591, par. 84), tel qu'il figure au paragraphe 73 de ce document, auquel ont été apportées, comme indiqué, les clarifications rédactionnelles proposées par le secrétariat à la suite de son examen par le Groupe de travail (voir A/CN.9/591, par. 74 à 84).

ANNEXE

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article premier. Définitions

29 *bis*. Le terme "tribunal compétent" désigne un tribunal d'un État contractant qui, selon les règles relatives à la répartition interne des compétences entre les tribunaux de cet État, peut exercer sa compétence sur une matière[1].

CHAPITRE 16. COMPÉTENCE

Article 75. Actions contre le transporteur[2]

À moins que le contrat de transport ne contienne un accord exclusif d'élection de for valable en vertu de l'article 76 ou 81, le demandeur a le droit d'intenter une procédure judiciaire contre le transporteur en vertu de la présente Convention devant un tribunal compétent dans le ressort duquel se trouve l'un des lieux ci-après:

a) Le domicile du transporteur[3];

b) Le lieu contractuel de réception ou le lieu contractuel de livraison;

---

[1] Libellé dont le Groupe de travail est convenu au paragraphe 73 du document A/CN.9/591. La formulation s'inspire de l'article 5-3 b) de la Convention sur les accords d'élection de for (2005).

[2] Libellé figurant au paragraphe 73 du document A/CN.9/591, tel qu'il a été accepté quant au fond par le Groupe de travail au paragraphe 84 de ce document, puis modifié par l'ajout d'un renvoi à l'article 81.

[3] Le mot "défendeur" a été remplacé par le mot "transporteur" par souci de cohérence avec le projet d'article 77 (Actions contre la partie exécutante maritime).

c) Le port où les marchandises sont initialement chargées sur un navire; ou le port où les marchandises sont finalement déchargées d'un navire; ou

d) Tout lieu désigné à cette fin conformément au paragraphe 1 de l'article 76.

Article 76. Accords d'élection de for[4]

1. Si le chargeur et le transporteur conviennent qu'un tribunal compétent a compétence pour trancher les [litiges] [actions contre le transporteur][5] pouvant naître dans le cadre de la présente Convention, cette compétence est non exclusive[6].

2. La compétence du tribunal choisi conformément au paragraphe 1 du présent article est exclusive pour les litiges entre les parties au contrat uniquement si ces dernières en conviennent et si l'accord attributif de compétence:

a) Est contenu dans un contrat de tonnage qui indique clairement le nom et l'adresse des parties; et soit i) est négocié individuellement; soit ii) indique clairement qu'un accord exclusif d'élection de for a été conclu et spécifie dans quelle partie du contrat se trouve cet accord;

b) [Indique clairement le nom et le lieu du tribunal choisi] [désigne les tribunaux d'un État contractant, ou un ou plusieurs tribunaux particuliers d'un État contractant][7]; et

[c) Est contenu dans les données du contrat.]

3. Une personne qui n'est pas partie au contrat de tonnage n'est liée par un accord exclusif d'élection de for conclu conformément au paragraphe 2 du présent article que si:

a) Le tribunal est situé dans l'un des lieux mentionnés aux alinéas a), b) ou c) de l'article 75;

[b) Cet accord est contenu dans les données du contrat d'un document de transport ou d'un enregistrement électronique concernant le transport émis en rapport avec les marchandises faisant l'objet du litige;]

c) Cette personne est dûment avisée, en temps utile, du tribunal où l'action sera intentée et de la compétence exclusive de ce tribunal; et

---

[4] Libellé figurant au paragraphe 73 du document A/CN.9/591, tel qu'il a été accepté quant au fond par le Groupe de travail au paragraphe 84 de ce document, avec quelques modifications rédactionnelles pour le clarifier.

[5] Le Groupe de travail doit choisir l'une des deux variantes entre crochets pour le projet d'article 76. Des propositions visant à en améliorer le libellé figurent dans les notes de bas de page correspondantes.

[6] Les alinéas a) et b) du paragraphe 1 ont été supprimés du libellé qui figure au paragraphe 73 du document A/CN.9/591 pour l'améliorer sur le plan rédactionnel, l'exigence de forme concernant le projet d'article 76 étant traitée par l'ajout d'un renvoi à ce projet d'article dans le projet d'article 3.

[7] La variante entre crochets, qui s'inspire de l'article 3 b) de la Convention sur les accords d'élection de for (2005), est proposée car il pourrait être difficile d'indiquer de manière suffisamment précise le nom et le lieu du tribunal choisi lors de la conclusion de l'accord d'élection de for contenu dans le contrat de tonnage.

d) La loi applicable en vertu des règles de droit international privé du tribunal saisi[8] permet que cette personne puisse être liée par l'accord exclusif d'élection de for.

4. Le présent article n'empêche pas un État contractant de donner effet à un accord d'élection de for qui ne remplit pas les conditions des paragraphes 1, 2 ou 3 du présent article. Cet État contractant adresse une notification en ce sens [à ...][9].

5. a) Rien dans le paragraphe 4 du présent article ou dans un accord d'élection de for ayant effet en vertu de ce paragraphe n'empêche un tribunal spécifié [aux alinéas a), b), c) ou d)] de l'article 75 et sis dans un autre État contractant d'exercer sa compétence sur le litige et de le trancher conformément à la présente Convention.

b) Sous réserve des dispositions du présent chapitre, aucun accord d'élection de for n'est exclusif pour une action intentée [contre un transporteur] en vertu de la présente Convention[10].

Article 77. Actions contre la partie exécutante maritime[11]

Le demandeur a le droit d'intenter une procédure judiciaire contre la partie exécutante maritime en vertu de la présente Convention devant un tribunal compétent dans le ressort duquel se trouve l'un des lieux ci-après:

a) Le domicile de la partie exécutante maritime; ou

b) Le port où les marchandises sont initialement reçues par la partie exécutante maritime ou le port où les marchandises sont finalement livrées par la partie exécutante maritime [, ou le port unique où la partie exécutante maritime exerce toutes ses activités concernant les marchandises][12].

---

[8] Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander si une clarification supplémentaire est nécessaire pour savoir si le "tribunal saisi" est nécessairement le tribunal compétent ou s'il peut s'agir d'un autre tribunal.

[9] Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la relation entre cette approche et les clauses finales.

[10] Cette disposition a été placée dans un alinéa distinct afin d'éviter de la soumettre aux dispositions du paragraphe 4 de cet article, comme l'a suggéré le Groupe de travail au paragraphe 80 du document A/CN.9/591.

[11] Libellé figurant au paragraphe 73 du document A/CN.9/591, tel qu'il a été accepté quant au fond (voir par. 84 de ce document) à la seizième session du Groupe de travail. Le chapeau a été légèrement modifié sur le plan rédactionnel, uniquement à des fins d'harmonisation avec l'article 75, et un ajout est proposé entre crochets à l'alinéa b) pour tenir compte des parties exécutantes maritimes qui opèrent dans un port unique. Le Groupe de travail souhaitera peut-être en outre clarifier la relation entre les articles 76 et 77.

[12] Il est proposé d'ajouter le texte qui figure entre crochets afin de tenir compte des cas où une partie exécutante maritime exerce toutes ses activités dans un port unique. Une modification analogue a été faite dans le projet d'article 20 (Responsabilité des parties exécutantes maritimes).

Article 78. Absence de chefs de compétence supplémentaires[13]

Sous réserve des articles 80 et 81, aucune procédure judiciaire contre le transporteur ou contre une partie exécutante maritime en vertu de la présente Convention ne peut être engagée devant un tribunal qui n'est pas désigné conformément à l'article 75, 76 ou 77.

Article 79. Saisie conservatoire et mesures provisoires ou conservatoires[14]

Aucune disposition de la présente Convention n'a d'incidence sur la compétence en ce qui concerne les mesures provisoires ou conservatoires, y compris la saisie conservatoire. [Un tribunal d'un État dans lequel a été prononcée une mesure provisoire ou conservatoire n'a pas compétence pour juger l'affaire sur le fond sauf:

a) Si les exigences du présent chapitre sont satisfaites; ou

b) Si une convention internationale qui s'applique dans cet État conformément à ses règles d'application le prévoit.]

Article 80. Jonction d'instances et désistement d'instance

1. Excepté lorsqu'un accord exclusif d'élection de for a été valablement conclu conformément à l'article 76 ou 81, si une action unique est intentée à la fois contre le transporteur et la partie exécutante maritime pour un seul et même fait, elle peut l'être uniquement devant un tribunal désigné conformément à la fois à l'article 75 et à l'article 77. À défaut d'un tel tribunal, cette action peut être intentée devant un tribunal désigné conformément à l'alinéa b) de l'article 77, si un tel tribunal existe.

2. Excepté lorsqu'un accord exclusif d'élection de for a été valablement conclu conformément à l'article 76 ou 81, un transporteur ou une partie exécutante maritime intentant une action [[qui limiterait][dont l'objectif principal serait de limiter] les droits d'une personne de choisir le for en vertu de l'article 75 ou 77,] [en déclaration de non-responsabilité] renonce à cette action à la demande du défendeur et peut la réintroduire devant l'un des tribunaux désignés conformément à l'article 75 ou 77, selon le cas, au choix du défendeur[15].

---

[13] Libellé figurant au paragraphe 73 du document A/CN.9/591, tel qu'il a été accepté quant au fond (voir par. 84 de ce document) à la seizième session du Groupe de travail, si ce n'est qu'il est précisé que les procédures judiciaires peuvent être intentées contre le transporteur ou contre une partie exécutante maritime.

[14] Libellé figurant au paragraphe 73 du document A/CN.9/591, tel qu'il a été accepté quant au fond (voir par. 84 de ce document) à la seizième session du Groupe de travail.

[15] Libellé figurant au paragraphe 73 du document A/CN.9/591, tel qu'il a été accepté quant au fond (voir par. 84 de ce document) à la seizième session du Groupe de travail. Il faudra peut-être revoir les dispositions relatives au délai pour agir pour les cas où l'engagement de l'action initiale s'est fait dans les délais mais non sa réintroduction.

Article 81. Accord après la naissance du litige et compétence en cas de comparution du défendeur[16]

1. Après la naissance du litige, les parties à ce litige peuvent convenir de régler celui-ci devant tout tribunal compétent.

2. Un tribunal d'un État contractant devant lequel un défendeur comparaît, sans contester sa compétence conformément aux règles de ce tribunal, a compétence.

Article 81 bis. *Reconnaissance et exécution*[17]

1. Une décision rendue par un tribunal d'un État contractant qui avait compétence conformément à la présente Convention ou dont les parties étaient convenues en vertu du paragraphe 1 de l'article 81 est reconnue et exécutée dans un autre État contractant conformément à la loi de l'État contractant où sont demandées cette reconnaissance et cette exécution.

2. Un tribunal d'un État contractant peut refuser de reconnaître et de faire exécuter une décision rendue dans un autre État contractant qui est fondée sur l'application du paragraphe 4 de l'article 76.

3. Un tribunal d'un État contractant qui, en vertu des paragraphes 2, 3 et 4 de l'article 76, a la compétence exclusive sur un litige en vertu de la présente Convention peut refuser de reconnaître et de faire exécuter une décision rendue sur ce litige par le tribunal d'un autre État contractant.

---

[16] Libellé figurant au paragraphe 73 du document A/CN.9/591, tel qu'il a été accepté quant au fond (voir par. 84 de ce document) à la seizième session du Groupe de travail. Les premiers mots "Nonobstant les articles précédents du présent chapitre" jugés redondants ont été supprimés, un renvoi à l'article 81 ayant été ajouté aux articles 75, 76 et 80. Au début du deuxième paragraphe, les mots "tribunal compétent" ont été remplacés par les mots "tribunal d'un État contractant" à des fins de clarification.

[17] Libellé figurant au paragraphe 73 du document A/CN.9/591, tel qu'il a été accepté quant au fond (voir par. 84 de ce document) à la seizième session du Groupe de travail. Des retouches rédactionnelles ont été apportées aux paragraphes 1 et 2 pour les rendre plus clairs sans en modifier le fond. Le paragraphe 3 a été ajouté pour répondre à la demande de clarification formulée au paragraphe 79 du document A/CN.9/591.

F. Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Droits d'action et délai pour agir: document présenté pour information par le Gouvernement japonais, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-huitième session

(A/CN.9/WG.III/WP.76) [Original: anglais]

En vue de la dix-huitième session du Groupe de travail III (Droits des transports), le Gouvernement japonais a soumis au secrétariat le document joint en annexe relatif aux droits d'action et au délai pour agir dans le projet de convention sur le transport de marchandises [effectué totalement ou partiellement] [par mer]. Le Gouvernement japonais a indiqué que ce document avait pour but de faciliter l'examen de cette question par le Groupe de travail en regroupant les vues et commentaires de diverses délégations.

On trouvera dans l'annexe la traduction de ce document tel qu'il a été reçu par le secrétariat.

ANNEXE

Droits d'action et délai pour agir: document présenté pour information par le Gouvernement japonais

I. Introduction

1. Les questions des droits d'action et du délai pour agir ont fait l'objet d'échanges de vues préliminaires à la neuvième session du Groupe de travail (avril 2002, voir A/CN.9/510, par. 58 à 60), puis ont été examinées en détail à la onzième session (mars-avril 2003, voir A/CN.9/526, par. 149 à 182). Sur la base de ces discussions, le texte initial du projet de convention (A/CN.9/WG.III/WP.21) a été révisé (A/CN.9/WG.III/WP.32), puis a fait l'objet de quelques modifications supplémentaires (A/CN.9/WG.III/WP.56). Ces questions ont aussi été examinées lors d'un séminaire informel organisé en janvier 2006 à Londres au nom du Gouvernement italien ("séminaire de Londres"), auquel tous les membres et observateurs du Groupe de travail avaient été invités. Après la dix-septième session du Groupe de travail (avril 2006), la délégation japonaise a distribué un questionnaire informel aux membres et aux observateurs. Des réponses ont été communiquées par le Canada, la Chine, le Danemark, les États-Unis, l'Italie, la Norvège, la Suède et la Suisse. Pour faciliter la tâche du Groupe de travail, le présent document fait la synthèse des délibérations des sessions précédentes du Groupe et rend compte des points de vue préliminaires qui ont été échangés lors du séminaire de Londres ou présentés dans les réponses au questionnaire informel.

II. Droits d'action

A. Questions générales concernant ce chapitre

1. Nécessité du chapitre sur les droits d'action

2. Lors des sessions précédentes du Groupe de travail, certaines délégations ont suggéré de supprimer le projet d'article 67 (voir A/CN.9/WG.III/WP.56, note de bas page 237; et A/CN.9/526, par. 152 et 157). Il était demandé dans le questionnaire informel si le projet de convention devait comprendre un chapitre sur les droits d'action. Toutes les délégations qui ont répondu ont proposé de supprimer entièrement ce chapitre. Cependant, une délégation, tout en suggérant de supprimer ce chapitre, a proposé que plusieurs des principes énoncés dans le projet d'article 67 (variante A) soient incorporés dans les dispositions du chapitre 6 (responsabilité du transporteur).

2. Rapport avec d'autres conventions

3. Il a été souligné lors du séminaire de Londres que les dispositions relatives aux droits d'action pourraient entrer en conflit avec les droits d'action prévus par d'autres conventions relatives au droit des transports dans le cas de contrats de transport multimodal. Par exemple, il se peut que ces autres conventions accordent des droits d'action à un nombre plus restreint de personnes que ne le fait le projet d'article 67. Il était demandé dans le questionnaire informel si le projet de convention devait être coordonné avec les autres conventions relatives au transport en ce qui concerne la question des droits d'action. Différentes réponses ont été faites sur ce point. De nombreuses délégations ont estimé qu'une telle coordination était inutile. L'une d'entre elles a fait observer que le projet d'article 27 offrait déjà la solution. D'autres délégations se sont montrées plus prudentes en ce qui concerne le risque de conflit avec d'autres conventions et se sont déclarées favorables à une telle coordination, bien qu'aucune solution concrète n'ait été proposée pour régler cette question.

B. Projet d'article 67

4. Le projet d'article 67 est ainsi libellé dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56:

Article 67. Parties

Variante A

1. Sans préjudice des articles 68 et 68 b), les droits découlant du contrat de transport ne peuvent être opposés au transporteur ou à une partie exécutante[1] que par:

a) Le chargeur[2], dans la mesure où il a subi une perte ou un dommage en conséquence d'une violation du contrat de transport;

---

[1] Les mots "partie exécutante" dans la variante A devraient sans doute être remplacés par "partie exécutante maritime".

[2] L'article 34 dispose que le "chargeur documentaire" bénéficie des droits reconnus au chargeur

b) Le destinataire, dans la mesure où il a subi une perte ou un dommage en conséquence d'une violation du contrat de transport; ou

c) Toute personne à laquelle le chargeur ou le destinataire a transféré ses droits ou qui a acquis des droits au titre du contrat de transport par subrogation en vertu de la législation nationale applicable, tel un assureur, dans la mesure où la personne dont elle a acquis les droits par transfert ou subrogation a subi une perte ou un dommage en conséquence d'une violation du contrat de transport.

2. En cas de transmission de droits d'action par transfert ou subrogation conformément à l'alinéa c) du paragraphe 1, le transporteur et la partie exécutante peuvent opposer à ce tiers toutes les exonérations et limites de responsabilité dont ils peuvent se prévaloir en vertu du contrat de transport et de la présente Convention.

Variante B

Tout droit découlant d'un contrat de transport ou attaché à celui-ci peut être opposé par toute personne ayant un intérêt légitime dans l'exécution d'une obligation quelconque découlant de ce contrat ou attachée à celui-ci, lorsqu'elle a subi une perte ou un dommage.

1. Portée du projet d'article

5. La variante A ne vise que les actions contre le transporteur ou la partie exécutante (maritime)[3]. La variante B étend la portée du projet d'article aux actions contre les titulaires d'un droit sur les marchandises. Il était demandé dans le questionnaire informel quelle devait être la portée du projet d'article. Les réponses ont divergé sur ce point. La majorité des délégations qui ont répondu ont estimé que les actions contre le chargeur devraient également être visées. Une délégation a fait observer qu'il serait peut-être judicieux que le transporteur ne puisse intenter une action contre le chargeur qu'en application des dispositions relatives aux obligations de ce dernier. D'autres délégations, mais ce point de vue était minoritaire, se sont prononcées contre une telle extension. Une délégation a indiqué qu'elle souhaiterait limiter le champ d'application du projet d'article 67 uniquement aux actions intentées en application des articles 17 et 20.

2. Critère de la perte ou du dommage

6. Il est disposé dans les deux variantes que le demandeur doit avoir subi une "perte ou un dommage". Cependant, il a été dit lors de sessions précédentes que ce critère pourrait poser des problèmes. Par exemple, il serait inapproprié dans le cas d'une action intentée par un destinataire pour obtenir la livraison de marchandises détenues par le transporteur (voir A/CN.9/526, par. 153).

7. Lors du séminaire de Londres, une question plus fondamentale a été posée à propos du critère de la "perte ou du dommage". On a reproché au projet d'article 67 de pratiquer l'amalgame entre le droit matériel (que devrait établir en définitive le

---

par le chapitre 14. On peut se demander toutefois si "le chargeur documentaire" doit bénéficier des droits d'action.

[3] Voir note 1 plus haut.

demandeur?) et le droit processuel (quelles conditions faut-il remplir pour pouvoir intenter une action?). On a fait valoir que le demandeur doit prouver qu'il a subi "une perte ou un dommage" pour gagner le procès, mais que le droit processuel n'exige pas d'emblée une telle preuve pour engager et poursuivre une action en justice.

8. On demandait dans le questionnaire informel si ce critère était approprié. Plusieurs délégations ont répondu qu'il l'était. Une délégation supposait que la demande visant à obtenir la livraison ou l'exercice du droit de contrôle était traitée de manière exhaustive dans d'autres chapitres et que comme le projet d'article 67 ne traitait que de l'action en dommages-intérêts, le fait que ce projet d'article exigeait que le demandeur ait subi "une perte ou un dommage" ne posait pas de problème. Une autre délégation a répondu que l'on pouvait éviter ce problème en limitant le champ d'application du projet d'article 67 aux actions intentées en application des projets d'article 17 et 20. Une délégation a répondu que ce critère serait sans doute inutile étant donné qu'une partie n'aurait aucun intérêt à engager une action si elle n'avait pas subi de perte ou de dommage.

3. Choix des variantes

9. En ce qui concerne le choix entre les deux variantes, la plupart des délégations qui ont répondu ont déclaré préférer la variante B, dont l'approche est plus générale. Une délégation a proposé d'ajouter à la variante B un paragraphe ainsi libellé: "Tout droit découlant d'un contrat de transport ou attaché à celui-ci peut être opposé par toute personne ayant un intérêt légitime dans l'exécution d'une obligation quelconque découlant de ce contrat ou attachée à celui-ci, lorsqu'elle a subi une perte ou un dommage."

10. Une délégation a répondu qu'elle préférerait une version plus courte de la variante A, qui en limiterait le champ d'application aux actions intentées en application des projets d'article 17 et 20.

4. Deuxième paragraphe de la variante A

11. La variante A comprend un deuxième paragraphe concernant les exonérations et les limites de responsabilité du transporteur et de la partie exécutante (maritime)[4] en cas de transfert des droits d'action ou d'acquisition de ces droits par subrogation. Ce paragraphe n'a pas fait l'objet de débats de fond aux sessions précédentes du Groupe de travail ni au séminaire de Londres.

12. Dans le questionnaire officieux, il était demandé de présenter des observations au sujet de ce paragraphe et d'indiquer s'il était également nécessaire de le faire figurer dans la variante B. Plusieurs délégations ont proposé de le supprimer. L'une d'entre elles a fait valoir que cette question devrait être traitée dans le chapitre 12 (Transfert de droits). Plusieurs délégations pensaient le contraire et ont déclaré que ce paragraphe devrait être inclus dans la variante B si celle-ci était retenue.

---

[4] Voir la note 1 plus haut.

C. Projet d'article 68

13. Le projet d'article 68 est ainsi libellé dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56:

Article 68. Cas où un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable concernant le transport est émis

Lorsqu'un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable concernant le transport est émis:

a) Le porteur peut opposer des droits en vertu du contrat de transport au transporteur ou à une partie exécutante, qu'il ait ou non lui-même subi une perte ou un dommage; et

b) Lorsque le demandeur n'est pas le porteur, il doit, outre prouver qu'il a subi une perte ou un dommage résultant d'une violation du contrat de transport, prouver que le porteur n'a pas subi la perte ou le dommage faisant l'objet de la demande.

14. Le projet d'alinéa a) permet au porteur d'opposer ses droits au transporteur, qu'il ait ou non subi une perte ou un dommage. Le texte initial était assorti de la note explicative ci-après: "Dans de nombreux systèmes juridiques, semble-t-il, les demandeurs qui intentent une action au titre d'un connaissement sont autorisés à adresser une réclamation également pour des pertes autres que la leur. Or, le présent article ne dispose pas que seul un tel porteur a le droit d'action." (Voir A/CN.9/WG.III/WP.21, par. 204). Lors d'une session précédente, les membres du Groupe de travail ont été largement d'accord sur le fait que ce principe était généralement admis dans de nombreux États (voir A/CN.9/526, par. 160).

15. Le projet d'alinéa b) comprend deux éléments différents: 1) une personne autre que le porteur visé au projet d'article 67 peut intenter une action contre le transporteur même si un document de transport négociable ou un enregistrement électronique négociable concernant le transport est émis, et 2) en pareil cas, le demandeur doit prouver non seulement qu'il a subi une perte ou un dommage, mais aussi que le porteur n'en a pas subi. Cette disposition est sans doute plus sujette à controverse que le projet d'alinéa a). À sa onzième session, le Groupe de travail est convenu que cette question devrait peut-être être examinée de façon plus approfondie ultérieurement (voir A/CN.9/526, par. 162).

16. La première question qui était posée dans le questionnaire informel était de savoir s'il était nécessaire ou souhaitable que le projet de convention traite de problèmes tels que ceux qui faisaient l'objet des alinéas a) et b) de l'actuel projet d'article 68. Toutes les réponses ont été négatives. Une délégation a indiqué que l'alinéa a) du projet d'article 68 était incompatible avec les règles de procédure civile internes de son pays et que, si cet alinéa était supprimé, l'alinéa b) deviendrait inutile.

17. Le questionnaire informel invitait en outre à faire d'éventuelles suggestions au sujet de ces deux alinéas. Étant donné que la plupart des délégations qui ont répondu étaient favorables à la suppression du projet d'article 68, seulement quelques suggestions ont été faites en ce qui concerne la rédaction de ce projet d'article. Une délégation a fait observer que le transporteur courait le risque de devoir payer deux fois en application du projet d'article 68 a) si une personne qui

n'était pas le porteur mais qui avait subi la perte finale (par exemple le propriétaire des marchandises endommagées) intentait une action contre le transporteur alors que celui-ci avait déjà dédommagé le porteur[5]. Une délégation a suggéré que le "porteur" soit simplement considéré comme un destinataire au sens du projet d'article 67-1 b).

III. Délai pour agir

A. Questions générales concernant ce chapitre

18. La nécessité du chapitre sur le délai pour agir n'a jamais été contestée lors des sessions précédentes du Groupe de travail, même s'il a été dit que certaines dispositions pourraient être supprimées. Toutes les délégations qui ont répondu au questionnaire informel ont été unanimes sur ce point.

B. Projet d'article 69

19. Le projet d'article 69 est ainsi libellé dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56:

Article 69. Prescription des actions

Variante A

Le transporteur[6] est dégagé de toute responsabilité prévue dans la présente Convention si une procédure judiciaire ou arbitrale n'a pas été introduite dans un délai d'[un] an. Le chargeur[7] est dégagé de toute responsabilité prévue au chapitre 8 de la présente Convention si une procédure judiciaire ou arbitrale n'a pas été introduite dans un délai d'[un] an.

Variante B

[Tous les droits] [Toutes les actions] en vertu de la présente Convention sont [éteints] [prescrites] si une procédure judiciaire ou arbitrale n'a pas été introduite dans un délai d'[un] an.

20. Au cours des sessions précédentes, plusieurs questions différentes ont été abordées à propos du projet d'article 69.

---

[5] Pour tenir compte de cette situation, le texte initial comprenait une deuxième phrase ainsi libellée: "Si ce porteur n'a pas subi la perte ou le dommage lui-même, il est réputé agir au nom de la partie qui a subi cette perte ou ce dommage." Ce libellé, qui avait suscité des critiques, a été supprimé au cours de la onzième session (voir A/CN.9/526, par. 161).

[6] Les mots "partie exécutante maritime" pourraient être ajoutés dans la première phrase de la variante A, bien que l'article 20-1 rende sans doute cet ajout superflu.

[7] Les mots "une personne visée à l'article 34" pourraient être ajoutés dans la deuxième phrase de la variante A, bien que le projet d'article 34 rende sans doute cet ajout superflu. Toutefois, comme le texte actuel du projet d'article 34 ne mentionne pas les immunités prévues par le chapitre 15, ces mots devraient être ajoutés.

1. Quelles actions devraient être soumises aux dispositions du projet de convention relatives à la prescription?

21. Tant la variante A que la variante B fixent un délai pour intenter une action non seulement contre le transporteur ou la partie exécutante maritime, mais aussi contre les titulaires d'un droit sur les marchandises[8]. Il a été débattu de façon relativement approfondie à la onzième session du Groupe de travail sur le point de savoir si cette approche était appropriée (voir A/CN.9/526, par. 166). Le Groupe de travail souhaitera peut-être aussi se demander si cette approche doit être conservée alors que le projet d'article 67 ne vise que les actions contre le transporteur ou la partie exécutante maritime (voir A/CN.9/526, par. 154). Il convient également de noter qu'à sa quatorzième session, le Groupe de travail a décidé que le projet de convention ne devrait fixer des règles en matière de compétence et d'arbitrage que pour les actions contre le transporteur ou la partie exécutante maritime (voir A/CN.9/572, par. 116 et 117).

22. Deuxièmement, le contrat de transport peut donner lieu à des actions qui ne sont pas fondées sur les dispositions du projet de convention, par exemple une action en paiement du fret intentée par le transporteur contre le chargeur. En outre, les conséquences d'un certain nombre d'obligations ne sont pas traitées dans le projet de convention et sont donc régies par la loi nationale applicable. Les actions s'y rapportant devraient-elles être soumises aux dispositions relatives à la prescription?

23. Dans leurs réponses au questionnaire informel, la plupart des délégations ont appuyé l'idée que les actions contre le chargeur devraient également être couvertes mais une délégation a exprimé le point de vue contraire. Une délégation a noté qu'il était peut-être souhaitable que le projet d'article 69 s'applique également aux actions intentées contre les chargeurs et d'autres parties, mais que le délai de prescription pour ces actions devrait être fixé soigneusement. On a dit qu'en cas de perte totale du navire due à la négligence du chargeur, l'enquête visant à déterminer la cause réelle de l'accident prendrait probablement beaucoup de temps.

24. La plupart des délégations qui ont répondu n'ont pas mentionné explicitement les raisons pour lesquelles seules les actions intentées en application des dispositions du projet de convention devraient être soumises au projet d'article 69. Une délégation a indiqué expressément que les actions intentées conformément à la loi nationale applicable ne devraient pas être soumises à ce projet d'article. Une autre délégation a indiqué que la prescription devrait s'appliquer à tous les droits et actions nés du contrat de transport.

25. Une délégation a proposé que le projet d'article 69 s'applique aussi aux actions contre le navire, comme dans le cas des Règles de La Haye-Visby. On a signalé par ailleurs qu'il pourrait être nécessaire d'apporter une modification correspondante concernant le chargeur de sorte que le projet d'article s'applique également aux actions contre le titulaire d'un droit sur les marchandises.

---

[8] Pour être plus précis, la portée de la variante A semble légèrement différente de celle de la variante B en ce qui concerne les actions contre les titulaires d'un droit sur les marchandises. Par exemple, l'action en remboursement intentée contre la partie contrôlante en application du projet d'article 57-2 n'est pas couverte par la variante A alors qu'elle l'est par la variante B. Le Groupe de travail souhaitera peut-être se demander s'il convient également de fixer un délai de prescription pour ces actions.

2. Choix des variantes et du libellé

26. La règle relative à la prescription des actions peut-être formulée de différentes façons. L'article 3-6 des Règles de La Haye-Visby dispose que le transporteur est "déchargé de toute responsabilité" alors que l'article 20-1 des Règles de Hambourg indique que "toute action … est prescrite". Bien qu'il s'agisse là dans une certaine mesure d'un problème de rédaction, on a souligné que le choix des variantes et du libellé soulève plusieurs questions de fond.

27. Les questions de fond que soulève le libellé sont notamment les suivantes:

a) *Nature de la prescription*. La différence entre "prescription des actions" et "extinction des droits" a été soulignée lors d'une session précédente du Groupe de travail. On a émis l'opinion que cette différence pourrait avoir une incidence sur l'applicabilité de la suspension du délai de prescription ou du choix de la loi applicable (voir A/CN.9/526, par. 167).

b) *Possibilité d'invoquer un droit comme moyen de compensation*. Si le projet de convention dispose que "les actions sont prescrites", cela peut créer le doute sur le point de savoir si une partie conservait la possibilité de faire valoir un droit "prescrit" comme moyen de compensation sans intenter une action. De fait, la Convention de Budapest relative au contrat de transport de marchandises en navigation intérieure de 2000 (CMNI), qui utilise le terme "prescription", contient la disposition supplémentaire suivante pour en clarifier les conséquences: "L'action prescrite ne peut pas être exercée sous forme de demande reconventionnelle ou d'exception"[9]. Par contre, si le Groupe de travail adopte une expression telle que "le transporteur est déchargé" ou "les droits sont éteints", il est probablement inutile de traiter la question d'une éventuelle compensation. (Il est évident qu'un droit éteint ne peut pas être invoqué, même comme moyen de compensation.)

28. Dans le questionnaire informel, les délégations étaient invitées à indiquer celle des deux approches (prescription des actions ou extinction des droits) ainsi que la variante et le libellé qui avaient leur préférence. La plupart de celles qui ont répondu ont déclaré qu'elles préféraient la prescription. Une délégation a proposé d'apporter la précision ci-après afin de lever les doutes éventuels concernant les conséquences de la prescription: "À l'expiration du délai de prescription, le demandeur est déchu de son droit de faire valoir sa demande". Une délégation a indiqué qu'elle préférait l'approche de la prescription parce qu'elle estimait qu'un droit prescrit pourrait être invoqué comme moyen de compensation. Par contre, une autre délégation a répondu qu'elle préférait l'approche de l'extinction, afin de rendre la prescription absolue car, dans son pays, un délai de prescription pouvait facilement être prolongé par le simple fait qu'une partie demandait réparation. Une délégation a fait observer que le terme "délai de prescription" n'était pas un terme consacré dans les pays de tradition romaine.

29. Pour ce qui est du choix des variantes, les réponses au questionnaire informel étaient également partagées. Certaines délégations ont déclaré qu'elles préféraient la variante B avec le mot "prescrites". La possibilité d'invoquer une demande prescrite comme moyen de compensation pourrait être contestée si ce libellé était adopté

---

[9] CMNI, article 24-5. La Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route de 1956 (CMR), telle qu'amendée par le protocole de 1978, contient une disposition similaire (article 32-5).

(voir plus haut). D'autres délégations se sont prononcées pour la variante A. Une délégation a fait observer que l'expression utilisée dans les Règles de La Haye et La Haye-Visby (variante A) n'avait pas, semble-t-il, suscité le moindre problème.

3. Suspension du délai de prescription

30. Il sera peut-être nécessaire de se demander si la question de la "suspension du délai de prescription" doit être traitée dans le projet de convention et, dans l'affirmative, comment elle doit l'être. Le projet de convention devrait-il comprendre des dispositions à ce sujet ou serait-il préférable que cette question soit régie par la législation nationale? Dans cette dernière hypothèse, quelle loi devrait être applicable? Par exemple, l'article 24-3 de la CMNI précise que la suspension et l'interruption de la prescription sont régies par la loi applicable au contrat de transport (voir également l'article 32-2 et 3 de la CMR).

31. Il était également demandé dans le questionnaire informel comment la question de la suspension devrait être traitée dans le projet de convention. La plupart des délégations qui ont répondu ont indiqué que cette question devrait être régie par la législation nationale, mais une délégation a estimé qu'elle devrait être traitée dans le projet de convention. Cependant, certaines délégations ont répondu qu'il était souhaitable que le projet de convention précise au moins quelle loi devait s'appliquer à cette question, et il a été proposé que ce soit la loi régissant le contrat de transport. Certaines délégations ont répondu qu'elles attendaient pour se prononcer.

4. Délai approprié

32. Enfin, on demandait dans le questionnaire quel délai serait approprié. L'article 3-6 des Règles de La Haye-Visby prévoit un délai d'un an alors que l'article 20-1 des Règles de Hambourg prévoit deux ans. Dans leurs réponses, la plupart des délégations ont indiqué qu'un an était suffisant. Une délégation préférait un délai de deux ans, mais était disposée à transiger si le Groupe de travail préférait une autre durée. Une autre délégation a suggéré de traiter à part les actions contre le transporteur, en fonction du type d'action.

C. Projet d'article 70

33. Le projet d'article 70 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 dispose que:

Article 70. Point de départ du délai de prescription

> Le délai visé à l'article 69 court à partir du jour où le transporteur a achevé la livraison des marchandises concernées conformément à l'article 11-4 ou 11-5 ou, lorsque les marchandises n'ont pas été livrées, à partir du [dernier] jour où elles auraient dû l'être. Le jour indiqué comme point de départ du délai n'est pas compris dans le délai.

1. Action contre le transporteur

34. Le projet d'article 70 indique le jour de référence du délai de prescription. À une précédente session du Groupe de travail, on a longuement débattu du fait de

savoir si la date de référence devrait être celle de la livraison effective (voir A/CN.9/526, par. 170). On pourrait en effet soutenir l'"approche de la réception effective" car, sinon, le délai commence à courir avant que le destinataire puisse vérifier l'état des marchandises en cas de retard. Des craintes, cependant, ont été émises à propos de cette approche. On a souligné que la livraison effective pourrait être retardée par une action unilatérale du destinataire ou par l'autorité douanière locale. En outre, l'"approche de la réception effective" ne tient plus lorsque toutes les marchandises ont été perdues. Le projet de convention actuel comprend la seconde partie de la première phrase, qui traite de cette situation.

35. Dans l'éventualité où le Groupe de travail rejetterait l'"approche de la réception effective", une autre solution pourrait être de toujours faire courir le délai à partir du "moment de livraison spécifié à l'article 11-4 ou 11-5". Si cette approche était retenue, la seconde partie de la première phrase deviendrait inutile[10]. On pourrait, cependant, se demander si cette approche offre une solution appropriée en cas de retard.

36. Les Règles de La Haye-Visby définissent, à l'article 3-6, la date de référence comme étant "la date de délivrance [des marchandises] ou la date à laquelle elles eussent dû être délivrées", tandis que les Règles de Hambourg la définissent, à l'article 20-2, comme étant "le jour où le transporteur a livré les marchandises ou une partie des marchandises, ou lorsque les marchandises n'ont pas été livrées, à partir du dernier jour où elles auraient dû l'être". Les deux textes semblent combiner les approches "effective" et "contractuelle".

37. Répondant au questionnaire informel en ce qui concerne la date de référence appropriée pour une action contre le transporteur, la majorité des délégations ont déclaré que la date de livraison effective était préférable. Une délégation a répondu cependant que, pour éviter tout différend inutile, le délai devrait courir à partir du moment où les marchandises sont arrivées sur le lieu de livraison et le destinataire est avisé qu'elles sont prêtes pour la livraison. Une autre délégation a préféré le texte "le moment de livraison spécifié à l'article 11-4 ou 11-5". Une autre encore a préféré, comme point de départ, l'approche contractuelle tout en proposant que le jour de livraison effective prévale s'il est postérieur au premier. Une délégation a simplement appuyé le libellé du projet de texte actuel. On a estimé, cependant, que ce libellé, "le transporteur a achevé la livraison des marchandises concernées conformément à l'article 11-4 ou 11-5", posait un problème lorsque, par exemple, les marchandises étaient livrées avant la date convenue dans le contrat de transport.

38. Dans leur quasi-totalité, les délégations qui ont répondu au questionnaire informel sont convenues que, si l'on devait adopter l'approche de la livraison effective, il faudrait la compléter d'une règle spéciale applicable en cas de perte totale des marchandises. Dans ce cas, il a été proposé que la date de référence soit celle à laquelle les marchandises étaient supposées être livrées. Une délégation a également proposé que la même règle s'applique lorsque le destinataire ne réceptionne pas la livraison.

---

[10] La "réception effective" n'est pas complètement abandonnée même dans le cadre de cette approche lorsqu'il n'existe ni accord contractuel ni coutume ou usage concernant le moment de livraison.

2. Action contre une partie exécutante maritime

39. Au séminaire de Londres, il a été avancé qu'il faudrait clarifier la notion de "livraison" dans l'optique d'une action qui serait exercée contre une partie exécutante maritime. Il a été proposé que le délai de prescription d'une telle action coure à partir de la date à laquelle la partie exécutante maritime livre les marchandises aux transporteurs successifs, plutôt que de la date de livraison finale au destinataire.

40. Tenant compte de cette proposition, le questionnaire informel posait la question de savoir si la date de référence applicable à l'action exercée contre une partie exécutante maritime devrait différer de celle applicable à l'action exercée contre un transporteur. Toutes les délégations ont répondu que la date de référence devrait être la même que pour le transporteur contractant. On a expliqué que, dans le cas d'un transport multimodal, les dommages causés aux marchandises ne pourraient être détectés que lorsqu'elles atteindraient leur destination finale et que les délais de prescription devraient courir à partir de ce moment, même pour une action exercée contre la partie exécutante maritime.

3. Action contre le chargeur

41. À une précédente session du Groupe de travail, des doutes ont été émis sur le point de savoir si l'on pouvait utiliser le moment de livraison pour fixer le délai de prescription applicable aux actions exercées contre le chargeur ou d'autres parties ayant un intérêt dans les marchandises (voir A/CN.9/526, par. 173). Il n'a été proposé, cependant, aucune autre date de référence pour les actions exercées contre la personne autre que le transporteur. Le questionnaire informel posait la question de savoir s'il était approprié d'avoir la même date de référence pour les actions exercées contre le chargeur et le transporteur. La majorité a répondu que la date de référence devrait être la même. Selon un avis différent, le délai de prescription applicable à une action exercée contre le chargeur devrait courir à partir du jour où la perte ou le dommage s'est produit.

4. Autres questions

42. Certaines délégations qui ont répondu au questionnaire informel se sont déclarées préoccupées par le mot entre crochets figurant dans la première phrase du projet d'article 70. L'une d'elles a proposé de supprimer le mot "dernier" et d'insérer, comme seconde partie de la première phrase, le texte suivant: "*à partir du jour où leur livraison aurait dû être achevée*".

D. Projet d'article 71

43. Le projet d'article 71 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 dispose que:

Article 71. Prorogation du délai de prescription

La personne contre laquelle une demande est formée peut à tout moment pendant le délai de prescription prolonger ce délai par une déclaration adressée au demandeur. Le délai peut être de nouveau prolongé par une ou plusieurs autres déclarations.

1. Différence avec les Règles de La Haye-Visby

44. Les Règles de La Haye-Visby (article 3-6) et les Règles de Hambourg (article 20-4) comprennent toutes deux une disposition permettant aux parties de prolonger le délai de prescription. Il existe entre elles, cependant, une légère différence. Le projet de texte actuel est, pour l'essentiel, identique à la seconde. La différence est la suivante: premièrement, les Règles de Hambourg exigent une "déclaration", tandis que les Règles de La Haye-Visby exigent un "accord"; deuxièmement, les Règles de La Haye-Visby autorisent la prorogation même une fois le délai de prescription écoulé, tandis que le texte actuel des Règles de Hambourg exclut clairement cette possibilité.

45. La plupart des délégations qui ont répondu au questionnaire informel ont indiqué préférer le mot "déclaration" à celui d'"accord", certaines émettant un avis contraire. Une délégation a proposé qu'il soit possible de bénéficier d'une prorogation après expiration du délai.

2. Condition de forme

46. Le projet d'article 3 énonce la condition de forme de la déclaration visée au projet d'article 71. Bien que le traitement soit le même qu'à l'article 20-4 des Règles de Hambourg, on peut se poser la question de savoir s'il est compatible avec celui de l'accord sur la compétence conclu après la naissance du litige (projet d'article 81 tel qu'énoncé dans le document A/CN.9/591, par. 73)[11]. La plupart des délégations qui ont répondu au questionnaire informel ont estimé que la condition de forme énoncée dans le projet de convention actuel était appropriée, une délégation estimant qu'une déclaration orale pourrait suffire.

E. Projet d'article 72

47. Le projet d'article 72 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 dispose que:

Article 72. Action récursoire

Une action récursoire d'une personne tenue responsable en vertu de la présente Convention peut être exercée même après l'expiration du délai visé à l'article 69 si elle l'est:

a) Dans le délai déterminé par la loi applicable de l'État où la procédure est engagée; ou

b) <u>Variante A de l'alinéa b)</u>

Dans les 90 jours à compter de la date à laquelle la personne qui exerce l'action récursoire a soit:

i) réglé la créance; soit

ii) elle-même reçu signification de l'assignation.

---

[11] Il a été confirmé qu'aucune exigence de forme ne devrait être ajoutée à l'article 81. Voir A/CN.9/591, par. 61, 62 et 64.

Variante B de l'alinéa b)

Dans les 90 jours à compter de la date à laquelle soit:

i) la personne qui exerce l'action récursoire a réglé la créance; soit

ii) un jugement définitif qui n'est pas susceptible d'autres recours a été rendu contre la personne qui exerce l'action récursoire;

le délai le plus long étant retenu.

48. Le projet d'article 72 prévoit une prorogation spéciale du délai applicable à l'action récursoire. Cette règle est nécessaire pour s'assurer, par exemple, que le transporteur a suffisamment de temps pour exercer une action contre le transporteur secondaire lorsque l'action exercée contre ce premier l'a été immédiatement avant l'expiration du délai. Une règle similaire existe à la fois dans les Règles de La Haye-Visby (article 3-6 *bis*) et dans les Règles de Hambourg (article 20-5).

49. Toutes les délégations qui ont répondu au questionnaire informel ont appuyé, quant au fond, le texte de cette disposition. Une délégation, cependant, a estimé qu'il faudrait que l'article vise les situations où le chargeur exerce un recours contre le transporteur après avoir été tenu, par le destinataire, responsable en vertu du contrat de base qu'il a conclu avec ce dernier.

50. Le projet d'alinéa b) comprend deux variantes, qui prévoient une date de référence différente pour les 90 jours supplémentaires. La variante A contient essentiellement la même disposition que les Règles de La Haye-Visby et les Règles de Hambourg. La variante B, qui est nouvelle, a été insérée comme suite à la remarque faite à la onzième session du Groupe de travail selon laquelle, dans certains pays de tradition romano-germanique, il n'était pas possible d'exercer une action récursoire tant qu'il n'avait pas été définitivement statué sur l'affaire (voir A/CN.9/526, par. 176).

51. La plupart des délégations qui ont répondu au questionnaire informel ont préféré la variante A, tandis que certaines ont appuyé la variante B. Un représentant a souligné que si l'on adoptait la variante B, la tierce partie contre laquelle l'action récursoire était exercée risquait de n'être pas approchée pendant plusieurs années après l'accident, période pendant laquelle de nombreux éléments, dont des preuves, des témoins et des souvenirs, seraient perdus. En outre, il a été estimé que si la variante B était libellée de façon à répondre à la préoccupation de certains pays de tradition romano-germanique dans lesquels il n'était pas possible d'exercer une action récursoire tant qu'il n'avait pas été définitivement statué sur l'affaire, l'alinéa a) du projet d'article 72 accordait une protection appropriée.

F. Projet d'article 73

52. Le projet d'article 73 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 dispose que:

Article 73. Demandes reconventionnelles

Une demande reconventionnelle d'une personne tenue responsable en vertu de la présente Convention peut être formée même après l'expiration du délai visé à l'article 69 si elle l'est dans les 90 jours à compter de la date à

laquelle la personne qui forme la demande reconventionnelle a elle-même reçu signification de l'assignation.

53. Cette disposition tient compte de la suggestion faite à la onzième session du Groupe de travail selon laquelle il faudrait appliquer aux demandes reconventionnelles le même traitement qu'aux actions récursoires (voir A/CN.9/526, par. 177). Le questionnaire informel posait la question de savoir si le projet de convention devrait aborder la question des demandes reconventionnelles et si le projet de texte actuel convenait à cette fin. En réponse, certaines délégations ont suggéré de supprimer le projet d'article. Une délégation s'est posé la question de savoir s'il existait des demandes reconventionnelles qui méritaient de bénéficier d'une prorogation en vertu de cette disposition. D'autres ont répondu que cette disposition était nécessaire et se sont déclarées globalement favorables au projet de texte actuel.

54. Plusieurs propositions rédactionnelles ont été faites. Premièrement, une délégation a fait observer que l'expression "une demande reconventionnelle … peut être formée" créait un doute quant au fait de savoir si la demande reconventionnelle devrait être formée dans le cadre de la même procédure ou dans le cadre d'une procédure distincte, et a proposé de préciser que c'était d'une même procédure qu'il s'agissait. Deuxièmement, il a été proposé d'ajouter à la fin de la phrase les mots "ou dans le délai plus long accordé par la loi du for" car, dans certains pays, une demande reconventionnelle ne peut être formée qu'au moment d'une comparution. Or, le délai qui s'écoule entre la signification de l'assignation et la comparution peut être supérieur à 90 jours. Enfin, on s'est interrogé sur le champ d'application de l'article. Une délégation a proposé que ce champ se limite aux demandes reconventionnelles formées à des fins de compensation. Une autre a noté que le projet de texte actuel semblait lourd de conséquences et qu'il faudrait ajouter au champ d'application de la demande reconventionnelle une condition supplémentaire. Elle a proposé d'ajouter le texte suivant:

> La prescription d'une action ne signifie pas qu'un droit à une demande reconventionnelle est éteint si l'action contre laquelle la demande reconventionnelle est formée provient du même contexte juridique que l'action prescrite et est née avant que cette dernière ait été prescrite.

G. Projet d'article 74

55. Le projet d'article 74 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 dispose que:

Article 74. Actions contre l'affréteur coque nue

> [Si le propriétaire inscrit d'un navire réfute la présomption selon laquelle il est le transporteur en vertu de l'article 40-3, une action contre l'affréteur coque nue peut être intentée même après l'expiration du délai visé à l'article 69 si elle l'est:
>
> a) Dans le délai déterminé par la loi applicable de l'État où la procédure est engagée; ou

b) Dans les 90 jours à compter de la date à laquelle le propriétaire inscrit [à la fois

i) prouve que le navire faisait l'objet d'un affrètement coque nue au moment du transport; et]

[ii)] identifie de façon appropriée l'affréteur coque nue;]

le délai le plus long étant retenu.

56. Ce projet d'article lève les inquiétudes liées au fait que le délai de prescription puisse expirer avant qu'un demandeur ait identifié l'affréteur coque nue qui est le "transporteur" responsable en vertu du projet d'article 40-3. Cependant, la question de savoir s'il faudrait supprimer ou conserver l'article 40-3 reste pendante et, si le Groupe de travail décidait de le supprimer, il faudrait alors également supprimer le présent article.

57. Le questionnaire informel posait la question de savoir si le projet d'article 74 était acceptable en supposant que le projet d'article 40-3 demeure dans le texte. Certaines délégations ont appuyé, quant au fond, le projet d'article 74, tandis que d'autres s'y sont opposées. Une délégation a proposé, en supposant que le projet d'article 40-3 soit remanié conformément à la proposition figurant au paragraphe 3 du document A/CN.9/WG.III/WP.70, le nouveau texte suivant:

"Si les données du contrat n'indiquent pas le nom et l'adresse du transporteur et si le demandeur a prié le propriétaire inscrit d'identifier correctement celui-ci,

a) une action contre le propriétaire inscrit peut être exercée dans les 90 jours à compter de la date à laquelle la demande d'identification du transporteur est formée, et

b) une action contre le transporteur peut être exercée dans les 90 jours à compter de la date à laquelle le propriétaire inscrit a correctement identifié ce premier."

H. Article supplémentaire éventuel concernant le désistement d'instance en vertu du projet d'article 80-2

58. Il a été proposé, à la seizième session du Groupe de travail, que le projet de convention prévoie de traiter le délai pour agir en rapport avec le désistement d'instance en vertu du projet d'article 80-2 (voir A/CN.9/591, par. 57).

59. On peut cependant se poser la question de savoir si une règle spéciale est nécessaire pour traiter cette situation. Il a généralement été convenu qu'une action typique susceptible de désistement en vertu du projet d'article 80-2 est une action en déclaration visant à nier la responsabilité du transporteur et ne comprend pas des actions "légitimes" exercées contre le chargeur, telles qu'une action en responsabilité en vertu du chapitre 8 (voir A/CN.9/591, par. 57 à 59). Supposons que le transporteur exerce contre le destinataire une action en déclaration de non-responsabilité avant l'expiration du délai et que le destinataire exige un désistement d'instance. Le transporteur introduit une nouvelle action dans un autre for spécifié au projet d'article 75 ou 77 après l'expiration du délai. Dans cette

situation, le transporteur souhaite-t-il prolonger le délai de prescription? On ne sait pas non plus clairement si le chargeur mérite cette prorogation, car il pourra avoir exercé à tout moment une action contre le transporteur dans le for spécifié au projet d'article 75 ou 77. Il faudrait examiner de près la question de savoir si l'une quelconque des parties devrait avoir un intérêt légitime dans la prorogation du délai de prescription dans le cadre du projet d'article 80-2.

60. Le questionnaire informel posait la question de savoir s'il était nécessaire d'avoir une règle spéciale concernant le désistement d'instances en vertu du projet d'article 80-2, et ce qu'une telle règle devrait énoncer. Certaines délégations ont réservé leur position et de nombreuses autres ont répondu qu'elles ne jugeaient pas nécessaire d'inclure une telle disposition. Une délégation, en revanche, a explicitement appuyé l'article supplémentaire concernant le désistement d'instances en vertu du projet d'article 80-2. Il a été proposé que cet article accorde au transporteur, pour exercer une action devant le tribunal compétent que le chargeur a choisi, un délai raisonnable (par exemple 90 jours).

G. Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Procédure de modification des limites – proposition de texte du Gouvernement des États-Unis d'Amérique, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-huitième session

(A/CN.9/WG.III/WP.77) [Original: anglais]

En vue de la dix-huitième session du Groupe de travail III (Droit des transports), le Gouvernement des États-Unis d'Amérique a soumis au secrétariat la proposition jointe en annexe, relative à la procédure de modification des limites du projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]. Le Gouvernement des États-Unis d'Amérique a indiqué que ce document avait pour but de faciliter l'examen de ce sujet au sein du Groupe de travail, en proposant une version révisée du texte de l'article 104 du projet de convention.

Le document joint en annexe est la traduction d'un document reproduit tel qu'il a été reçu par le secrétariat.

ANNEXE

Procédure de modification des limites

Observation d'ordre général

1. Comme il est indiqué dans le document A/CN.9/WG.III/WP.34, les États-Unis sont favorables à une procédure accélérée de modification des limites, qui éviterait de passer par l'arsenal des formalités normalement nécessaires pour modifier la Convention. En même temps, ils estiment qu'il est important de veiller à ce qu'il y ait un large consensus sur la nécessité d'une telle modification et à ce que la procédure garantisse la stabilité et la prévisibilité de l'environnement commercial en ce qui concerne les dispositions en matière de gestion des risques. Sauf indication contraire, les observations ci-après portent sur le projet d'article 104 du document A/CN.9/WG.III/WP.56.

Projet de paragraphe 2

2. Pour procéder à la modification des limites de responsabilité, il faudrait l'appui d'au moins la moitié des parties à la Convention. Il n'y a pas nécessairement de corrélation entre le nombre de parties et le pourcentage du volume ou de la valeur des marchandises visé par la Convention, ni entre le nombre de parties et le nombre de transporteurs d'un pays. En fixant le seuil à un quart seulement des parties, on permettrait que soit enclenché le processus de modification d'une clause substantielle d'un traité formel sans garantir qu'il y a un consensus sur la nécessité d'une telle modification, notamment parmi ceux qui seraient les plus touchés. Exiger l'appui de la moitié des parties ne subordonne pas la modification à une condition de volume ou de valeur des marchandises, mais garantit en tout cas que la

nécessité des modifications est un avis largement partagé. Nous sommes convaincus que les limites convenues dans un traité formel ne devraient pas être réexaminées en l'absence d'un tel consensus. Plusieurs traités comparables exigent l'appui d'au moins la moitié des parties pour procéder à une modification. Outre les Protocoles de 1990 et de 2002 à la Convention d'Athènes, la Convention internationale de 1996 sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de substances nocives et potentiellement dangereuses et le Protocole de 1996 modifiant la Convention sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes de 1976 suivent cette procédure.

3. Dans la pratique du droit international privé, les modifications importantes à apporter à des textes ayant fait l'objet d'un accord émanent généralement des organes multilatéraux qui ont élaboré le texte d'origine, agissant par l'intermédiaire de l'ensemble de leurs membres (et, dans le cas de la CNUDCI, des États observateurs), et non seulement des États contractants d'un traité particulier (bien que les États parties puissent aussi toujours convenir de modifications applicables entre elles). La CNUDCI, par exemple, a modifié sa première convention (la Convention de 1974 sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises) non par l'action des États contractants, mais par l'intermédiaire de la Commission, qui a élaboré le Protocole de 1980 modifiant la Convention.

Projet de paragraphe 4

4. De même, des procédures de vote strictes tendent à politiser les questions examinées, et ne correspondent pas à la pratique constante de la Commission, qui consiste à prendre des décisions par consensus, ce qui constitue une méthode plus appropriée pour la formulation de règles uniformes sur des questions de droit privé. Étant donné que la limite initiale adoptée dans le projet d'article 64 l'aura été par consensus, toute modification devrait être adoptée de la même manière. Toute modification adoptée par la Commission devrait, selon la pratique normale, être renvoyée à l'Assemblée générale pour approbation sur recommandation de la Commission.

Projet de paragraphe 5

5. Il faut débattre plus avant de la nécessité et de l'utilité de cette disposition. Nous estimons pour l'instant qu'elle n'est pas nécessaire.

Projet de paragraphe 6

6. Le délai à respecter avant de recourir à la procédure de modification devrait être de sept ans à compter de la date d'entrée en vigueur du projet de Convention et de sept ans à compter de la date d'entrée en vigueur d'un amendement antérieur en vertu de cette procédure. Étant donné la nature informelle de cette dernière, il faudrait limiter le niveau des relèvements pouvant être approuvés. Nous proposons 21 % par ajustement, avec un maximum cumulé de 100 %.

Projets de paragraphes 7 et 8

7. Si l'amendement a été adopté par consensus lors d'une séance ouverte aux États contractants, aux membres de la CNUDCI et aux États observateurs, puis approuvé par l'Assemblée générale, il n'est pas nécessaire d'introduire de procédure

d'approbation supplémentaire avant son entrée en vigueur. D'autre part, un délai de 18 mois entre l'approbation de l'Assemblée générale et l'entrée en vigueur est inutilement long. La présente procédure de modification ne concerne que la modification du montant de la responsabilité. Les États contractants ne devraient pas avoir besoin d'un délai aussi long pour étudier ce seul chiffre et décider s'ils l'approuvent. Douze mois devraient suffire, à condition qu'au moins un certain nombre d'États contractants aient ratifié, accepté ou approuvé l'amendement dans ce délai. (Le nombre exact devrait probablement être le même que celui auquel est subordonnée l'entrée en vigueur du projet de convention aux termes du projet d'article 101.)

Projet de paragraphe 9

8. Les États-Unis ne sauraient accepter une disposition selon laquelle tous les États contractants seraient liés par une modification des limites à moins qu'ils ne dénoncent la totalité du projet de convention. Un État contractant devrait avoir la possibilité de dénoncer un amendement particulier, et non la totalité de la convention. Étant donné que c'est d'une procédure de modification accélérée qu'il s'agit ici, le délai à l'issue duquel un amendement entrera en vigueur à l'égard d'un État contractant qui ne le dénonce pas peut être relativement court et ne pas suffire à certains États pour se conformer aux procédures de leur droit interne. Il se peut qu'un État doive dénoncer l'amendement simplement parce qu'il n'est pas parvenu au terme de son processus interne d'approbation. La procédure devrait donc permettre à un État de retirer sa dénonciation à tout moment.

9. On trouvera ci-après le texte que nous proposons pour le projet d'article 104. Nous nous félicitons d'avoir eu la possibilité de formuler nos observations sur ce sujet important.

Proposition des États-Unis pour l'article 104

Article 104. Modification des limites

1. Sans préjudice des dispositions de l'article 103, la procédure spéciale définie dans le présent article s'applique uniquement aux fins de modifier les limites fixées à l'article 64-1 de la présente Convention.

2. À la demande d'au moins la moitié des États contractants à la présente Convention de modifier les limites prévues à l'article 64-1 de la présente Convention, et sous réserve du paragraphe 5 a) du présent article, le dépositaire réunit tous les États contractants et tous les Membres de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international afin d'examiner l'opportunité de modifier les limites.

3. La réunion se tient en même temps et au même endroit que la session suivante de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

4. Sous réserve des dispositions du paragraphe 5 du présent article, les procédures normales de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international et de l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies s'appliquent à cette réunion et à toutes les recommandations qui en sont issues.

5. a) Aucun amendement visant à modifier les limites en vertu du présent article ne peut être examiné avant l'expiration d'un délai de sept ans à compter de la date d'entrée en vigueur de la présente Convention ou d'un délai de sept ans à compter de la date d'entrée en vigueur d'un amendement antérieur adopté en vertu du présent article;

b) Aucune limite ne peut être relevée ou abaissée de plus de 21 % en une seule fois;

c) Aucune limite ne peut être relevée ou abaissée de plus du double du montant initial cumulativement.

6. Tout amendement adopté conformément aux paragraphes 2 à 5 du présent article entre en vigueur 12 mois après son adoption ou sa ratification, son acceptation ou son approbation par [x] États contractants, selon celui de ces événements qui intervient en dernier.

7. Tous les États contractants sont liés par l'amendement, à moins qu'ils ne le dénoncent conformément à l'article 105 avant son entrée en vigueur. Cette dénonciation prend effet lorsque l'amendement entre en vigueur, et peut être retirée à tout moment.

8. Lorsqu'un amendement a été adopté mais n'est pas encore entré en vigueur, parce que le délai d'acceptation de 12 mois n'a pas encore expiré, tout État devenant État partie au cours de ce délai de 12 mois est lié par l'amendement à compter de la date d'entrée en vigueur de l'amendement ou de la date d'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard dudit État, si cette dernière date est postérieure.

H. Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Relation avec d'autres conventions, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-huitième session

(A/CN.9/WG.III/WP.78) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-2
II.	Relation entre le projet de convention et les autres instruments juridiques internationaux régissant le transport international de marchandises par mer	3-7
III.	Relation entre le projet de convention et les instruments régissant le transport international non maritime de marchandises	8-53
	A. Système de réseau limité régissant la responsabilité du transporteur dans le transport de porte à porte	14-19
	B. Portée du système de réseau dans le projet d'article 27	20-31
	C. Régime applicable à la perte ou au dommage non localisés	32-36
	D. Autres cas de dérogation éventuelle aux régimes impératifs des conventions de transport non maritime	37-41
	E. Relation entre les projets d'articles 89 et 90	42-53
IV.	Relation entre le projet de convention et d'autres instruments juridiques internationaux	54-55

I. Introduction

1. En vue de la dix-huitième session du Groupe de travail III (Droit des transports) et afin de faciliter l'examen du chapitre 21 contenant les clauses finales du projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer], le secrétariat a établi une note sur la relation entre le projet de convention et d'autres instruments juridiques internationaux, prenant également en compte diverses vues et observations formulées sur ce thème, et en particulier sur l'application du projet de convention au transport de porte à porte. La présente note fournit des informations sur la relation entre le projet de convention et les autres instruments régissant le transport international de marchandises par mer; la relation entre le projet de convention et les instruments régissant le transport international non maritime de marchandises; et la relation entre le projet de convention et les instruments juridiques internationaux ne régissant pas le transport des marchandises.

2. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que les questions liées au transport de porte à porte, ainsi que les éventuels conflits entre le projet de

convention et les autres instruments juridiques internationaux régissant le transport de marchandises par d'autres modes que le transport par mer ont déjà été examinés dans le document A/CN.9/WG.III/WP.29. Il souhaitera peut-être examiner ce document en même temps que la présente note, en gardant toutefois à l'esprit que l'analyse qui y est présentée date de l'époque où le projet de convention ne limitait pas explicitement les actions directes au titre du projet de convention aux actions entre les parties au contrat de transport maritime d'ensemble, ce qui, en soi, limite les possibilités de conflits avec d'autres conventions, contrairement à la situation envisagée dans le document A/CN.9/WG.III/WP.29.

II. Relation entre le projet de convention et les autres instruments juridiques internationaux régissant le transport international de marchandises par mer

3. Le projet de convention porte sur l'ensemble des questions régies par la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement (Règles de La Haye) de 1924[1], le Protocole de 1968 portant modification de la Convention Internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement signée à Bruxelles le 25 août 1924 (communément appelé "Règles de La Haye-Visby", en relation avec l'instrument précédent)[2], et la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer (Règles de Hambourg) de 1978[3].

4. Les sujets traités étant les mêmes, l'application, entre les parties, du projet de convention est incompatible avec l'application, entre les mêmes parties, d'autres traités préexistants régissant le transport international de marchandises par mer, il a donc été jugé utile d'insérer dans les clauses finales du projet de convention une disposition exigeant que tout État qui envisage de devenir partie au projet de convention dénonce certains des traités cités régissant le transport international de marchandises par mer, auxquels il pourrait être partie. En conséquence, aux termes de l'article 102 du projet de convention, tout État qui souhaite devenir partie au projet de convention doit dénoncer les Règles de La Haye, les Règles de La Haye-Visby ou les Règles de Hambourg. Le texte de cet article est inspiré des paragraphes 3 et 6 de l'article 99 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (la "Convention des Nations Unies sur les ventes")[4] et de l'article 31 des Règles de Hambourg.

5. L'approche suivie dans le projet d'article 102 a l'avantage d'établir avec le maximum de certitude quel est le droit applicable car, une fois dénoncé, un traité n'aura plus force de loi dans l'État dénonciateur. Il a toutefois été estimé que cette approche pouvait présenter un inconvénient étant donné que la dénonciation des Règles de La Haye, de La Haye-Visby ou de Hambourg empêcherait les transporteurs et les chargeurs de l'État dénonciateur de jouir d'un régime juridique uniforme avec un certain nombre de parties contractantes dans les États qui

[1] Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. CXX, p. 155.
[2] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1412, n° 23643.
[3] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1695, n° 29215.
[4] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1489, n° 25567.

n'étaient pas encore parties au projet de convention, mais étaient parties à un autre instrument régissant le transport international de marchandises par mer.

6. À ce propos, le secrétariat a appelé l'attention du Groupe de travail sur l'approche adoptée à l'article 55 de la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international de 1999 (la "Convention de Montréal")[5] (voir A/CN.9/WG.III/WP.56, note 302). Cette approche, qui s'inspire de l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités[6], n'exige pas de dénonciation formelle des autres conventions, mais considère que la Convention de Montréal prévaut dans les relations entre les États qui sont également parties aux autres conventions. Ainsi, l'État devenant partie au projet de convention appliquerait le nouveau régime au transport en provenance ou à destination des États déjà parties audit projet, conformément au projet d'article 8. Par contre, il appliquerait le régime antérieur aux contrats de transport auxquels les conventions antérieures seraient expressément applicables si les facteurs déterminant leur application étaient liés à d'autres États toujours parties à ces conventions. Le nouveau régime remplacerait progressivement les anciens, à mesure que les différents États deviendraient parties au projet de convention.

7. Il convient cependant de noter que cette approche pourrait donner naissance, dans un État partie au projet de convention, à un régime juridique uniforme double, qui correspondrait au nouvel instrument et aux anciens. L'approche suivie dans la Convention de Montréal pourrait en outre créer des difficultés dans les pays où le droit constitutionnel prévoit l'application directe des traités et des conventions internationaux dès leur ratification et leur promulgation. Dans ces pays, le nouveau traité serait automatiquement incorporé dans le système juridique national et remplacerait le régime antérieur.

III. Relation entre le projet de convention et les instruments régissant le transport international non maritime de marchandises

8. La relation entre le projet de convention et les autres instruments régissant le transport international de marchandises par d'autres modes que le transport par mer a été examinée de façon approfondie par le Groupe de travail, en particulier pour ce qui est du champ d'application envisagé du projet de convention au regard du transport de porte à porte (voir A/CN.9/510, par. 26 à 32; A/CN.9/526, par. 219 à 267; et A/CN.9/544, par. 20 à 50).

9. À sa neuvième session (New York, 15-26 avril 2002), le Groupe de travail a examiné s'il était souhaitable et possible que le projet d'instrument s'applique également au transport de porte à porte (voir A/CN.9/510, par. 26 à 32). Il a été dit

[5] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2242, n° 39917.

[6] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, n° 18232. Le paragraphe 3 de l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités prévoit que, lorsque toutes les parties au traité antérieur sont également parties au traité postérieur portant sur la même matière, "le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur". Aux termes du paragraphe 4 du même article, la même règle s'applique dans les relations entre les États parties aux deux traités lorsque les parties au traité antérieur ne sont pas toutes parties au traité postérieur.

que l'inclusion des opérations de transport de porte à porte répondrait mieux aux attentes des milieux commerciaux du fait que la plupart des contrats de transport par mer, en particulier le transport régulier de marchandises conteneurisées, comprenaient également une étape non maritime (voir A/CN.9/510, par. 30). Il a cependant été ajouté que, si l'on adoptait l'approche visant à inclure les opérations de transport de porte à porte, il faudrait veiller à ce que le projet d'instrument ne se substitue pas aux conventions obligatoires sur le transport non maritime telles que la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route (CMR)[7] de 1956 et la Convention relative aux transports internationaux ferroviaires (COTIF)[8] de 1980, ainsi que ses révisions ultérieures (voir A/CN.9/510, par. 30). En outre, s'il était souhaitable que le projet de convention vise à résoudre les conflits avec les traités obligatoires relatifs au transport non maritime, il ne devait pas créer un régime multimodal complet (voir A/CN.9/510, par. 28).

10. Après un échange de vues exhaustif, le Groupe de travail a estimé que, compte tenu des besoins du commerce international et des exigences actuelles du transport international de conteneurs, il serait utile qu'il poursuive ses délibérations sur le projet d'instrument en partant de l'hypothèse de travail provisoire que celui-ci porterait sur les opérations de transport de porte à porte et il a demandé à la Commission d'approuver cette démarche (voir A/CN.9/510, par. 30).

11. Pour répondre à cette demande, la Commission a, à sa trente-cinquième session (New York, 17-28 juin 2002), approuvé l'hypothèse de travail selon laquelle le projet d'instrument devrait s'appliquer aux opérations de transport de porte à porte, étant entendu que la question de son champ d'application serait à nouveau examinée une fois que le Groupe de travail aurait étudié ses dispositions de fond et aurait une vision plus complète de leur fonctionnement dans le contexte du transport de porte à porte[9].

12. La raison invoquée à l'appui de cette décision était qu'il était particulièrement important d'inclure les opérations de porte à porte dans le champ d'application du nouvel instrument, car ce dernier, qui était destiné à être appliqué à l'échelle mondiale, devait prendre en compte les besoins du commerce international et les exigences actuelles du transport international de conteneurs. Il a été reconnu que de nos jours, le transport de marchandises supposait souvent le recours à deux moyens de transport ou plus et incluait également des modes de transport avant et après l'étape maritime. La plupart des conventions relatives au transport intérieur unimodal, notamment la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route (CMR), avaient en fait déjà reconnu la nécessité de trouver un moyen ou un autre d'intégrer cette réalité commerciale. Outre l'article 2 de la CMR, on peut citer les articles 1er (par. 3 et 4) et 38 des Règles uniformes concernant le contrat de transport international ferroviaire des marchandises de la Convention relative aux transports internationaux ferroviaires (CIM-COTIF), telle que modifiée par le Protocole de modification de 1999; l'article 2 de la Convention de Budapest relative au contrat de transport de marchandises en navigation intérieure (CMNI), 2000[10]; les articles 18 (par. 5) et 31 de la Convention pour

[7] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 399, n° 5742.
[8] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1397, n° 23353.
[9] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17*, (A/56/17), par. 224.
[10] CMNI/CONF(99)2/FINAL-ECE/TRANS/CMNI/CONF/2/FINAL (non encore en vigueur).

l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international de 1929, telle que modifiée par le Protocole signé à La Haye le 28 septembre 1955 et par le Protocole n° 4 signé à Montréal le 25 septembre 1975 (la Convention de Varsovie)[11]; et les articles 18 (par. 4) et 38 de la Convention de Montréal.

13. En optant pour l'hypothèse de travail incluant le transport de porte à porte, le Groupe de travail s'est éloigné de l'approche retenue dans les Règles de Hambourg, qui se limitent au transport de port à port. Mais par ailleurs, il est convenu que le projet de convention ne devrait pas aller jusqu'à tenter de remplacer tous les régimes de transport unimodal par un système multimodal unique. Ainsi, le champ d'application élargi du projet de convention ne compromet pas le principe général qui consiste à maintenir l'application des conventions existantes régissant les contrats de transport portant essentiellement sur un mode de transport autre que le transport par mer, comme indiqué au paragraphe 5 de l'article 25 des Règles de Hambourg.

A. Système de réseau limité régissant la responsabilité du transporteur dans le transport de porte à porte

14. À sa onzième session (New York, 24 mars-4 avril 2003), le Groupe de travail a examiné quelle était la meilleure manière de traiter la question du transport de porte à porte (voir A/CN.9/526, par. 219 à 239; voir également A/CN.9/WG.III/WP.29). Il a été dit qu'en principe, ce type de contrat de transport pouvait être régi par un système uniforme, par un système de réseau, ou une combinaison des deux. Il a encore été précisé que, dans le cadre d'un système uniforme, les mêmes règles seraient applicables au transport, quel qu'en soit l'étape ou le mode, au moment d'une perte, d'un dommage ou d'un retard. Il a été ajouté que, dans un système de réseau, différentes règles régissant le transport unimodal pourraient être applicables en fonction des étapes ou modes de transport au moment d'une perte, d'un dommage ou d'un retard, tandis qu'un ensemble de règles uniformes s'appliquerait en cas de perte ou de dommage non localisé.

15. Il a été suggéré que l'adoption d'un système de réseau répondrait mieux aux besoins du secteur du transport, étant donné l'importance des étapes non maritimes dans les opérations de transport de porte à porte, en particulier pour le transport de marchandises conteneurisées, comme en témoigne le fait que le secteur du transport maritime a déjà incorporé dans des contrats le système de réseau limité en adoptant largement les Règles CNUCED/CCI applicables aux documents de transport multimodal de 1992[12], et les connaissements de transport combiné (COMBICONBILL) adoptés par le Conseil maritime baltique et international (BIMCO) en 1995[13] (voir A/CN.9/526, par. 232 et 234).

16. Toutefois, l'adoption d'un système de responsabilité uniforme a également été appuyée pour les opérations de transport de porte à porte. Il a été dit qu'un tel système serait le mieux à même de répondre aux besoins spécifiques de ce type de transport et que c'était effectivement l'approche qui avait été retenue dans la Convention des Nations Unies sur le transport multimodal international de

[11] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2145, n° 6943.
[12] Publication de la CCI, n° 481 (CCI, Paris, 1992).
[13] *BIMCO Bulletin*, vol. 91, 1996.

marchandises (Convention multimodale) de 1980[14]. Il a été ajouté que l'adoption d'un système de responsabilité uniforme serait conforme au souhait de la branche d'étendre au transport maritime la tendance en faveur de l'élargissement du champ d'application des conventions unimodales aux autres modes de transport utilisés avant ou après l'étape maritime (voir A/CN.9/526, par. 223).

17. Le Groupe de travail a examiné dans le détail les avantages et les inconvénients des systèmes de réseau et de responsabilité uniforme pour traiter les opérations de transport de porte à porte. Le consensus qui s'est finalement dégagé à sa douzième session (Vienne, 6-17 octobre 2003) donnait la préférence à l'adoption d'un système de réseau limité, comme il apparaît dans le projet d'article 27 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 (ancien projet d'article 8 dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32; initialement projet d'article 4.2.1 dans le document A/CN.9/WG.III/WP.21) (voir A/CN.9/544, par. 20 à 27). En vertu du projet d'article 27, lorsque la perte, le dommage ou le retard à l'origine de la demande survient pendant le transport précédant ou suivant un transport par mer, les dispositions d'une convention internationale qui prévoient la responsabilité du transporteur, la limitation de la responsabilité et le délai pour agir devraient l'emporter sur les dispositions du projet de convention dans la mesure où cette autre convention se déclare applicable et où ses dispositions sur la responsabilité sont impératives.

18. Le système de réseau dont il est question au paragraphe 1 du projet d'article 27 est limité de deux façons. Premièrement, il ne concerne que la responsabilité du transporteur. Dans tous les domaines autres que la responsabilité du transporteur, la limitation de la responsabilité et les délais pour agir en justice régis par le projet de convention, les dispositions de celui-ci s'appliqueraient indépendamment de toutes dispositions différentes pouvant exister dans d'autres conventions applicables (A/CN.9/WG.III/WP.29, par. 72; voir aussi les paragraphes 73 à 105 pour une analyse de l'application possible de conventions concurrentes pour les questions autres que la responsabilité du transporteur, la limitation de la responsabilité et le délai pour agir). Deuxièmement, le système de réseau limité n'entre en jeu que dans les cas où, en raison d'une interprétation élargie du champ d'application d'une convention donnée régissant le transport unimodal, il pourrait y avoir un conflit entre les dispositions sur la responsabilité du projet de convention et celles de la convention concernée régissant le transport unimodal.

19. Le principe fondamental d'un tel système de réseau limité est donc que, au cas où les deux conventions sont considérées comme applicables à un contrat de transport et où le dommage est survenu lors d'une étape de transport autre que par mer, les dispositions pertinentes obligatoirement applicables visant à déterminer la responsabilité du transporteur terrestre s'appliquent directement à la relation contractuelle entre le transporteur, d'une part, et le chargeur ou le destinataire, d'autre part (A/CN.9/WG.III/WP.29, par. 52). Ainsi, en ce qui concerne cette relation, les dispositions du projet d'instrument viennent compléter les dispositions obligatoirement applicables au transport intérieur, tandis qu'entre le transporteur et le sous-traitant, les dispositions applicables au transport intérieur sont seules

[14] TD/MT/CONF/16 (non encore en vigueur).

pertinentes (complétées au besoin par toute loi nationale applicable) (A/CN.9/WG.III/WP.29, par. 52).

B. Portée du système de réseau dans le projet d'article 27

20. Le système de réseau limité envisagé dans le projet d'article 27 a suscité des critiques de la part d'autres organisations et de spécialistes. Dans une lettre adressée au Secrétariat, l'Union internationale des transports routiers (IRU) a exprimé l'avis qu'en adoptant un système limité le projet de convention serait en conflit avec d'autres conventions internationales et enfreindrait le droit général des traités[15]. L'Union soutient, entre autres, que le projet d'article 27 serait contraire au paragraphe 5 de l'article 1 de la Convention CMR, qui interdit toutes modifications à cette dernière autres que celles qu'elle autorise, et au paragraphe 1 de l'article 41 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui, sauf dans certaines circonstances, interdit de modifier un traité multilatéral par un accord conclu entre quelques-unes seulement des parties à ce traité. Une objection similaire avait déjà été émise contre le système de réseau à la onzième session du Groupe de travail, lorsqu'il avait été dit que le paragraphe 1 de l'actuel projet d'article 27 "ne résolvait pas le problème du conflit de conventions, car il ne privilégiait que certaines dispositions des conventions unimodales applicables" (voir A/CN.9/526, par. 246).

21. Une autre critique formulée porte sur l'application pratique du système de réseau restreint. Il a été avancé que le projet d'article 27 risquait d'avoir l'effet indésirable de déroger aux traités sur le transport intérieur dont les règles auraient été plus à même de réglementer le transport non maritime de marchandises que celles contenues dans le projet de convention. De plus, étant donné que le projet d'article 27 ne se soumet à d'autres règles impératives que pour la "la responsabilité du transporteur, la limitation de la responsabilité et le délai pour agir", il a été soutenu que les règles à appliquer consisteraient en une combinaison de certaines dispositions du régime unimodal applicable, telles qu'interprétées par les juridictions étatiques ou arbitrales compétentes, avec le reste du projet de convention[16]. Il a été dit qu'il en résulterait "une combinaison complexe de régimes différents qui ne sont pas censés se compléter entre eux", ce qui introduirait des éléments d'incertitude quant à la loi applicable au contrat de transport[17]. Il a été dit aussi qu'il n'était pas toujours possible d'opérer une distinction claire et nette entre les règles qui "prévoient expressément la responsabilité du transporteur, la limitation de la responsabilité et le délai pour agir" et les autres règles impératives dans une convention internationale ou dans le droit interne régissant le transport de marchandises par un mode particulier. Au vu des divergences d'interprétation qui existent déjà à propos de certaines conventions existantes sur le transport unimodal,

---

[15] Le texte de la lettre de l'IRU, ainsi que la réponse envoyée par le secrétariat de la CNUDCI, ont été mis à la disposition des Parties contractantes de la CMR par la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe à l'adresse suivante: http://www.unece.org/trans/main/sc1/sc1cmr.html.

[16] Voir, par exemple, Mahin Faghfouri, "International regulation of liability for multimodal transport – in search of uniformity", *WMU journal of maritime affairs*, vol. 5, n° 1, 2006, p. 95 à 114.

[17] Commentaires de la CNUCED sur le projet de convention (A/CN.9/WG.III/WP.21/Add.1, annexe II, par. 44).

il a été dit que, par exemple, les dispositions sur la compétence figurant dans d'autres conventions avaient dans les faits un impact important sur la position du demandeur et donc sur la responsabilité du transporteur[18].

22. Dans son examen du premier niveau de critiques, la présente note laissera de côté la question théorique de savoir si, et dans quelle mesure, une disposition postérieure d'un traité portant sur un sujet qui n'est pas expressément abordé dans un traité antérieur relatif à un autre rapport de droit peut être considérée, en droit international public, comme modifiant le traité antérieur. Étant donné que le type de contrat visé dans le projet de convention est différent de celui visé, par exemple, dans la CMR, le paragraphe 1 de l'article 27 devrait être compris comme une disposition qui harmonise l'application du régime de responsabilité prévu dans le projet de convention avec le régime de responsabilité prévu dans d'autres conventions, comme la CMR, et non comme une modification de ces dernières.

23. Les champs d'application du projet de convention et des conventions de transport unimodal existantes devraient normalement s'exclure mutuellement (voir A/CN.9/WG.III/WP.29, par. 54 à 71). En conséquence, le paragraphe 1 du projet d'article 27 ne devrait s'appliquer qu'aux situations dans lesquelles certaines de ces autres conventions seraient, "selon leurs termes", interprétées comme s'appliquant à un contrat de transport dans lequel une partie du transport se fait par un mode autre que celui régi à titre principal par la convention en question. Sauf dans les cas où une telle interprétation extensive de la portée d'une convention de transport unimodal particulière pourrait conduire à la rendre applicable à un transport de porte à porte incluant un parcours maritime auquel le projet de convention, en vertu de son article 8, s'appliquerait également, aucun conflit entre le projet et des conventions de transport unimodal existantes ne devrait se produire.

24. De plus, l'article 27 devrait être lu en parallèle avec les autres dispositions qui définissent le champ d'application du projet de convention. Le paragraphe 1 du projet d'article 19 prévoit que le transporteur répond, envers le chargeur et le destinataire, des actes et omissions de toute partie exécutante et de toute autre personne qui s'engage à s'acquitter de l'une quelconque des obligations qui lui incombe en vertu du contrat de transport, conformément aux règles de responsabilité du projet de convention. Toutefois, le Groupe de travail a adopté lors de ses délibérations une proposition selon laquelle le projet d'instrument ne s'appliquera qu'aux parties exécutantes maritimes, autrement dit celles qui auraient été visées par un instrument régissant le transport de port à port, et qui exclut les parties exécutantes non maritimes du régime de responsabilité prévu dans le projet, même si le transporteur demeure responsable de leurs actes envers le chargeur et le destinataire (voir A/CN.9/544, par. 23).

25. Le projet de convention ne peut donc pas donner lieu à un conflit de conventions en cas d'action récursoire du transporteur de porte à porte contre une partie exécutante non maritime (c'est-à-dire du transporteur contre le transporteur par voie d'eau intérieure sous-contractant), qui est soumise à un droit applicable autre que le projet de convention. Cet élément représente à lui seul une garantie importante pour limiter les éventuels risques de conflit entre le projet de convention

[18] Voir, par exemple, Krijn Haak et Marian Hoeks, "Intermodal transport under unimodal arrangements. Conflicting conventions: the UNCITRAL/CMI draft instrument and the CMR on the subject of intermodal contracts", *Transportrecht*, vol. 28, n° 3, 2005, p. 89 à 102.

et d'autres conventions internationales ou le droit interne s'appliquant de manière impérative à la responsabilité du transporteur pour d'autres modes de transport. Le Groupe de travail est convenu de préciser ce point et de modifier le champ d'application du projet de convention (voir A/CN.9/544, par. 20 à 27). La notion de "partie exécutante maritime" a par conséquent été introduite dans le projet afin de limiter le droit d'assignation directe aux actions entre les parties à un contrat de transport maritime et aux actions contre la partie exécutante maritime (voir A/CN.9/544, par. 28 à 42).

26. En ce qui concerne la critique formulée sur l'application pratique du système de réseau limité prévu au paragraphe 1 du projet d'article 27, il convient de noter que l'approche adoptée dans cette disposition n'est pas nouvelle. En effet, le COMBICONBILL du BIMCO, qui est très largement utilisé, prévoit dans sa partie pertinente:

> "9. Responsabilité fondamentale
>
> 1. Le transporteur est responsable des pertes ou dommages subis par les marchandises qui surviennent entre le moment où il reçoit les marchandises et celui où il les livre [...]."
>
> "11. Dispositions spéciales sur la responsabilité et l'indemnisation
>
> 1. Nonobstant toute disposition des clauses 9 et 10 du présent connaissement, si la perte ou le dommage peut être localisé, le transporteur et le négociant sont habilités, en ce qui concerne la responsabilité du transporteur, à exiger que cette responsabilité soit déterminée par les dispositions contenues dans toute convention internationale ou loi nationale, lesquelles dispositions:
>
> a) Ne peuvent faire l'objet d'aucune dérogation par contrat privé au détriment du demandeur; et
>
> b) Se seraient appliquées si le négociant avait conclu un contrat distinct et direct avec le transporteur pour couvrir l'étape particulière du transport pendant laquelle la perte ou le dommage s'est produit et a reçu à titre d'attestation tout document particulier qui doit être émis si cette convention internationale ou loi nationale doit s'appliquer.
>
> 2. Dans la mesure où aucune loi d'application obligatoire ne s'applique au transport par mer en vertu des dispositions de la clause 11, paragraphe 1, la responsabilité du transporteur pour ce qui est de tout transport par mer est déterminée par [...] les Règles de La Haye-Visby. Ces dernières détermineront également la responsabilité du transporteur en matière de transport par voie navigable intérieure comme s'il s'agissait d'un transport par mer [...]."

27. Contrairement au paragraphe 1 de l'article 27, le COMBICONBILL ne précise pas quelles dispositions impératives de la "convention internationale" ou de la "loi nationale" pertinente s'appliqueraient à la place des Règles de La Haye-Visby. Néanmoins, la phrase "le transporteur et le négociant sont habilités, en ce qui concerne la responsabilité du transporteur, à exiger que cette responsabilité soit déterminée par les dispositions contenues dans toute convention internationale ou loi nationale" montre clairement que le "système de réseau" envisagé par le

COMBICONBILL est limité aux dispositions ayant un lien direct avec la détermination de la responsabilité du transporteur. Par conséquent, bien que le libellé du paragraphe 1 du projet d'article 27 s'écarte des dispositions pertinentes du COMBICONBILL, l'application pratique du système de réseau limité prévu dans le projet d'article est conforme à cette règle de la branche.

28. Le fait que le paragraphe 1 du projet d'article 27 adopte un système de réseau limité pour la responsabilité du transporteur ne crée pas de conflit avec le système de responsabilité des conventions unimodales existantes ou à venir. Au contraire, on peut dire qu'un tel système permettrait, dans le contexte du type de transport couvert par le projet de convention, d'éviter un conflit qui surviendrait probablement en l'absence d'une telle disposition sans laquelle un juge ou un arbitre serait dépourvu d'indication quant aux règles à appliquer pour établir la responsabilité du transporteur en cas de perte ou de dommages localisés. Le choix opéré au paragraphe 1 du projet d'article 27 donne plein effet aux dispositions des autres conventions qui prévoient de manière spécifique la responsabilité du transporteur, la limitation de la responsabilité et le délai pour agir. La référence aux dispositions qui "prévoient expressément la responsabilité du transporteur, la limitation de la responsabilité et le délai pour agir" est le corollaire logique du cadre dans lequel la disposition s'inscrit, à savoir la détermination de la responsabilité du transporteur. Les dispositions qui, dans un cas concret, n'auraient aucune incidence sur la détermination de cette responsabilité ne devraient pas se substituer aux dispositions pertinentes du projet de convention. Il semble que, sous son libellé actuel, la disposition soit suffisamment générale pour laisser à l'appréciation avisée des juridictions étatiques et arbitrales le soin de décider quelles dispositions impératives des autres conventions "prévoient expressément" la responsabilité du transporteur, la limitation de la responsabilité et le délai pour agir, et devraient par conséquent prévaloir sur le projet de convention.

29. Toutefois, si le Groupe de travail estimait que, pour écarter tout doute, il serait malgré tout souhaitable d'apporter des précisions supplémentaires à cet égard, il voudra peut-être considérer qu'il serait indiqué de bien préciser un des éléments fondamentaux du compromis auquel il est parvenu à sa douzième session, à savoir que lorsque les dispositions du projet de convention concernent "les obligations et la responsabilité des parties exécutantes [elles] devraient viser seulement les parties exécutantes maritimes", et qu'il faudrait remanier le projet pour "créer un droit d'action direct contre les parties exécutantes maritimes seulement" (voir A/CN.9/544, par. 21). Dans ce cas, le Groupe de travail pourrait envisager d'insérer, à un endroit approprié, une disposition qui pourrait être libellée comme suit:

> "La présente Convention ne crée pas de droit d'action direct au profit du chargeur, du destinataire ou de toute autre personne à l'encontre [d'une personne autre qu'un transporteur ou une partie exécutante maritime] [d'une partie exécutante non maritime]."

30. Il est estimé que l'ajout d'une disposition qui, dans le projet de convention, limite expressément les assignations directes aux actions entre les parties au contrat de transport maritime et aux actions contre la partie exécutante maritime (préservant ainsi l'application d'une autre loi impérative éventuelle aux relations entre le transporteur et les parties exécutantes non maritimes) répondrait peut-être aux préoccupations qui subsistent au sujet des risques de conflit avec d'autres conventions identifiés précédemment (voir A/CN.9/WG.III/WP.29, par. 72 à 110).

31. Si, malgré les considérations précédentes, le Groupe de travail n'était pas convaincu que ces mesures suffiraient à empêcher les conflits avec le régime de responsabilité prévu dans d'autres conventions, deux autres possibilités pourraient être envisagées. L'une serait d'étendre la portée du paragraphe 1 du projet d'article 27 à d'autres questions comme, par exemple, les obligations du chargeur, comme cela a déjà été suggéré (voir, par exemple, A/CN.9/WG.III/WP.29, par. 84). L'autre possibilité serait que le Groupe de travail fasse du système de réseau limité du projet d'article 27 un système "illimité", ce qui permettrait l'application de toutes les dispositions impératives pertinentes des conventions de transport unimodal lorsque ces dernières seraient applicables. Mais il faudrait alors revoir l'orientation générale adoptée précédemment par le Groupe de travail en faveur d'un système de réseau limité, qui, selon lui, contribuerait à une plus grande uniformité qu'un réseau illimité (voir A/CN.9/544, par. 23, 24 et 47).

C. Régime applicable à la perte ou au dommage non localisés

32. Le projet de convention complète le système de réseau limité pour le dommage localisé par un système uniforme pour la perte ou le dommage non localisés. En effet, le paragraphe 2 du projet d'article 27 fait référence au paragraphe 2 du projet d'article 64, qui dispose qu'en cas de perte ou de dommage non localisés, la limite de responsabilité la plus élevée prévue dans les différents instruments internationaux qui pourraient régir les différentes parties du transport devrait s'appliquer.

33. Le paragraphe 2 du projet d'article 64 a été inséré à la suite d'une demande formulée à la onzième session du Groupe de travail, au cours de laquelle on avait émis l'avis que les limites fixées dans les Règles de La Haye-Visby n'étaient pas assez élevées pour être acceptables par défaut dans le cas de dommages non localisés, et que des limites de responsabilité plus élevées devraient alors s'appliquer. On avait également suggéré de modifier le projet d'instrument en posant comme principe que, si le transporteur souhaitait éviter la limite de responsabilité plus élevée, il lui incombait de prouver pendant quelle partie du transport le dommage était survenu (voir A/CN.9/526, par. 264). Le Groupe de travail a débattu du paragraphe 2 du projet d'article 64 à sa douzième session et décidé de conserver la disposition entre crochets jusqu'à ce qu'il ait pris une décision en ce qui concerne la limite de responsabilité visée au paragraphe 1 du projet d'article 64 (voir A/CN.9/544, par. 43 à 50).

34. Lorsque le paragraphe 2 du projet d'article 64 a été proposé, on avait demandé pourquoi le projet d'instrument devait appliquer une règle par défaut en cas de "dommages non localisés". En réponse, il avait été réitéré que l'essentiel sur ce point était de faire en sorte que le régime de responsabilité applicable à ces dommages soit prévisible et sûr (voir A/CN.9/526, par. 262). Cette conclusion découle logiquement du libellé même du projet d'article 27, qui a été conçu comme une exception au régime d'ensemble du projet de convention. Il ressort implicitement du système de responsabilité établi par le projet de convention que, lorsqu'il ne peut être établi que la perte, le dommage ou le retard subi par les marchandises sont intervenus "avant leur chargement sur le navire" ou "après leur déchargement du navire jusqu'au moment de leur livraison au destinataire" (c'est-à-dire si le dommage n'est pas "localisé"), le régime du projet s'appliquera.

35. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que, dans un système uniforme pour les dommages non localisés, il pourrait en théorie y avoir un conflit avec les conventions de transport unimodal impératives si a) l'une de ces conventions devait être interprétée comme s'appliquant à un contrat couvrant un transport par des modes autres que le mode régi à titre principal par la convention; et si b) l'on peut soutenir que les dispositions sur la responsabilité d'une telle convention peuvent s'appliquer même s'il n'a pas été prouvé que les dommages sont survenus pendant le transport par le mode spécifiquement visé par la convention en question (dommages non localisés). En cas de désaccord entre les règles de responsabilité du projet de convention et celles d'une telle convention unimodale concurrente, des actions engagées sur la base de l'un ou l'autre texte pourraient connaître des issues différentes. Dans la pratique, un tel conflit paraît toutefois improbable car le projet de convention limite concrètement les assignations directes aux actions entre parties au contrat de transport maritime et aux actions contre la partie exécutante maritime. Puisque le chargeur, le destinataire ou une autre partie intéressée ne seraient pas parties à un contrat de sous-traitance pour un transport non maritime qui pourrait être soumis à d'autres conventions, ils ne seraient normalement pas en droit d'attaquer directement le transporteur sous-contractant en vertu du projet de convention.

36. En tout état de cause, le Groupe de travail pourra juger souhaitable d'harmoniser plus clairement les régimes juridiques régissant, d'une part, les dommages localisés en vertu du paragraphe 1 de l'article 27 et, d'autre part, les dommages non localisés en vertu du paragraphe 2 de l'article 64, comme cela avait été suggéré précédemment (voir A/CN.9/526, par. 266). Une telle clarification pourrait s'avérer utile, même si le paragraphe 2 du projet d'article 64 n'était pas conservé dans le projet de convention, car elle préciserait le caractère exceptionnel du système de réseau limité de l'article 27 et indiquerait clairement que le projet de convention introduirait un système de responsabilité uniforme pour le transport de porte à porte, dont même les opposants au système de réseau limité ont reconnu que c'était l'un des principaux apports du projet de convention[19]. Une telle disposition explicative pourrait être formulée de la manière suivante:

> "Sauf disposition contraire [au paragraphe 1 de l'article 27 et au paragraphe 2 de l'article 64], la responsabilité du transporteur et de la partie exécutante maritime pour la perte, le dommage ou le retard subi par les marchandises sera uniquement régie par les dispositions de la présente Convention."

D. Autres cas de dérogation éventuelle aux régimes impératifs des conventions de transport non maritime

37. L'effet combiné du paragraphe 1 du projet d'article 27 et du système uniforme implicite de responsabilité du transporteur pour les dommages non localisés est que,

[19] "Toutefois, si le système de réseau du projet devait être étendu comme il est proposé, le projet d'instrument pourrait être une très bonne chose dans le domaine du transport intermodal. Il créerait plus d'uniformité en matière de droit du transport maritime international et comblerait certaines lacunes concernant, par exemple, la responsabilité en cas de perte non localisée dans les contrats multimodaux grâce à un effet de complémentarité avec les conventions unimodales existantes" (Krijn Haak et Marian Hoeks, op. cit., p. 102).

tout au moins en ce qui concerne la détermination de cette responsabilité, les règles applicables sont dans l'ensemble claires: si le dommage est localisé, les dispositions des autres conventions impératives qui prévoient spécifiquement la responsabilité du transporteur, la limitation de la responsabilité et le délai pour agir s'appliquent; si le dommage n'est pas localisé, c'est le projet de convention qui s'applique. De toute évidence, la question de savoir combien il faut préserver de l'autre convention pour régir la responsabilité du transporteur en cas de dommage localisé doit être examinée de manière plus avant par le Groupe de travail. En principe toutefois, les règles offrent une solution pratique pour déterminer la responsabilité du transporteur. Combinées avec la limitation des assignations aux seules actions contre le transporteur et la partie exécutante maritime dans le projet de convention, les caractéristiques générales de ce système peuvent éviter des conflits entre régimes de responsabilité. À ce titre, il est estimé que le projet de convention offre déjà un moyen réaliste de traiter ce qui, dans la pratique, sera probablement la principale source de conflits privés découlant d'un contrat de transport en vertu du projet de convention (la responsabilité du transporteur pour la perte, le dommage ou le retard subi par les marchandises).

38. Toutefois, comme il a déjà été indiqué (voir, ci-dessus, par. 18), le projet de convention ne prévoit pas actuellement de système pour éviter les conflits avec d'autres conventions dans des domaines qu'elles peuvent régir et qui ne ressortissent pas à la responsabilité du transporteur. Les domaines dans lesquels les dispositions du projet de convention risquent de différer de celles d'autres conventions s'appliquant au transport par d'autres modes ont été identifiés antérieurement et comprennent certains aspects de questions telles que les obligations et la responsabilité du chargeur en cas de dommage causé par les marchandises; les obligations de fournir des informations incombant au chargeur; les documents de transport; le droit de contrôle; la livraison des marchandises et le transfert de droits (voir A/CN.9/WG.III/WP.29, par. 72 à 105).

39. Il est supposé que la manière dont le projet de convention circonscrit son champ d'application réduit déjà les risques de conflit. Ainsi qu'il est dit dans la réponse du secrétariat de la CNUDCI à la lettre de l'IRU (voir ci-dessus, par. 20), le projet de convention et la CMR sont, de par les termes mêmes de leur champ d'application, destinés à s'appliquer à des contrats de transport différents:

> "... le projet de convention limite avec soin son application au contrat-cadre de transport maritime en vertu duquel le transporteur s'engage à transporter des marchandises d'un endroit à un autre et qui *doit* prévoir un transport international par mer, alors que la CMR s'applique aux contrats internationaux de transport routier, y compris à tout contrat de sous-traitance pour le transport international par route qui peut exister dans le cadre du contrat-cadre maritime. Ces deux instruments sont donc censés s'exclure mutuellement dans leur application."

40. Ces considérations peuvent s'appliquer, *mutatis mutandis*, au transport par d'autres modes. Toutefois, comme il a été indiqué antérieurement (voir A/CN.9/WG.III/WP.29, par. 115 et 116), cette conclusion présuppose que le champ d'application des conventions traitant du transport de marchandises par d'autres modes ne soit pas interprété d'une manière qui entraînerait l'application de ces textes au type de transport que le projet de convention est destiné à couvrir.

41. Il n'est bien sûr pas possible que le projet de convention dicte comment il faut comprendre le champ d'application des autres conventions. Bien que la possibilité d'un certain chevauchement entre le projet de convention et d'autres conventions ne puisse être complètement exclue, il est estimé que la probabilité de conflits résiduels a déjà été fortement réduite par l'effet combiné des dispositions sur la coordination des régimes de responsabilité pour les dommages localisés et non localisés et par la définition du champ d'application du projet de convention (projet d'article 1, al. a), en parallèle avec le projet d'article 8).

E. Relation entre les projets d'articles 89 et 90

42. À la onzième session du Groupe de travail, le Secrétariat a été prié d'établir une disposition sur les conflits de conventions à insérer éventuellement dans le projet de convention s'il était nécessaire en plus du projet d'article 27 de résoudre les conflits avec d'autres conventions sur les transports (voir A/CN.9/526, par. 250). Cette demande faisait suite à la crainte, exprimée au Groupe de travail que le paragraphe 1 du projet d'article 27 actuel ne permette pas de résoudre le problème du conflit de conventions, car il ne privilégiait que certaines dispositions des conventions unimodales applicables. Il a également été dit alors que certains États ne pourraient pas signer plus d'une convention multimodale et que si le projet d'instrument était un projet multimodal, en le ratifiant, ces États pourraient se trouver dans l'impossibilité de ratifier les conventions multimodales plus larges. On s'est aussi inquiété du fait que les États parties à d'autres instruments comportant des aspects multimodaux, tels que la Convention de Montréal et COTIF, pourraient se trouver dans l'obligation de dénoncer ces conventions en faveur du projet d'instrument (A/CN.9/526, par. 246). À la suite de cette demande, le projet d'article 89, qui s'inspire du paragraphe 5 de l'article 25 des Règles de Hambourg, a été inséré à titre provisoire dans le projet de convention pour indiquer que ce dernier ne se substituerait pas à l'application d'autres instruments internationaux déjà en vigueur à la date de sa conclusion et qui s'appliqueraient à titre obligatoire à des contrats de transport de marchandises effectué par un mode de transport autre que le transport par mer.

43. À la même session, le Secrétariat a également été prié, à l'occasion de l'examen de ce qui était alors le projet d'article 16.1 (dans le document A/CN.9/WG.III/WP.21) et est actuellement le projet d'article 91 (dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56), de préciser la préséance du projet de convention sur les traités de transport antérieurs avec lesquels il serait incompatible (voir A/CN.9/526, par. 196). C'est la raison pour laquelle a été inséré le projet d'article 90, qui énonce la préséance du projet de convention sur d'autres traités auxquels les parties au projet de convention pourraient également être parties. Il a été précisé également que, conformément au paragraphe 4 de l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, la disposition ne concernerait pas les États qui ne seraient pas devenus parties au projet de convention (voir A/CN.9/WG.III/WP.32, note 232).

44. Extraits de leur contexte d'origine, les projets d'articles 89 et 90 semblent refléter deux approches à l'égard du conflit de conventions, de sorte que, sous leur libellé actuel, leur application conjointe apparaît impossible.

45. Le projet d'article 89 préserve l'application des conventions de transport unimodal impératives. Cette disposition peut être vue comme complémentaire de l'adoption dans le projet de convention (et, en particulier, au paragraphe 1 de son projet d'article 27) d'un système de réseau limité pour traiter de la responsabilité dans le transport de porte à porte. On peut lire le projet d'article 89 comme signifiant que la préséance limitée accordée par le paragraphe 1 du projet d'article 27 aux dispositions impératives sur la responsabilité d'autres conventions de transport dans les relations entre le transporteur et le chargeur ou le destinataire n'a pas d'incidence sur l'application d'une autre convention de transport qui pourrait s'appliquer impérativement aux relations entre le transporteur et une partie exécutante non maritime. Mais on peut aussi le lire comme signifiant qu'il contredit l'article 1 du projet d'article 27, en accordant à d'autres conventions de transport une préséance générale sur le projet de convention dans les domaines autres que la responsabilité (à laquelle le paragraphe 1 du projet d'article 27 fait déjà référence), même dans les relations entre le transporteur et le chargeur ou le destinataire, et pas uniquement dans les relations entre le transporteur et le sous-contractant dont les activités relèveraient normalement d'une autre convention de transport.

46. Le projet d'article 90, quant à lui, prévoit que le projet de convention l'emportera sur toutes les autres conventions incompatibles avec ses dispositions, y compris celles relatives au transport non maritime de marchandises. Il semble que ce projet d'article vise à faciliter l'adoption globale d'un système uniforme pour traiter de la responsabilité dans le transport de porte à porte. Dans sa formulation actuelle, et lu sans tenir compte du reste du texte, le projet d'article peut cependant être interprété aussi comme une clause générale de préséance du projet de convention sur tous les traités susceptibles de contenir des dispositions incompatibles avec lui.

47. Compte tenu de ce qui précède, le Groupe de travail souhaitera peut-être réexaminer les articles 89 et 90 à la lumière des dispositions et des orientations générales auxquelles ils sont logiquement liés.

48. Il y a une certaine similitude entre les raisons qui ont incité à insérer le projet d'article 89 et les arguments qui avaient été avancés en faveur de l'inclusion du paragraphe 5 de l'article 25 des Règles de Hambourg lors de la Conférence des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer (Hambourg, 6-31 mars 1978). Le paragraphe 5 de l'article 25 a été ajouté après adoption de la définition définitive du "contrat de transport par mer" au paragraphe 6 de l'article 1 des Règles de Hambourg, à savoir "un contrat qui implique, outre un transport par mer, un transport par quelque autre mode n'est considéré comme un contrat de transport par mer aux fins de la présente Convention que dans la mesure où il se rapporte au transport par mer." Il avait été dit alors que cette conception légèrement élargie du "contrat de transport" rendait nécessaire l'inclusion d'une disposition préservant l'application d'autres conventions susceptibles de s'appliquer au transport par différents modes, car les Règles de Hambourg ne pouvaient pas résoudre "le problème général de la réglementation internationale des transports multimodaux" du fait qu'elles ne contenaient pas de "dispositions particulières pour les cas dans lesquels le lieu où le dommage s'est produit est inconnu" ni de "règles uniformes

pour résoudre certaines questions de procédure”[20]. Il apparaît en effet que la plupart des partisans de l’inclusion du paragraphe 5 de l’article 25 étaient préoccupés par le fait de faire entrer un transport réalisé essentiellement par des moyens autres que maritimes dans le champ d’application d’une convention qui ne s’appliquait qu’à la partie maritime du transport multimodal[21].

49. Le Groupe de travail voudra peut-être noter les différences de fond entre les Règles de Hambourg, dans lesquelles la responsabilité du transporteur ne couvre que la période “pendant laquelle les marchandises sont sous sa garde au port de chargement, durant le transport et au port de déchargement”, et le projet de convention qui pourrait s’appliquer de “porte à porte”. De plus, contrairement aux Règles de Hambourg, le projet de convention prévoit expressément le régime juridique qui devrait régir la responsabilité du transporteur en cas de dommages localisés dans un transport multimodal et étend par ailleurs son propre régime de responsabilité à tous les cas où les dommages n’ont pas été localisés. Dans le contexte des Règles de Hambourg, le paragraphe 5 de l’article 25 était destiné à dissiper la crainte éventuelle que l’étape intérieure d’un transport multimodal, dans un contrat de transport auquel les Règles s’appliquaient, soit laissée dans un vide juridique. Le Groupe de travail voudra peut-être considérer que le contexte du projet de convention est très différent de celui des Règles de Hambourg et qu’une règle analogue au projet d’article 89 ne s’impose donc peut-être pas de la même manière, du moins sous une formulation identique.

50. En outre, si le Groupe de travail devait conclure que le but recherché du projet d’article 89 est de compléter le système de réseau limité du paragraphe 1 du projet d’article 27, il voudra peut-être considérer que la disposition, qui a été proposée avant les modifications apportées au traitement des parties exécutantes (voir, ci-dessus, par. 24 et 25), est peut-être inutile. En effet, le projet de convention a un système de responsabilité qui est à présent, dans sa totalité, limité au transporteur et à la partie exécutante maritime et ne s’intéresse pas au régime juridique des contrats de sous-traitance qui ont pu être conclus par le transporteur pour un transport autre que par mer. Le Groupe de travail considérera peut-être que le projet de convention, qui définit clairement son propre champ d’application, n’a pas vocation à déterminer, selon ses propres termes, la loi qui devrait s’appliquer aux relations entre le transporteur et une partie exécutante non maritime. En tout état de cause, si le Groupe de travail devait adopter le projet d’article 89, il semblerait souhaitable de clarifier la relation entre ce dernier et le paragraphe 1 du projet d’article 27.

51. D’un autre côté, si le Groupe de travail devait conclure que le but recherché du projet d’article 89 est de donner une préséance générale à d’autres conventions de transport, même dans des domaines autres que la responsabilité (pour laquelle il y a une règle spécifique au paragraphe 1 du projet d’article 27), il voudra peut-être considérer que ce projet d’article est incompatible avec le caractère limité du système de réseau prévu au paragraphe 1 du projet d’article 27.

---

[20] *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, Hambourg, 6-31 mars 1978* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.80.VIII.1), deuxième partie, comptes rendus analytiques des séances de la deuxième Commission, 7e séance (A/CONF.89/C.2/SR.7), par. 50; voir également ibid., 9e séance (A/CONF.89/C.2/SR.9), par. 9.

[21] Ibid., 7e séance (A/CONF.89/C.2/SR.7), par. 39 à 62; 8e séance (A/CONF.89/C.2/SR.8), par. 4 à 30; 9e séance (A/CONF.89/C.2/SR.9), par. 2 à 34.

52. De même, en ce qui concerne le projet d'article 90, si le Groupe de travail devait conclure que la raison d'être de cette disposition était initialement d'offrir une solution complémentaire en cas de conflit entre des régimes de responsabilité divergents dans différentes conventions internationales, il souhaitera peut-être considérer que cette disposition est, elle aussi, inutile et entrerait, en tout état de cause, en conflit avec le projet d'article 89, si elle était retenue. En effet, le projet d'article 90 a été inséré alors que le projet de convention ne limitait pas explicitement les assignations directes aux actions entre parties au contrat-cadre de transport maritime, et il est possible qu'il soit devenu obsolète, car les types de conflits qu'il était censé régler ont peut-être été évités depuis grâce à l'affinement du champ d'application du projet de convention à la suite du soutien presque unanime du Groupe de travail en faveur de l'exclusion des parties exécutantes non maritimes du régime de responsabilité du projet d'instrument (voir A/CN.9/544, par. 20 à 27).

53. En revanche, si le Groupe de travail considérait le projet d'article 90 comme une règle générale destinée à résoudre les éventuels conflits résiduels avec d'autres conventions dans des domaines autres que la responsabilité du transporteur (voir, ci-dessus, par. 38), il souhaitera peut-être tout de même se demander si le nombre des situations de conflit possibles que ce projet d'article viserait à résoudre justifierait l'inclusion d'une disposition d'une telle portée. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que les clauses de préséance générale ne sont pas usuelles dans les conventions de droit commercial international. Elles sont plus fréquentes dans d'autres instruments, en particulier ceux qui portent création d'organisations internationales intergouvernementales (voir, par exemple, l'article 103 de la Charte des Nations Unies).

IV. Relation entre le projet de convention et d'autres instruments juridiques internationaux

54. L'article 16 du projet de convention qui figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.21 contenait une disposition sur la relation entre le projet de convention et les conventions relatives: à la limitation de la responsabilité liée à l'exploitation de navires; au transport par mer des passagers et de leurs bagages; et au dommage causé par un accident nucléaire. Ces dispositions, dont le contenu est inspiré des paragraphes 1, 3 et 4 de l'article 25 des Règles de Hambourg, forment actuellement les projets d'articles 91, 92 et 93 du projet de convention.

55. Le Groupe de travail voudra peut-être considérer que ces dispositions, en affirmant que ces autres conventions continuent de s'appliquer, évitent de manière satisfaisante les éventuels conflits entre ces dernières et le projet de convention.

I. Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Identité du transporteur – proposition de texte des Gouvernements de l'Italie et des Pays-Bas, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-huitième session

(A/CN.9/WG.III/WP.79) [Original: anglais]

En vue de la dix-huitième session du Groupe de travail III (Droit des transports), les Gouvernements de l'Italie et des Pays-Bas ont soumis au secrétariat la proposition jointe en annexe, relative à l'identité du transporteur dans le projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer].

Le document joint en annexe est la traduction d'un document reproduit tel qu'il a été reçu par le secrétariat

ANNEXE

Identité du transporteur

1. La présente proposition vise à répondre aux problèmes pratiques que soulèvent les documents de transport qui n'indiquent pas clairement l'identité du transporteur. Elle tente de tenir compte des observations qu'ont formulées des représentants lorsque le projet d'article 40-3 a été examiné précédemment[1].

2. Cette proposition part du postulat qu'en vertu de la fonction de preuve que remplit le document de transport, son porteur doit être capable de déterminer à partir du document lui-même qui est le transporteur. En principe, il ne devrait pas être nécessaire, pour le découvrir, d'étudier les relations contractuelles qui existent entre le chargeur et le transporteur.

3. Le premier problème pratique abordé dans cette proposition est celui qui se pose lorsque le recto du document n'est pas clair. En effet, cette face peut comprendre certains noms qui, sur le plan juridique, peuvent désigner les agents de réservation ou seulement la raison sociale du transporteur[2]. Or, il importe que le transporteur soit *identifié* comme tel dans le document. Il est donc proposé de reformuler l'article 38 e) comme suit:

> "*e) Le nom et l'adresse d'une personne identifiée comme étant le transporteur;*"

---

[1] Voir A/CN.9/526, par. 56 à 60 et A/CN.9/WG.III/WP.62, par. 27 à 34.

[2] Cela satisfait aux exigences des articles 23 a) i) et 26 a) i) des Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires de la CCI (RUU 500). Ces articles, cependant, admettent également un connaissement signé par le capitaine du navire effectuant le transport, sans que le transporteur soit identifié.

4. Un deuxième problème pratique se pose lorsque le transporteur est identifié au recto d'un document (souvent dans la signature) et qu'une clause sur l'identité du transporteur ou une clause de dévolution désignant le propriétaire du navire effectuant le transport comme le transporteur figure en petits caractères au verso dudit document. Ces deux indications de l'identité du transporteur entrent souvent en conflit. On pourrait remédier à l'ambiguïté qui en découle en veillant à ce que les informations qui figurent au recto du document priment celles qui figurent au verso. À cette fin, il est proposé le libellé suivant:

> "*Si une personne est identifiée comme le transporteur au recto d'un document de transport ou d'un enregistrement électronique concernant le transport, toute information au verso de ce document ou de cet enregistrement identifiant expressément ou implicitement une autre personne comme le transporteur est dépourvue d'effet juridique*."

5. Troisièmement, il se peut qu'à partir du document, il ne puisse être déterminé de manière suffisamment claire qui est le transporteur. Actuellement, de nombreux documents de transport ne satisfont pas l'exigence du projet d'article 38 e). L'exemple le plus courant est celui d'un document signé par le capitaine (ou en son nom). Dans ce cas, il est rarement précisé si le capitaine a signé sous l'autorité du propriétaire du navire ou d'une autre personne telle que l'affréteur à temps ou l'affréteur au voyage. Dans de nombreux pays, le traitement de la question a permis l'établissement d'une jurisprudence et, dans certains, il peut en outre exister des dispositions législatives. Ces solutions nationales, cependant, sont loin d'être uniformes. Pour répondre au problème, l'actuel projet d'article 40-3 introduit une présomption sauf preuve contraire selon laquelle le propriétaire inscrit est le transporteur. Lors de précédentes discussions, cependant, ce projet de disposition a soulevé plusieurs questions cruciales. C'est pourquoi un nouveau projet de texte plus affiné, pouvant répondre à la plupart des préoccupations exprimées, est proposé ci-dessous pour remplacer le libellé actuel de l'article 40-3:

> *"Si aucune personne n'est identifiée dans le document de transport ou l'enregistrement électronique concernant le transport comme le transporteur ou si le nom et l'adresse de ce dernier n'y sont pas indiqués, mais les données du contrat indiquent que les marchandises ont été chargées sur un navire désigné, le propriétaire inscrit du navire est présumé être le transporteur, à moins qu'il ne prouve que le navire faisait l'objet d'un affrètement coque nue au moment du transport, qu'il n'identifie l'affréteur coque nue et n'en indique l'adresse, auquel cas ledit affréteur est présumé être le transporteur.*
>
> *Le propriétaire peut aussi réfuter la présomption d'être le transporteur en identifiant le transporteur et en indiquant l'adresse de ce dernier. L'affréteur coque nue peut réfuter toute présomption d'être le transporteur de la même manière.*"

6. Dans l'éventualité où le projet de libellé proposé au paragraphe précédent serait retenu, il faudrait logiquement prévoir une disposition selon laquelle le délai de prescription d'un an doit être prolongé dans les cas où la présomption est réfutée. Cette disposition pourrait être libellée comme suit:

> "*Si le propriétaire a identifié l'affréteur coque nue et en a indiqué l'adresse, ou si l'un ou l'autre a identifié le transporteur et en a indiqué l'adresse, le délai mentionné à l'article 69 ne commence pas à courir à compter de la date*

à laquelle une procédure judiciaire ou arbitrale est introduite contre le propriétaire inscrit ou l'affréteur coque nue jusqu'à l'expiration d'un délai de 90 jours à compter de la date à laquelle les informations pertinentes sont communiquées par le propriétaire ou l'affréteur coque nue, selon le cas."

7. Enfin, d'un point de vue rédactionnel, il est proposé au secrétariat de supprimer l'actuel paragraphe 3 du projet d'article 40 afin de créer un nouvel article qui serait placé entre les articles 38 et 39 actuels et qui, en cas d'adoption, reprendrait les libellés présentés aux paragraphes 4, 5 et 6 ci-dessus. Ce nouvel article pourrait être intitulé:

"*Identité du transporteur*".

J. Rapport du Groupe de travail III (Droit des transports) sur les travaux de sa dix-neuvième session (New York, 16-27 avril 2007)

(A/CN.9/621) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
	Introduction	1-7
I.	Délibérations et décisions	8
II.	Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]	9-304
	Chapitre 1 – Dispositions générales	9-17
	Projet d'article 1. Définitions	9
	Projet d'article 2. Interprétation de la présente Convention	10
	Projet d'article 3. Conditions de forme	11
	Projet d'article 4. Applicabilité des exonérations et des limites de responsabilité	12-17
	Chapitre 2 – Champ d'application	18-22
	Projet d'article 5. Champ d'application général	18
	Projet d'article 6. Exclusions particulières	19-21
	Projet d'article 7. Application à certaines parties	22
	Chapitre 3 – Documents électroniques concernant le transport	23-27
	Définitions du projet d'article 1 en rapport avec le chapitre 3	24-25
	Projet d'article 8. Utilisation et effet des documents électroniques concernant le transport; Projet d'article 9. Procédures d'utilisation des documents électroniques négociables concernant le transport; Projet d'article 10. Remplacement d'un document de transport négociable ou d'un document électronique négociable concernant le transport; projet d'article 59-2	26-27
	Chapitre 4 – Durée de la responsabilité	28-49
	Projet d'article 11. Durée de la responsabilité du transporteur	28-33
	Projet d'article 12. Déplacement n'entrant pas dans le champ du contrat de transport	34-43
	Version révisée du projet d'article 12	44-49
	Chapitre 5 – Obligations du transporteur	50-62
	Projet d'article 13. Transport et livraison des marchandises	50-51
	Projet d'article 14. Obligations particulières	52-54

Projet d'article 15. Marchandises pouvant devenir dangereuses 55-57

Projet d'article 16. Obligations particulières applicables au voyage par 58-62

Chapitre 6 – Responsabilité du transporteur pour perte, dommage ou retard 63-117

Projet d'article 17. Fondement de la responsabilité 63-74

Projet d'article 18. Responsabilité du transporteur du fait d'autrui 75-82

Projet d'article 19. Responsabilité des parties exécutantes maritimes 83-97

Projet d'article 20. Responsabilité solidaire et compensation 98-105

Projet d'article 22. Calcul de la réparation 106-109

Projet d'article 23. Avis de perte, de dommage ou de retard 110-117

Chapitre 7 – Dispositions supplémentaires relatives à des étapes particulières du transport 118-126

Projet d'article 24. Déroutement durant le transport par mer 118-119

Projet d'article 25. Marchandises en pontée sur des navires 120-126

Chapitre 1 – Dispositions générales 127-153

Projet d'article 1. Définitions. 127

Paragraphes 6 et 7 – "partie exécutante" et "partie exécutante maritime" 128-138

Paragraphe 8 – "partie exécutante non maritime" 139-140

Version révisée du projet d'article 1-6 et 1-7 ("partie exécutante" et "partie exécutante maritime"); et des projets d'articles 4, 18 et 19. 141-153

Chapitre 19 – Validité des clauses contractuelles 154-176

Projet d'article 88. Dispositions générales 155-160

Projet d'article 89 – Règles spéciales pour les contrats de volume. 161-172

Projet d'article 90. Règles spéciales pour les animaux vivants et certaines autres marchandises 173-176

Responsabilité en cas de retard de livraison de marchandises 177-184

Projet d'article 26. Transport précédant ou suivant un transport par mer. 185-193

Paragraphe 2 du projet d'article 62-2 concernant les limites de responsabilité 194-203

Projet d'article 84. Conventions internationales régissant le transport de marchandises par air 204-206

Chapitre 8 – Obligations du chargeur envers le transporteur 207-263

Projet d'article 27. Remise des marchandises pour le transport. 207-213

Projet d'article 28. Obligation du chargeur et du transporteur de fournir des informations et des instructions 214-216

Projet d'article 29. Obligation du chargeur de fournir des informations, instructions et documents 217-219

Projet d'article 30. Fondement de la responsabilité du chargeur envers le transporteur 220-238

Texte révisé du projet d'article 30 239-243

Projet d'article 31. Informations pour l'établissement des données du contrat 244-248

Projet d'article 32. Règles spéciales concernant les marchandises dangereuses . . . 249-253

Projet d'article 33. Fait pour le chargeur documentaire d'assumer les droits et obligations du chargeur 254-256

Projet d'article 34. Responsabilité du chargeur pour fait d'autrui 257-260

Projet d'article 35. Cessation de la responsabilité du chargeur 261-263

Chapitre 9 – Documents de transport et documents électroniques concernant le transport 264-304

Projet d'article 36. Émission du document de transport ou du document électronique concernant le transport. 266-268

Projet d'article 37. Données du contrat 269-277

Projet d'article 38. Identité du transporteur. 278-288

Projet d'article 39. Signature 289-293

Projet d'article 40. Lacunes dans les données du contrat 294-297

Projet d'article 41. Réserves concernant la description des marchandises dans les données du contrat 298-300

Projet d'article 42. Force probante des données du contrat 301-302

Projet d'article 43. "Fret payé d'avance". 303-304

III. Questions diverses 305

Organisation des travaux futurs 305

Introduction

1. À sa trente-quatrième session, en 2001, la Commission a créé le Groupe de travail III (Droit des transports) et l'a chargé d'élaborer, en étroite coopération avec les organisations internationales intéressées, un instrument législatif sur des questions liées au transport international de marchandises, telles que le champ d'application, les obligations et la responsabilité du transporteur, la durée de cette responsabilité, les obligations du chargeur et les documents de transport[1]. Le Groupe de travail a commencé à examiner un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] à sa neuvième

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 345.

session, en 2002. On trouvera un historique actualisé de ce projet dans le document A/CN.9/WG.III/WP.80.

2. Le Groupe de travail III (Droit des transports), qui est composé de tous les États membres de la Commission, a tenu sa dix-neuvième session à New York du 16 au 27 avril 2007. Ont assisté à cette session des représentants des États membres du Groupe de travail suivants: Afrique du Sud, Algérie, Allemagne, Argentine, Australie, Autriche, Bélarus, Bénin, Brésil, Cameroun, Canada, Chili, Chine, Colombie, Équateur, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Gabon, Guatemala, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Japon, Kenya, Liban, Maroc, Mexique, Nigéria, Ouganda, Pakistan, République de Corée, République tchèque, Singapour, Suède, Suisse, Thaïlande, Tunisie, Turquie, Venezuela (République bolivarienne du) et Zimbabwe.

3. Ont également assisté à la session des observateurs des États suivants: Arabie saoudite, Burkina Faso, Burundi, Chypre, Congo, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Danemark, El Salvador, Finlande, Ghana, Grèce, Indonésie, Koweït, Lesotho, Lettonie, Malaisie, Niger, Norvège, Nouvelle-Zélande, Panama, Pays-Bas, Pérou, Philippines, République démocratique du Congo, République dominicaine, République de Moldova, Roumanie, Saint-Siège, Sénégal, Ukraine et Yémen.

4. Ont en outre assisté à la session des observateurs des organisations internationales suivantes:

a) **Organisations intergouvernementales**: Commission européenne, Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique;

b) **Organisations internationales non gouvernementales invitées par le Groupe de travail**: Association européenne des étudiants en droit (ELSA), Association of American Railroads (AAR), BIMCO, Chambre de commerce internationale (CCI), Chambre internationale de la marine marchande (CIMM), Comité maritime international (CMI), Conseil des chargeurs européens, Fédération internationale des associations de transitaires et assimilés (FIATA), Institut ibéro-américain de droit maritime (IIDM), International Group of Protection and Indemnity (P&I) Clubs, International MultiModal Transport Association (IMMTA), Organisation maritime pour l'Afrique de l'Ouest et du Centre (OMAOC), Union internationale d'assurances transports et Université maritime mondiale.

5. Le Groupe de travail a élu les membres du Bureau ci-après:

Président: M. Rafael Illescas (Espagne)

Rapporteur: M. Walter de Sá Leitão (Brésil)

6. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants:

a) Ordre du jour provisoire annoté et rectificatif (A/CN.9/WG.III/WP.80 et A/CN.9/WG.III/WP.80/Corr.1);

b) Le projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] et rectificatif (A/CN.9/WG.III/WP.81 et A/CN.9/WG.III/WP.81/Corr.1);

c) Un document exposant la position du Comité national français de la Chambre de commerce internationale (ICC France) (A/CN.9/WG.III/WP.82);

d) Un document présentant la position du Conseil des chargeurs européens (A/CN.9/WG.III/WP.83);

e) Une proposition du Gouvernement des États-Unis d'Amérique relative à la définition de la "partie exécutante maritime" (A/CN.9/WG.III/WP.84);

f) Une proposition de texte du Gouvernement suédois sur les obligations du chargeur (A/CN.9/WG.III/WP.85);

g) Une proposition des Gouvernements danois, norvégien et finlandais sur le projet d'article 37-1 a) relatif aux données du contrat (A/CN.9/WG.III/WP.86);

h) Un document contenant des commentaires de la Chambre internationale de la marine marchande, du BIMCO et de l'International Group of P&I Clubs sur le projet de convention (A/CN.9/WG.III/WP.87);

i) Une proposition commune des Gouvernements australien et français concernant les contrats de tonnage (A/CN.9/WG.III/WP.88);

j) Un document contenant des propositions du Gouvernement français concernant l'articulation entre le projet de convention sur le transport effectué entièrement ou partiellement par mer et les conventions applicables aux modes de transport terrestre ou aérien (A/CN.9/WG.III/WP.89);

k) Des propositions soumises par l'Union internationale des transports routiers (IRU) concernant les articles 1-7, 26 et 90 du projet de convention (A/CN.9/WG.III/WP.90);

l) Une proposition du Gouvernement des États-Unis d'Amérique sur le retard du transporteur et du chargeur (A/CN.9/WG.III/WP.91); et

m) Une proposition commune de l'Australie et de la France sur la liberté contractuelle dans le cadre des contrats de tonnage (A/CN.9/612).

7. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour ci-après:

1. Élection du Bureau.
2. Adoption de l'ordre du jour.
3. Élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer].
4. Questions diverses.
5. Adoption du rapport.

I. Délibérations et décisions

8. Le Groupe de travail a poursuivi son examen du projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] ("le projet de convention") en se fondant sur le texte contenu à l'annexe d'une note du secrétariat (A/CN.9/WG.III/WP.81). Il lui a été rappelé que le texte figurant dans cette note était le résultat de négociations menées en son sein depuis 2002. Le Groupe de travail est convenu que si les dispositions du projet de convention pourraient encore être améliorées et clarifiées, pour autant qu'elles reflètent le consensus déjà existant, les principes retenus, eux, ne devraient être réexaminés que

si une volonté collective forte s'exprimait en ce sens. Il est rendu compte de ces délibérations et conclusions dans la section II ci-dessous (voir par. 9 à 304 ci-dessous). On notera que toutes les références au document A/CN.9/WG.III/WP.81 dans les paragraphes suivants renvoient au document en question, tel que rectifié par le document A/CN.9/WG.III/WP.81/Corr.1.

II. Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]

Chapitre 1. Dispositions générales

Projet d'article 1. Définitions

9. Le Groupe de travail est convenu de ne pas examiner le projet d'article 1 avant d'avoir trouvé accord sur les articles de fond relatifs aux termes définis dans ce projet d'article.

Projet d'article 2. Interprétation de la présente Convention

10. Le Groupe de travail a rappelé que le texte du projet d'article 2 correspondait à celui contenu dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56. Notant qu'il s'agissait d'une disposition courante dans de nombreuses conventions internationales, il a approuvé quant au fond le texte du projet d'article 2.

Projet d'article 3. Conditions de forme

11. Le Groupe de travail a estimé que le texte du projet d'article 3 était acceptable dans l'attente d'un examen plus poussé des renvois qu'il contenait. Il est aussi convenu qu'il pourrait être souhaitable d'insérer dans le texte final une note explicative indiquant que tous les avis envisagés dans le projet de convention qui n'étaient pas expressément mentionnés dans le projet d'article 3 pouvaient être adressés par tout moyen, y compris verbalement, ou par un échange de messages de données qui ne satisfaisaient pas à la définition de "communication électronique".

Projet d'article 4. Applicabilité des exonérations et des limites de responsabilité

12. Notant que le projet d'article 4 faisait référence à la "partie exécutante maritime", le Groupe de travail est convenu de ne pas discuter de ce terme avant l'examen des projets d'articles 18 et 19, qui traitaient des parties exécutantes d'une manière générale.

13. La nécessité d'inclure le projet d'article 4 a été mise en doute étant donné que le projet d'article 5 précisait déjà le champ d'application du projet de convention. Il a été fait observer que, dans de nombreux pays, les tribunaux pourraient faire bénéficier d'autres parties agissant pour le compte du transporteur des exonérations et des limites de responsabilité prévues dans le projet de convention, même en l'absence d'une disposition comme le projet d'article 4. Il a été répondu que la disposition était utile dans certains pays. Il a également été signalé que le projet d'article correspondait à des dispositions similaires des Règles de La Haye-Visby et

de Hambourg. Il a été dit que sa suppression pourrait être interprétée comme infirmant la règle figurant dans ces conventions antérieures.

14. La structure et les principes sous-jacents du projet d'article 4 ont été soutenus, mais il a été noté que, dans sa formulation actuelle, le projet semblait ne s'appliquer qu'aux actions intentées contre le transporteur. Il a été suggéré que le projet d'article 4 s'applique aussi aux chargeurs dans la mesure où la responsabilité de ces derniers était couverte par le projet de convention. Cette proposition a été appuyée.

15. On s'est par ailleurs inquiété de ce que le libellé actuel du projet d'article 4 ne mentionnait que les "exonérations" et les "limites de responsabilité", ce qui risquait d'être trop restrictif et de ne pas protéger le droit du transporteur à un for approprié en vertu du projet de convention. Il a été suggéré que le projet d'article 4 soit revu pour que l'effet recherché soit le même dans tous les pays.

16. On s'est interrogé sur la signification des mots "ou autrement". Ces mots ont été jugés utiles pour englober les actions autres que celles fondées sur la responsabilité contractuelle ou délictuelle, par exemple les actions en restitution ou les actions découlant d'un quasi-contrat. Il a été convenu de les conserver afin que le projet d'article soit suffisamment large pour s'appliquer à des situations susceptibles de survenir dans différents systèmes juridiques.

17. Le Groupe de travail a adopté quant au fond les définitions figurant dans les paragraphes 5, 9 et 25 du projet d'article 1. Il est convenu de conserver le projet d'article 4 – même s'il était jugé inutile dans certains systèmes juridiques – et d'en étendre le champ d'application aux chargeurs dans la mesure où la responsabilité de ces derniers était régie par le projet de convention. Il est également convenu de conserver les mots "ou autrement" et a prié le secrétariat d'en examiner l'utilité. En ce qui concerne les questions procédurales, le Groupe de travail est convenu d'examiner le champ d'application des exonérations et limites de responsabilité une fois ces termes fixés.

Chapitre 2. Champ d'application

Projet d'article 5. Champ d'application général

18. Le Groupe de travail a noté que le projet d'article 5 correspondait au texte du projet d'article 8 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56. Il a approuvé la définition du terme "contrat de transport" contenue dans le paragraphe 1 du projet d'article 1. Il a également approuvé le texte du projet d'article 5, tel que proposé dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81.

Projet d'article 6. Exclusions particulières

19. Le Groupe de travail a noté que le projet d'article 6 correspondait au texte du projet d'article 9 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56. On a estimé que, les chartes-parties ne relevant pas du transport de ligne régulière, il fallait supprimer l'alinéa a) du paragraphe 1 et employer plutôt une expression du type "contrat d'utilisation d'un espace sur un navire".

20. Il a été noté que le projet d'article 6 était le fruit d'un compromis et il fallait se garder de rouvrir le débat sur des questions qui avaient été réglées dans cette

disposition. On a fait observer qu'en règle générale une distinction était faite entre le transport de ligne régulière et les chartes-parties, mais que ces dernières étaient parfois utilisées dans le transport régulier et que le projet de convention devait par conséquent tenir compte de cette évolution. Il a aussi été rappelé que le Groupe de travail était précédemment convenu que la nouvelle convention devrait avoir un champ d'application au moins aussi étendu que celui des Règles de La Haye et de La Haye-Visby, qui s'appliquaient également aux contrats de transport sous connaissement dans le transport autre que de ligne régulière.

21. Plusieurs suggestions ont été faites pour clarifier le texte. Il a été proposé de supprimer le mot "contrats" de l'alinéa b) du paragraphe 1 du projet d'article 6 pour le remplacer par "autres arrangements contractuels", de supprimer les mots "contrat d'utilisation" de l'alinéa a) du paragraphe 2 pour les remplacer par "autre arrangement contractuel n'a été conclu entre les parties en vue de l'utilisation", ainsi que de supprimer, après "sur ce navire", les mots "n'a été conclu entre les parties, que ce contrat soit ou non une charte-partie". Bien que ces propositions aient été appuyées, le Groupe de travail est convenu que le secrétariat devrait d'abord s'assurer qu'elles avaient bien pour seul effet de clarifier le texte et qu'elles ne modifiaient pas, sur le fond, le champ d'application du projet d'article 6. Le Groupe de travail a accepté la disposition, sous réserve d'une clarification du texte.

Projet d'article 7. Application à certaines parties

22. Il a été demandé si la référence à l'expéditeur dans le projet d'article 7 était appropriée car elle donnait l'impression que le projet de convention réglementait la relation entre le transporteur et l'expéditeur. Tout en convenant que le projet de convention ne régissait pas la relation entre ces deux personnes dans tous les cas, le Groupe de travail a noté qu'en fait celui-ci réglementait cette relation dans des cas particuliers. Il importait donc de mentionner l'expéditeur dans le projet d'article 7. Il a été proposé de revoir ce projet d'article et d'y insérer éventuellement un renvoi au projet d'article 79 afin que le projet d'article 7 n'ait pas d'incidence négative sur une convention d'arbitrage figurant dans un connaissement détenu par un tiers. Cette proposition a été appuyée. Le Groupe de travail a accepté la disposition, sous réserve de l'insertion de tout renvoi nécessaire.

Chapitre 3. Documents électroniques concernant le transport

23. Il a été rappelé au Groupe de travail que son examen le plus récent du projet de chapitre 3 sur les documents électroniques concernant le transport remontait à sa quinzième session (voir A/CN.9/576, par. 180 à 210). Pour son examen des dispositions de ce chapitre, il s'est fondé sur le texte figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81.

Définitions du projet d'article 1 en rapport avec le chapitre 3

24. Le Groupe de travail a examiné le libellé des définitions du projet d'article 1 qui étaient considérées comme ayant un lien étroit avec le chapitre 3, à savoir celles du "document de transport" (paragraphe 16); du "document de transport négociable" (paragraphe 17); du "document de transport non négociable" (paragraphe 18); du "document électronique concernant le transport" (paragraphe 20); du "document électronique négociable concernant le transport" (paragraphe 21); du "document

électronique non négociable concernant le transport" (paragraphe 22); de l'"émission" et du "transfert d'un document électronique négociable concernant le transport" (paragraphe 23). Il a rappelé que ces définitions étaient le résultat de consultations d'experts menées avec le Groupe de travail IV sur le commerce électronique et que ces dispositions, comme l'ensemble du chapitre, étaient considérés comme étant à la fois soigneusement rédigés et de nature très technique. Selon un avis, la définition du "document de transport non négociable" telle qu'elle figurait dans le paragraphe 18 du projet d'article 1, jugée redondante, pourrait éventuellement être supprimée, mais on s'est prononcé en faveur de son maintien dans le souci de préserver l'objectif consistant à prévoir dans le projet de convention un équivalent électronique pour tout document papier.

Conclusions du Groupe de travail concernant les définitions du projet d'article 1 en rapport avec le chapitre 3

25. Le Groupe de travail est convenu que les définitions du projet d'article 1 mentionnées au paragraphe précédent étaient acceptables telles qu'elles figuraient dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81.

Projet d'article 8. Utilisation et effet des documents électroniques concernant le transport;
Projet d'article 9. Procédures d'utilisation des documents électroniques négociables concernant le transport;
Projet d'article 10. Remplacement d'un document de transport négociable ou d'un document électronique négociable concernant le transport; Projet d'article 59-2

26. Le Groupe de travail a ensuite examiné le libellé du chapitre 3, comportant les projets d'articles 8, 9 et 10, ainsi que celui du projet d'article 59-2, qu'il avait traités ensemble, a-t-on rappelé, dans le cadre de la série de dispositions du projet de convention relatives au commerce électronique lors de son dernier examen de ce chapitre. Il a été rappelé que ces dispositions étaient aussi le fruit de consultations d'experts menées avec le Groupe de travail IV sur le commerce électronique et qu'elles étaient considérées comme étant à la fois soigneusement rédigées et de nature très technique.

Conclusions du Groupe de travail concernant le chapitre 3 et le projet d'article 59-2

27. Le Groupe de travail est convenu que les dispositions du chapitre 3 et du projet d'article 59-2 telles qu'elles figuraient dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81 étaient acceptables.

Chapitre 4. Durée de la responsabilité

Projet d'article 11. Durée de la responsabilité du transporteur

28. Il a été rappelé au Groupe de travail que son examen le plus récent du projet d'article 11 sur la durée de la responsabilité du transporteur remontait à sa seizième session (voir A/CN.9/591, par. 190 à 208). Il a examiné ensuite ce projet d'article tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81.

Paragraphe 1

29. Des clarifications ont été demandées au sujet de la différence entre la définition du terme “transporteur” (projet d’article 1-5) et celle du terme “partie exécutante” (projet d’article 1-6), à savoir que, contrairement au premier, le second terme englobait aussi les salariés, les représentants et les sous-traitants. On a demandé si cette différence pourrait être source d’ambiguïté quant au moment où débutait la responsabilité du transporteur lorsque les marchandises étaient reçues par un de ses salariés ou de ses représentants et non par lui. Il a été expliqué qu’on s’était précisément efforcé dans le projet de convention d’éviter les questions de représentation. Toutefois, dans certains cas, il avait été jugé important de souligner qu’une disposition particulière englobait les transporteurs agissant par l’intermédiaire de leurs représentants, d’où l’emploi des mots “le transporteur ou une partie exécutante”, mais qu’en règle générale les salariés du transporteur seraient visés par la disposition du fait de leur inclusion dans la définition de la partie exécutante.

Paragraphe 2

30. Le libellé du projet de paragraphe 2 a suscité des inquiétudes car on a estimé que, tel qu’actuellement rédigé, il confondait le moment et le lieu contractuels et le moment et le lieu effectifs de réception et de livraison. Selon un avis, le lieu de livraison était en tout état de cause sans importance pour déterminer la durée de responsabilité du transporteur et il a été proposé d’ajuster le libellé du projet de paragraphe 2 pour en tenir compte. Selon l’opinion contraire, qui a été appuyée, le moment comme le lieu de réception et de livraison étaient importants pour définir la durée de la responsabilité et, en tout état de cause, il importait de fixer les paramètres de ces termes pour d’autres dispositions du projet de convention. Il a en outre été expliqué que le projet de paragraphe 2 visait à préciser davantage le projet de paragraphe 1 et on est convenu qu’il faudrait faire apparaître cette relation plus clairement.

31. On a aussi soulevé la question de savoir si le libellé du projet de paragraphe 2 b) pourrait entraîner une interruption de la durée de responsabilité du transporteur, étant donné que, conformément à ce projet de paragraphe, le déchargement des marchandises par le transporteur dans un entrepôt dont il était propriétaire marquerait la fin de la durée de sa responsabilité. Il a toutefois été proposé que cette durée soit étendue au moment où le destinataire retirait effectivement les marchandises. À cela il a été répondu que, si le transporteur stockait les marchandises, il le ferait probablement en vertu d’un accord avec le chargeur ou conformément à des coutumes et des usages, faute de quoi ce stockage serait soumis au projet d’article 50 qui visait par un jeu combiné avec le projet d’article 11 à éviter toute interruption de la durée de responsabilité du transporteur.

Propositions rédactionnelles

32. Afin de clarifier la relation entre les projets de paragraphes 1 et 2, il a été proposé d’ajouter les mots “aux fins du paragraphe 1 du présent projet d’article” au début du projet de paragraphe 2. Il a été signalé en outre que, dans la version anglaise, les mots “discharge or unloading” (déchargement) étaient employés dans le projet de paragraphe 2 b) mais uniquement le mot “discharge” dans le projet de paragraphe 4 b). Il a été proposé de supprimer le mot “discharge” et d’employer le

terme “unloading” dans les deux cas. Enfin, on a demandé des éclaircissements quant aux conséquences d’un contrat de transport contraire au projet de paragraphe 4 et on a proposé de modifier la disposition de manière à indiquer qu’une clause d’un contrat de transport serait nulle dans la mesure où elle violerait les dispositions de ce projet de paragraphe.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d’article 11

33. Le Groupe de travail a souscrit d’un commun accord à l’objectif du projet d’article 11 tel qu’il figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81, ainsi qu’aux propositions rédactionnelles formulées dans le paragraphe précédent. En outre, le secrétariat a été prié d’examiner les améliorations qui pourraient être apportées au projet de paragraphe 1 pour préciser la relation entre ce dernier et le projet de paragraphe 2 de la disposition, ainsi que la manière de modifier le texte pour faire en sorte que la responsabilité du transporteur ne commence pas à courir si le chargeur ne lui avait pas remis les marchandises comme stipulé au contrat de transport.

Projet d’article 12. Déplacement n’entrant pas dans le champ du contrat de transport

34. Il a été rappelé au Groupe de travail que son examen le plus récent du projet d’article 12 sur les déplacements n’entrant pas dans le champ du contrat de transport remontait à sa neuvième session (voir A/CN.9/510, par. 41 et 42). Le Groupe de travail a procédé à l’examen de ce projet d’article tel qu’il figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81.

35. Il a été rappelé au Groupe de travail que deux variantes de la seconde phrase figuraient entre crochets dans le texte pour qu’il les examine.

36. À titre de remarque générale, on a fait observer que le libellé du projet d’article 12 paraissait inhabituel car il donnait l’impression que le transporteur accordait une faveur au chargeur au lieu de lui fournir un service et qu’il pouvait de ce fait limiter toute responsabilité qu’il était susceptible d’encourir en s’acquittant de ce service. Il aussi été dit que ce projet d’article semblait de façon générale permettre aux transporteurs de proposer des services supplémentaires aux chargeurs. On a toutefois fait valoir que cette disposition pourrait donner lieu à des abus de la part de transporteurs qui souhaiteraient se soustraire à leur responsabilité liée à la fourniture appropriée du service. À cela il a été répondu que le projet d’article 12 visait à couvrir les cas où le chargeur demandait expressément le service supplémentaire dans le cadre d’un contrat dit “mixte”, c’est-à-dire comportant un volet transport et un volet transit qui pourraient être couverts par un document de transport unique. Il a en outre été précisé qu’il s’agissait en fait dans le projet d’article de souligner que le champ d’application du projet de convention se limitait au contrat de transport, mais que, grâce à cette disposition particulière, il tiendrait compte des cas où le transporteur fournirait au chargeur des services supplémentaires au-delà du contrat de transport, aux risques et pour le compte de ce dernier. L’intention, en insérant une telle disposition, n’était pas de supprimer l’obligation du transporteur dans l’exécution du service supplémentaire, mais de faire ressortir que toute responsabilité qui en découlait ne relevait pas du contrat de transport et sortait donc nécessairement du champ d’application du projet de

convention. Un tel service supplémentaire fourni par le transporteur n'en resterait pas moins soumis à responsabilité en vertu d'autres régimes juridiques applicables.

37. Certains participants se sont fermement prononcés en faveur de la suppression du projet d'article 12. Il a toutefois été noté que ce projet de disposition visait à éliminer une forme d'abus, où le transporteur incorporerait des clauses types dans le contrat de transport de manière à n'engager sa responsabilité que s'il transportait les marchandises sur son propre navire. Bien que l'on ait indiqué que cette pratique était moins courante aujourd'hui, on a souligné que le projet d'article 12 visait à protéger les chargeurs contre de tels abus et que sa suppression pourrait faire persister cette pratique abusive, ce qui serait une source d'ambiguïté et d'inéquité. Selon l'avis qui a prévalu dans le Groupe de travail, il fallait conserver ce projet de disposition.

Première variante de la seconde phrase

38. L'approche adoptée dans la première variante entre crochets de la seconde phrase a été appuyée, en particulier du fait qu'il était de plus en plus fréquent dans le transport maritime moderne, et conforme à la pratique du secteur, que les chargeurs demandent des connaissements directs, par exemple dans le cas où le transporteur ne pouvait exécuter le transport intérieur ou lorsqu'il était nécessaire que le chargeur prenne ses propres dispositions pour acheminer les marchandises, mais où un crédit documentaire exigeait que l'ensemble du transport soit couvert par un document de transport unique. Cette approche a aussi été appuyée en ce sens que lorsque le transporteur agissait comme représentant du chargeur, en dehors de ses obligations en vertu du contrat de transport, il ne devrait être tenu responsable qu'en cette qualité de représentant et non être soumis au projet de convention pour les services supplémentaires.

39. On a toutefois exprimé la crainte que la première variante, telle qu'elle était rédigée, ne soit pas claire, et un certain nombre de modifications ont été proposées. Selon une suggestion, le transporteur devrait être responsable pendant toute la durée pour laquelle il organisait un déplacement supplémentaire au nom du chargeur. L'avis a également été émis qu'il ne ressortait pas clairement du texte si le transporteur était tenu responsable à l'égard d'un tiers porteur d'un document, et on a dit qu'une telle disposition pouvait poser problème en ce qui concernait l'identité du transporteur, ce qui pourrait être traité dans le projet d'article 38. Le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait améliorer et clarifier le libellé de la disposition. Une proposition à cet égard a été de préciser dans le titre qu'il était question de "contrats mixtes". On a fait observer aussi que la disposition employait deux termes différents à savoir: "déplacement particulier" et "déplacement supplémentaire", et il a été dit qu'il faudrait la réexaminer pour en assurer la cohérence terminologique.

40. On s'est en outre dit préoccupé par le fait que la disposition semblait créer une nouvelle obligation du transporteur, ce qui pourrait lui permettre de limiter sa responsabilité pour manquement à une obligation lui incombant "en vertu de la présente Convention" conformément au projet d'article 62-1, même si ce manquement ne découlait pas du contrat de transport. Une solution proposée pour remédier à ce problème a été de reformuler la première variante comme suit: "Si le transporteur organise le déplacement supplémentaire comme prévu dans ce document, il est réputé le faire au nom du chargeur." Le Groupe de travail a appuyé

cette proposition de modification du texte de la première variante telle qu'elle figure dans la seconde phrase du projet d'article 12.

Seconde variante de la seconde phrase

41. L'approche adoptée dans la seconde variante entre crochets de la seconde phrase a bénéficié d'un certain appui. Il a toutefois été proposé d'y apporter certaines modifications, par exemple d'y inclure les mots "sauf convention contraire" de manière à n'en faire qu'une disposition supplétive. Selon un avis, certains éléments de la seconde variante pourraient être conservés et repris dans le texte reformulé à partir de la première variante. Le Groupe de travail n'a toutefois pas adopté cette seconde variante de la seconde phrase du projet d'article 12.

Emplacement du projet d'article 12 dans le texte

42. Il a été proposé de placer le projet d'article 12 ailleurs dans le texte, éventuellement dans le chapitre 5 à la suite du projet d'article 18.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 12

43. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

– Qu'il faudrait conserver le projet d'article 12 dans le projet de convention en retenant l'approche adoptée dans la première variante de la seconde phrase, mais en en clarifiant considérablement le libellé compte tenu des préoccupations formulées aux paragraphes 34 à 41 ci-dessus; et

– Qu'il faudrait examiner l'emplacement approprié pour cette disposition dans le projet de convention.

Version révisée du projet d'article 12

44. Compte tenu de ses décisions concernant le projet d'article 12 (voir ci-dessus par. 43), le Groupe de travail a poursuivi ses délibérations en se fondant sur la version révisée ci-après de la disposition:

> "Article 12. Déplacement n'entrant pas dans le champ du contrat de transport
>
> À la demande du chargeur, le transporteur peut accepter d'émettre un document de transport unique ou un document électronique unique concernant le transport qui inclut un déplacement particulier [n'entrant pas dans le champ du contrat de transport] [pour lequel il n'est pas le transporteur]. Dans ce cas, sa responsabilité ne s'étend que sur la durée du contrat de transport. Si le transporteur organise le déplacement n'entrant pas dans le champ du contrat de transport comme prévu dans ce document, il le fait au nom du chargeur."

45. Il a été expliqué que cette version révisée du projet d'article 12 contenait deux variantes entre crochets, la première reprenant le libellé de ce projet d'article tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81 et la deuxième visant à énoncer les mêmes principes, mais de façon plus claire. Il a été ajouté que la deuxième phrase de la disposition révisée reprenait le libellé de la première variante du projet d'article figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81, jugée préférable par le Groupe de travail, et que la troisième phrase avait été incluse afin

de décrire, mais non de réglementer, la relation juridique entre le transporteur et le chargeur lorsque le premier organisait un déplacement supplémentaire.

46. La deuxième variante entre crochets a été appuyée, au sein du Groupe de travail, au motif qu'elle était plus claire que la première et un peu plus conforme à une disposition analogue, à l'article 11 des Règles de Hambourg, qui faisait référence à "une personne dénommée autre que le transporteur". Bien que certaines délégations aient de nouveau exprimé une préférence pour la suppression de ce projet de disposition, on a rappelé au Groupe de travail qu'il avait déjà décidé de le conserver quant au fond, sous réserve uniquement de le reformuler. La première variante entre crochets a également reçu un certain appui dans le Groupe de travail.

47. Il a été proposé d'inclure les deux segments de phrase entre crochets dans le texte en les reliant par la conjonction "et", afin de clarifier autant que possible le sens de la disposition. Cette solution a été largement appuyée dans le Groupe de travail. La crainte a toutefois été exprimée que l'inclusion des deux variantes ne prête à confusion, les tribunaux pouvant en conclure que chacune exprimait une idée différente ou qu'elles devaient toutes deux être satisfaites pour que soient respectées les exigences de la disposition. Il y a eu une certaine compréhension pour cette crainte et il a été estimé que l'on pourrait clarifier encore le texte en insérant après la première variante un libellé du type "et pour lequel il n'est donc pas le transporteur".

48. Pour clarifier davantage les choses, il a été noté que la troisième phrase du texte révisé visait à préciser que si le transporteur organisait un déplacement n'entrant pas dans le contrat de transport, le transporteur qui concluait le contrat relatif à ce déplacement supplémentaire était le transporteur pour cette étape particulière et en assumait la responsabilité en vertu de la loi applicable.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 12 révisé

49. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

- Que les deux variantes entre crochets devraient être conservées et reliées par une conjonction, avec l'inclusion éventuelle d'un libellé du type "et pour lequel il n'est donc pas le transporteur", et que les crochets les entourant devraient être supprimés;
- Que la version révisée du projet d'article 12 était par ailleurs acceptable.

Chapitre 5. Obligations du transporteur

Projet d'article 13. Transport et livraison des marchandises

50. Le Groupe de travail a ensuite examiné le projet d'article 13 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81. Il a été demandé pourquoi l'expression "lieu de destination" était utilisée à la place de "lieu de livraison", qui était employée dans d'autres dispositions du projet de convention, par exemple à l'alinéa c) du projet d'article 5-1. Le principe selon lequel la terminologie utilisée dans le projet de convention devrait être cohérente, à moins que l'emploi d'une terminologie différente ne se justifie, a été soutenu. Il a été répondu que l'utilisation du terme "lieu de destination" était appropriée dans le contexte actuel pour clarifier les obligations principales du transporteur et pour établir une distinction avec le lieu de

déchargement qui était souvent compris à tort comme étant synonyme du lieu de destination. Cet avis a été soutenu.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 13

51. Le Groupe de travail est convenu que le texte du projet d'article 13 contenu dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81 était acceptable.

Projet d'article 14. Obligations particulières

52. Le Groupe de travail a examiné le projet d'article 14 qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81. Il a été proposé d'ajouter les mots "devront obligatoirement être exécutés" après "seront exécutés" dans le paragraphe 2. Il a été dit que ces mots étaient nécessaires car ce paragraphe prévoyait une dérogation au paragraphe 1 du même projet d'article, dérogation qui devrait aussi être permise lorsque les parties convenaient de faire assumer au chargeur l'obligation d'accomplir les opérations visées. Il a été répondu que le libellé actuel du projet d'article 14 était le fruit d'un compromis et que l'insertion d'une référence à une obligation du chargeur prêterait à confusion, en particulier dans le contexte du chapitre 8, qui traitait des obligations du chargeur envers le transporteur.

53. Il a également été dit que la formulation du paragraphe 2 était trop générale et devrait être restreinte afin d'empêcher les transporteurs de décliner systématiquement toute responsabilité pour les dommages occasionnés aux marchandises durant les opérations prévues dans le projet d'article. Il a été répondu que la disposition n'était pas trop générale puisqu'elle visait des tâches très précises et qu'elle était clairement limitée au chargement, à la manutention, à l'arrimage ou au déchargement des marchandises. Il a été suggéré que le projet d'article 14 soit lu dans le contexte de l'alinéa i) du projet d'article 17-3, qui exonérait de responsabilité le transporteur en cas de perte ou de dommage causés aux marchandises lorsque le chargeur accomplissait ces opérations.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 14

54. Le Groupe de travail est convenu que le texte du projet d'article 14 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81 était acceptable.

Projet d'article 15. Marchandises pouvant devenir dangereuses

55. Le Groupe de travail a rappelé que la notion de "danger illicite ou inacceptable" pour l'environnement, qui apparaissait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, avait été modifiée en "danger pour l'environnement" afin d'introduire un critère plus objectif que le transporteur pourrait utiliser concernant les marchandises susceptibles de devenir dangereuses. Toutefois, il a été dit que cette formulation risquait d'établir un critère moins strict que celui qui était appliqué dans le cadre d'autres conventions maritimes internationales et de permettre, par exemple, au transporteur de justifier trop facilement la destruction des marchandises. Nonobstant une proposition visant à revenir au libellé du document A/CN.9/WG.III/WP.56 en rétablissant les mots "danger illicite ou inacceptable" pour l'environnement, le Groupe de travail a rappelé que cette formule avait été rejetée au motif qu'il serait difficile pour le transporteur de juger si un danger pour l'environnement était "illicite" ou "inacceptable" en vertu des lois

des différents pays dans lesquels il exerçait son activité. À la place, il a été proposé de remplacer les mots “risquent apparemment” par “risquent selon toute vraisemblance raisonnable” pour introduire un critère objectif permettant d’apprécier la décision du transporteur de détruire des marchandises qu’il estimait dangereuses.

56. Il a été proposé d’ajouter les mots “et la sûreté d’un pays” à la fin du projet d’article 15 pour prendre en compte les situations qui n’auraient pas d’incidence sur les personnes ou les marchandises, mais qui néanmoins compromettraient la sûreté générale d’un pays. Cette proposition n’a pas reçu un appui suffisant.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d’article 15

57. Le Groupe de travail est convenu de remplacer “risquent apparemment” par “risquent selon toute vraisemblance raisonnable” dans le texte du projet d’article 15 qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81. Sous réserve de cette modification, il est convenu que le texte du projet d’article 15 était acceptable.

Projet d’article 16. Obligations particulières applicables au voyage par mer

Paragraphe 1

58. Il a été proposé de supprimer les alinéas b) et c) du paragraphe 1 du projet d’article 16 car leur contenu était déjà reflété dans l’alinéa a), qui mentionnait l’obligation de mettre et de maintenir le navire en état de navigabilité. Le maintien de dispositions distinctes a cependant été appuyé, au motif que le libellé des alinéas a), b) et c) correspondait à l’approche adoptée depuis longtemps dans les Règles de La Haye et de La Haye-Visby, à ceci près qu’il conférait un caractère continu à l’obligation du transporteur, celle-ci s’appliquant en effet tout au long du voyage et non pas seulement avant son début. L’attention du Groupe de travail a été attirée sur le fait que tout écart par rapport à ces standards bien connus de diligence raisonnable pourrait poser des problèmes d’interprétation.

Conclusions du Groupe de travail concernant le paragraphe 1 du projet d’article 16

59. Le Groupe de travail est convenu que le paragraphe 1 du projet d’article 16 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81 était acceptable et devait être conservé.

Paragraphe 2

60. Le Groupe de travail a rappelé qu’il avait précédemment approuvé le paragraphe 2 quant au fond mais que son emplacement restait à déterminer. Il a été noté que le projet d’article 15, qui prévoyait la possibilité de détruire ou de neutraliser les marchandises dangereuses, avait un tout autre objet que le paragraphe 2 du projet d’article 16, lequel envisageait la possibilité de sacrifier des marchandises qui n’étaient pas nécessairement dangereuses pour le salut commun.

61. Il a été proposé, et cette proposition a bénéficié d’un certain soutien, d’insérer le paragraphe 2 dans le chapitre 17 sur les avaries communes, si ce dernier était conservé dans le texte final du projet de convention. Il a été suggéré de placer ce paragraphe dans l’article sur le déroutement dans le cas où le chapitre sur les avaries communes ne serait pas finalement retenu. On a fait observer que l’exercice des

droits prévus au paragraphe 2 par le transporteur pourrait donner lieu à des réclamations pour avarie commune dans certains cas, mais pas dans tous. De ce fait, a-t-on dit, il conviendrait peut-être davantage de placer le texte de ce paragraphe dans un article distinct. Cette proposition a été appuyée.

Conclusions du Groupe de travail concernant le paragraphe 2 du projet d'article 16

62. Le Groupe de travail est convenu que la rédaction du paragraphe 2 du projet d'article 16 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81 était acceptable, que les crochets devraient être supprimés et le texte conservé pour être placé dans un article distinct, qui pourrait être l'article 16 *bis*.

Chapitre 6. Responsabilité du transporteur pour perte, dommage ou retard

Projet d'article 17. Fondement de la responsabilité

63. Il a été rappelé au Groupe de travail qu'il avait examiné pour la dernière fois le projet d'article 17 sur le fondement de la responsabilité à sa quatorzième session (voir A/CN.9/572, par. 12 à 80). Le Groupe de travail a procédé à l'examen du projet d'article 17 tel qu'il figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81. Il a été rappelé que le texte de ce projet d'article, tel qu'actuellement rédigé, était le résultat d'un large consensus négocié avec soin qui s'est dégagé à la suite de discussions intenses au sein du Groupe de travail pendant plusieurs sessions. Il a été suggéré de garder à l'esprit toute la structure du projet d'article lors de l'examen de paragraphes particuliers, et de faire preuve de prudence lors de toute proposition de modification à apporter au texte soigneusement équilibré.

Paragraphe 1

64. Le Groupe de travail est convenu que le projet de paragraphe 1 devrait être approuvé tel qu'il est rédigé.

Paragraphe 2

65. L'avis a été exprimé que, bien qu'il y ait un large accord sur le texte du projet d'article 17, il faudrait apporter certains changements au paragraphe 2 afin de remédier à certaines anomalies apparentes. On a dit en particulier que la liste figurant au paragraphe 3 du projet d'article 17 était exhaustive pour ce qui était des événements qui pouvaient exonérer un transporteur de sa responsabilité, et que le paragraphe 6 visait les situations dans lesquelles les dommages subis par les marchandises n'étaient causés qu'en partie par le transporteur, mais que l'article 2 permettait à ce dernier de se soustraire à sa responsabilité lorsqu'il existait deux causes du dommage, dont l'une avait pu provoquer la totalité de la perte, mais dont une seule était imputable au transporteur. Il a été suggéré de corriger cette anomalie apparente en supprimant les termes "tout ou partie de" et "ou l'une des causes" du texte du paragraphe 2.

66. Bien que cette position ait bénéficié d'une certaine compréhension, il a été fait observer que des questions similaires avaient été soulevées au sein du Groupe de travail lors de sa quatorzième session, et que le texte tel qu'il était rédigé avait alors

été appuyé à une majorité écrasante. De plus, il a été dit que l'on pourrait résoudre de façon satisfaisante le problème apparent évoqué en appliquant le texte actuel, même si celui-ci ne prenait pas en compte la question de manière précise. Il a en outre été indiqué que le projet de convention avait délibérément évité de traiter des questions de causalité, pour les laisser au droit national, et qu'il n'y avait donc pas de raison suffisante de perturber la série complexe de compromis que représentait la rédaction du texte actuel. Il a été suggéré d'insérer une disposition précisant que la causalité et les questions connexes, comme les fautes concurrentes, relevaient du droit national.

67. Le Groupe de travail est convenu que le projet de paragraphe 2 devrait être approuvé tel qu'il était rédigé.

Paragraphe 3

68. Un certain nombre de délégations se sont déclarées favorables à la suppression du paragraphe 3 du projet d'article 17 qui, selon elles, fournissait aux transporteurs une liste excessivement généreuse d'exonérations, tandis que d'autres ont estimé qu'il faudrait revenir sur la suppression de l'erreur de navigation de ce paragraphe lors de sessions antérieures du Groupe de travail, ou du moins en tenir compte lors de l'évaluation de la répartition globale des responsabilités dans le projet de convention. Le Groupe de travail s'est néanmoins prononcé fortement en faveur de l'inclusion du paragraphe 3 tel que rédigé. À l'appui de cette position, un certain nombre de délégations ont mentionné l'équilibre et le consensus délicats auxquels était parvenu le Groupe de travail dans la négociation de l'ensemble du projet d'article, et le soutien exprimé lors des sessions antérieures en faveur de l'inclusion du paragraphe 3 dans le projet de convention.

Texte entre crochets aux alinéas g), h), i) et k)

69. Le Groupe de travail a ensuite examiné les termes restés entre crochets au paragraphe 3. Pour ce qui est de l'alinéa h), il a été proposé de supprimer les crochets entourant les termes "de l'expéditeur" et de conserver le texte car, bien que le projet de convention ne se préoccupe pas des questions de représentation, on a estimé qu'il était de bonne politique de ne pas tenir le transporteur responsable d'actes de l'expéditeur causant des dommages aux marchandises. Pour l'alinéa i), il a été proposé de supprimer les crochets entourant les termes "ou une partie exécutante" et de conserver le texte, et, pour l'alinéa k), de supprimer les crochets entourant "ou en son nom" et de conserver le texte. Bien qu'un certain soutien ait été exprimé en faveur de la suppression des termes figurant entre crochets dans ces alinéas, il a été estimé dans l'ensemble que leur maintien clarifiait le texte desdits alinéas, et le Groupe de travail a appuyé les propositions visant à les inclure.

70. En ce qui concerne l'alinéa g), il a été proposé de supprimer les deux variantes entre crochets ainsi que le mot "du", le texte restant ainsi identique à l'article 4-2 p) des Règles de La Haye-Visby. On a exprimé la crainte que le choix du mot "navire" soit beaucoup trop restrictif par rapport à l'approche précédemment plus large suivie dans les Règles de La Haye-Visby, qui englobaient, par exemple, les engins de levage. D'un autre côté, les mots "moyen de transport" avaient une portée trop vaste, bien que le projet de convention soit destiné à être un projet "maritime plus". Si chacune des deux variantes a bénéficié d'un certain soutien, la meilleure solution

cependant, selon l'avis qui l'a emporté, était de les supprimer pour s'en tenir à l'approche adoptée dans les Règles de La Haye-Visby.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet de paragraphe 3

71. À l'issue de sa discussion, le Groupe de travail a décidé:

– De conserver le texte du projet de paragraphe 3 dans sa rédaction actuelle;

– De supprimer de l'alinéa g) les deux variantes entre crochets ainsi que le mot "du"; et

– De conserver les différents mots figurant entre crochets aux alinéas h), i) et k) sans les crochets.

Paragraphe 4

72. Il a été proposé d'ajouter les mots "mentionnés au paragraphe 3" après "circonstance" à l'alinéa a), mais cette proposition n'a pas été acceptée et le Groupe de travail est convenu que le projet de paragraphe 4 devrait être adopté dans sa rédaction actuelle.

Paragraphe 5

73. La proposition d'alléger le fardeau de la preuve incombant au chargeur, en reportant celui-ci sur le transporteur à l'alinéa a) du projet de paragraphe 5, n'a pas été acceptée par le Groupe de travail. En réponse à une question sur l'intention de l'alinéa b) du texte, il a été précisé que l'idée au paragraphe 5 était d'obliger, à l'alinéa a), la personne ayant un droit sur les marchandises à prouver la cause probable de la perte, du dommage ou du retard tout en donnant au transporteur, à l'alinéa b), la possibilité d'apporter la preuve contraire. Toute ambiguïté concernant cette intention, a-t-on déclaré, devrait être levée. Le Groupe de travail est convenu que le projet de paragraphe 5 devrait être adopté dans sa rédaction actuelle et que toute précision éventuellement nécessaire devrait être apportée comme indiqué plus haut.

Paragraphe 6

74. Le Groupe de travail est convenu que le projet de paragraphe 6 devrait être approuvé dans sa rédaction actuelle.

Projet d'article 18. Responsabilité du transporteur du fait d'autrui

Paragraphe 1

75. Notant que le paragraphe 1 b) du projet d'article 19 et l'article 34 portaient sur des personnes auxiliaires de la partie exécutante maritime et du chargeur, respectivement, il a été proposé d'aligner le texte du paragraphe 1 du projet d'article 18, qui traitait de personnes auxiliaires du transporteur, sur le libellé de ces deux articles. Il a été proposé de modifier le paragraphe 1 b) comme suit, "de toute personne à qui il a confié l'exécution de l'une quelconque des obligations qui lui incombent en vertu du contrat de transport". On a dit que ce nouveau texte constituerait une formulation plus simple indiquant mieux que le transporteur n'était pas responsable des actes d'une personne agissant sous sa supervision ou son

contrôle si cette personne ne s'est pas vu confier l'exécution des obligations du transporteur. Cette proposition n'a pas été soutenue.

Conclusions du Groupe de travail concernant le paragraphe 1

76. Le Groupe de travail est convenu de conserver le texte du paragraphe 1 tel qu'il figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81.

Paragraphe 2

77. La proposition de conserver le texte du paragraphe 2, qui figure actuellement entre crochets, a bénéficié d'un certain appui. On a fait valoir que son maintien favoriserait une plus grande uniformité internationale. Mais la proposition de le supprimer a été fortement soutenue, au motif qu'il faudrait laisser au droit national le soin de définir la portée des contrats de travail ou de la représentation. À cela il a été répondu que, tel qu'il était rédigé, le paragraphe 2 ne portait pas atteinte au droit national et que son application reposait même sur des règles du droit national. De plus, la disposition ne concernait pas les salariés du transporteur, mais seulement la responsabilité du fait d'autrui pour les actes d'autres parties. Si un salarié agissait en dehors de son contrat de travail, un transporteur ne serait probablement pas exonéré de sa responsabilité, car cet événement ne serait pas couvert par la liste contenue dans le projet d'article 17-3. La proposition de supprimer le paragraphe 2 afin de laisser au droit national le soin de définir la portée des contrats de travail et de la représentation a néanmoins été fermement appuyée.

Conclusions du Groupe de travail concernant le paragraphe 2

78. Le Groupe de travail est convenu de supprimer le texte du paragraphe 2 tel qu'il figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81.

Paragraphe 3

79. Le Groupe de travail a examiné ensuite une proposition, présentée dans le document A/CN.9/WG.III/WP.85 (voir par. 3), visant à ajouter dans le projet d'article 18 un paragraphe 3 précisant qu'un transporteur ne serait pas responsable de la perte ou du dommage subi par les marchandises dans la mesure où cette perte ou ce dommage était imputable à un acte ou à une omission d'un autre chargeur. Il a été noté que cette proposition avait pour but d'apaiser la crainte, exprimée à une session antérieure, que les transporteurs soient néanmoins tenus, aux termes du projet de convention, de répondre d'un retard causé par un seul chargeur envers les autres chargeurs ayant des marchandises à bord du navire (A/CN.9/616, par. 103).

80. L'insertion du texte proposé a bénéficié d'un certain soutien. On a estimé que, si le Groupe de travail avait fait sienne l'idée d'exclure toute responsabilité pour retard de la part du chargeur dans le projet de convention, ce dernier pouvait néanmoins faire subir un retard et un dommage aux autres chargeurs. Toutefois, si le Groupe de travail convenait d'insérer le texte proposé, il faudrait encore en étudier l'emplacement et le libellé. Le texte proposé aurait peut-être davantage sa place au paragraphe 3 du projet d'article 17, relatif à la responsabilité du transporteur. Il a été dit également que le texte proposé, qui faisait référence à "un autre chargeur", était ambigu et devrait parler plutôt d'"un autre chargeur dans le cadre d'un autre contrat de transport".

81. Le Groupe de travail a cependant jugé que le texte proposé était inutile car son contenu était déjà suffisamment reflété dans le régime de responsabilité prévu au projet d'article 17.

Conclusions du Groupe de travail concernant la proposition d'ajouter un paragraphe 3 au projet d'article 18

82. Le Groupe de travail n'a pas appuyé la proposition d'ajouter un paragraphe 3 au projet d'article 18, présentée dans le document A/CN.9/WG.III/WP.85.

Projet d'article 19. Responsabilité des parties exécutantes maritimes

83. Il a été précisé que le texte entre crochets au paragraphe 1 du projet d'article 19 visait à faire en sorte que les parties exécutantes maritimes ne soient pas couvertes par le projet de convention si elles n'exécutaient pas l'une quelconque de leurs activités dans un État contractant. La proposition de supprimer le texte entre crochets a recueilli un certain appui, mais son maintien a été fortement soutenu. À cet égard, on a souligné que l'exclusion des parties exécutantes maritimes ne signifiait pas que les transporteurs ne seraient pas responsables des actes commis par elles. Elle signifiait en revanche que le chargeur ou le destinataire n'aurait pas de droit d'action direct contre la partie exécutante maritime en vertu du projet de convention, et que ladite partie exécutante maritime ne jouirait pas automatiquement de la même exonération et des mêmes limites de responsabilité que le transporteur en vertu du projet de convention.

Conclusions du Groupe de travail concernant le paragraphe 1

84. Le Groupe de travail est convenu de conserver le texte du paragraphe 1 du projet d'article 19 tel qu'il figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81 et de supprimer les crochets.

Paragraphe 2

85. Le Groupe de travail a ensuite examiné le paragraphe 2 du projet d'article 19 qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81. Il a estimé que, compte tenu de la décision de supprimer le paragraphe 2 du projet d'article 18, il convenait également de supprimer le paragraphe 2 du projet d'article 19.

Conclusions du Groupe de travail concernant le paragraphe 2

86. Le Groupe de travail a décidé que le paragraphe 2 du projet d'article 19 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81 devrait être supprimé.

Paragraphe 3

87. La définition de la "partie exécutante maritime" étant formulée en termes généraux, il a été proposé de supprimer le paragraphe 3 au motif qu'il serait injuste pour le destinataire d'autoriser un transporteur à faire valoir la limite de responsabilité concernant des obligations supplémentaires qu'il avait assumées ou des limites de responsabilité plus élevées qu'il avait acceptées, mais de refuser de soumettre la partie exécutante maritime à ces mêmes limites sans son consentement exprès. On s'est toutefois déclaré favorable au maintien de ce paragraphe. Il a été dit que si le transporteur contractuel acceptait que sa responsabilité soit plus élevée

que ce qui était prévu dans le projet de convention, il serait illogique d'imposer une telle responsabilité à la partie exécutante maritime qui n'était peut-être même pas partie à cet accord.

Conclusions du Groupe de travail concernant le paragraphe 3

88. Le Groupe de travail est convenu que le paragraphe 3 du projet d'article 19 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81 devrait être conservé, sous réserve de toute modification des renvois qui pourrait être nécessaire une fois le texte final du projet de convention établi.

Paragraphe 4

Commentaires généraux et emplacement

89. On s'est déclaré en faveur du principe général qui sous-tendait le paragraphe 4, à savoir faire bénéficier les salariés, les représentants et les sous-traitants du transporteur et les parties exécutantes maritimes de l'ensemble des droits, exonérations et limites de responsabilité dont disposait le transporteur en vertu du projet de convention pour manquement à ses obligations ou devoirs contractuels, au cas où une action serait intentée directement à leur encontre en vertu du projet de convention, protection qui était souvent recherchée par l'insertion des clauses dites "Himalaya" dans les documents de transport. Il a été convenu que l'expression "exonérations et limites de responsabilité" devrait faire l'objet d'une interprétation extensive, comme le Groupe de travail en était convenu concernant le projet d'article 4.

90. On s'est inquiété de ce qu'il n'était pas facile de savoir si le projet de convention traitait des salariés du transporteur ailleurs que dans le paragraphe 4. Par exemple, l'alinéa b) du projet d'article 18-1, qui faisait référence aux personnes qui s'acquittaient des obligations incombant au transporteur, ne semblait pas se rapporter aux salariés du transporteur. Il a été estimé qu'une clause Himalaya devrait aussi s'appliquer à toute personne qui aidait le transporteur à remplir ses obligations. À cette fin, il a été suggéré d'étendre le paragraphe 4 à l'ensemble des parties qui exécutaient des obligations incombant au transporteur en vertu du projet de convention, y compris ses salariés et ses représentants. On a proposé que le capitaine et l'équipage du navire soient aussi couverts, de même que les entrepreneurs indépendants. L'avis a été exprimé que les définitions actuelles de la "partie exécutante" et de la "partie exécutante maritime" étaient suffisamment générales pour inclure ces personnes. Compte tenu des différentes interprétations possibles, il a été convenu que ces définitions devraient être clarifiées. À cet égard, il a été fait observer que les cas où les membres de l'équipage n'étaient pas des salariés du transporteur mais des salariés du propriétaire du navire ou d'une société d'armement maritime devraient aussi être pris en compte.

91. Le paragraphe 4 traitant de questions autres que les exonérations pour les parties exécutantes maritimes, il a été estimé qu'il conviendrait peut-être davantage de l'insérer à la suite de l'article 4 dans le chapitre 1 du projet de convention, qui concernait les dispositions générales. Cet avis a bénéficié d'un certain soutien.

Texte entre crochets

92. Le Groupe de travail a ensuite examiné les trois variantes placées entre crochets.

93. Un certain soutien a été exprimé en faveur du maintien de la première variante entre crochets. Il a toutefois été fait remarquer que si cette variante, qui visait uniquement les parties exécutantes maritimes, était conservée, le paragraphe 4 pourrait alors être supprimé car il était déjà couvert par le paragraphe 1 du projet d'article 19.

94. Le maintien de la deuxième variante entre crochets a été fortement appuyé. À ce propos, il a été noté que l'article IV *bis*-2 des Règles de la Haye-Visby étendait la protection offerte par la clause "Himalaya" aux préposés du transporteur, cette protection n'étant pas toujours valable dans tous les pays.

95. La troisième variante entre crochets a bénéficié d'un certain appui au motif qu'elle reflétait mieux – disait-on – le fait que le projet de convention s'appliquait au transport multimodal et non au transport traditionnel de port à port. Il a été estimé que les mots "ou au paragraphe 1, alinéa a), du présent article" pouvaient être supprimés. On s'est toutefois inquiété de ce que cette troisième variante semblait étendre la protection de la clause "Himalaya" aux représentants et aux préposés de transporteurs exécutant un transport intérieur, ce qui serait contraire à la décision du Groupe de travail d'exclure ces transporteurs du champ d'application du projet de convention.

"si elle [prouve qu'elle] a agi dans le cadre de son contrat, travail ou représentation"

96. Bien que certaines délégations aient appuyé son maintien, un consensus s'est dégagé en faveur de la suppression de tout le membre de phrase: "si elle [prouve qu'elle] a agi dans le cadre de son contrat, travail ou représentation".

Conclusions du Groupe de travail concernant le paragraphe 4

97. Le Groupe de travail est convenu:

- De conserver la deuxième variante entre crochets du paragraphe 4 du projet d'article 19, tel qu'elle figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81;
- De réexaminer et éventuellement de reformuler le paragraphe 4 ainsi que les définitions de la "partie exécutante" et de la "partie exécutante maritime" afin d'indiquer précisément les personnes bénéficiant de la protection de la clause "Himalaya" et d'examiner la question de savoir si l'équipage, le capitaine, les entrepreneurs indépendants et les salariés du transporteur en faisaient partie;
- De supprimer à la fin du paragraphe 4 les mots "si elle [prouve qu'elle] a agi dans le cadre de son contrat, travail ou représentation" conformément à la décision de supprimer le paragraphe 2 du projet d'article 18 et de laisser à la loi nationale le soin de définir ce qui entrait dans le cadre du contrat de travail et de la représentation (voir par. 77 et 78 ci-dessus); et
- De réexaminer l'emplacement du paragraphe 4 compte tenu de ses suggestions.

Projet d'article 20. Responsabilité solidaire et compensation

Paragraphe 1

98. Le Groupe de travail a ensuite examiné le paragraphe 1 du projet d'article 20, tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81, notant qu'il comportait un passage entre crochets ayant pour objet de préciser le sens du terme "responsabilité solidaire". Certaines délégations se sont prononcées en faveur du maintien de ce passage pour les pays où la responsabilité solidaire n'était pas bien reconnue, en vue de promouvoir une interprétation harmonisée du terme. D'autres s'y sont toutefois opposées étant donné qu'un certain nombre de conventions internationales employaient aussi ce terme sans prévoir de définition. On a exprimé la crainte que l'inclusion d'une telle définition pose des problèmes d'interprétation. Il a aussi été estimé que la définition était excessivement simpliste et risquait de ne pas rendre suffisamment compte des nuances subtiles dans l'emploi de ce terme dans différents pays.

99. Il a été proposé de supprimer les références aux articles 25, 62 et 63 au motif que les limites qui y étaient prévues s'appliqueraient qu'ils soient mentionnés ou non. Cette proposition n'a pas reçu un appui suffisant.

Conclusions du Groupe de travail concernant le paragraphe 1

100. Le Groupe de travail est convenu de supprimer le texte entre crochets du paragraphe 1.

Paragraphe 2

101. Il a été convenu que les mots "toutes ces personnes" visaient à englober toutes les parties solidairement responsables. On s'est demandé comment le paragraphe 2 s'appliquerait au cas où un transporteur dérogerait contractuellement aux dispositions du projet de convention et augmenterait les limites de sa responsabilité. Il a été répondu que les limites globales de responsabilité auxquelles la disposition faisait référence visaient à prendre en compte les limites de responsabilité plus élevées acceptées volontairement par le transporteur, qui correspondraient alors au montant mentionné dans le projet de paragraphe 2.

Conclusions du Groupe de travail concernant le paragraphe 2

102. Le Groupe de travail est convenu de conserver le paragraphe 2.

Paragraphe 3

103. Le Groupe de travail a ensuite examiné le projet de paragraphe 3 tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81. Il lui a été rappelé que les paragraphes 1 et 2 visaient à empêcher que les limites globales de responsabilité soient contournées par un ayant droit qui intenterait une action en justice contre plusieurs parties. Le paragraphe 3 avait été inséré pour éviter le risque que, dans certains pays, un tribunal estime que le montant perçu par un ayant droit qui obtenait gain de cause contre une partie exécutante non maritime ne devait pas être déduit d'une réclamation formée en vertu du projet de convention. On a fait valoir que le paragraphe 3, tel qu'il était rédigé, pouvait donner lieu à deux interprétations, à savoir que la réparation perçue du fait de l'action intentée en dehors du projet de

convention serait déduite, selon la première interprétation, du montant total du dommage et, selon la seconde, du montant de la limite de responsabilité prévu dans le projet de convention. On a appuyé l'avis selon lequel la première interprétation était acceptable et correspondait en fait à la conclusion qui serait tirée dans la plupart des pays, mais que la seconde ne l'était pas. Il a été précisé qu'à l'origine, lorsque l'insertion de ce paragraphe dans le projet de convention avait été proposée, c'était la seconde interprétation qui était voulue.

104. La suppression du paragraphe 3 a été soutenue au motif que son effet n'était pas clair et qu'il risquait de poser des problèmes de procédure, par exemple pour déterminer à qui incombait la charge de prouver si une action avait été intentée avec succès contre la partie exécutante non maritime ou non.

Conclusions du Groupe de travail concernant le paragraphe 3

105. Le Groupe de travail est convenu de supprimer le paragraphe 3.

Projet d'article 22. Calcul de la réparation

106. Il a été rappelé au Groupe de travail que son examen le plus récent du projet d'article 22 sur le calcul de la réparation remontait à sa treizième session (voir A/CN.9/552, par. 32 à 37). Celui-ci a ensuite examiné le projet d'article 22 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81.

Paragraphe 1

107. Le Groupe de travail, tout en ayant à l'esprit qu'il serait peut-être nécessaire de revoir le renvoi au projet d'article 11 dans le cas où le texte de ce dernier serait modifié, est convenu que le projet de paragraphe 1 devrait être approuvé dans sa rédaction actuelle.

Paragraphe 2

108. Il a été proposé d'inverser l'ordre des facteurs à prendre en considération pour déterminer la valeur des marchandises dans le projet de paragraphe 2, de sorte que la valeur marchande viendrait avant le cours en bourse. Cette proposition n'a cependant pas reçu d'appui suffisant et le projet de paragraphe 2 a été approuvé dans sa rédaction actuelle.

Paragraphe 3

109. Le Groupe de travail est convenu que le projet de paragraphe 3 devrait être approuvé dans sa rédaction actuelle.

Projet d'article 23. Avis de perte, de dommage ou de retard

110. Il a été rappelé au Groupe de travail que son examen le plus récent du projet d'article 23 sur l'avis de perte, de dommage ou de retard remontait à sa treizième session (voir A/CN.9/552, par. 63 à 87). Celui-ci a ensuite examiné le projet d'article 23 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81.

Paragraphe 1

Effet juridique du projet de paragraphe 1

111. L'application du projet de paragraphe 1 a de nouveau suscité des inquiétudes semblables à celles exprimées durant la treizième session du Groupe de travail (voir A/CN.9/552, par. 65). Il a été estimé, et cet avis a été soutenu, que ce projet de paragraphe était inutile car l'envoi ou non d'un avis au transporteur ou à la partie exécutante était sans incidence sur la charge de la preuve qui incombait respectivement au transporteur et à l'ayant droit conformément au régime général de responsabilité établi dans le projet d'article 17. En outre, a-t-on fait remarquer, dans certains pays, la disposition sur laquelle se fondait le projet d'article, en l'occurrence l'article 3-6 des Règles de La Haye, avait été source de confusion et conduit certains tribunaux à conclure que le défaut de notification emportait déchéance du droit de demander réparation du préjudice conformément à l'instrument. Le Groupe de travail a donc été instamment invité à supprimer le projet de paragraphe 1 ou, à défaut, à indiquer clairement que le défaut de notification dans ce projet de disposition ne devait avoir aucun effet juridique particulier.

112. À cela on a répondu que le projet de paragraphe n'avait pas pour objet d'attribuer un effet juridique particulier au défaut de notification. Le projet de disposition avait néanmoins un effet pratique positif, à savoir celui d'imposer l'envoi le plus rapidement possible d'un avis de perte ou de dommage au transporteur pour lui permettre d'inspecter les marchandises, dans l'hypothèse où ces dernières n'auraient fait l'objet d'aucune inspection contradictoire. S'il n'a pas accepté de revenir sur sa décision précédente de conserver le projet de paragraphe 1, le Groupe de travail est en revanche convenu que le projet de paragraphe ne devait pas avoir pour effet de priver les personnes ayant un droit sur les marchandises de présenter des réclamations dans le cadre du projet de convention et, en particulier, qu'il ne devait avoir aucune incidence sur le régime de responsabilité et la charge de la preuve prévus dans le projet d'article 17.

Délai

113. Parmi les différents délais de notification proposés entre crochets, celui de trois jours ouvrables a bénéficié d'un certain soutien, du fait surtout que le projet de paragraphe avait pour objet de faire en sorte que les marchandises endommagées soient inspectées le plus rapidement possible. Le Groupe de travail a cependant exprimé une préférence pour un délai de sept jours ouvrables au lieu de livraison parmi les variantes présentées.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet de paragraphe 1

114. À l'issue de sa discussion, le Groupe de travail a décidé:

- De conserver dans sa rédaction actuelle le projet de paragraphe 1;
- De conserver, sans les crochets, les mots "sept jours ouvrables au lieu de livraison" et de supprimer tous les autres délais proposés entre crochets; et
- De bien préciser que le projet de paragraphe 1 n'avait aucun effet en matière de preuve ni ne contredisait ou modifiait aucunement le régime de responsabilité et la charge de la preuve prévus dans le projet d'article 17.

Paragraphe 2

115. Le Groupe de travail est convenu de ne pas aborder ce paragraphe avant d'avoir examiné plus généralement la question du retard de la part du chargeur et du transporteur.

Paragraphe 3

116. Il a été fait observer que les mots "a le même effet", employés dans le projet de paragraphe 3, se rapportaient à l'avis mentionné dans le projet de paragraphe 1, dont on estimait dans ce contexte qu'il était sans effet juridique particulier (voir plus haut, par. 112). Le Groupe de travail est convenu que le projet de paragraphe 3 devrait être approuvé dans sa rédaction actuelle.

Paragraphe 4

117. Le Groupe de travail est convenu que le projet de paragraphe 4 devrait être adopté dans sa rédaction actuelle.

Chapitre 7. Dispositions supplémentaires relatives à des étapes particulières du transport

Projet d'article 24. Déroutement durant le transport par mer

118. Il a été rappelé au Groupe de travail que son examen le plus récent du projet d'article 24 sur le déroutement durant le transport par mer remontait à sa treizième session (voir A/CN.9/552, par. 100 à 102). Celui-ci a ensuite examiné le projet d'article 24 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81.

119. Le Groupe de travail est convenu que le projet d'article 24 devrait être approuvé dans sa rédaction actuelle.

Projet d'article 25. Marchandises en pontée sur des navires

120. Il a été rappelé au Groupe de travail que son examen le plus récent du projet d'article 25 sur les marchandises en pontée remontait à sa treizième session (voir A/CN.9/552, par. 103 à 117). Celui-ci a ensuite examiné le projet d'article 25 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81. On s'est demandé d'une manière générale si le projet d'article 25 avait bien sa place dans le chapitre 7.

Paragraphes 1, 2, 3 et 4

121. Le Groupe de travail est convenu que les projets de paragraphes 1, 2, 3 et 4 devraient être approuvés dans leur rédaction actuelle.

Paragraphe 5

122. Il a été noté que le projet de paragraphe 5 figurait entre crochets et qu'il contenait quatre membres de phrase également entre crochets.

Texte du paragraphe lui-même et emplacement

123. Selon un avis, le projet de paragraphe 5 devrait être purement et simplement supprimé et, en tout état de cause, il faudrait dans le cadre du projet de convention recourir au projet d'article 64 lorsque des marchandises transportées en pontée, alors qu'elles n'auraient pas dû l'être, avaient été endommagées ou perdues. Il a cependant été précisé que le projet de paragraphe 5 n'avait pas pour objet d'abaisser le seuil de déchéance du droit de limiter sa responsabilité prévu dans le projet d'article 64, lequel devait rester la règle générale dans le projet de convention. Il convenait toutefois de considérer le non-respect par le transporteur de sa promesse expresse de transporter les marchandises en cale comme un cas méritant une sanction spéciale.

124. Le Groupe de travail est convenu dans son ensemble que les crochets entourant le projet de paragraphe devraient être supprimés et le texte conservé. La proposition de déplacer cette disposition pour en faire un nouveau paragraphe du projet d'article 24 n'a pas été adoptée. En revanche, la proposition d'aligner l'expression "ne pas avoir le droit de limiter sa responsabilité", employée dans le projet de paragraphe 5, sur celle employée dans le projet d'article 64 "ne pas pouvoir se prévaloir de la limitation de responsabilité", a été acceptée.

"[expressément]", "[[qui résulte uniquement] [dans la mesure où ce dommage résulte] de leur transport en pontée]"

125. Le Groupe de travail a examiné ensuite les membres de phrase figurant entre crochets dans le projet de disposition lui-même. Bien que quelques avis contraires aient été exprimés, il est convenu de conserver l'adverbe "expressément" et de supprimer les crochets l'entourant; de supprimer les mots "qui résulte uniquement" ainsi que les crochets; de conserver sans les crochets les mots "dans la mesure où ce dommage résulte"; et de conserver également les mots "de leur transport en pontée" tout en supprimant les crochets entourant tout le membre final de la phrase. On a jugé que le fait de subordonner la déchéance du droit de limiter sa responsabilité à l'exigence d'un consentement exprès était important pour que le transporteur puisse prévoir qu'il s'exposait à cette sanction. En outre, les mots "dans la mesure où ce dommage résulte" étaient préférables aux mots "qui résulte uniquement", car ils étaient conformes au principe général de causalité adopté dans le projet de convention.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet de paragraphe 5

126. À l'issue de sa discussion, le Groupe de travail a décidé:

- De conserver le projet de paragraphe 5 dans sa rédaction actuelle et de supprimer les crochets l'entourant;
- D'aligner les mots "ne pas avoir le droit de limiter sa responsabilité", employés dans le projet de paragraphe 5, sur l'expression employée dans le projet d'article 64 "ne pas pouvoir se prévaloir de la limitation de responsabilité"; et
- De modifier le projet de paragraphe en tenant compte des variantes qu'il a choisies comme indiqué au paragraphe 125 ci-dessus.

Chapitre 1. Dispositions générales

Projet d'article 1. Définitions

127. Conformément à sa décision antérieure d'examiner les définitions en même temps que les articles de fond contenant des termes définis (voir plus haut par. 9), le Groupe de travail a procédé à l'examen des définitions de "partie exécutante", "partie exécutante maritime" et "partie exécutante non maritime" qui figurent aux paragraphes 6, 7 et 8, respectivement, du projet d'article 1 contenu dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81.

Paragraphes 6 et 7 – "partie exécutante" et "partie exécutante maritime"

128. Le Groupe de travail a noté que la définition de "partie exécutante" comportait deux phrases, la première décrivant la partie exécutante et la seconde étendant cette définition initiale aux salariés, représentants et sous-traitants. Il a été noté que l'objet de la définition de "partie exécutante" était de régler trois questions différentes, qu'il ne faudrait pas confondre. Premièrement, la définition visait les parties qui exécutaient les activités du transporteur en vertu d'un contrat de transport, généralement des sous-traitants, et leur responsabilité solidaire avec le transporteur contractant. Deuxièmement, elle visait à régir la responsabilité de la partie exécutante du fait de ses salariés ou des autres personnes travaillant à son service. Et troisièmement, elle visait, en conjonction avec les projets d'articles 4 et 19, à étendre la protection de la clause dite "Himalaya" à ces salariés, représentants ou sous-traitants.

129. Il a été noté que la définition de "partie exécutante maritime" renvoyait à celle de "partie exécutante" et qu'elle incluait donc elle aussi les salariés, représentants et sous-traitants. On a fait observer que la définition, telle qu'elle était formulée, pouvait avoir pour effet non voulu d'imposer directement toute responsabilité contractuelle éventuelle d'une partie exécutante maritime en vertu du contrat de transport à un salarié, représentant ou sous-traitant, et l'on a appuyé l'avis selon lequel il faudrait la revoir, de manière à éviter une telle conséquence. À ce propos, on a fait observer que le fait de rendre les salariés directement responsables contractuellement serait incompatible avec de nombreuses lois nationales qui les protégeaient contre une telle responsabilité.

130. En réponse, il a été expliqué que la raison pour laquelle la définition avait été formulée de façon si large était d'éviter le problème de la relativité des contrats qui s'était posé dans la jurisprudence à propos des clauses Himalaya, qui permettaient une telle protection pour les seuls sous-traitants, mais non pour les personnes se situant plus loin dans la chaîne des contrats. De plus, on a dit qu'il était difficile d'envisager, d'un point de vue pratique et, dans certains pays, d'un point de vue juridique, une situation dans laquelle un simple salarié serait tenu responsable en tant que partie exécutante maritime, y compris toutes les responsabilités qui en découleraient. On a fait valoir qu'il serait peu probable, dans la pratique, qu'un propriétaire de marchandises poursuive directement un salarié, au motif que les parties à un litige avaient tendance à poursuivre ceux qui avaient le plus de moyens financiers pour exécuter un jugement. Il a été conseillé, pour le cas où la définition devrait être modifiée, de veiller à ne pas supprimer par erreur la responsabilité des employeurs du fait d'autrui et, dans la mesure où il était fait référence dans tout le

projet de convention aux “parties exécutantes” et aux “parties exécutantes maritimes”, de ne pas apporter de modifications qui pourraient avoir des conséquences non voulues ailleurs dans le texte.

131. Il a été proposé que le Groupe de travail envisage de reformuler la définition. Il a été convenu que, ce faisant, il devrait examiner tous les articles de fond, dans l’ensemble du texte, qui faisaient référence à la définition et s’appuyer sur les principes directeurs ci-après:

– Les transporteurs et sous-traitants devraient être solidairement responsables;

– Les transporteurs et employeurs devraient être responsables du fait de leurs salariés; et

– La protection de la clause dite “Himalaya” devrait s’appliquer aux salariés de la même manière qu’elle s’applique aux employeurs et ne pas être limitée dans son application par le principe de la relativité des contrats.

Proposition d’exclure les transporteurs ferroviaires

132. Il a été rappelé au Groupe de travail qu’il avait pris la décision de principe d’exclure les transporteurs intérieurs du projet de convention.

133. Comme il est indiqué dans le document A/CN.9/WG.III/WP.84, il a été proposé que les transporteurs ferroviaires, même s’ils fournissaient des services à l’intérieur d’un port, soient exclus de la définition de “partie exécutante maritime”. À cette fin, il a été proposé d’ajouter la phrase suivante à la fin du projet de paragraphe 7 de l’article 1 (définition de “partie exécutante maritime”): “Un transporteur ferroviaire, même s’il fournit des services qui relèvent des obligations du transporteur après l’arrivée des marchandises au port de chargement ou avant leur départ du port de déchargement, est une partie exécutante non maritime.”

134. À l’appui de cette proposition, on a fait valoir qu’elle telle exclusion était justifiée du fait que, dans la réalité, s’il était vrai que les transporteurs ferroviaires s’apparentaient dans une certaine mesure aux autres transporteurs intérieurs en ce sens qu’ils retiraient des marchandises ou les remettaient en vue de leur transport à l’intérieur d’une zone portuaire, ils en différaient considérablement en ce sens que le but ultime de leurs services était à peu près exclusivement de déplacer des marchandises sur de grandes distances pour les faire entrer dans un port ou les en faire sortir, et non simplement de les déplacer à l’intérieur du port.

135. On a demandé si une exclusion spécifique était nécessaire, étant donné que le texte existant du projet de convention indiquait clairement que les transporteurs intérieurs étaient presque invariablement classés comme tels et n’étaient pas visés par la définition de partie exécutante maritime, et n’entraient donc pas dans le champ d’application du projet de convention. Il a été répondu qu’en l’absence de disposition expresse, les tribunaux seraient tenus d’effectuer une analyse cas par cas pour déterminer si un transporteur ferroviaire était couvert ou non par la définition. On a dit qu’une exclusion expresse apportait de la clarté et réduirait les contentieux sur cette question.

136. On s’est dit préoccupé par le fait que les conséquences d’une exclusion générale pour les transporteurs ferroviaires n’avaient pas été entièrement examinées. Un problème soulevé a été qu’une série de transporteurs de divers types pourraient

chercher à être exclus eux aussi du champ d'application du projet de convention. De plus, l'avis a été exprimé qu'une approche préférable à l'exclusion générale serait peut-être d'indiquer plus clairement dans le texte que le projet de convention ne s'appliquait pas si le transport maritime n'était ni envisagé ni effectivement exécuté, car on a fait valoir que les transitaires avaient besoin de suffisamment de souplesse pour exécuter les contrats de transport de la manière qu'ils jugeaient appropriée, y compris du droit d'utiliser les modes de transport optimaux.

137. Il a été demandé aussi pourquoi une telle exclusion devrait être limitée aux transporteurs ferroviaires. L'avis selon lequel elle devrait être étendue aux transporteurs routiers (comme cela est proposé dans le document A/CN.9/WG.III/WP.90) et éventuellement aux barges de transport intérieur, a bénéficié d'un certain appui. Il a été dit à ce propos que les camionneurs, contrairement aux transporteurs ferroviaires, pouvaient exécuter des transports purement intérieurs ainsi que des services exclusivement à l'intérieur de la zone portuaire, et qu'il faudrait donc peut-être formuler toute exclusion concernant le transport routier en d'autres termes que ceux qui s'appliquaient au transport ferroviaire. On a fait observer qu'une exclusion englobant à la fois les transporteurs routiers et ferroviaires risquait d'être rédigée de manière trop générale et d'exclure les routiers qui fournissaient uniquement des services dans la zone portuaire et devraient être considérés comme des "parties exécutantes maritimes". Une proposition visant à permettre une approche plus nuancée du problème envisageait une exclusion qui pourrait être formulée comme suit: "un transporteur ferroviaire ou un transporteur routier est une partie exécutante maritime uniquement lorsqu'il exécute ou s'engage à exécuter ses services exclusivement à l'intérieur de la zone portuaire". Cette proposition a bénéficié d'un certain appui.

Conclusions du Groupe de travail concernant les projets de paragraphes 6 et 7

138. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé qu'il attendrait, pour prendre une décision concernant les définitions de "partie exécutante" et "partie exécutante maritime", d'avoir examiné les dispositions remaniées, notamment une exclusion éventuelle des transporteurs ferroviaires et peut-être d'autres transporteurs intérieurs de la définition de partie exécutante maritime, en tenant compte des propositions faites en son sein.

Paragraphe 8 – "partie exécutante non maritime"

139. Le Groupe de travail a noté que le terme "partie exécutante non maritime" n'était employé qu'au paragraphe 3 du projet d'article 20. À la lumière de sa décision antérieure de supprimer ce paragraphe (voir plus haut par. 105), il est convenu de supprimer cette définition.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet de paragraphe 8

140. Le Groupe de travail est convenu de supprimer la définition de "partie exécutante non maritime" figurant au projet de paragraphe 8.

Version révisée du projet d'article 1-6 et 1-7 ("partie exécutante" et "partie exécutante maritime"); et des projets d'articles 4, 18 et 19

141. Conformément à sa décision antérieure de réexaminer les définitions reformulées de la "partie exécutante" et de la "partie exécutante maritime" qui

figuraient initialement aux paragraphes 6 et 7 du projet d'article 1 (voir ci-dessus par. 138), le Groupe de travail a poursuivi ses délibérations en se fondant sur la version révisée ci-après de ces dispositions et des projets d'articles 4, 18 et 19.

"Article 1. Définitions

6. a) Le terme "partie exécutante" désigne une personne autre que le transporteur qui s'acquitte ou s'engage à s'acquitter de l'une quelconque des obligations de ce dernier découlant d'un contrat de transport en ce qui concerne la réception, le chargement, la manutention, l'arrimage, le transport, le soin, le déchargement ou la livraison des marchandises, dans la mesure où elle agit, directement ou indirectement, à la demande du transporteur ou sous sa supervision ou son contrôle. Il désigne aussi les représentants ou les sous-traitants d'une partie exécutante dans la mesure où ceux-ci s'acquittent également ou s'engagent également à s'acquitter de l'une quelconque des obligations du transporteur découlant d'un contrat de transport.

b) Le terme "partie exécutante" ne désigne pas:

i) Un salarié du transporteur ou d'une partie exécutante; ni

ii) Une personne qui est engagée, directement ou indirectement, par un chargeur, un chargeur documentaire, l'expéditeur, la partie contrôlante ou le destinataire et non par le transporteur.

7. Le terme "partie exécutante maritime" désigne une partie exécutante dans la mesure où elle s'acquitte ou s'engage à s'acquitter de l'une quelconque des obligations du transporteur pendant la période comprise entre l'arrivée des marchandises au port de chargement d'un navire et leur départ du port de déchargement d'un navire. Toutefois, en cas de transbordement, il ne s'entend pas d'une partie exécutante qui s'acquitte, durant une étape intérieure, de l'une quelconque des obligations du transporteur pendant la période comprise entre le départ des marchandises d'un port et leur arrivée à un autre port de chargement. Un transporteur intérieur est une partie exécutante maritime uniquement s'il fournit ou s'engage à fournir ses services exclusivement à l'intérieur d'une zone portuaire.

Article 4. Applicabilité des exonérations et des limites de responsabilité

[L'actuel article 4 devient le paragraphe 1.]

2. Si une procédure judiciaire ou arbitrale relative à une perte [,] [ou] un dommage [ou un retard] visé par la présente Convention est engagée contre le capitaine, l'équipage ou toute autre personne fournissant des services à bord du navire ou contre les salariés ou les représentants d'un transporteur ou d'une partie exécutante maritime, ces personnes bénéficient des exonérations et des limites de responsabilité prévues par la présente Convention.

3. Le paragraphe 2 s'applique que la procédure judiciaire ou arbitrale soit fondée sur la responsabilité contractuelle, délictuelle ou autrement.

Article 18. Responsabilité du transporteur du fait d'autrui

Le transporteur répond du manquement aux obligations lui incombant en vertu de la présente Convention causé par les actes ou omissions:

a) De toute partie exécutante;

b) Du capitaine ou de l'équipage du navire;

c) De ses propres salariés ou représentants ou de ceux d'une partie exécutante; ou

d) De toute autre personne qui s'acquitte ou s'engage à s'acquitter de l'une quelconque des obligations incombant au transporteur en vertu du contrat de transport, dans la mesure où elle agit, directement ou indirectement, à la demande de ce dernier ou sous sa supervision ou son contrôle.

Article 19. Responsabilité des parties exécutantes maritimes

1. Une partie exécutante maritime qui a initialement reçu les marchandises à transporter dans un État contractant, les a finalement livrées dans un État contractant, ou a exécuté ses activités concernant les marchandises dans un port d'un État contractant, si l'événement qui a causé la perte, le dommage ou le retard a eu lieu pendant la période comprise entre l'arrivée des marchandises au port de chargement d'un navire et leur départ du port de déchargement d'un navire, au moment où elle a la garde des marchandises ou à tout autre moment dans la mesure où elle participe à l'exécution de l'une quelconque des activités prévues par le contrat de transport:

a) Est soumise aux obligations et responsabilités imposées et bénéficie des exonérations et des limites de responsabilité reconnues au transporteur par la présente Convention; et

b) Répond d'un manquement aux obligations que lui impose la présente Convention causé par les actes et omissions d'une personne à qui elle a confié l'exécution de l'une quelconque des obligations incombant au transporteur en vertu du contrat de transport."

142. Il a été indiqué que les définitions de la "partie exécutante" et de la "partie exécutante maritime" avaient été reformulées conformément aux trois principes directeurs convenus par le Groupe de travail à cette fin (voir ci-dessus, par. 131). Dans le texte révisé, la "partie exécutante" était définie de manière étroite, l'alinéa a) énumérant les personnes incluses dans la définition et l'alinéa b) les personnes exclues, ce qui, a-t-on pensé, éliminait le risque qu'un salarié de la partie exécutante maritime soit tenu responsable en vertu du projet de convention pour les actions de son employeur. Il a aussi été indiqué qu'on avait étendu la liste des personnes visées par la disposition sur la responsabilité pour fait d'autrui au projet d'article 18 de manière à y inclure expressément les personnes qui, conformément à la décision du Groupe de travail, devaient bénéficier d'une telle protection. En outre, la protection automatique avait été prévue expressément pour cette plus grande catégorie de personnes, comme l'avait convenu le Groupe de travail, et la protection en vertu du projet d'article 4 avait été élargie, de petites modifications supplémentaires ayant aussi été apportées au libellé de cette disposition, telles que l'ajout d'une référence à la procédure arbitrale. Quelques modifications techniques,

comme l'insertion d'une partie du paragraphe 1 a) dans le chapeau, avaient aussi été apportées au projet d'article 19-1. Enfin, il a été expliqué que la dernière phrase de la définition de la "partie exécutante maritime" visait à exclure expressément, conformément à la décision du Groupe de travail, les transporteurs intérieurs qui se limitaient à faire entrer et sortir les marchandises dans la zone portuaire.

"par le transporteur" dans le projet d'article 1-6 b) ii)

143. Il a été estimé que les mots "par le transporteur" à la fin du projet d'article 1-6 b) ii), jugés redondants, pouvaient être supprimés. Il a toutefois été objecté que ces mots étaient nécessaires du fait que l'alinéa b) énumérait les personnes exclues de la définition et que le sous-alinéa ii) renvoyait expressément à la situation prévue par le projet d'article 14-2, dans laquelle un chargeur ou une autre personne pouvait accepter de s'acquitter d'obligations normalement exécutées par le transporteur. En pareil cas, a-t-on précisé, le projet de convention devrait exclure de la définition les personnes engagées, directement ou indirectement, par des personnes ayant un droit sur les marchandises mais, le transporteur étant également engagé par le chargeur, il fallait inclure ces mots pour faire en sorte que le transporteur ne soit pas exclu en tant que "partie exécutante".

"Transporteur intérieur" dans le projet d'article 1-7

144. En réponse à la crainte, attribuable en partie à des incertitudes concernant la traduction dans les différentes versions linguistiques du texte, que le terme "transporteur intérieur" n'inclue pas le transport par voie d'eau intérieure, le Groupe de travail a affirmé que le terme visait à englober le transport routier, ferroviaire et par voie d'eau intérieure. Il a été demandé, et cette demande a été soutenue, que cette intention soit clarifiée dans le texte, et il a été proposé – proposition également appuyée – que le statut des transbordeurs exploités par des transporteurs intérieurs soit également clarifié, éventuellement dans la définition du contrat de transport de marchandises par mer plutôt que dans celle de la "partie exécutante maritime".

145. Il a été noté en outre que le terme "transporteur intérieur" n'était peut-être pas idéal, le mot "transporteur" étant un terme défini, et on a estimé que le terme "partie exécutante intérieure" serait peut-être préférable. Cette idée n'a toutefois pas été soutenue car, a-t-il été estimé, on risquait d'exclure involontairement de la définition de la "partie exécutante maritime" certaines parties exécutantes intérieures qui devaient de tout évidence être incluses, par exemple les personnes élaborant le plan d'arrimage, qui pouvaient travailler exclusivement depuis un bureau situé à l'extérieur du port, mais qui étaient clairement des parties exécutantes maritimes.

"transbordement" et "port" dans le projet d'article 1-7

146. Une question a été posée concernant l'exclusion, en cas de transbordement, de certaines parties exécutantes de la définition de la "partie exécutante maritime". Même s'il a été admis que le Groupe de travail était convenu de ce traitement, on s'est dit préoccupé par la lacune évidente que celui-ci créait dans le champ d'application du projet de convention. Néanmoins, le texte a été accepté sous sa forme actuelle.

147. Une autre question rédactionnelle a été soulevée concernant la deuxième phrase de la définition de la "partie exécutante maritime", qui faisait référence au transbordement. Il a été estimé que cette phrase pouvait être supprimée car elle était couverte par la dernière phrase de la définition qui englobait uniquement les transporteurs intérieurs qui fournissaient leurs services exclusivement à l'intérieur d'une zone portuaire, excluant par là même ceux qui participaient au transbordement sans que leurs services se limitent exclusivement à une zone portuaire mais qui voyageaient entre les ports. Cet avis a bénéficié d'un certain soutien et il a été suggéré qu'il en soit tenu compte lors de modifications rédactionnelles ultérieures.

148. On a toutefois exprimé la crainte que, pour les très grands ports ou les ports très proches géographiquement, ou pour des ports différents gérés par une autorité unique, il ne soit très difficile de savoir si une partie exécutante fournissait ses services "exclusivement à l'intérieur d'une zone portuaire" et, par conséquent, très difficile de déterminer qui avait qualité de "partie exécutante maritime". Ces préoccupations ont trouvé un écho favorable de même que la proposition selon laquelle le Groupe de travail pourrait envisager d'exclure entièrement les transporteurs intérieurs de l'application du projet de convention. En réponse, il a été noté que le Groupe de travail était précédemment convenu de laisser aux autorités locales et aux autorités judiciaires le soin de décider de ce qui constituait un "port", étant donné que les avis sur cette question divergeaient fortement en fonction des conditions géographiques. Il a aussi été indiqué qu'il était malaisé de savoir si cela constituerait un grave problème et qu'en toute hypothèse le projet de convention n'avait pas défini un certain nombre de termes étant donné son incapacité à répondre à chaque question. En outre, il a été noté que les Règles de Hambourg faisaient référence au "port" sans en donner de définition. En dépit des préoccupations exprimées face au risque qu'une telle approche de la "délimitation" d'un port particulier ne donne lieu à des litiges inutiles et coûteux pour établir la signification du mot "port" au niveau local, il a été convenu qu'une solution consistant à exclure, comme cela était proposé, tous les transporteurs intérieurs, aurait d'importantes répercussions sur l'ensemble du projet de convention. En conséquence, l'approche actuelle adoptée dans le projet d'article 1-7 a été largement soutenue.

Projet d'article 4

149. Il a été observé que le paragraphe 1 du projet d'article 4 devrait être modifié par l'insertion du terme "procédure arbitrale" afin de l'harmoniser avec les paragraphes additionnels proposés dans le texte révisé. À une question sur l'emploi de la formule "ces personnes bénéficient des exonérations et des limites de responsabilité prévues par la présente Convention" dans le texte révisé, il a été expliqué que cette formule différait de celle du texte original pour qu'il soit clair que lorsque, par exemple, un transporteur acceptait par contrat d'augmenter la limite de sa responsabilité, une personne visée dans le projet d'article 4 ne serait pas liée par cet accord contractuel mais serait soumise aux dispositions du projet de convention. Cette approche a été appuyée et la clarification du texte dans ce sens a été encouragée.

Divers problèmes rédactionnels

150. Il a été indiqué que la définition de la "partie exécutante" comprenait les représentants mais excluait les salariés et que, dans certains pays, ces deux catégories de personnes seraient traitées de manière similaire. En réponse à une question, il a été noté qu'il y avait une redondance dans le projet d'article 18 qui devrait être corrigée car l'alinéa a) faisait référence à "toute partie exécutante" et l'alinéa c) incluait les "représentants" alors que ces derniers étaient déjà inclus dans la définition de la "partie exécutante". Il a toutefois été estimé que cette question méritait d'être examinée plus attentivement car il pouvait encore être nécessaire de mentionner les "représentants du transporteur" dans le projet d'article 18. Il a également été proposé que les "représentants du transporteur" soient expressément inclus dans la définition de la "partie exécutante".

151. En réponse à une question concernant le traitement des salariés et des représentants dans le projet d'article 19-1 b), il a été noté que la formule "une personne à qui elle a confié l'exécution" visait précisément ces deux catégories de personnes. Il a toutefois été convenu que, si un doute subsistait à cet égard, le capitaine et l'équipage du navire, les salariés et les représentants devraient être mentionnés dans le texte du projet d'article 19-1 b). On a exprimé une préférence pour une telle clarification dans le texte, mais il a également été fait observer que cette mention devrait être très précise pour ne viser que le capitaine et l'équipage du navire qui accomplissaient la partie maritime du transport dont la partie exécutante maritime était responsable.

152. Une question a aussi été posée concernant l'extension de la protection de la clause "Himalaya" aux entrepreneurs indépendants. Il a été indiqué que les "sous-traitants" étaient couverts par la définition de la "partie exécutante" et bénéficiaient donc de la protection offerte par cette clause puisque la "partie exécutante" en bénéficiait, mais il a été fait remarquer que, si le texte n'était pas clair, on pourrait envisager d'ajouter les mots "entrepreneurs indépendants".

Conclusions du Groupe de travail concernant le texte révisé

153. À l'issue de sa discussion, le Groupe de travail:

- A estimé que le texte révisé correspondait à ses décisions antérieures;
- A prié le secrétariat d'examiner certaines propositions rédactionnelles exposées dans les paragraphes précédents, y compris la liste des personnes exclues de la définition de la "partie exécutante"; le traitement des "représentants" dans les projets d'articles 1-6, 4-2 et 18; et un libellé approprié pour inclure le transport par voies d'eau intérieures dans la dernière phrase du projet d'article 1-7;
- A jugé par ailleurs que le texte révisé était dans l'ensemble acceptable.

Chapitre 19. Validité des clauses contractuelles

Remarques générales

154. Conformément à sa décision antérieure d'examiner toutes les dispositions affectant le champ d'application du projet de convention à la session en cours, le

Groupe de travail a entrepris d'examiner les dispositions du chapitre 19 du projet de convention (Validité des clauses contractuelles), en même temps que la définition de "contrat de volume" (article 1, paragraphe 2), après avoir eu suffisamment de temps pour étudier les propositions qui avaient été soumises par certaines délégations sur la question de la liberté contractuelle dans le cadre du projet de convention (propositions communes de l'Australie et de la France contenues dans les documents A/CN.9/612 et A/CN.9/WG.III/WP.88).

Projet d'article 88. Dispositions générales

155. Il a été rappelé au Groupe de travail que son examen le plus récent du projet d'article 88 sur la validité des clauses contractuelles remontait à sa dix-septième session (voir A/CN.9/594, par. 146 à 153). Le Groupe de travail a entrepris d'examiner l'article 88 tel qu'il figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81.

Paragraphe 1

156. Le Groupe de travail est convenu que le projet de paragraphe 1 devait être adopté tel quel.

Paragraphe 2

157. Il a été suggéré que le paragraphe 2, qui portait sur les exclusions et les limitations apportées dans le contrat de transport aux obligations et responsabilités du chargeur, soit rédigé de manière similaire au paragraphe 1, qui portait sur les exclusions et limitations apportées dans le contrat de transport aux obligations et responsabilités du transporteur afin d'y faire contrepoids. Pour expliquer que les obligations d'un chargeur pouvaient encore être accrues, bien qu'il n'y ait actuellement pas de limite dans le projet de convention à la responsabilité du chargeur, il a été noté que l'on pouvait passer, par exemple, d'une responsabilité fondée sur la négligence à une responsabilité de plein droit.

158. Bien que certains aient proposé de supprimer entièrement le paragraphe, le Groupe de travail est convenu de le conserver, et de supprimer les crochets qui l'entouraient.

159. Des doutes ont été émis à propos des termes "ou étend" et "ou accroît" qui figuraient entre crochets aux alinéas a) et b) respectivement. Il a été estimé que, si les obligations du chargeur auxquelles il était fait référence au paragraphe 2 se limitaient à celles qui étaient énoncées dans le projet de convention, il fallait conserver ces termes et supprimer les crochets. En revanche, s'il s'agissait d'obligations supplémentaires en dehors du projet de convention, il fallait supprimer ces termes. Puisque, de façon générale, le Groupe de travail estimait que ce paragraphe devait mieux protéger les chargeurs, du fait qu'il concernait des contrats de transport autres que les contrats de volume, la proposition de conserver les termes "ou étend" et "ou accroît", et de supprimer les crochets qui les entouraient, a été appuyée. On a considéré qu'il faudrait examiner plus avant le risque de confusion au sujet des obligations visées et apporter éventuellement des modifications au texte pour clarifier la question, si nécessaire.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet de paragraphe 2

160. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

- De conserver tel quel le texte du projet de paragraphe 2 dans le projet de convention;
- De conserver les termes entre crochets "ou étend" et "ou accroît" et de supprimer les crochets qui les entourent.

Projet d'article 89 – Règles spéciales pour les contrats de volume

161. Le Groupe de travail a noté que le texte du projet d'article 89 était le résultat de longues négociations menées depuis sa douzième session (Vienne, 6-17 octobre 2003) et traduisait, avec quelques modifications de forme, le compromis auquel il était parvenu à sa dix-septième session (New York, 3-13 avril 2006).

162. Dans son ensemble, le Groupe de travail s'est dit favorable à la notion de liberté contractuelle et à la nécessité d'incorporer dans le projet de convention des dispositions tenant compte des réalités commerciales, en particulier de l'utilisation croissante des contrats de volume. On a appuyé l'avis selon lequel les chargeurs ne couraient pas un risque important d'être privés de la protection accordée par le projet de convention, car ils étaient libres de conclure des contrats de volume et d'en négocier les conditions, ou bien d'expédier des marchandises en vertu d'un document de transport entièrement régi par le projet. Le choix entre ces deux options dépendait du jugement commercial de chaque chargeur. Toutefois, il a aussi été estimé, et cet avis a été fortement appuyé, qu'une liberté contractuelle illimitée, quoique généralement souhaitable dans les cas où les parties avaient le même pouvoir de négociation, risquait dans les autres cas de priver la partie la plus faible, habituellement le petit chargeur, de toute protection contre les conditions abusives imposées unilatéralement par les transporteurs. Il a été ajouté que, dans sa formulation actuelle, le projet d'article 89, lu conjointement avec la définition des contrats de volume figurant au paragraphe 2 du projet d'article 1, n'offrait pas le niveau de protection souhaitable. Il a été rappelé au Groupe de travail que l'histoire du droit des transports de marchandises par mer s'était caractérisée par l'introduction progressive de règles de responsabilité impératives, que l'on trouvait aujourd'hui dans diverses conventions internationales régissant différents modes de transport. Le projet de convention étant considéré comme le seul instrument international à contenir des dispositions qui accordaient une liberté contractuelle considérable, le Groupe de travail a été instamment invité à examiner les propositions visant à remédier à la situation.

163. Ces propositions, figurant dans les documents A/CN.9/WG.III/WP.88 et A/CN.9/612, comprenaient essentiellement trois éléments. Premièrement, il fallait modifier la définition des contrats de volume, au paragraphe 2 du projet d'article 1, pour y prévoir une durée minimum et une quantité minimum de marchandises à expédier, ou du moins pour y exiger que les expéditions soient "importantes". Deuxièmement, la condition de fond concernant la validité d'un contrat de volume (à savoir que celui-ci ait fait "l'objet d'une négociation individuelle") et la condition de forme concernant la validité des dérogations (à savoir que les dérogations soient indiquées "de manière apparente"), énoncées au paragraphe 1 du projet d'article 89, devraient être cumulatives, et non pas exclusives l'une de l'autre, pour bien montrer que les deux parties au contrat devaient expressément consentir aux dérogations.

Troisièmement, il fallait élargir la liste des questions pour lesquelles aucune dérogation n'était admise, qui ne comprenait actuellement que l'obligation du transporteur de maintenir le navire en état de navigabilité et de l'armer convenablement (art. 16-1) et la déchéance du droit de limiter sa responsabilité (art. 64), de sorte qu'elle englobe également le projet d'article 17 (fondement de la responsabilité du transporteur), le projet d'article 62 (limites de responsabilité), le projet d'article 30 (fondement de la responsabilité du chargeur envers le transporteur), le chapitre 5 (obligations du transporteur) et les projets d'articles 28 à 30 et 33 (obligations du chargeur). Il a été estimé, et cet avis a été appuyé par plusieurs, que même si le Groupe de travail n'acceptait pas tous ces éléments, il devrait envisager au moins de modifier la définition des contrats de volume, pour en limiter le champ d'application et pour protéger les petits chargeurs, du fait que son libellé actuel risquait dans la pratique de couvrir une part potentiellement très large du transport maritime international. Autrement, a-t-on dit, le projet de convention risquait d'être dépourvu de signification pratique.

164. À ce stade, on a rappelé au Groupe de travail ses délibérations antérieures sur la question ainsi que l'évolution du traitement de la liberté contractuelle dans le projet de convention. Il a été souligné que le Groupe de travail examinait les règles spéciales à appliquer aux contrats de volume et l'étendue de la liberté contractuelle à accorder dans ce type de contrats depuis un certain nombre d'années. Le projet de convention, suivant en cela l'approche adoptée dans les instruments de droit maritime antérieurs, avait initialement été conçu comme un corps de règles incorporant des dispositions essentiellement impératives pour toutes les parties. Aussi, sa version initiale disposait-elle que "toute stipulation contractuelle qui déroge aux dispositions du présent instrument est nulle dans la mesure où elle a pour objet ou pour effet, directement ou indirectement, d'exclure, [ou] de limiter [ou d'alourdir] la responsabilité pour violation de toute obligation du transporteur, d'une partie exécutante, du chargeur, de la partie contrôlante ou du destinataire" (A/CN.9/WG.III/WP.21, art. 17.1).

165. À la douzième session du Groupe de travail (Vienne, 6-17 octobre 2003), toutefois, il avait été suggéré de laisser une plus grande marge de manœuvre aux parties dans les "accords de services réguliers de transport maritime" (OLSA) pour se répartir leurs droits, obligations et responsabilités respectifs et de leur donner la liberté de déroger aux dispositions du projet de convention dans certains cas (A/CN.9/WG.III/WP.34, par. 18 à 29). Il avait été proposé que cette liberté soit accordée essentiellement lorsqu'un ou plusieurs chargeurs et un ou plusieurs transporteurs concluaient des accords prévoyant le transport d'un volume minimum de cargaison par expéditions successives sur des navires utilisés pour un service de ligne régulière et que le ou les chargeurs convenaient en échange de payer un tarif négocié et de remettre un volume minimum de cargaison (A/CN.9/WG.III/WP.34, par. 29).

166. À cette session, le Groupe de travail était généralement convenu que le projet de convention soit ne devrait pas régir du tout certains types de contrats soit devrait le faire de manière facultative ou supplétive, à savoir notamment des contrats qui, dans la pratique, faisaient l'objet de longues négociations entre chargeurs et transporteurs, à l'opposé des contrats de transport qui ne nécessitaient pas (ou pour lesquels les pratiques commerciales n'autorisaient pas) le même degré d'adaptation au cas par cas. Ces derniers prenaient généralement la forme de contrats d'adhésion,

dans le cadre desquels les parties auraient peut-être besoin de la protection de règles de droit impératives. Le Groupe de travail était néanmoins convenu qu'il fallait étudier plus avant la définition de l'étendue de la liberté contractuelle et des types de contrats dans lesquels cette liberté devrait être reconnue (A/CN.9/544, par. 78 à 82).

167. Le Groupe de travail avait examiné une proposition révisée sur la liberté contractuelle dans les "accords de services réguliers de transport maritime" (A/CN.9/WG.III/WP.42) à sa quatorzième session (Vienne, 29 novembre-10 décembre 2004). À cette session, un certain nombre de préoccupations avaient été exprimées à propos de la liberté contractuelle dans ce type d'accords. Il avait été estimé, en particulier, qu'il ne devrait pas être possible, pour les parties à de tels accords, de renoncer par contrat à certaines dispositions impératives du projet de convention. Il avait aussi été déclaré que l'introduction d'un régime spécial pour ces accords risquait de créer des problèmes de concurrence. Des inquiétudes avaient également été exprimées en ce qui concerne la protection des petits chargeurs qui, du fait de leur faible pouvoir de négociation, risquaient d'être victimes d'abus potentiels de la part des transporteurs par le biais d'accords de services réguliers de transport maritime. Il avait été dit, cependant, que dans la pratique commerciale actuelle, les petits chargeurs préféraient généralement recourir à des accords de fret, qui n'étaient pas des contrats de transport mais garantissaient un fret maximum sans spécifier de volume, plutôt que de conclure des contrats de volume, et que l'attrait d'accords de fret combinés aux forces du marché réduirait le risque d'exposition à des abus commis par des transporteurs dans le cadre du régime proposé d'accords de services réguliers de transport maritime. La proposition tendant à insérer dans le projet de convention des dispositions relatives à ces accords avait été largement appuyée sous réserve qu'il soit tenu compte, entre autres, des préoccupations susmentionnées (A/CN.9/572, par. 99 à 101). Le Groupe de travail avait conclu ses délibérations, à ce stade, en décidant qu'il n'était pas opposé à ce que soit insérée dans le projet de convention une disposition relative aux accords de services réguliers de transport maritime, sous réserve que soient clarifiées les questions concernant l'application du projet de convention aux contrats de volume en général. Il avait également décidé qu'il faudrait prêter une attention particulière à la définition de ces accords de services réguliers de transport maritime et à la protection des intérêts des petits chargeurs et des tiers, et examiner plus avant la question de savoir quelles dispositions du projet de convention, si tant est qu'il y en ait, devraient être impérativement applicables à ces accords. Enfin, il avait invité les auteurs de la proposition initiale concernant les accords de services réguliers de transport maritime à améliorer la définition de ces accords en collaboration avec les autres délégations intéressées (A/CN.9/572, par. 104).

168. Le Groupe de travail est revenu sur la question de la liberté contractuelle dans les "accords de services réguliers de transport maritime" à sa quinzième session (New York, 18-28 avril 2005). Il a ensuite été informé de l'issue des consultations qui avaient eu lieu conformément à la demande formulée à sa quatorzième session. Il a par la suite été proposé que, du fait que les accords de services réguliers de transport maritime étaient un type de contrat de volume, des modifications soient apportées aux dispositions du document A/CN.9/WG.III/WP.44 ainsi qu'aux projets d'articles 88 et 89 afin d'englober ces accords dans le traitement prévu pour les contrats de volume dans le champ d'application du projet d'instrument. Le Groupe de travail a souscrit à cette proposition (A/CN.9/576, par. 12, et 14 à 16). Il a

ensuite entrepris d'examiner les moyens de répondre aux préoccupations qui avaient été exprimées à sa session précédente concernant les conditions dans lesquelles il devrait être possible de déroger aux dispositions du projet de convention. L'avis a été émis qu'aucune dérogation aux dispositions du projet de convention ne devrait être autorisée quelles que soient les circonstances, mais l'opinion selon laquelle une dérogation pourrait être autorisée dans certaines circonstances a également été appuyée. Le Groupe de travail a accepté d'une manière générale qu'il faudrait, pour qu'un contrat de volume ou des expéditions effectuées en vertu de ce contrat puissent déroger au projet, que les quatre conditions suivantes soient remplies: a) le contrat devrait être [mutuellement négocié et] accepté par écrit ou électroniquement; b) le contrat devrait obliger le transporteur à assurer un service de transport spécifié; c) il faudrait faire figurer dans le contrat de volume une disposition, qui ne peut être incorporée par référence d'un autre document; prévoyant des devoirs, droits, obligations et responsabilités accrus ou réduits; et d) le contrat ne devrait pas être [une liste de prix et de services du transporteur,] un connaissement, un document de transport, un document électronique, un récépissé de marchandises ou un document similaire, mais peut incorporer ces documents par référence (A/CN.9/576, par. 17 à 19). Le Groupe de travail a ensuite examiné la question de savoir s'il devrait y avoir des dispositions impératives du projet de convention auxquelles on ne devrait jamais pouvoir déroger et, dans l'affirmative, quelles devraient être ces dispositions. À cet égard, il a décidé que l'obligation de navigabilité devrait être une disposition impérative du projet de convention à laquelle il ne pourrait être dérogé (A/CN.9/576, par. 17 à 19).

169. Le Groupe de travail a examiné la question des contrats de volume pour la dernière fois à sa dix-septième session (New York, 3-13 avril 2006) sur la base d'une version révisée du projet de convention (A/CN.9/WG.III/WP.56) et de propositions de modification qui avaient été formulées à la suite de consultations informelles (A/CN.9/WG.III/WP.61). À cette session, on s'est à nouveau inquiété du risque de recours abusif à ce type de contrat dans le but de déroger aux dispositions du projet de convention, notamment dans les cas où le volume d'échanges pouvait être important. On a exprimé la crainte qu'il soit peut-être jugé incohérent de prévoir une si large liberté contractuelle de déroger à une convention obligatoire et on a estimé qu'une approche préférable consisterait à établir une liste des dispositions spécifiques susceptibles de dérogation. Selon un autre avis, les projets de paragraphes 1 et 5 et la définition des contrats de volume dans le projet d'article 1 répondaient ensemble aux craintes émises précédemment au sujet de la protection suffisante à assurer aux parties contractantes. On s'est toutefois déclaré préoccupé par le fait que, si une certaine liberté contractuelle était généralement souhaitable et que les contrats de volume n'étaient pas forcément contestables, l'alinéa b) du projet de paragraphe 1 risquait de ne pas protéger suffisamment les parties à ce type de contrat (A/CN.9/594, par. 155). Dans l'ensemble, le Groupe de travail a toutefois fermement appuyé à la fois le régime général des contrats de volume prévu par le projet de convention et la version reformulée du projet de paragraphe 1, tel qu'il figurait au paragraphe 49 du document A/CN.9/WG.III/WP.61. On a estimé que le cadre juridique des contrats de volume établissait un équilibre approprié entre la nécessité d'offrir une certaine flexibilité commerciale en permettant de déroger au projet de convention dans certaines situations et la protection adéquate des parties contractantes (A/CN.9/594, par. 156). Le Groupe de travail a ensuite examiné la question de savoir s'il était souhaitable de prévoir dans

le régime des contrats de volume établi par le projet de convention une liste de dispositions absolument impératives auxquelles il ne pourrait être dérogé, indépendamment de toute convention, comme celle qui était prévue dans le projet de paragraphe 4, tel qu'il figurait au paragraphe 49 du document A/CN.9/WG.III/WP.61. On s'est quelque peu inquiété de l'inclusion d'une telle disposition dans le projet de convention au motif qu'elle pourrait servir, dans l'interprétation ultérieure de la convention, à réintroduire le concept d'obligation absolue qui avait été soigneusement évité lors de l'élaboration des dispositions. Cependant, on a fermement appuyé l'idée d'inclure dans le projet de convention une liste des dispositions impératives auxquelles il ne pourrait jamais être dérogé en vertu du régime des contrats de volume prévu par le projet de convention. Il a été estimé que l'inclusion d'une disposition comme le projet de paragraphe 4 formait une partie importante du compromis global destiné à fournir une protection suffisante aux parties contractantes dans le cadre des contrats de volume (A/CN.9/594, par. 160). Quant aux dispositions qui devraient figurer dans une telle liste, il a été convenu que toutes les références contenues dans le projet de paragraphe 4, tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.61, devraient être conservées (A/CN.9/594, par. 161).

170. C'est pourquoi il a été dit que le texte qui figurait dans le projet d'article 89 était le fruit d'un compromis élaboré avec soin au cours de négociations approfondies pendant un certain nombre de sessions du Groupe de travail. Plusieurs se sont dits sensibles aux préoccupations qui avaient été exprimées à propos du traitement de la liberté contractuelle dans le projet de convention, mais l'avis qui a prévalu au sein du Groupe de travail a été que le texte actuel du projet d'article 89 représentait la meilleure solution consensuelle possible pour répondre à ces préoccupations d'une manière qui préserve une utilité pratique et commerciale à l'autonomie des parties dans les contrats de volume. Il y a eu un large accord sur le fait que le Groupe de travail ne serait très vraisemblablement pas en mesure de parvenir à un consensus aussi satisfaisant sur une autre solution, et il a été instamment prié de ne pas s'aventurer sur ce terrain à un stade aussi avancé de ses délibérations.

171. Il a également été noté qu'un certain nombre de délégations qui déconseillaient actuellement de réexaminer le projet d'article 89 avaient partagé au moins certaines de ces préoccupations et avaient, à l'origine, été favorables à un régime plus strict de liberté contractuelle. Même si elles ne voyaient pas dans le projet d'article 89 une solution idéale à tous égards, il a été dit que leur souci principal, à savoir la protection des tiers, avait été pris en compte de manière satisfaisante par les dispositions du paragraphe 5 du projet d'article. En outre, l'emploi des mots "plusieurs expéditions" dans la définition des contrats de volume, au paragraphe 2 du projet d'article 1, fournissait une protection supplémentaire contre le risque d'imposition unilatérale de dérogations types au projet de convention, puisque les expéditions occasionnelles ou isolées ne rempliraient pas les conditions d'un "contrat de volume" au sens du projet de convention.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 89

172. Après avoir examiné avec soin les divers avis exprimés, le Groupe de travail a rejeté la proposition de revenir sur le compromis précédemment convenu et a

approuvé le projet d'article 89 tel qu'il avait été accepté en avril 2006 (voir A/CN.9/594, par. 154 à 170).

Projet d'article 90. Règles spéciales pour les animaux vivants et certaines autres marchandises

173. Il a été rappelé au Groupe de travail que son examen le plus récent du projet d'article 90 sur les règles spéciales pour les animaux vivants et certaines autres marchandises remontait à sa dix-septième session (voir A/CN.9/594, par. 171 et 172). Le Groupe de travail a ensuite examiné le projet d'article 90 qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81.

Chapeau et alinéa a)

174. Le Groupe de travail est convenu que le chapeau et le projet d'alinéa a) devraient être approuvés en l'état, en ayant présent à l'esprit qu'il serait peut-être nécessaire d'apporter des modifications au texte une fois qu'il aurait réexaminé les définitions de la "partie exécutante" et de la "partie exécutante maritime".

Alinéa b)

175. Le Groupe de travail a pris note de la proposition présentée dans le document A/CN.9/WG.III/WP.90 selon laquelle, pour lutter contre les abus dont il était fait état, consistant à considérer les conteneurs ou les véhicules routiers comme des "cargaisons non ordinaires" et, partant, comme une seule unité pour limiter la responsabilité, la phrase suivante devrait être ajoutée à la fin de l'alinéa: "Les conteneurs ou les véhicules routiers, dont le transport est effectué par un navire entièrement ou partiellement construit pour les transporter, ne peuvent être considérés comme "cargaison non ordinaire". Selon un avis, un tel ajout était inutile puisque les clauses de ce genre se rencontraient généralement dans certains voyages par mer de courte distance, effectués par exemple en transbordeur, pour lesquels les transporteurs émettaient habituellement des lettres de transport maritime et non des connaissements, qui entraîneraient l'application des Règles de La Haye et de La Haye-Visby. Il était toutefois prévu que le contrat de transport applicable dans un tel cas donne lieu à l'application du projet de convention, dont les dispositions supprimeraient de tels abus.

176. Le Groupe de travail est convenu que le projet d'alinéa b) devrait être approuvé en l'état.

Responsabilité en cas de retard de livraison de marchandises

177. Il a été rappelé au Groupe de travail que son examen le plus récent de la responsabilité pour retard de livraison de marchandises dans le cadre du projet de convention avait eu lieu dans le contexte de la responsabilité du chargeur en cas de retard, lors de sa dix-huitième session (voir A/CN.9/616, par. 83 à 113). Il a aussi été rappelé que deux propositions concernant la responsabilité en cas de retard avaient été présentées au Groupe de travail pour examen: l'une établie en tenant compte de ce qui était ressorti de l'examen de la question à sa dix-huitième session (A/CN.9/WG.III/WP.85) et l'autre sur le retard du transporteur et du chargeur (A/CN.9/WG.III/WP.91). Le Groupe de travail a entrepris d'examiner les

différentes dispositions concernant le retard qui figurent dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81.

Introduction générale

178. Il a été rappelé au Groupe de travail qu'il avait examiné la responsabilité en cas de retard de livraison de marchandises pendant un certain nombre de sessions et que ce sujet était particulièrement sensible, à la fois pour les chargeurs et pour les transporteurs. Étant donné le caractère approfondi des discussions antérieures sur le sujet, il a été jugé inutile de procéder à un examen complet des questions posées et des intérêts en jeu du transporteur et du chargeur, et le Groupe de travail est passé à l'examen des différentes propositions dont il était saisi. Il a été expliqué que la proposition contenue dans le document A/CN.9/WG.III/WP.85 reproduisait par écrit une proposition faite oralement lors de la dix-huitième session du Groupe de travail (A/CN.9/616, par. 101 à 113), qui, a-t-on rappelé, avait été une tentative de ce dernier de conserver dans le projet de convention la responsabilité en cas de retard de la part du transporteur et du chargeur et de trouver une limite appropriée pour la responsabilité du chargeur en cas de retard. Cela étant, il a été dit que la proposition était le fruit d'un compromis qui combinait trois éléments: une clarification du projet d'article 18 précisant que le transporteur n'était pas responsable de tout préjudice ou dommage causé dans la mesure où il était imputable à un autre chargeur; la limitation de la responsabilité du chargeur en cas de préjudice purement économique résultant d'un retard à un montant qui était placé entre crochets dans le texte; et une règle générale sur la causalité à insérer dans le projet d'article 22.

179. Il a été rappelé au Groupe de travail que ses délibérations sur les dommages-intérêts pour retard portaient sur le préjudice purement économique résultant d'un retard puisque le dommage matériel aux marchandises résultant d'un retard serait couvert par les dispositions du projet de convention sur la responsabilité pour perte ou dommage subi par les marchandises. En outre, il a été indiqué que des recherches menées sur le sujet avaient montré que dans les pays qui autorisaient la réparation des dommages pour retard, il y avait très peu d'affaires recensées, et aucune qui ait été gagnée. Alors que certains se sont interrogés sur la raison d'un nombre aussi faible d'affaires sur ce sujet, l'avis a été exprimé que les conclusions des travaux de recherche permettaient de penser qu'aucune nécessité commerciale ne justifiait des dispositions sur le retard, et l'on a dit qu'en tout état de cause, celles-ci ne devraient pas être impératives. Des arguments plus spécifiques ont été avancés en faveur de l'avis selon lequel la responsabilité en cas de retard devrait être facultative, comme il est indiqué dans le document A/CN.9/WG.III/WP.91. Bien qu'il ait été dit que la suppression de la responsabilité en cas de retard de la part du chargeur et du transporteur était la meilleure solution compte tenu de la réalité commerciale et de la difficulté manifeste à trouver un moyen acceptable de limiter la responsabilité du chargeur pour les dommages résultant d'un retard, une autre proposition figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.91 était de rendre facultative la responsabilité du chargeur et du transporteur en cas de retard ou de la soumettre à la liberté contractuelle. On a toutefois exprimé la crainte que cette approche ne conduise simplement les transporteurs à insérer des clauses types dans le document de transport les exonérant de toute responsabilité en cas de dommages résultant d'un retard.

Discussion

180. Le Groupe de travail a été informé que l'hypothèse de travail concernant un compromis sur la question du retard qui avait été proposée lors de sa dix-huitième session, et qui était contenue dans le document A/CN.9/WG.III/WP.85, n'avait pas bénéficié d'un soutien suffisant dans les consultations formelles et informelles ultérieures et qu'elle menaçait de faire long feu. Au vu de cette possibilité, un certain nombre d'autres propositions ont été faites sur la manière d'aborder au mieux la question de la responsabilité en cas de retard dans le projet de convention. Ces propositions pourraient être résumées comme suit:

a) Toutes les références à la responsabilité en cas de retard de la part du chargeur et de la part du transporteur devraient être supprimées du texte du projet de convention, et il faudrait laisser au droit national le soin de régler ces questions;

b) Une proposition plus élaborée était composée de trois éléments. Premièrement, la responsabilité du chargeur en cas de retard devrait être supprimée en raison de l'échec à trouver un moyen approprié de la limiter. Deuxièmement, le texte du projet d'article 21 sur le retard devrait se limiter à la première partie de la phrase ("Il y a retard de livraison lorsque les marchandises ne sont pas livrées au lieu de destination prévu dans le contrat de transport dans le délai expressément convenu") et la suite être supprimée. Troisièmement, il faudrait donner un caractère plus impératif au projet d'article 63 en supprimant les termes "sauf convention contraire" figurant entre crochets;

c) Il faudrait soumettre la limitation de la responsabilité pour le préjudice économique causé par le retard à la liberté contractuelle en conservant le texte entre crochets dans le projet d'article 63 et en supprimant les crochets;

d) La responsabilité en cas de retard devrait être rendue facultative, ou soumise à la liberté contractuelle à la fois pour le transporteur et pour le chargeur;

e) Le texte portant sur la possibilité de demander réparation des dommages qui a été proposé durant la dix-huitième session du Groupe de travail (voir par. 107, A/CN.9/616) devrait être réintroduit en plus de la proposition figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.85;

f) La responsabilité du chargeur en cas de retard devrait être exclue du projet de convention, et la responsabilité du transporteur en cas de retard devrait uniquement être maintenue lorsque le chargeur a clairement fait savoir au transporteur qu'il voulait que la livraison se fasse en temps voulu;

g) La responsabilité en cas de retard devrait être impérative pour le transporteur, mais plus souple pour les chargeurs;

h) Le traitement du transporteur et du chargeur devrait être identique pour ce qui est de la responsabilité pour dommages résultant d'un retard;

i) Une disposition devrait être insérée qui préciserait que la réparation du préjudice économique non lié à un dommage matériel quelconque devrait être exclue du projet de convention, tant dans le cas du chargeur que dans celui du transporteur;

j) La responsabilité en cas de retard devrait être impérative pour le chargeur et pour le transporteur; et

k) Il faudrait adopter la même approche en matière de retard que dans les Règles de Hambourg, y compris la limite de deux fois et demie le fret payable pour les marchandises ayant subi le retard.

181. Un certain nombre de points de vue ont été exprimés au sein du Groupe de travail sur celles des propositions présentées dans le paragraphe précédent auxquelles allait la préférence, et qui pouvaient être considérées comme deuxième et troisième choix. Au cours de la discussion, bien qu'aucun consensus net ne se soit dégagé au départ en faveur de l'une des approches exposées ci-dessus, un certain nombre de positions fermes ont été énoncées et ont bénéficié d'un appui. Elles peuvent être résumées comme suit:

a) Il est apparu que de l'avis général, le compromis présenté dans le document A/CN.9/WG.III/WP.85 ne recueillerait pas l'acceptation du Groupe de travail;

b) Le maintien de la responsabilité du transporteur en cas de dommages résultant d'un retard a été fortement appuyé;

c) L'idée selon laquelle la responsabilité du transporteur en cas de retard devrait être obligatoire a été soutenue; et

d) Il y avait beaucoup de souplesse en ce qui concerne la nécessité d'inclure la responsabilité des chargeurs en cas de dommages résultant d'un retard, compte tenu en particulier des informations communiquées au Groupe de travail sur les difficultés et les dépenses, pour les chargeurs, de s'assurer contre un préjudice purement économique.

182. À la lumière des points de vue affirmés qui ont été exprimés, le Groupe de travail a essayé de parvenir à un compromis sur la question en examinant principalement les deux premières propositions énoncées au paragraphe180 ci-dessus. Il a été dit que l'un des avantages de la suppression du projet de convention de la responsabilité en cas de retard à la fois de la part du chargeur et du transporteur était de donner une plus grande souplesse aux pays qui avaient des règles spécifiques sur le retard du transporteur. Il a été ajouté qu'il était préférable de ne pas avoir de règle sur la responsabilité en cas de retard dans le projet de convention que d'en formuler une qui serait inadéquate ou préjudiciable à l'application du droit interne impératif. Selon l'avis contraire, la proposition comportant trois éléments permettrait au moins un certain degré d'harmonisation au sujet des règles sur le retard, au lieu de laisser au droit interne le soin de régler toute la question. En outre, une solution de compromis limitant la notion de retard au défaut de livraison des marchandises au cours de la période de livraison convenue correspondrait bien à une approche commerciale qui avait été préconisée pour le problème de la responsabilité en cas de retard.

183. Bien qu'une préférence générale ait semblé se dégager en faveur de la proposition comportant trois éléments présentée au paragraphe 180 b) ci-dessus, le Groupe de travail a entendu des points de vue opposés sur l'opportunité de supprimer la clause du projet d'article 21 qui faisait référence au délai qu'il serait raisonnable d'attendre d'un transporteur diligent pour la livraison des marchandises, compte tenu des clauses contractuelles, de la douane, des pratiques et usages du commerce, et des circonstances du voyage. On a fortement appuyé le maintien de ces mots, dont on a dit qu'ils étaient au cœur du projet d'article et offraient une

garantie importante pour protéger les chargeurs contre un retard déraisonnable des transporteurs. On a déclaré que les chargeurs ne devraient pas avoir droit à des dommages-intérêts en cas de retard uniquement lorsque les transporteurs ne livraient pas les marchandises à une date expressément convenue. Ils méritaient la même protection lorsqu'ils se fiaient aux annonces ou aux calendriers des lignes régulières publiés par les transporteurs. Il y a toutefois eu un large appui aussi en faveur de la suppression des mots en question, dont on a dit qu'ils exprimaient un concept vague d'application difficile qui augmenterait sans doute le risque de litiges.

184. À ce stade, le Groupe de travail a été invité à examiner une version modifiée de l'approche comportant trois éléments présentée au paragraphe 180 b) ci-dessus. Il lui a été rappelé que la première option, pour plusieurs délégations, consistait à avoir dans le projet de convention des règles impératives sur le retard du transporteur, faute de quoi elles préféreraient que soit supprimée dudit projet toute référence à la responsabilité pour retard, de manière que ces questions soient régies par le droit interne. Les tenants de cette solution étaient toutefois prêts à accepter l'approche en trois éléments, sous réserve de la suppression du mot "expressément" de la désignation du délai énoncé au projet d'article 21. On a dit qu'un tel ajustement rendrait la suppression de la deuxième partie du projet de disposition moins problématique pour beaucoup de membres du Groupe de travail, et allégerait la charge de la preuve imposée aux titulaires d'un droit sur les marchandises en ce qui concerne l'accord sur le moment de la livraison. Selon un autre avis toutefois, la suppression du mot "expressément" ne modifierait pas la disposition quant au fond. Dans un esprit de compromis, le Groupe de travail a accueilli cette proposition avec satisfaction et appuyé l'approche comportant trois éléments ainsi modifiée.

Projet d'article 26. Transport précédant ou suivant un transport par mer

185. Il a été rappelé au Groupe de travail que son dernier examen du projet d'article 26 remontait à sa dix-huitième session (voir A/CN.9/616, par. 216 à 228). Le Groupe de travail a ensuite examiné le projet d'article 26 sur le transport précédant ou suivant un transport par mer qui figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81.

186. S'agissant du projet d'article 26 en général, il a été rappelé au Groupe de travail qu'une proposition de texte consolidé avait été présentée pour les projets d'articles 27, 64-2 et l'ancien projet d'article 89 contenu dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 (voir A/CN.9/WG.III/WP.89). Il a été proposé qu'en raison du lien étroit entre ces projets de dispositions pour ce qui est de la réglementation du rapport entre le projet de convention et d'autres conventions, il était souhaitable de les regrouper en une disposition unique qui serait plus claire et plus lisible. Le Groupe de travail a cependant préféré continuer à traiter ces dispositions séparément et n'a pas retenu cette proposition.

Paragraphe 1

"[ou de la loi nationale]"

187. Le maintien des mots "ou de la loi nationale", figurant entre crochets au projet de paragraphe 1, a bénéficié d'un certain soutien. Il a été dit à ce propos que le contrat de transport dans un régime "maritime plus" comme celui qui était envisagé

dans le cadre du projet de convention, pouvait contenir une étape intérieure très longue et une étape maritime relativement courte. Dans ce contexte, il a été dit qu'une référence à la loi nationale dans le projet d'article 26 était nécessaire dans certains pays pour préserver la loi nationale impérative qui s'appliquait au transport intérieur. On a aussi appuyé le maintien de la référence à la loi nationale dans le projet de paragraphe 1 en faisant valoir qu'elle augmenterait la certitude pour les parties exécutantes non maritimes de ne pas être soumises au régime de responsabilité du projet de convention. En outre, en réponse à des remarques selon lesquelles l'inclusion de la référence à la loi nationale impérative s'écartait trop de l'objectif d'uniformité du projet de convention, il a été fait observer que l'inclusion d'"instruments internationaux" dans le paragraphe 1 permettait déjà l'inclusion éventuelle d'accords internationaux régionaux, qui pouvaient simplement prendre la forme d'un échange de notes entre deux États.

188. La suppression des mots "ou de la loi nationale", qui figurent actuellement entre crochets dans le projet de paragraphe 1, a toutefois été fortement soutenue. Bien que l'on ait affirmé comprendre ceux qui cherchaient une solution aux problèmes évoqués dans le paragraphe précédent, il a été dit que le maintien de la référence à la loi nationale représentait un écart considérable par rapport à l'équilibre qui avait déjà été atteint pour l'approche de réseau au projet d'article 26, paragraphe 1. Il a été dit aussi qu'il y avait eu un accord sur le fait que, lors de l'élaboration du cadre du système de réseau, il n'avait pas été possible de parvenir à l'uniformité totale en raison de la nécessité de permettre, dans certaines situations limitées, l'application d'autres conventions unimodales, comme la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route (CMR) et les Règles uniformes concernant le contrat de transport international ferroviaire des marchandises (COTIF-CIM). Il a cependant été indiqué que l'extension de ces exceptions restreintes à toutes les lois nationales impératives compromettrait l'utilité de l'ensemble de la disposition et porterait gravement atteinte à l'uniformité et à la prévisibilité du projet de convention dans sa totalité. On a soutenu aussi que l'inclusion d'une référence à la loi nationale au paragraphe 1 de l'article 26 risquait d'empêcher de recourir au projet d'article 4 (la "clause Himalaya") pour protéger les parties exécutantes. Un problème supplémentaire a également été soulevé, à savoir que l'inclusion d'une référence à la loi nationale serait source d'incertitudes à la fois pour les chargeurs et pour les transporteurs en ce qui concerne la détermination du régime de responsabilité qui régirait leurs activités.

La proposition de compromis

189. Au vu de l'appui exprimé au sein du Groupe de travail tant pour le maintien que pour la suppression des mots "ou de la loi nationale" dans le paragraphe 1, une proposition de compromis a été présentée afin de permettre aux États contractants souhaitant appliquer leur loi nationale impérative aux cas de perte ou d'endommagement des marchandises à l'intérieur du pays de faire des déclarations à cet effet conformément au projet d'article 94. L'idée était que les États contractants seraient tenus d'indiquer spécifiquement la loi nationale qui s'appliquerait dans ces cas. Une telle déclaration aurait pour effet d'autoriser les tribunaux de cet État à appliquer la loi nationale aux cas de dommages localisés à l'intérieur de cet État. Les tribunaux des États autres que celui faisant la déclaration ne seraient toutefois pas liés par cette déclaration et appliqueraient le texte du projet de convention conformément à ses dispositions et sans tenir compte de la loi nationale impérative.

En outre, il a été précisé que les tribunaux de l'État faisant la déclaration ne seraient autorisés à appliquer leur droit positif national qu'aux dommages se produisant dans cet État, et que la déclaration ne donnerait aucunement lieu à un prétendu effet extraterritorial de la loi nationale en cas de perte ou de dommage à l'intérieur d'un autre État.

190. Bien que de fortes préférences aient été exprimées au sein du Groupe de travail en faveur tant du maintien que de la suppression de la référence à la loi nationale, la proposition de compromis a été largement soutenue. Bien que l'on ait dit que la mention de la loi nationale dans le projet d'article 26, même par le biais d'une déclaration plutôt que dans le texte lui-même, portait atteinte à l'uniformité du projet de convention, il a été noté qu'au moins l'indication de certaines lois nationales seulement, par les pays faisant des déclarations à cet effet, permettrait une plus grande uniformité et une plus grande prévisibilité que l'inclusion dans le texte d'une référence à la loi nationale de tous les États contractants. Cette approche permettait aussi de tenir compte des besoins de certains États qui avaient des dispositions nationales impératives concernant leur transport intérieur. Il a été rappelé au Groupe de travail qu'une telle approche avait été préconisée dans le document A/CN.9/WG.III/WP.23. Étant donné la technicité de la formulation d'une méthode appropriée en matière de technique de déclaration, le Groupe de travail est convenu de ne pas examiner de propositions spécifiques à cet effet au stade actuel et a prié le secrétariat de présenter un projet de texte en temps utile. Il a pris note de l'avis selon lequel, si la méthode des déclarations était adoptée comme solution de compromis, ce compromis impliquerait de supprimer l'expression "ou d'une loi nationale" du paragraphe 2 du projet d'article 62 sur les dommages non localisés, dans le cas où ce paragraphe, qui figurait entre crochets, était conservé.

Variante A ou B

191. Bien que le maintien de la variante A de l'alinéa a) du paragraphe 1 ait bénéficié d'un appui au sein du Groupe de travail, une préférence plus nette a été exprimée pour la variante B, dont on a dit qu'elle était plus claire et qu'elle avait plus de chances d'être interprétée rigoureusement. On a dit aussi que le texte de la variante B était préférable parce qu'il garantissait que le projet de convention serait appliqué indépendamment des dispositions relatives au champ d'application d'autres conventions sur les transports. On a indiqué que la variante A était moins souhaitable, car elle était rédigée essentiellement comme une disposition relative au conflit de conventions qui s'appuyait sur l'interprétation des dispositions relatives au champ d'application d'autres conventions sur les transports.

Conclusions du Groupe de travail concernant le paragraphe 1

192. Le Groupe de travail est convenu:

- Que toutes les références aux termes "[ou de la loi nationale]" devraient être supprimées du paragraphe 1;
- Que le secrétariat devrait rédiger une disposition concernant les déclarations permettant à un État contractant d'insérer dans le projet d'article 26-1 sa loi nationale impérative à condition: 1) qu'il ait identifié spécifiquement cette loi dans une déclaration faite à cet effet conformément au projet d'article 94; 2) que la loi nationale de l'État faisant la déclaration s'applique à la perte ou

aux dommages en question; et 3) que les dommages se soient produits sur le territoire de l'État qui a fait la déclaration; et

– Que la variante B du projet d'alinéa a) devrait être retenue et la variante A supprimée.

Paragraphe 2

193. On a fait observer que le projet de paragraphe 2 de l'article 26 faisait référence au projet d'article 62, paragraphe 2, et il a été suggéré d'en discuter lorsque le Groupe de travail aurait examiné ce dernier. Cette suggestion a été approuvée par le Groupe de travail à la lumière du lien entre le projet d'article 26 sur les dommages localisés et le projet d'article 62-2 sur les dommages non localisés subis par les marchandises. Toutefois, l'idée selon laquelle le projet d'article 62-2 ne pouvait être examiné avant qu'une décision concernant le montant de la limite au projet d'article 62-1 ait été prise n'a pas été retenue en raison du lien concernant le champ d'application du projet de convention commun aux projets d'articles 26 et 62-2.

Paragraphe 2 du projet d'article 62-2 concernant les limites de responsabilité

194. Le Groupe de travail est passé à l'examen du texte du paragraphe 2 du projet d'article 62 tel qu'il figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81.

195. La proposition de supprimer entièrement le projet de paragraphe 2 a été fortement soutenue. L'avis a été exprimé que la disposition en question était ambiguë et qu'elle n'avait pas sa place dans une convention "maritime plus". À l'appui de cet avis, on a dit qu'il était important de rappeler que la disposition portait sur les dommages non localisés subis par les marchandises. Comme, par définition, on ignorerait pendant quelle étape du transport les dommages se sont produits, seul le transporteur contractant pourrait en être tenu responsable, et non la partie exécutante. On a dit qu'une disposition telle que le projet de paragraphe 2 allait à l'encontre de l'objet même de l'adoption d'une convention internationale. Il a été convenu à cet égard que, bien qu'il n'y ait pas eu d'accord sur une limite de la responsabilité du transporteur, il ressortait des discussions antérieures (voir A/CN.9/616, par. 162 à 174) que dans la majorité des cas la limite serait insuffisante pour couvrir les dommages subis par des marchandises quelles qu'elles soient, même des marchandises particulièrement précieuses, sur la base d'une limitation par colis. On a dit que le seul effet d'une disposition telle que le paragraphe 2 serait de compromettre l'application de la limite par colis dans le projet de convention en la remplaçant par la limite inférieure par kilogramme prévue dans d'autres conventions sur le transport telles que la CMR ou la COTIF-CIM. En outre, du fait que seul le transporteur contractant serait tenu responsable des dommages non localisés, on a dit que l'approche proposée au paragraphe 2 n'avait pas d'explication logique.

196. Si des arguments ont été avancés en faveur de la fixation d'une limite de responsabilité calculée par colis dans le projet de convention (pour les deux points de vue sur la question, voir en général le document A/CN.9/616, par. 162 à 174) et de la proposition de supprimer en conséquence le paragraphe 2, des problèmes ont également été soulevés concernant l'application de ce projet de disposition. En particulier, a-t-on dit, lorsqu'il s'avérait que le dommage était survenu pendant deux étapes du transport, comme par exemple dans le cas de marchandises périssables transportées dans un conteneur insuffisamment réfrigéré, il était impossible de

savoir si le projet de paragraphe 2 devait s'appliquer. On a aussi fait observer qu'il serait souvent difficile de déterminer quel régime de transport prévoyait la limite la plus élevée, car, pour ce faire, il faudrait comparer des limites calculées par colis et par kilogramme. De plus, pour les marchandises dont le poids était inférieur à 82 kilogrammes par colis, a-t-on indiqué, le calcul par colis dans le projet de convention donnerait toujours un montant plus élevé. L'application du projet de paragraphe 2 posait d'autres problèmes, compte tenu des difficultés concernant la manière de déterminer si une limite n'admettait aucun dépassement et du fait que cette disposition augmenterait l'insécurité d'une manière générale et rendrait nécessaires les actions en justice. Il a aussi été dit que ce projet de paragraphe était incompatible avec le régime de la charge de la preuve prévu au projet d'article 26.

197. En réponse, un ferme soutien a été exprimé en faveur du maintien du texte du projet de paragraphe 2, du moins entre crochets, jusqu'à ce que le Groupe de travail ait décidé de la limite de responsabilité à retenir dans le projet de paragraphe 1. Il a été souligné que la faible limite prévue dans les Règles de La Haye-Visby risquait d'être jugée insuffisante dans le cas, par exemple, d'équipements lourds, qui ne seraient pas soumis à la règle du calcul par colis, mais bénéficieraient plutôt de la limite, plus élevée, calculée par kilogramme dans d'autres conventions sur le transport.

198. Des avis ont aussi été exprimés sur les aspects que le texte devrait comporter, si celui-ci était conservé. Ceux qui souhaitaient maintenir le texte du projet de paragraphe 2, du moins entre crochets, ont jugé la variante A du projet préférable, estimant que son libellé était plus clair. S'agissant des mots "[ou d'une loi nationale]", leur maintien et leur suppression ont tous deux été appuyés.

199. Par ailleurs, il a été estimé, et cet avis a été favorablement accueilli dans le Groupe de travail, que, en dépit des arguments pour et contre le maintien du projet de paragraphe 2, la solution la plus claire serait de trouver dans le paragraphe 1 du projet d'article 62 une limite appropriée qui s'appliquerait à tous les dommages non localisés. Dans ce cas, pensait-on – et ce point de vue a aussi été appuyé –, le projet de paragraphe 2 pourrait être supprimé. Il a été proposé en conséquence que le projet de paragraphe 2 soit conservé entre crochets en attendant que le Groupe de travail se prononce sur le paragraphe 1 du projet d'article 62. Il a cependant aussi été rappelé que, pour certains, le compromis auquel le Groupe de travail était parvenu à propos du traitement à accorder aux mots "loi nationale" dans le paragraphe 1 du projet d'article 26 était étroitement lié au traitement du paragraphe 2 du projet d'article 62, en particulier s'agissant de supprimer les mots en question. Aussi a-t-on proposé de mettre également entre crochets le paragraphe 1 du projet d'article 26 en attendant que le Groupe de travail décide du sort à réserver au paragraphe 2 du projet d'article 62.

Conclusions du Groupe de travail concernant le paragraphe 2 du projet d'article 62

200. Le Groupe de travail a reconnu qu'il y avait une large préférence pour la suppression du paragraphe 2 mais a décidé de conserver celui-ci entre crochets tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81.

Paragraphe 3 du projet d'article 26

201. Le Groupe de travail a examiné ensuite le paragraphe 3 du projet d'article 26 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81. Il a été observé que ce paragraphe avait pour but de préciser que le projet d'article 26 n'admettait aucune dérogation, sauf par choix de la loi, et que nonobstant le paragraphe 1 de ce projet d'article, les règles normales gouvernant la responsabilité dans le projet de convention continueraient de s'appliquer. Bien que des doutes aient été émis sur la nécessité d'inclure une disposition telle que le paragraphe 3, les éclaircissements supplémentaires que ce dernier apportait sur l'application des règles générales de responsabilité dans le projet de convention ont été favorablement accueillis.

"partie exécutante maritime"

202. On a demandé s'il était nécessaire de mentionner la partie exécutante maritime dans le paragraphe 3, car le projet d'article 26 mettait l'accent sur le contrat de transport et devrait donc peut-être se borner à mentionner le transporteur. Ce point de vue a suscité des doutes, cependant, et il a été convenu de prendre note de l'inquiétude exprimée à propos de la référence à la partie exécutante maritime.

Conclusions du Groupe de travail concernant le paragraphe 3

203. Le Groupe de travail est convenu:

- De supprimer les crochets entourant le paragraphe 3 et de conserver le texte de cette disposition; et
- De prier le secrétariat d'examiner s'il était nécessaire de mentionner la partie exécutante maritime dans le paragraphe et de lui faire des propositions en temps voulu.

Projet d'article 84. Conventions internationales régissant le transport de marchandises par air

204. Toujours dans le cadre de sa discussion sur les questions concernant la relation, telle que définie par le jeu du projet d'article 26, entre le projet de convention et d'autres conventions régissant le transport, le Groupe de travail a examiné ensuite une disposition qui avait été ajoutée au texte du projet de convention à l'issue de son dernier examen des questions à sa dix-huitième session (voir A/CN.9/616, par. 216 à 235). Il a été rappelé qu'à cette session le Groupe de travail avait demandé que soit proposée une disposition évitant tout conflit avec la Convention de Montréal (voir A/CN.9/616, par. 225, 234 et 235). Le projet d'article 84, figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81, visait à répondre à cette demande.

205. Il a été demandé si la disposition devait mentionner, outre les Conventions de Montréal et de Varsovie, d'autres conventions de transport unimodal pour éviter tout conflit avec elles, dans la mesure où ces conventions, par exemple, la CMR, comportaient aussi une certaine dimension multimodale. Il a été répondu que le Groupe de travail avait examiné la question à sa dix-huitième session et avait décidé d'insérer dans le projet de convention un texte du type proposé dans le projet d'article 84 uniquement pour les deux conventions précitées, qui avaient la

particularité d'inclure le transport multimodal si bien qu'un conflit avec le projet de convention était inévitable. Le maintien du projet d'article 84 en l'état a été appuyé.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 84

206. Le Groupe de travail est convenu que le projet d'article 84 devrait être approuvé dans sa rédaction actuelle.

Chapitre 8. Obligations du chargeur envers le transporteur

Projet d'article 27. Remise des marchandises pour le transport

207. Il a été rappelé au Groupe de travail que son examen le plus récent du projet d'article 27 sur la remise des marchandises pour le transport remontait à sa seizième session (voir A/CN.9/591, par. 109 à 120). Il a examiné ensuite ce projet d'article tel qu'il figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81.

Paragraphe 1

208. Le Groupe de travail est convenu d'approuver le projet de paragraphe 1 tel qu'il était rédigé.

Paragraphe 2

209. Bien que la suppression de cette disposition ait bénéficié d'un certain appui, le Groupe de travail est convenu dans son ensemble que le projet de paragraphe 2 devrait être conservé dans le projet de convention et que les crochets qui l'entouraient devraient être supprimés.

210. Il a été indiqué que le projet d'article 14-2 faisait référence à des parties autres que le chargeur, telles que la personne mentionnée à l'article 34, la partie contrôlante et le destinataire, et on a estimé que le paragraphe 2 devrait faire obligation non seulement au chargeur, mais aussi à ces parties de s'acquitter de façon appropriée et soigneuse des tâches qu'elles exécutaient. En tout état de cause, on a noté qu'il était peu probable que toutes les tâches mentionnées au paragraphe 2, telles que le déchargement, soient exécutées par le chargeur et on a suggéré d'aligner le libellé de ce projet de paragraphe sur celui du projet d'article 14-2. Une solution proposée était d'ajouter une formule telle que: "les tâches que le chargeur exécute ou fait exécuter". Il a été indiqué en outre que le projet d'article 34-1 sur la responsabilité du chargeur pour fait d'autrui n'était pas clair non plus, ce qui aggravait le problème. À ce propos, on a fait valoir que si le projet d'article 34-1 incluait la responsabilité du chargeur pour les faits du destinataire et de la partie contrôlante, le paragraphe 2 pourrait rester inchangé, mais que, dans le cas contraire, il devrait viser aussi ces parties. Ce point de vue a été soutenu, mais aussi celui selon lequel le projet de disposition devrait rester tel qu'il était rédigé et se limiter aux obligations du chargeur, au motif que le projet d'article 14-2 faisait référence à une convention entre le chargeur et le transporteur pour l'exécution des tâches en question par une personne autre que le transporteur et qu'il était approprié que toute responsabilité susceptible de découler de cette exécution incombe au chargeur.

211. Selon un avis, la formulation du projet de paragraphe 2 était imprécise étant donné que le chargeur n'était pas tenu de s'acquitter de façon appropriée et soigneuse de toutes les tâches énumérées, mais uniquement de celles convenues conformément au projet d'article 14-2. Il a été proposé de nuancer cette série de tâches en y ajoutant les mots "comme convenu" ou "conformément à cette convention". Cette suggestion a été soutenue, bien que l'on ait également émis l'avis que l'emploi de la conjonction "ou" rendait l'intention de la disposition suffisamment claire sans texte supplémentaire.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet de paragraphe 2

212. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

- De conserver le projet de paragraphe 2 dans le projet de convention tel qu'il était rédigé et de supprimer les crochets;
- D'examiner le point de savoir si le libellé du projet de paragraphe 2 devrait être aligné sur celui des projets d'articles 14-2 et 34-1, en particulier concernant l'inclusion du destinataire et de la partie contrôlante; et
- De clarifier éventuellement le projet de paragraphe 2 en y ajoutant une formule telle que "comme convenu".

Paragraphe 3

213. Le Groupe de travail est convenu d'approuver le projet de paragraphe 3 tel qu'il était rédigé.

Projet d'article 28. Obligation du chargeur et du transporteur de fournir des informations et des instructions

214. Il a été rappelé au Groupe de travail que son examen le plus récent du projet d'article 28 sur l'obligation du chargeur et du transporteur de fournir des informations et des instructions remontait à sa dix-septième session (voir A/CN.9/594, par. 175 à 186). Il a examiné ensuite ce projet d'article tel qu'il figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81.

215. Il a été fait observer que le titre du projet d'article, qui traitait quant au fond de la coopération mutuelle entre le transporteur et le chargeur, était assez proche de celui du projet d'article 29 qui traitait des obligations du chargeur, et on a jugé qu'il serait peut-être préférable de modifier le titre du projet d'article 28 pour éviter toute confusion et indiquer qu'il n'était pas tout à fait question d'une obligation du chargeur. Le Groupe de travail a approuvé le contenu du projet d'article 28.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 28

216. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

- D'approuver le projet d'article 28, sous réserve de toute modification nécessaire de son titre.

Projet d'article 29. Obligation du chargeur de fournir des informations, instructions et documents

217. Il a été rappelé au Groupe de travail que son examen le plus récent du projet d'article 29 sur l'obligation du chargeur de fournir des informations, instructions et documents remontait à sa dix-septième session (voir A/CN.9/594, par. 187 à 194). Il a examiné ensuite ce projet d'article tel qu'il figure dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81.

Paragraphe 1

218. Compte tenu de la note 97 du document A/CN.9/WG.III/WP.81, il a été suggéré de supprimer le mot "raisonnablement", jugé redondant, qui figurait avant le mot "nécessaires" dans le chapeau du projet de paragraphe 1. On a en outre exprimé l'avis que l'obligation du chargeur de fournir des informations, instructions et documents était importante et ne devait aucunement être nuancée. Le Groupe de travail est néanmoins convenu d'approuver ce projet de paragraphe tel qu'il était rédigé.

Paragraphe 2

219. Le Groupe de travail est convenu d'approuver ce projet de paragraphe tel qu'il était rédigé.

Projet d'article 30. Fondement de la responsabilité du chargeur envers le transporteur

Paragraphe 1

220. Il a été rappelé au Groupe de travail que son examen le plus récent du fondement de la responsabilité du chargeur envers le transporteur remontait à sa dix-septième session (voir A/CN.9/594, par. 199 à 207), et qu'il avait auparavant examiné cette question à sa seizième session (voir A/CN.9/591, par. 136 à 153).

221. Il a en outre été rappelé au Groupe de travail qu'il avait décidé que la responsabilité en cas de manquement aux obligations incombant au chargeur devrait généralement être fondée sur la faute et que le standard ordinaire s'appliquerait pour la charge de la preuve (voir A/CN.9/591, par. 138). Ainsi, une fois que le transporteur avait prouvé que le préjudice ou le dommage avait été causé par un manquement ou une négligence de la part du chargeur, ce dernier pourrait chercher à prouver que ce préjudice ou ce dommage n'était pas dû à une faute de sa part.

Variante A ou B

222. Il a été noté que, dans la variante A, c'était au transporteur qu'il incombait expressément de prouver que le préjudice ou le dommage avait été causé par les marchandises ou par un manquement de la part du chargeur aux obligations qui lui incombaient en vertu des projets d'articles 27 et 29, paragraphe 1, alinéas a) et b). À l'inverse, la variante B portait sur la responsabilité du chargeur pour préjudice, dommage ou retard résultant d'un manquement de sa part aux obligations qui lui incombaient en vertu des projets articles 27 et 29, à condition que ce préjudice, ce dommage ou ce retard résulte de sa propre faute. Il a été noté aussi que la deuxième phrase, qui exonérait le chargeur de tout ou partie de sa responsabilité s'il prouvait

que la cause ou l'une des causes n'était pas imputable à sa faute ou à la faute de l'une quelconque des personnes mentionnées à l'article 34, était censée s'appliquer quelle que soit la variante finalement retenue.

223. La variante A a bénéficié d'un certain soutien au motif qu'elle semblait mettre en œuvre la décision prise précédemment par le Groupe de travail selon laquelle la responsabilité du chargeur devrait être fondée sur la faute et qui faisait expressément porter la charge de la preuve sur le transporteur.

224. La variante B a toutefois également été appuyée au motif qu'elle exprimait plus clairement le fait que la responsabilité du chargeur était fondée sur la faute au sein d'une relation contractuelle. Il a été dit que cette variante était préférable car elle prévoyait expressément la responsabilité du chargeur et indiquait qu'il appartenait au transporteur de prouver que le chargeur avait manqué à ses obligations et qu'il existait un lien de causalité entre le manquement et le préjudice ou le dommage.

225. Certaines délégations ont fait savoir que la variante B serait acceptable à condition que la deuxième phrase du paragraphe 1 soit supprimée. Il a été dit que cette phrase était source de confusion quant au caractère fondé sur la faute de la responsabilité du chargeur et rendait incertain le principe selon lequel il revenait au transporteur de prouver le manquement du chargeur à ses obligations. On s'est déclaré préoccupé par le fait que cette phrase semblait obliger un chargeur à prouver qu'il n'avait pas commis de faute, ce qui risquait d'aboutir à ce que le projet d'article 30 contredise le projet d'article 17 qui traitait de la responsabilité du transporteur. Par exemple, si deux conteneurs ou plus se détachaient et endommageaient le navire, la cause du dommage pourrait provenir du fait que le transporteur n'avait pas correctement chargé les marchandises à bord ou du fait que le chargeur ne les avait pas bien emballées dans les conteneurs. Il a été dit qu'avec la deuxième phrase, si un transporteur poursuivait un chargeur, c'est à ce dernier qu'il incomberait de prouver ce qui s'était passé à bord du navire, chose très difficile dans la pratique. C'est pourquoi il a été proposé que la responsabilité du chargeur, visée dans le projet d'article 30, ne soit pas le pendant exact de la responsabilité du transporteur dans le projet d'article 17, qui exigeait uniquement que les ayants droit prouvent que la perte, le dommage ou le retard s'était produit pendant la durée de la responsabilité du transporteur. On a dit qu'il faudrait au contraire fonder la responsabilité du chargeur sur la faute en se basant sur les principes ordinaires du fardeau de la preuve, selon laquelle le chargeur avait commis une faute. Il a aussi été dit que l'article 30 devrait réglementer la responsabilité du chargeur pour manquement à ses obligations en raison d'une faute sans essayer de déterminer à qui incombait le fardeau de la preuve.

226. On a répondu à cela que la deuxième phrase du paragraphe 1 n'était pas destinée à renverser la charge de la preuve, mais à énoncer la position qui prévalait dans la plupart des systèmes juridiques, à savoir que, lorsque le transporteur avait prouvé que le chargeur avait manqué à une obligation, ce dernier pouvait quand même, à l'exception des obligations pour lesquelles il avait une responsabilité de plein droit en vertu des projets d'articles 31 et 32, apporter la preuve que le préjudice, le dommage ou le retard n'était pas imputable à sa faute ou à la faute de l'une quelconque des personnes mentionnées à l'article 34.

227. Après cette explication, certains se sont dits favorables à la variante B à condition qu'elle soit reformulée pour préciser que le fardeau de la preuve incombait au transporteur. Il a été noté que la confusion quant au fardeau de la preuve qui s'appliquait dans le projet d'article 30 était née parce qu'on avait généralement considéré qu'elle était de nature ordinaire comme s'il s'agissait d'un cas de responsabilité délictuelle alors qu'en fait l'article faisait référence à un droit d'action contractuel. On a fait observer que ce problème ne se posait pas dans certains pays qui considéraient que le droit d'action pour retard n'était pas de nature délictuelle ou contractuelle, mais de nature légale. Étant donné le risque de malentendu, on a dit qu'il faudrait reformuler le paragraphe 1 du projet d'article 30 pour clarifier la nature du fardeau de la preuve et les standards auxquels il était soumis.

228. Un certain soutien a néanmoins été exprimé en faveur de la reformulation du paragraphe 1 de manière à énoncer une règle simple fondée sur la négligence selon laquelle le transporteur devrait prouver la faute du chargeur. Il a été dit qu'aucune des deux variantes ne semblait indiquer clairement que le transporteur était tenu de prouver que le préjudice était causé par le chargeur et que ce dernier pouvait être exonéré de sa responsabilité lorsqu'il montrait qu'il n'avait pas commis de faute. Sur cette base, le nouveau texte suivant a été proposé pour remplacer les variantes A et B: "Sous réserve des dispositions des articles 31 et 32, le chargeur est responsable envers le transporteur du préjudice ou du dommage résultant d'un manquement de sa part aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 27 et 29, à moins qu'il ne prouve que la cause ou l'une des causes du préjudice ou du dommage n'est pas imputable à sa faute ou à la faute de l'une quelconque des personnes mentionnées à l'article 34".

229. Certaines réserves ont été exprimées à propos de cette formulation au motif qu'elle ne semblait pas faire ressortir la responsabilité pour faute du chargeur. Elle a cependant bénéficié aussi d'un certain soutien pour les raisons suivantes: elle précisait que le fardeau de la preuve était lié aux obligations contractuelles; elle indiquait que la responsabilité était fondée sur la faute, de sorte que les obligations du chargeur en vertu des articles 27 et 29 étaient des obligations de moyens; et elle précisait aussi que, dans un premier temps, le transporteur devait prouver le manquement, le dommage et le lien de causalité entre les deux, le chargeur devant ensuite montrer qu'il n'avait pas commis de faute.

230. Il a été suggéré, du fait que le Groupe de travail était dans l'ensemble parvenu à un consensus sur la disposition relative à la responsabilité du chargeur, de confier la reformulation du texte au secrétariat. Une proposition a été faite, selon laquelle le nouveau texte pourrait être le suivant: "Sous réserve des dispositions des articles 31 et 32, le chargeur est responsable envers le transporteur du préjudice ou du dommage dont le transporteur prouve qu'il résulte d'un manquement de la part du chargeur aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 27 et 29, à moins que le chargeur ne prouve que la cause ou l'une des causes du préjudice ou du dommage n'était pas imputable à sa faute ou à la faute de l'une quelconque des personnes mentionnées à l'article 34". Cette reformulation a bénéficié d'un certain soutien, bien que l'on ait suggéré de la modifier pour indiquer que le transporteur devait non seulement prouver le préjudice ou le dommage, mais aussi que le chargeur avait manqué à ses obligations. On a dit aussi qu'il serait possible d'améliorer le texte en ayant deux phrases séparées pour distinguer entre les

questions de responsabilité pour faute et de responsabilité de plein droit visées par les projets d'articles 31 et 32.

Référence à l'article 31 dans la deuxième phrase du projet d'article 30, paragraphe 1

231. Il a été demandé si la référence à l'article 31 dans la deuxième phrase était correcte. Il a été noté à cet égard que le projet d'article 31 comportait l'obligation pour le chargeur de fournir en temps utile des informations exactes (paragraphe 1) et de garantir l'exactitude de ces informations (paragraphe 2). Il a été dit que la responsabilité de plein droit qui s'appliquait en vertu de la deuxième phrase du projet d'article 30, paragraphe 1, devrait s'appliquer uniquement au paragraphe 2 du projet d'article 31 et non au paragraphe 1, étant donné que l'obligation de fournir des informations en temps utile devrait être soumise à la responsabilité pour faute et non à la responsabilité de plein droit. Cette proposition a reçu un certain appui.

"a été causé par les marchandises"

232. On a demandé pourquoi il était nécessaire d'inclure le membre de phrase "a été causé par les marchandises" dans la variante A. Un certain appui a été exprimé en faveur de son inclusion quelle que soit la variante retenue pour couvrir les situations dans lesquelles le dommage était manifestement causé par les marchandises. Certains ont toutefois exprimé la crainte que ces termes prêtent à confusion dans certains systèmes de droit. Il a été dit que cette formule semblait faire peser une obligation de résultat et non de moyen sur le chargeur. On a déclaré que l'inclusion de ces termes était illogique du fait que les marchandises n'avaient pas de vie propre et ne pouvaient pas, d'elles-mêmes, causer un préjudice ou un dommage. On a fait observer que ces mots étaient également inutiles étant donné l'obligation, entre autres, faite au chargeur, de charger les marchandises de manière qu'elles ne causent pas de dommage aux personnes ou aux biens, comme il était indiqué à l'article 27, paragraphe 1.

Retard

233. Étant donné la décision antérieure du Groupe de travail selon laquelle la responsabilité du transporteur pour retard devrait être limitée aux situations où le transporteur était convenu de livrer les marchandises dans un certain délai (voir par. 180 à 184 ci-dessus) il a été suggéré que, par souci d'équité, un chargeur ne soit responsable d'un retard que s'il en était ainsi convenu. On a dit que cette approche assurerait l'équité entre le transporteur et le chargeur.

234. Il a été rappelé que le Groupe de travail avait décidé de supprimer toute référence au retard. On a toutefois fait observer que la simple suppression de toutes les références au retard ne suffirait peut-être pas à éliminer la possibilité qu'un retard soit sous-entendu étant donné que le mot "préjudice", employé dans les deux variantes, pouvait être interprété comme englobant le préjudice causé par un retard. De même, on a exprimé la crainte que la suppression de toute référence au retard ne soit interprétée comme privant le chargeur de tout droit d'action pour retard qui pourrait survenir en vertu du droit national applicable.

235. Pour éviter toute interprétation de responsabilité implicite pour retard et assurer le maintien de la loi applicable au retard du chargeur, il a été proposé

d'ajouter au paragraphe 1 du projet d'article 30 un texte qui pourrait être rédigé comme suit: "Le 'préjudice" auquel il est fait référence dans le présent article ou à l'article 31 ou à l'article 32 n'inclut pas le préjudice causé par un retard. Aucune disposition de la présente Convention n'empêche le transporteur d'invoquer la responsabilité du chargeur pour retard en vertu de la loi applicable". On a expliqué que la première phrase de cette proposition visait à préciser qu'il n'y avait pas de droit d'action implicite contre le chargeur pour retard en vertu du projet de convention, et que la deuxième visait à préciser que toute loi nationale applicable relative à la question du retard du chargeur restait inchangée. Ce texte explicatif a bénéficié d'un certain appui.

236. Il a toutefois été dit que la deuxième phrase du texte proposé était peut-être inutile du fait que la loi applicable s'appliquerait automatiquement aux questions qui n'entraient pas dans le champ d'application du projet de convention. À cet égard, on a fait observer qu'il existait des obligations en vertu du projet de convention pour lesquelles il n'y avait pas de responsabilité correspondante, que ce soit du côté du transporteur ou de celui du chargeur, et que la responsabilité liée à ces obligations était donc régie par la loi applicable.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 30, paragraphe 1

237. À l'issue de sa discussion, le Groupe de travail a décidé:

– De reformuler le texte du paragraphe 1 conformément à sa discussion, étant entendu que la responsabilité du chargeur devrait être fondée sur la faute et tenir compte de la relation contractuelle entre le chargeur et le transporteur; et

– De supprimer la référence au retard figurant au paragraphe 1 et d'insérer éventuellement un texte précisant que la loi applicable relative au retard du chargeur n'était pas censée être modifiée.

Paragraphe 2

238. Sous réserve de la suppression – conforme à sa décision antérieure – des mots "ou du retard" figurant entre crochets, le Groupe de travail, est convenu que le paragraphe 2 devrait être approuvé tel qu'il était rédigé.

Texte révisé du projet d'article 30

239. Conformément à la décision qu'il avait prise antérieurement d'examiner le texte remanié du paragraphe 1 du projet d'article 30 (voir ci-dessus, par. 220 à 237), le Groupe de travail a poursuivi ses délibérations sur le texte révisé de cette disposition ci-après:

"Article 30. Fondement de la responsabilité du chargeur envers le transporteur

1. Le chargeur est responsable du préjudice ou du dommage subi par le transporteur si ce dernier prouve que ce préjudice ou ce dommage a été causé par un manquement de la part du chargeur aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 27, [et] 29, paragraphe 1, alinéas a) et b), [et 31, paragraphe 1].

2. Sauf en cas de préjudice ou de dommage causé par un manquement de sa part aux obligations lui incombant en vertu des articles 31

[, paragraphe 2,] et 32, le chargeur est exonéré de tout ou partie de sa responsabilité si la cause ou l'une des causes du préjudice ou du dommage n'est pas imputable à sa faute ou à la faute de l'une quelconque des personnes mentionnées à l'article 34."

240. Il a été expliqué que ce texte remanié se fondait sur la proposition faite au Groupe de travail (voir ci-dessus, par. 230), compte tenu des vues générales exprimées en son sein à propos du projet d'article 30. Il a en outre été expliqué que le texte entre crochets dans les deux paragraphes avait uniquement pour objet d'indiquer que les renvois qui y figuraient devraient être modifiés en fonction des précisions qu'il fallait apporter au projet d'article 31, pour faire en sorte que l'obligation de donner des informations exactes soit soumise à une responsabilité de plein droit et que l'obligation de donner des informations en temps voulu soit fondée sur la faute. Il a également été noté qu'il faudrait apporter une modification à la dernière ligne du projet de texte du paragraphe 1 consistant à supprimer la mention "alinéas a) et b)".

241. Un certain soutien a été apporté à l'idée de réinsérer dans le paragraphe 2 une référence indiquant qu'il incombait au chargeur de prouver que la cause du préjudice ou du dommage n'était pas imputable à sa faute, mais un large accord a été exprimé au sein du Groupe de travail en faveur de la structure et de l'approche retenues pour le texte révisé tel qu'il avait été rédigé.

242. Deux propositions rédactionnelles, qui ont été approuvées par le Groupe de travail, devraient être examinées par le secrétariat:

a) Le paragraphe 1 pourrait être remanié de manière à renvoyer à toutes les responsabilités du chargeur, y compris la responsabilité fondée sur la faute et la responsabilité de plein droit, puisque le transporteur devait faire la preuve du même préjudice ou dommage et du manquement du chargeur à son obligation dans les deux contextes; et

b) Le paragraphe 2 pourrait être restructuré de manière à renvoyer premièrement au principe général, puis à l'exception.

Conclusions du Groupe de travail concernant le texte révisé

243. Après un débat, le Groupe de travail a décidé ce qui suit:

- Le texte révisé était conforme au débat qu'il avait eu précédemment;
- Les propositions rédactionnelles mentionnées dans le paragraphe ci-dessus devraient être examinées par le secrétariat; et
- Cela étant, le texte révisé était généralement acceptable.

Projet d'article 31. Informations pour l'établissement des données du contrat

244. Il a été rappelé au Groupe de travail que son examen le plus récent du contenu du projet d'article 31 sur les informations pour l'établissement des données du contrat remontait à sa dix-septième session (voir A/CN.9/594, par. 187 à 194 Celui-ci a ensuite examiné ce projet d'article tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81.

Paragraphe 1

245. Il a été noté qu'en raison d'une erreur typographique, le projet de paragraphe 1 ne faisait référence qu'aux alinéas a), b) et c) du paragraphe 1 de l'article 37, et il a été convenu qu'il faudrait corriger cette référence de manière à y inclure aussi l'alinéa d). Il a été indiqué en outre que ce projet de disposition était inspiré des Règles de la Haye-Visby et des Règles de Hambourg et qu'il revêtait une importance particulière du fait qu'il énonçait l'obligation du chargeur dont découlerait la responsabilité de plein droit prévue dans le projet d'article 31-2. Compte tenu des conséquences graves d'un manquement aux obligations énoncées dans le projet de paragraphe 1, il a été estimé que les mots "y compris" étaient trop généraux et que la disposition devrait être plus précise de sorte que le chargeur puisse mieux prévoir la responsabilité de plein droit à laquelle il pouvait s'exposer.

246. Le Groupe de travail est convenu que le projet de paragraphe 1 devrait être corrigé par l'ajout d'une référence à l'article 37-1 d), mais que la disposition pouvait être acceptée, étant entendu qu'il serait peut-être nécessaire d'en ajuster le libellé pour la rendre plus précise comme il est indiqué dans le paragraphe précédent.

Paragraphe 2

247. Il a été rappelé que le Groupe de travail était convenu de supprimer du projet de convention toutes les références à la responsabilité du chargeur en cas de retard (voir ci-dessus, par. 182 à 184), et que les mots "ou retard" figurant entre crochets dans ce projet de paragraphe le seraient donc également. Une question a été soulevée du fait que le projet de paragraphe 2 prévoyait la responsabilité du chargeur pour l'exactitude des informations fournies au transporteur mais pas pour la fourniture de ces informations en temps utile. Il a été expliqué que, conformément aux Règles de La Haye-Visby et aux Règles de Hambourg, le Groupe de travail avait décidé à une session antérieure de soumettre le défaut de fourniture d'informations exactes par le chargeur à la responsabilité de plein droit, mais qu'il n'avait voulu soumettre le défaut de fourniture d'informations en temps utile qu'à la responsabilité fondée sur la faute du chargeur.

248. Le Groupe de travail est convenu d'approuver le paragraphe 2 tel qu'il était rédigé, la référence au "retard" étant supprimée.

Projet d'article 32. Règles spéciales concernant les marchandises dangereuses

249. Il a été rappelé au Groupe de travail que son examen le plus récent du contenu du projet d'article 32 sur les règles spéciales concernant les marchandises dangereuses remontait à sa dix-septième session (voir A/CN.9/594, par. 195 à 198). Celui-ci a ensuite examiné ce projet d'article tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81, ayant à l'esprit que les références au "retard" entre crochets devaient être supprimées conformément à sa décision antérieure (voir ci-dessus, par. 182 à 184).

"[deviennent]"

250. Le Groupe de travail a d'abord examiné le mot "deviennent" qui figurait entre crochets dans le chapeau du projet d'article 32. Compte tenu des craintes exprimées concernant la sécurité du transport maritime, il a été estimé que ce mot devrait être

conservé et les crochets supprimés afin de permettre la plus large prévention possible des accidents impliquant des marchandises dangereuses, de sorte que soient visées les marchandises qui étaient dangereuses tant avant que pendant le voyage. En réponse, des doutes ont été émis quant à la nécessité d'inclure le mot "deviennent" étant donné que le chapeau comprenait la formule "risquent selon toute vraisemblance raisonnable de devenir" qui, a-t-on dit, était suffisamment générale pour englober tous les risques. Il a été ajouté qu'il serait inéquitable de tenir le chargeur responsable pour ne pas avoir informé le transporteur de la nature des marchandises si ces dernières n'étaient devenues dangereuses que pendant le voyage, bien après que le chargeur les avaient remises pour être transportées. Partant, il a été estimé que la meilleure solution serait de supprimer le mot "deviennent".

251. La suppression du mot "deviennent" a bénéficié d'un large appui dans le Groupe de travail. En revanche, une proposition tendant à supprimer le mot "raisonnable", jugé redondant dans la formule "risquent selon toute vraisemblance raisonnable de devenir", n'a pas été soutenue.

"[du transport de ces marchandises] [de ce défaut d'information]"

252. Il a été proposé de conserver les mots "du transport de ces marchandises" à l'alinéa a) et de supprimer les mots "de ce défaut d'information" au motif que le transporteur pouvait subir un préjudice potentiellement énorme en cas de manquement de la part du chargeur à son obligation de fournir des informations sur la nature dangereuse des marchandises et qu'il serait donc justifié de conserver la variante offrant la plus grande protection. Cette proposition n'a toutefois pas été retenue, et le maintien des mots "de ce défaut d'information" a été fermement appuyé dans le Groupe de travail, au motif qu'ils reflétaient mieux la causalité du dommage que les mots "du transport de ces marchandises", qui devraient être supprimés. Il a été noté en outre que la formule "de ce défaut d'information" était plus cohérente avec le principe de causalité adopté dans le projet d'alinéa b).

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 32

253. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a décidé:

- De supprimer le mot "deviennent" ainsi que les crochets qui l'entourent du chapeau du projet d'article 32;
- De supprimer les références à la responsabilité du chargeur en cas de retard et d'ajuster le libellé en conséquence;
- De conserver les mots "de ce défaut d'information" en supprimant les crochets qui les entourent et de supprimer les mots "du transport de ces marchandises" ainsi que les crochets qui les entourent; et
- D'accepter par ailleurs le libellé du projet d'article 32.

Projet d'article 33. Fait pour le chargeur documentaire d'assumer les droits et obligations du chargeur

254. Il a été rappelé au Groupe de travail que son examen le plus récent du contenu du projet d'article 33, concernant le fait pour le chargeur documentaire d'assumer les droits et obligations du chargeur, remontait à sa seizième session (voir

A/CN.9/591, par. 171 à 175). Celui-ci a ensuite examiné le projet d'article 33 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81.

255. Il a été fait observer que la définition du terme "chargeur documentaire", présentée au paragraphe 10 du projet d'article 1, avait été élaborée à partir de la première phrase de la version antérieure du projet de disposition, tel qu'il apparaissait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56.

256. Le Groupe de travail est convenu que les projets d'articles 1-10 et 33 devraient être approuvés dans leur rédaction actuelle.

Projet d'article 34. Responsabilité du chargeur pour fait d'autrui

257. Il a été rappelé au Groupe de travail que son examen le plus récent du contenu du projet d'article 34 sur la responsabilité du chargeur pour fait d'autrui remontait à sa seizième session (voir A/CN.9/591, par. 176 à 180). Celui-ci a ensuite examiné le projet d'article 34 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81.

Paragraphe 1

258. Il a été proposé de conserver le texte figurant entre crochets dans le projet de paragraphe 1 et de supprimer lesdits crochets, car le chargeur ne devait pas, pensait-on, être tenu responsable des actes du transporteur. Si la nécessité de ce texte a été mise en doute, son insertion a néanmoins été jugée acceptable, à condition qu'il clarifie le projet de disposition. Le maintien du texte entre crochets a été largement appuyé. Le Groupe de travail a en outre prié le secrétariat de régler le problème de rédaction soulevé lors de l'examen des projets d'articles 14-2 et 17-3 h) (voir ci-dessus, par. 157), qui devraient être alignés sur le projet d'article 34-1, s'agissant de déterminer si le chargeur était responsable des actes et omissions de la partie contrôlante et du destinataire.

Paragraphe 2

259. Ayant précédemment décidé de supprimer le paragraphe 2 du projet d'article 18, le Groupe de travail est convenu de supprimer aussi le paragraphe 2 du projet d'article 34 (voir ci-dessus, par. 78).

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 34

260. À l'issue de sa discussion, le Groupe de travail a décidé:

- De conserver le texte entre crochets au paragraphe 1 en supprimant les crochets;
- De prier le secrétariat d'apporter les modifications nécessaires aux projets d'articles 14-2, 27-2, 17-3 h) et 34 afin de prévoir le même traitement en ce qui concerne la responsabilité du chargeur pour les actes du destinataire et de la partie contrôlante; et
- De supprimer le paragraphe 2.

Projet d'article 35. Cessation de la responsabilité du chargeur

261. Il a été rappelé au Groupe de travail que son examen le plus récent du contenu du projet d'article 35 sur la cessation de la responsabilité du chargeur remontait à sa

seizième session (voir A/CN.9/591, par. 181 à 183). Celui-ci a ensuite examiné le projet d'article 35 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81.

262. Il a été noté que l'alinéa a) devrait renvoyer non pas à "l'article 35" mais à "l'article 33" et que le terme "chargeur documentaire", qui était défini au projet d'article 1-10, devrait être employé en lieu et place des mots "une personne mentionnée à l'article 33". Le secrétariat a en outre été prié d'examiner si ce terme pourrait aussi remplacer, dans le chapeau du projet de disposition, les mots "de toute autre personne identifiée dans les données du contrat comme étant le chargeur" et si le titre du projet d'article devrait éventuellement être modifié pour mentionner également le chargeur documentaire. Il a aussi été proposé de remplacer, dans le chapeau, les mots "not valid" (réputée non écrite) par "void" (nulle/réputée non écrite) et de conserver l'alinéa c) entre crochets jusqu'à ce que le Groupe de travail se soit prononcé définitivement sur le chapitre 12 relatif au transfert de droits.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 35

263. À l'issue de sa discussion, le Groupe de travail a décidé:

- De corriger le renvoi à l'"article 35" pour le remplacer par un renvoi à l'"article 33" et d'employer, à l'alinéa a) et éventuellement dans le chapeau, le terme "chargeur documentaire" tel que défini dans le projet d'article 1-10;
- D'envisager de remplacer les mots "not valid" (réputée non écrite) par "void" (nulle/réputée non écrite); et
- De conserver l'alinéa c) entre crochets en attendant qu'il se prononce sur le chapitre 12.

Chapitre 9. Documents de transport et documents électroniques concernant le transport

264. Il a été rappelé au Groupe de travail que son dernier examen en date du projet de chapitre 9 sur les documents de transport et les documents électroniques concernant le transport avait débuté à sa dix-septième session (voir A/CN.9/594, par. 216 à 233) et s'était poursuivi à sa dix-huitième session (voir A/CN.9/616, par. 9 à 82). Il a également été rappelé que son examen complet le plus récent de ce sujet remontait à sa onzième session (voir A/CN.9/526, par. 24 à 61) et qu'une proposition écrite concernant l'identité du transporteur dans l'ancien projet d'article 40-3 lui avait été présentée pour examen à sa dix-huitième session (voir A/CN.9/WG.III/WP.79). Pour sa session en cours, le Groupe de travail a examiné les dispositions du chapitre 9 en se fondant sur le texte contenu dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81.

265. Il a par ailleurs été rappelé au Groupe de travail que les règles matérielles du projet de chapitre 9 étaient étroitement liées à un certain nombre de définitions, notamment celles qui apparaissaient aux paragraphes 16, 17, 18, 20, 21, 22 et 23 du projet d'article 1.

Projet d'article 36. Émission du document de transport ou du document électronique concernant le transport

266. Le Groupe de travail a noté que le projet d'article 36 avait été modifié comme il en était convenu à sa dix-septième session (A/CN.9/594, par. 223 et 224).

267. Cette version modifiée du projet d'article a été favorablement accueillie. Il a été noté que, dans l'alinéa b), le chargeur avait le droit d'obtenir du transporteur, au choix, un document de transport négociable ou non négociable, mais n'avait pas droit à un document de transport négociable ou à un document électronique négociable concernant le transport s'il était convenu avec le transporteur de ne pas en utiliser. Il a été demandé si un chargeur pouvait néanmoins obtenir dans ce cas un document de transport non négociable ou un document électronique non négociable concernant le transport. Il a été convenu que telle était l'intention de l'alinéa b) et que, si cette intention ne ressortait pas clairement, le texte devrait alors être clarifié. Il a été proposé de remanier l'alinéa de sorte que l'exception, qui figurait actuellement dans le chapeau, vienne après la règle qui, elle, était énoncée dans les alinéas a) et b).

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 36

268. Le Groupe de travail a décidé d'approuver, sous réserve des propositions rédactionnelles ci-dessus, le texte du projet d'article 36 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81.

Projet d'article 37. Données du contrat

269. Le Groupe de travail a noté que le projet d'article 37 avait été reformulé comme il en était convenu à sa dix-septième session (A/CN.9/594, par. 225 et 233).

Paragraphe 1

270. Le Groupe de travail a examiné le paragraphe 1 tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81 ainsi qu'une proposition sur l'alinéa a) de ce paragraphe présentée dans le document A/CN.9/WG.III/WP.86.

271. Il a été noté que cet alinéa obligeait le transporteur à inclure une "description des marchandises" telle qu'elle avait été fournie par le chargeur et que le projet de convention ne prévoyait aucune limite à la quantité d'informations susceptibles d'être fournies par ce dernier. Du fait que les chargeurs avaient de plus en plus tendance à fournir des descriptions techniques longues et détaillées des marchandises, qu'ils voulaient voir insérées dans le document de transport, en particulier depuis que l'utilisation des ordinateurs facilitait de telles descriptions, il était proposé de limiter la longueur, la nature et le degré de détail des informations dont le chargeur pourrait demander l'insertion dans le document de transport. En l'absence d'une telle limite, a-t-on indiqué, un transporteur serait contraint de vérifier toutes les informations fournies par le chargeur dont la vérification était matériellement réalisable et commercialement raisonnable conformément au paragraphe 2 a) du projet d'article 41. De plus, a-t-on fait valoir, du fait que la description des marchandises était généralement insérée dans le manifeste, des descriptions trop longues risquaient d'alourdir la tâche des services douaniers et des services de sécurité, mais aussi des banques. Pour régler ce problème, il était proposé de modifier l'alinéa a) du paragraphe 1 pour y parler de "description des

marchandises en termes généraux". Cette proposition a été appuyée car elle s'inspirait du libellé de l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 15 des Règles de Hambourg.

272. On a cependant exprimé la crainte que l'expression "en termes généraux" ne soit trop vague. La proposition a donc été modifiée et un libellé du type "description appropriée pour le transport" a été suggéré afin de tenir compte des cas par exemple où l'importation de certaines marchandises était soumise à des restrictions, et afin de fournir suffisamment d'informations, en particulier sur les marchandises dangereuses. Cette proposition a été appuyée et il a été suggéré d'employer le mot "pertinent" en lieu et place de "approprié" ou d'employer les deux mots à la fois.

273. Il a été répondu que la proposition ne visait aucunement à modifier le droit du transporteur de rejeter des informations qui ne satisfaisaient pas aux exigences requises en matière de sécurité ou aux fins de dédouanement. On a fait observer que l'alinéa b) du paragraphe 1 du projet d'article 29 exigeait également du chargeur qu'il fournisse les informations raisonnablement nécessaires notamment pour permettre au transporteur de respecter la loi. La proposition révisée a néanmoins été appuyée au motif qu'elle semblait fixer un minimum et un maximum concernant les informations à inclure.

Données supplémentaires

274. Il a été proposé de faire figurer également dans la liste du paragraphe 1 du projet d'article 37, le destinataire, la date de livraison, si celle-ci avait été convenue, le nom du navire, les ports de chargement et de déchargement et une mention du caractère dangereux ou non des marchandises. À cela on a répondu que la liste des données figurant à l'article 37 avait déjà été arrêtée par le Groupe de travail et qu'il ne fallait revenir dessus que si un consensus suffisant se dégageait dans ce sens. Il a en outre été noté que s'il était possible d'exiger que le nom du navire soit fourni dans le contexte du transport de port à port, il serait presque impossible de poser une telle exigence dans le cadre du transport de porte à porte, où le transporteur n'était généralement pas le propriétaire du navire mais un transporteur non exploitant de navires. Il a été répondu que l'intention n'était pas de revenir sur la question mais plutôt d'aligner le projet d'article 37 sur le projet d'article 31, qui concernait les informations pour l'établissement des données du contrat et qui avait été révisé pendant la session.

"le document de transport ou le document électronique concernant le transport visé à l'article 36"

275. Il a été noté que les paragraphes 1 et 2 du projet d'article 37 parlaient du "document de transport ou document électronique concernant le transport visé à l'article 36". Il a été proposé de parler uniquement du document de transport ou document électronique concernant le transport visé à l'article 36, alinéa b), étant donné que les documents visés à l'alinéa a) de ce projet d'article constataient seulement la réception des marchandises. Cette proposition a été appuyée.

Paragraphe 2

276. Il a été estimé que les mots "le nom et l'adresse d'une personne identifiée comme étant le transporteur" risquaient d'être interprétés à tort comme autorisant

une partie à nommer, comme transporteur dans le document de transport, une personne autre que le transporteur contractuel et, partant, de créer un "transporteur documentaire". Il a été noté que telle n'était pas l'intention du Groupe de travail. Pour parer à un tel risque, il a été proposé de mentionner dans le texte simplement le nom et l'adresse du transporteur, comme le faisait une version antérieure du paragraphe 2. Il a été fait observer que le texte avait été modifié pour suivre le libellé des RUU 500. On a cependant indiqué que les nouvelles RUU 600 ne mentionnaient plus "le nom et l'adresse d'une personne identifiée comme étant un transporteur". Le secrétariat a été prié de confirmer que le libellé de l'alinéa a) du paragraphe 2 était conforme à celui des RUU 600.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 37

277. Le Groupe de travail est convenu:

- De modifier l'alinéa a) du paragraphe 1 pour y insérer un libellé du type "description appropriée pour le transport";
- De revoir l'alinéa a) du paragraphe 2 pour s'assurer qu'il était conforme aux RUU 600; et
- D'approuver le paragraphe 3.

Projet d'article 38. Identité du transporteur

278. Le Groupe de travail a noté que le projet d'article 38 avait été reformulé comme il en était convenu à sa dix-huitième session (A/CN.9/616, par. 28).

Paragraphe 1

279. Il a été proposé d'employer les mots "un transporteur" plutôt que "le transporteur", car l'emploi de l'article défini laissait entendre que le transporteur était déjà identifié.

280. Il a aussi été proposé de supprimer le paragraphe 1 car, en disposant que, si un transporteur était identifié par son nom, toute information contraire consignée dans le document de transport devrait être sans effet, il semblait poser une présomption absolue. On a fait valoir que le fait d'indiquer le nom d'un transporteur devait créer uniquement une présomption réfragable. Le maintien du paragraphe 1 a cependant été appuyé car des doutes pouvaient exister quant à l'identité d'un transporteur, en particulier lorsque le nom indiqué sur le recto d'un document de transport ne correspondait pas à celui figurant au verso. On a exprimé la crainte que l'expression "by name" (par son nom), employée dans la version anglaise, ne soit source de confusion dans certaines versions linguistiques. À cela on a répondu, toutefois, que cette expression était nécessaire pour montrer que le nom véritable du transporteur, et non un simple logo ou d'autres indices, était essentiel.

Paragraphe 2

281. Il a été proposé de supprimer les deux variantes du paragraphe 2 pour les raisons suivantes:

- Il était injuste de présumer que le propriétaire inscrit du navire était le transporteur car celui-ci n'avait peut-être pas connaissance du contrat de transport;
- Le propriétaire inscrit était souvent une entité distincte du propriétaire du navire;
- Un porteur qui se fiait à un document n'indiquant nullement le nom du transporteur sans prendre de mesures raisonnables pour déterminer l'identité de ce dernier ne méritait pas de protection; et
- Il existait une jurisprudence importante sur l'identité du transporteur dans un certain nombre de pays et le lien entre le paragraphe 2 et cette jurisprudence n'était pas clair.

282. Cette proposition a bénéficié d'un certain soutien. Il a toutefois été suggéré que, si le paragraphe 2 était conservé, son champ d'application soit limité aux cas où la mauvaise personne était nommée dans le contrat de transport. Il a également été suggéré que, si le paragraphe était finalement conservé, le paragraphe 3 le soit également pour empêcher le transporteur réel d'invoquer la présomption selon laquelle le propriétaire inscrit du navire était le transporteur.

283. Il a été noté que le maintien du paragraphe 2 était sans grande importance dans les pays qui autorisaient le chargeur à demander la saisie conservatoire du navire directement à l'encontre du propriétaire inscrit en garantie de créances contre le transporteur, mais on a jugé le maintien de ce paragraphe préférable. On ne pouvait considérer, a-t-on également dit, qu'un propriétaire inscrit n'avait aucun lien avec le contrat de transport, car le propriétaire d'un navire était censé s'intéresser à l'utilisation qui serait faite du navire.

284. La variante A a bénéficié d'un certain soutien. La variante B a cependant recueilli un large appui, car elle était conforme à la pratique moderne du transport maritime en reconnaissant que le propriétaire inscrit du navire pouvait ne pas être la personne ayant conclu le contrat de transport. La variante B, a-t-on estimé, constituait une solution de compromis, qui permettait à un propriétaire inscrit d'identifier le vrai transporteur et visait aussi bien les propriétaires inscrits que les affréteurs coque nue, ce qui convenait davantage à la pratique moderne, notamment dans le contexte du transport de conteneurs sur lignes régulières. De plus, la règle énoncée au paragraphe 2, a-t-on noté, était conforme à la nouvelle règle de responsabilité solidaire entre les parties exécutantes et les transporteurs, puisque le propriétaire inscrit était une partie exécutante.

285. Il a été proposé de modifier la variante B comme suit:

- Supprimer les mots "coque nue" du paragraphe 2;
- À des fins de clarification, remplacer les mots "de la même manière" par "de la même manière que le propriétaire inscrit du navire".

286. L'ajout des mots "de la même manière que le propriétaire inscrit du navire" pour rendre le texte plus clair a bénéficié d'un certain soutien. En revanche, la

suppression des mots “coque nue” a suscité des objections puisque l’affréteur coque nue était souvent, dans la pratique, traité de la même façon qu’un propriétaire de navire attendu qu’il avait un lien particulier avec l’affrètement d’un navire et devait en conséquence avoir les mêmes possibilités que le propriétaire inscrit de réfuter toute présomption. Il a été noté, à cet égard, que si l’on parlait seulement de l’“affréteur”, on ne se référerait pas nécessairement à l’affréteur d’un navire, mais on viserait également un affréteur au voyage ou un affréteur à temps, qui se bornait à conclure un contrat pour les services du navire et ne pouvait donc être assimilé à un propriétaire inscrit aux fins d’identification du transporteur.

Paragraphe 3

287. Il a été estimé que l’objet du paragraphe 3 était mieux exprimé dans la note 122 du document A/CN.9/WG.III/WP.81 que dans le texte de la disposition même. Il a été convenu de reformuler le paragraphe en s’appuyant sur cette note.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d’article 38

288. Le Groupe de travail:

- A accepté le paragraphe 1 en l’état;
- A accepté la variante B du paragraphe 2 et a renvoyé le texte au secrétariat pour qu’il examine si celui-ci devait ou non indiquer plus clairement que l’affréteur coque nue avait le droit de réfuter la présomption selon laquelle il était le transporteur de la même manière que le propriétaire inscrit; et
- A demandé que le paragraphe 3 soit modifié sur la base du libellé employé dans la note 122 du document A/CN.9/WG.III/WP.81.

Projet d’article 39. Signature

Paragraphe 1

289. Le Groupe de travail a noté que le projet d’article 39 avait été reformulé comme il en était convenu lors de son dernier examen de ce projet de disposition à sa dix-huitième session (A/CN.9/616, par. 12 et 13), les mots “par le transporteur ou par une personne ayant reçu pouvoir de ce dernier” ayant été remplacés par la formule “par le transporteur ou par une personne agissant en son nom”.

290. Il a été noté que le paragraphe 1, tel qu’il était rédigé, n’était peut-être pas conforme aux règles relatives aux documents de transport prévues par les RUU 600 selon lesquelles lorsqu’un agent signait, il devait indiquer qu’il le faisait au nom ou pour le compte du transporteur. Il a été proposé de modifier le paragraphe 1 pour le rendre conforme au libellé des RUU 600. Il a par ailleurs été proposé de remplacer les mots “ou par une personne agissant en son nom” par les mots “ou par une personne dûment mandatée par ce dernier” de manière à préciser que la personne agissait dans le cadre d’un mandat confié par le transporteur.

291. À cela il a été objecté que les RUU 600 n’avaient pas la même finalité que le projet de convention, les premières visant à faciliter le système des crédits documentaires tandis que le second énonçait des règles et leurs effets juridiques. Il a été rappelé que si l’insertion d’un texte supplémentaire pouvait clarifier le paragraphe 1, le Groupe de travail était déjà convenu de laisser à la loi applicable

les questions de représentation plutôt que de les traiter dans le projet de convention. Le Groupe de travail est convenu d'accepter le paragraphe 1 tel qu'il était rédigé.

Paragraphe 2

292. Le Groupe de travail est convenu d'approuver le projet de paragraphe 2 tel qu'il était rédigé.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 39

293. Le Groupe de travail a accepté le projet d'article 39 tel qu'il était rédigé.

Projet d'article 40. Lacunes dans les données du contrat

294. Il a été rappelé au Groupe de travail que son examen le plus récent du projet d'article 40 sur les lacunes dans les données du contrat remontait à sa dix-huitième session (voir A/CN.9/616, par. 10 à 13). Le Groupe de travail a ensuite examiné le projet d'article 40 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81.

295. Sous réserve de quelques modifications à apporter au texte de la disposition dans les différentes versions linguistiques, le Groupe de travail a accepté en l'état les paragraphes 1, 2 et 3 du projet d'article 40.

Proposition de paragraphe 4 du projet d'article 40

296. Comme il a été indiqué dans la note 129 du document A/CN.9/WG.III/WP.81, le Groupe de travail était convenu lors d'une session antérieure d'ajouter au projet d'article 37-2 un nouvel alinéa d) exigeant l'indication du nombre de documents de transport négociables originaux dans les données du contrat lorsque plusieurs originaux étaient émis. Il a été noté que le projet de convention ne précisait pas les conséquences juridiques de l'absence de cette information dans les données du contrat. Afin d'offrir au porteur de l'un des documents de transport négociables originaux et au transporteur un certain degré de sécurité, on a proposé qu'en l'absence d'une telle indication, le document de transport négociable soit réputé avoir indiqué qu'un seul original avait été émis. On a suggéré qu'une disposition en ce sens soit insérée dans le texte en tant que projet de paragraphe 4 de l'article 40. Cette suggestion a été soutenue au sein du Groupe de travail.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 40

297. Le Groupe de travail a accepté en l'état le projet d'article 40, et prié le secrétariat de rédiger un nouveau paragraphe 4 en tenant compte des remarques du paragraphe précédent.

Projet d'article 41. Réserves concernant la description des marchandises dans les données du contrat

298. Il a été rappelé au Groupe de travail que son examen le plus récent du contenu du projet d'article 41 sur les réserves concernant la description des marchandises dans les données du contrat remontait à sa dix-huitième session (voir A/CN.9/616, par. 29 à 39 et 69 à 73). Le Groupe de travail a ensuite examiné ce projet d'article qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81.

299. Des propositions rédactionnelles ont été faites concernant le projet d'article 41. On a suggéré de remplacer le mot "description" par "informations" dans le titre du projet d'article, qui semblait sinon se limiter uniquement au projet d'article 37-1 a). Dans le paragraphe 1 a), on a proposé que le qualificatif "déterminant" après les mots "erroné ou trompeur" soit supprimé puisqu'il faisait double emploi. On a aussi proposé de coordonner le texte des paragraphes 1, 2 et 3, qui employaient tous le terme "réserve", alors que dans le paragraphe 1 il s'agissait d'un type de rectification et dans les paragraphes 2 et 3 davantage de la formulation de réserves. Enfin, il a été dit que, les projets de paragraphes 1 b) et 2 b) faisant référence à l'exactitude des informations, pour laquelle le chargeur était tenu responsable de plein droit en vertu du projet de convention, il serait peut-être préférable d'utiliser l'expression "il a des motifs raisonnables de croire" à la place de "il a des raisons de considérer".

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 41

300. Le Groupe de travail a accepté le projet d'article 41 en l'état, sous réserve des modifications que le secrétariat apportera au texte compte tenu des propositions formulées dans le paragraphe précédent.

Projet d'article 42. Force probante des données du contrat

301. Il a été rappelé au Groupe de travail que son examen le plus récent du contenu du projet d'article 42 sur la force probante des données du contrat remontait à sa dix-huitième session (voir A/CN.9/616, par. 45 à 68). Il lui a également été rappelé que le projet d'article 42 qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81 était le fruit d'un débat approfondi et d'un compromis auquel il était parvenu à sa dix-huitième session, et on a dit qu'il serait préférable de renvoyer la troisième lecture de cette disposition à la vingtième session afin de laisser suffisamment de temps au Groupe de travail pour examiner en détail l'alinéa a), qui avait été ajouté entre-temps au projet d'article.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 42

302. Le Groupe de travail est convenu de renvoyer la troisième lecture du projet d'article 42 à sa vingtième session.

Projet d'article 43. "Fret payé d'avance"

303. Il a été rappelé au Groupe de travail que son examen le plus récent du projet d'article 43 sur le "fret payé d'avance" remontait à sa dix-huitième session (voir A/CN.9/616, par. 74 à 82). Le Groupe de travail a ensuite examiné le projet d'article 43 qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81. La proposition d'ajouter une condition de bonne foi a été rejetée au motif qu'une telle condition allait de soi.

Conclusions du Groupe de travail concernant le projet d'article 43

304. Le Groupe de travail a accepté le projet d'article 43 en l'état.

III. Questions diverses

Organisation des travaux futurs

305. Le Groupe de travail est convenu de poursuivre sa troisième lecture, en commençant par le projet d'article 42 et en enchaînant avec le chapitre 10 du projet de convention, à sa vingtième session (Vienne, 15-25 octobre 2007). Il a aussi noté que sa vingt et unième session était prévue du 7 au 18 avril 2008, mais que les dates des deux sessions étaient soumises à l'approbation de la Commission à sa quarantième session en 2007.

K. Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer], soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-neuvième session

(A/CN.9/WG.III/WP.81 et Corr.1) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

Introduction . . . . . .

Projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] . . . . . .

Chapitre 1. Dispositions générales . . . . . .

Article 1. Définitions . . . . . .

Article 2. Interprétation de la présente Convention . . . . . .

Article 3. Conditions de forme . . . . . .

Article 4. Applicabilité des exonérations et des limites de responsabilité. . . . . .

Chapitre 2. Champ d'application . . . . . .

Article 5. Champ d'application général . . . . . .

Article 6. Exclusions particulières . . . . . .

Article 7. Application à certaines parties . . . . . .

Chapitre 3. Documents électroniques concernant le transport . . . . . .

Article 8. Utilisation et effet des documents électroniques concernant le transport. . . . . .

Article 9. Procédures d'utilisation des documents électroniques négociables concernant le transport . . . . . .

Article 10. Remplacement d'un document de transport négociable ou d'un document électronique négociable concernant le transport . . . . . .

Chapitre 4. Durée de la responsabilité . . . . . .

Article 11. Durée de la responsabilité du transporteur . . . . . .

Article 12. Déplacement n'entrant pas dans le champ du contrat de transport . . . . . .

Chapitre 5. Obligations du transporteur . . . . . .

Article 13. Transport et livraison des marchandises . . . . . .

Article 14. Obligations particulières . . . . . .

Article 15. Marchandises pouvant devenir dangereuses . . . . . .

Article 16. Obligations particulières applicables au voyage par mer. . . . . .

Chapitre 6. Responsabilité du transporteur pour perte, dommage ou retard . . . . . .
Article 17. Fondement de la responsabilité . . . . . .
Article 18. Responsabilité du transporteur pour fait d'autrui. . . . . .
Article 19. Responsabilité des parties exécutantes maritimes . . . . . .
Article 20. Responsabilité solidaire et compensation . . . . . .
Article 21. Retard. . . . . .
Article 22. Calcul de la réparation . . . . . .
Article 23. Avis de perte, de dommage ou de retard . . . . . .
Chapitre 7. Dispositions supplémentaires relatives à des étapes particulières du transport. . . . .
Article 24. Déroutement durant le transport par mer . . . . . .
Article 25. Marchandises en pontée sur des navires . . . . . .
Article 26. Transport précédant ou suivant un transport par mer. . . . . .
Chapitre 8. Obligations du chargeur envers le transporteur . . . . . .
Article 27. Remise des marchandises pour le transport . . . . . .
Article 28. Obligation du chargeur et du transporteur de fournir des informations et des instructions . . . . . .
Article 29. Obligation du chargeur de fournir des informations, instructions et documents. . . . . .
Article 30. Fondement de la responsabilité du chargeur envers le transporteur . . . . . .
Article 31. Informations pour l'établissement des données du contrat . . . . . .
Article 32. Règles spéciales concernant les marchandises dangereuses . . . . . .
Article 33. Fait pour le chargeur documentaire d'assurer les droits et obligations du chargeur . . . . . .
Article 34. Responsabilité du chargeur pour fait d'autrui. . . . . .
Article 35. Cessation de la responsabilité du chargeur . . . . . .
Chapitre 9. Documents de transport et documents électroniques concernant le transport . . . . . .
Article 36. Émission du document de transport ou du document électronique concernant le transport . . . . . .
Article 37. Données du contrat . . . . . .
Article 38. Identité du transporteur . . . . . .
Article 39. Signature . . . . . .
Article 40. Lacunes dans les données du contrat. . . . . .
Article 41. Réserves concernant la description des marchandises dans les données du contrat . . . . . .
Article 42. Force probante des données du contrat . . . . . .

Article 43. “Fret payé d’avance” . . . . . .

Chapitre 10. Livraison des marchandises. . . . . .

Article 44. Obligation de prendre livraison . . . . . .

Article 45. Obligation d’accuser réception . . . . . .

Article 46. Livraison lorsque aucun document de transport négociable ou document électronique négociable concernant le transport n’est émis . . . . . .

Article 47. Livraison en cas d’émission d’un document de transport non négociable devant être émis . . . . . .

Article 48. Livraison en cas d’émission d’un document électronique non négociable concernant le transport devant être émis . . . . . .

Article 49. Livraison en cas d’émission d’un document de transport ou d’un document électronique négociable concernant le transport . . . . . .

Article 50. Marchandises restant non livrées. . . . . .

Article 51. Rétention des marchandises . . . . . .

Chapitre 11. Droits de la partie contrôlante . . . . . .

Article 52. Exercice et étendue du droit de contrôle. . . . . .

Article 53. Identité de la partie contrôlante et transfert du droit de contrôle . . . . . .

Article 54. Exécution des instructions par le transporteur . . . . . .

Article 55. Marchandises réputées livrées . . . . . .

Article 56. Modifications du contrat de transport . . . . . .

Article 57. Fourniture d’informations, d’instructions ou de documents supplémentaires au transporteur . . . . . .

Article 58. Dérogation conventionnelle . . . . . .

Chapitre 12. Transfert de droits . . . . . .

Article 59. Cas où un document de transport négociable ou un document électronique négociable concernant le transport est émis. . . . . .

Article 60. Responsabilité du porteur. . . . . .

Article 61. Cas où aucun document de transport négociable ou document électronique négociable concernant le transport n’est émis . . . . . .

Chapitre 13. Limites de responsabilité . . . . . .

Article 62. Limites de responsabilité . . . . . .

Article 63. Limites de responsabilité pour le préjudice causé par le retard. . . . . .

Article 64. Déchéance du droit de se prévaloir de la limitation de responsabilité . . . . . .

Chapitre 14. Délai pour agir . . . . . .

Article 65. Prescription des actions . . . . . .

Article 66. Prorogation du délai de prescription . . . . . .
Article 67. Action récursoire. . . . . .
Article 68. Actions contre la personne identifiée comme étant le transporteur . . . . . .
Chapitre 15. Compétence . . . . . .
Article 69. Actions contre le transporteur . . . . . .
Article 70. Accords d'élection de for . . . . . .
Article 71. Actions contre la partie exécutante maritime . . . . . .
Article 72. Absence de chefs de compétence supplémentaires. . . . . .
Article 73. Saisie conservatoire et mesures provisoires ou conservatoires . . . . . .
Article 74. Jonction d'instances et désistement d'instance . . . . . .
Article 75. Accord après la naissance du litige et compétence en cas de comparution du défendeur . . . . . .
Article 76. Reconnaissance et exécution . . . . . .
Article 77. Application du chapitre 15 . . . . . .
Chapitre 16. Arbitrage . . . . . .
Article 78.Convention d'arbitrage . . . . . .
Article 79. Convention d'arbitrage dans le transport autre que de ligne régulière . . . . . .
Article 80. Conventions d'arbitrage après la naissance du litige . . . . . .
Article 81. Application du chapitre 16 . . . . . .
Chapitre 17. Avaries communes . . . . . .
Article 82. Dispositions sur les avaries communes. . . . . .
Chapitre 18. Autres conventions. . . . . .
Article 83. Dénonciation d'autres conventions . . . . . .
Article 84. Conventions internationales régissant le transport de marchandises par air . . .
Article 85. Limitation globale de la responsabilité . . . . . .
Article 86. Autres dispositions sur le transport de passagers et de bagages . . . . . .
Article 87. Autres dispositions sur les dommages causés par un accident nucléaire . . . . . .
Chapitre 19. Validité des clauses contractuelles . . . . . .
Article 88. Dispositions générales . . . . . .
Article 89. Règles spéciales pour les contrats de volume. . . . . .
Article 90. Règles spéciales pour les animaux vivants et certaines autres marchandises . .
Chapitre 20. Clauses finales . . . . . .
Article 91. Dépositaire . . . . . .

Article 92. Signature, ratification, acceptation, approbation ou adhésion. . . . . .
Article 93. Réserves . . . . . .
Article 94. Procédure de déclaration et effet des déclarations . . . . . .
Article 95. Effets dans les unités territoriales nationales . . . . . .
Article 96. Participation d'organisations régionales d'intégration économique . . . . . .
Article 97. Entrée en vigueur . . . . . .
Article 98. Révision et amendements. . . . . .
Article 99. Amendement des limites. . . . . .
Article 100. Dénonciation de la présente Convention. . . . . .

Introduction

1. À sa trente-quatrième session, en 2001, la Commission a créé le Groupe de travail III (Droit des transports) et l'a chargé d'élaborer, en étroite coopération avec les organisations internationales intéressées, un instrument législatif sur des questions liées au transport international de marchandises, telles que le champ d'application, les obligations et la responsabilité du transporteur, la durée de cette responsabilité, les obligations du chargeur et les documents de transport[1]. Le Groupe de travail a commencé à examiner un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] à sa neuvième session, en 2002. On trouvera un historique actualisé de ce projet dans le document A/CN.9/WG.III/WP.80.

2. Le présent document contient une version consolidée des dispositions révisées du projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] préparée par le secrétariat pour que le Groupe de travail l'examine en troisième lecture. Les modifications apportées à la dernière version consolidée examinée par le Groupe de travail (contenue dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56) ont été signalées dans des notes de bas de page comportant, le cas échéant, un renvoi au document de travail ou au paragraphe du rapport dans lequel figurait le texte révisé.

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 345.

Projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]

CHAPITRE 1. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 1. Définitions

Aux fins de la présente Convention:

1. Le terme "contrat de transport" désigne le contrat par lequel un transporteur s'engage, contre paiement d'un fret, à déplacer des marchandises d'un lieu à un autre. Le contrat prévoit le transport par mer et peut prévoir, en outre, le transport par d'autres modes[1].

2. Le terme "contrat de volume" désigne le contrat de transport qui prévoit le déplacement d'une quantité déterminée de marchandises en plusieurs expéditions pendant une période convenue. La quantité peut être exprimée sous la forme d'un minimum, d'un maximum ou d'une fourchette[2].

3. Le terme "transport de ligne régulière" désigne le service de transport qui est proposé par voie de publicité ou par des moyens similaires et qui est effectué par des navires assurant une liaison régulière entre des ports déterminés suivant un calendrier de dates de départ accessible au public[3].

4. Le terme "transport autre que de ligne régulière" désigne tout transport qui n'est pas un transport de ligne régulière[4].

5. Le terme "transporteur" désigne la personne qui conclut un contrat de transport avec le chargeur.

6. Le terme "partie exécutante" désigne une personne autre que le transporteur qui s'acquitte[5] ou s'engage à s'acquitter de l'une quelconque des obligations[6] de ce dernier découlant d'un contrat de transport en ce qui concerne la réception, le chargement, la manutention, l'arrimage, le transport, le soin, le déchargement ou la livraison des marchandises, dans la mesure où elle agit, directement ou indirectement, à la demande du transporteur ou sous sa supervision ou son contrôle. Il désigne aussi les salariés, les représentants et les sous-traitants

---

[1] Texte figurant au paragraphe 16 du document A/CN.9/WG.III/WP.61, examiné par le Groupe de travail aux paragraphes 121 à 133 du document A/CN.9/594.

[2] Texte figurant au paragraphe 16 du document A/CN.9/WG.III/WP.61, examiné par le Groupe de travail aux paragraphes 121 à 133 du document A/CN.9/594.

[3] Texte figurant au paragraphe 16 du document A/CN.9/WG.III/WP.61, examiné par le Groupe de travail aux paragraphes 121 à 133 du document A/CN.9/594.

[4] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il est nécessaire de définir le "transport autre que de ligne régulière" eu égard à la définition du "transport de ligne régulière".

[5] Les deux occurrences de l'adverbe "matériellement", qui étaient placées après le verbe "s'acquitter", dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, ont été supprimées afin d'améliorer la rédaction, car la traduction de cet adverbe dans certaines langues n'était pas claire et la liste des fonctions figurant dans la disposition montre bien que la partie exécutante doit prendre des mesures concrètes dans l'exécution du contrat de transport pour entrer dans le champ de la définition.

[6] À des fins d'harmonisation, le mot "responsabilités" a été remplacé, lorsqu'il y avait lieu, par le mot "obligations".

d'une partie exécutante dans la mesure où ceux-ci s'acquittent également ou s'engagent également à s'acquitter de l'une quelconque des obligations du transporteur découlant d'un contrat de transport[7], mais ne s'entend pas d'une personne qui est engagée par un chargeur, un chargeur documentaire, l'expéditeur, la partie contrôlante ou le destinataire, ou qui est un salarié, représentant ou sous-traitant d'une personne (autre que le transporteur) engagée par un chargeur, un chargeur documentaire, l'expéditeur, la partie contrôlante ou le destinataire.

7. Le terme "partie exécutante maritime" désigne une partie exécutante dans la mesure où elle[8] s'acquitte ou s'engage à s'acquitter de l'une quelconque des obligations du transporteur pendant la période comprise entre l'arrivée des marchandises au port de chargement d'un navire et leur départ du port de déchargement d'un navire[9]. Toutefois, en cas de transbordement, il ne s'entend pas d'une partie exécutante qui s'acquitte, durant une étape intérieure, de l'une quelconque des obligations du transporteur pendant la période comprise entre le départ des marchandises d'un port et leur arrivée à un autre port de chargement.

8. Le terme "partie exécutante non maritime" désigne une partie exécutante dans la mesure où elle n'est pas une partie exécutante maritime[10].

9. Le terme "chargeur" désigne la personne qui conclut un contrat de transport avec le transporteur.

10. Le terme "chargeur documentaire" désigne une personne autre que le chargeur qui accepte d'être désignée comme "chargeur" dans le document de transport ou dans le document électronique concernant le transport[11].

11. Le terme "expéditeur" désigne la personne qui remet les marchandises au transporteur ou à une partie exécutante en vue de leur transport.

12. Le terme "porteur" désigne:

a) La personne qui est en possession d'un document de transport négociable; et i) s'il s'agit d'un document à ordre, y est identifiée comme le chargeur ou le destinataire, ou est la personne à laquelle le document est dûment

---

[7] Ce membre de phrase a été ajouté pour clarifier davantage la définition.

[8] Il est proposé d'ajouter les mots "dans la mesure où elle" pour clarifier davantage la définition et tenir compte du fait que la même personne peut exécuter à la fois une étape maritime et une étape intérieure du transport.

[9] Les mots "[ou, en cas de transbordement, au premier port de chargement]" et "[ou du dernier port de déchargement, selon le cas]" ont été supprimés afin de clarifier le texte et de l'aligner sur la définition de la "partie exécutante" au paragraphe précédent. La formulation du projet d'article 19 a été améliorée en ce qui concerne la responsabilité de la partie exécutante maritime. Comme il a été indiqué dans une note antérieure, il a été proposé au paragraphe 31 du document A/CN.9/544 qu'un transporteur ferroviaire, même s'il fournissait des services à l'intérieur d'un port, soit considéré comme une partie exécutante non maritime. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner cette proposition.

[10] Libellé révisé afin de suivre la présentation adoptée dans d'autres dispositions du projet de convention, par exemple dans la définition du "transport autre que de ligne régulière". Le Groupe de travail souhaitera peut-être déterminer si cette définition est nécessaire, le terme "partie exécutante non maritime" n'étant employé qu'au paragraphe 3 du projet d'article 20.

[11] Cette définition apparaissait précédemment dans la première phrase de l'ancien projet d'article 34, tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56. Elle a été déplacée pour être insérée ici.

transmis par endossement; ou ii) s'il s'agit d'un document à ordre endossé en blanc ou d'un document au porteur, est le détenteur dudit document; ou

b) La personne à laquelle un document électronique négociable concernant le transport a été délivré ou transféré et qui a le contrôle exclusif de ce document conformément aux procédures prévues à l'article 9[12].

13. Le terme "destinataire" désigne la personne ayant droit à la livraison[13] des marchandises en vertu d'un contrat de transport, d'un document de transport ou d'un document électronique concernant le transport.

14. Le terme "droit de contrôle" des marchandises désigne le droit, en vertu du contrat de transport, de donner au transporteur des instructions concernant les marchandises, conformément au chapitre 11[14].

15. Le terme "partie contrôlante" désigne la personne qui, en vertu de l'article 53, est autorisée à exercer le droit de contrôle.

16. Le terme "document de transport" désigne un document émis en vertu d'un contrat de transport par le transporteur ou une partie exécutante qui satisfait à l'une au moins des conditions suivantes:

a) Il constate la réception, par le transporteur ou une partie exécutante, des marchandises en vertu d'un contrat de transport; ou

b) Il constate ou contient un contrat de transport.

17. Le terme "document de transport négociable" désigne un document de transport qui indique, par une mention telle que "à ordre" ou "négociable", ou toute autre mention appropriée reconnue comme ayant le même effet par la loi applicable au document, que les marchandises ont été expédiées à l'ordre du chargeur, à l'ordre du destinataire ou au porteur, et qui n'est pas expressément signalé comme étant "non négociable".

18. Le terme "document de transport non négociable" désigne un document de transport qui n'est pas négociable.

19. Le terme "communication électronique" désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques, optiques, numériques ou des moyens analogues de sorte que l'information communiquée est accessible pour être consultée ultérieurement[15].

---

[12] Les mots "conformément aux procédures prévues à l'article 9" ont été ajoutés ici, ce qui permet de supprimer la deuxième phrase de l'alinéa u) de l'ancien projet d'article 1, tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 et qui définissait le "contrôle exclusif" de manière circulaire en renvoyant aux procédures mentionnées dans le projet d'article 9. Si le Groupe de travail décide de supprimer le projet d'article 59, il faudra alors peut-être modifier encore la définition.

[13] Le verbe "prendre" a été supprimé avant le mot "livraison" car il était redondant et pouvait prêter à confusion.

[14] La définition du "droit de contrôle" est extraite du chapeau du projet d'article 52, anciennement projet d'article 54 figurant dans le document A/CN.9.WG.III/WP.56.

[15] Clarification proposée pour que le projet de convention n'établisse pas de distinction inutile entre les moyens de transmission et la forme sous laquelle les données sont conservées. La définition de "communication électronique" s'inspire de celle de "message de données" figurant à l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique de 1996, sans toutefois

20. Le terme “document électronique concernant le transport” désigne l’information contenue dans un ou plusieurs messages émis au moyen d’une communication électronique par un transporteur ou une partie exécutante en vertu d’un contrat de transport, y compris l’information qui est logiquement associée au document électronique sous la forme de données jointes ou y est autrement liée au moment de son émission par le transporteur ou une partie exécutante ou ultérieurement de manière à en faire partie intégrante, qui satisfait à l’une au moins des conditions suivantes:

a) Elle constate la réception, par le transporteur ou une partie exécutante, des marchandises en vertu d’un contrat de transport; ou

b) Elle constate ou contient un contrat de transport.

21. Le terme “document électronique négociable concernant le transport” désigne un document électronique concernant le transport:

a) Qui indique, par des mentions telles que “à ordre” ou “négociable”, ou par d’autres mentions appropriées[16] reconnues comme ayant le même effet par la loi applicable au document, que les marchandises ont été expédiées à l’ordre du chargeur ou du destinataire, et qui n’est pas explicitement signalé comme étant “non négociable”; et

b) Dont l’utilisation répond aux exigences de l’article 9, paragraphe 1.

22. Le terme “document électronique non négociable concernant le transport” désigne un document électronique concernant le transport qui n’est pas négociable.

23. Les termes “émission” et “transfert” d’un document électronique négociable concernant le transport désignent le fait de donner et de transférer le contrôle exclusif de ce document[17].

24. Le terme “données du contrat” désigne toute information concernant le contrat de transport ou les marchandises (y compris des conditions, des mentions, des signatures et des endossements) qui figure dans un document de transport ou un document électronique concernant le transport.

---

en reprendre la liste illustrative des techniques utilisées. Dans la Loi type, comme dans la Convention des Nations Unies sur l’utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (“Convention sur les contrats électroniques”) (*Documents officiels de l’Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 17* (A/60/17), annexe I), seuls les messages de données qui sont “accessibles pour être consultés ultérieurement” peuvent avoir la même valeur que les documents écrits sur papier. Dans le présent projet de convention sur les transports, la notion de “communication électronique” incorpore aussi les critères d’équivalence fonctionnelle entre messages de données et documents écrits posés à l’article 6 de la Loi type et à l’article 9-2 de la Convention sur les contrats électroniques, de sorte que “une communication électronique” dans le cadre du présent projet doit toujours être en mesure de remplir la même fonction que des documents écrits.

[16] Le Groupe de travail voudra peut-être déterminer si le mot “appropriés” est nécessaire, étant donné l’emploi des termes “reconnues comme ayant le même effet” et s’il faudrait harmoniser en conséquence le libellé, similaire, du projet d’article 1, paragraphe 17.

[17] Le texte figurant au paragraphe 207 du document A/CN.9/576 et approuvé au paragraphe 210 de ce même document pour la suite des débats, excepté la deuxième phrase, a été supprimé pour améliorer la rédaction et les mots “conformément aux procédures prévues à l’article 9” ont été ajoutés à la fin du projet d’article 1-12 ii).

25. Le terme “marchandises” désigne les objets, biens et articles de nature quelconque qu’un transporteur s’engage à déplacer en vertu d’un contrat de transport et s’entend également de l’emballage et de tout équipement et conteneur non fournis par le transporteur ou pour son compte[18].

26. Le terme “navire” désigne tout bâtiment utilisé pour transporter des marchandises par mer.

27. Le terme “conteneur” désigne tout type de conteneur, de citerne ou de plate-forme transportable, de caisse mobile ou toute unité de charge similaire utilisée pour grouper des marchandises et tout équipement accessoire à cette unité de charge.

28. Le terme “fret” désigne la rémunération due au transporteur pour le déplacement de marchandises en vertu d’un contrat de transport[19].

29. Le terme “domicile” désigne: a) dans le cas d’une société ou autre personne morale ou d’une association de personnes physiques ou morales i) son siège statutaire, son lieu de constitution (place of incorporation) ou son siège central inscrit (central registered office), selon le cas; ii) son administration centrale, ou iii) son établissement principal, et b) dans le cas d’une personne physique, sa résidence habituelle[20].

30. Le terme “tribunal compétent” désigne un tribunal d’un État contractant qui, selon les règles relatives à la répartition interne des compétences entre les tribunaux de cet État, peut exercer sa compétence sur une matière[21].

Article 2. Interprétation de la présente Convention

Pour l’interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l’uniformité de son application ainsi que d’assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international.

---

[18] Les mots “ou une partie exécutante” ont été supprimés car il devrait être clair que les mots “fournis par le transporteur ou pour son compte” font aussi référence à la partie exécutante.

[19] Il est proposé de supprimer cette définition, du fait que le chapitre sur le fret a lui-même été supprimé et que le “fret” est évoqué dans la définition du “contrat de transport” à l’article 1, alinéa a).

[20] Modifications proposées au texte figurant au paragraphe 115 du document A/CN.9/576. Il est suggéré de mentionner les associations car ces entités dotées de la personnalité juridique sont souvent propriétaires de navires mais n’entrent peut-être pas dans la catégorie d’“autres personnes morales”. Les notions de “lieu de constitution” (place of incorporation) et de “siège inscrit” (registered office) ont été ajoutées par sécurité, car la notion de “siège statutaire” (statutory seat) n’est pas universellement reconnue. Tous ces changements sont conformes au texte de l’article 60 du Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale [*Journal officiel*, n° L 12 du 16.1.2001] (“Bruxelles I”), dont s’inspirait la définition initiale. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi noter que les définitions des termes “moment de réception”, “lieu de réception”, “moment de livraison” et “lieu de livraison”, qui figuraient précédemment entre crochets en tant que projets d’article 1 aa) et bb) dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, ont été supprimées car jugées redondantes, ces termes étant déjà précisés autant que nécessaire dans les projets d’articles 5, 11 et 69.

[21] Libellé convenu par le Groupe de travail au paragraphe 73 du document A/CN.9/591. Il s’inspire de l’article 5-3 b) de la Convention sur les accords d’élection de for (2005).

Article 3. Conditions de forme[22]

Les avis, confirmations, consentements, conventions, déclarations et autres communications visés aux articles 19, paragraphe 3; 23, paragraphes 1 à 3; 37, paragraphe 1 b), c) et d); 41, paragraphe 3 b); 45; 50, paragraphe 3; 53, paragraphe 1; 61, alinéa d); 62, paragraphe 1; 66; 69; et 89, paragraphes 1 et 5 sont sous forme écrite. Des communications électroniques peuvent être utilisées à ces fins, à condition qu'elles le soient avec le consentement[23] de la personne par laquelle elles sont faites et de la personne à laquelle elles sont destinées.

Article 4. Applicabilité des exonérations et des limites de responsabilité

Les exonérations et limites de responsabilité prévues par la présente Convention et les obligations imposées par celle-ci sont applicables dans toute action contre le transporteur ou une partie exécutante maritime pour perte, dommage ou retard de livraison subi par les marchandises faisant l'objet d'un contrat de transport, ou pour manquement à toute autre obligation prévue dans la présente Convention[24], que l'action soit fondée sur la responsabilité contractuelle ou délictuelle ou autrement[25].

CHAPITRE 2. CHAMP D'APPLICATION

Article 5. Champ d'application général[26]

1. Sous réserve de l'article 6, la présente Convention s'applique aux contrats de transport dans lesquels le lieu de réception et le lieu de livraison, ainsi que le port de chargement d'un transport maritime[27] et le port de déchargement du même transport maritime, sont situés dans des États différents, si, aux termes du contrat de transport, l'un quelconque des lieux ci-après se trouve dans un État contractant[28]:

---

[22] Le Groupe de travail notera peut-être que la liste n'est pas fermée et devra être étudiée plus avant. Il voudra peut-être aussi examiner s'il est souhaitable d'insérer dans le texte final une note explicative indiquant que tous les avis envisagés dans la présente Convention qui ne sont pas inclus dans l'article 3 peuvent être adressés par tout moyen, y compris verbalement, ou par un échange de messages de données qui ne satisfont pas à la définition de "communication électronique". La définition de "communication électronique" sous-entend que toute communication de ce type doit pouvoir remplir la même fonction que des documents écrits (voir *supra*, note relative à la définition de la "communication électronique").

[23] Les mots "explicite ou implicite", qui figuraient précédemment après "consentement" dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, ont été supprimés car jugés redondants.

[24] Les mots "[ou lié aux marchandises]" semblent être devenus inutiles du fait de l'ajout du passage faisant référence au "manquement à toute autre obligation".

[25] Le projet d'article 4-2 tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 a été supprimé car il était redondant compte tenu du texte du projet d'article 19-4.

[26] Projet de texte révisé fondé sur le libellé figurant au paragraphe 19 du document A/CN.9/WG.III/WP.61, comme convenu par le Groupe de travail (A/CN.9/594, par. 123 et 128).

[27] Projet de texte révisé fondé sur le libellé figurant au paragraphe 19 du document A/CN.9/WG.III/WP.61, comme convenu par le Groupe de travail (A/CN.9/594, par. 123 et 128). Les mots "d'un transport maritime" et "du même transport maritime" ont été rétablis pour souligner l'aspect relatif au transport maritime et rendre le texte plus clair.

[28] Les mots "aux termes du contrat de transport, l'un quelconque des lieux ci-après se trouve dans un État contractant" ont été ajoutés à la fin du chapeau, ce qui permet de supprimer ces mêmes mots des alinéas qui suivent. De plus, les alinéas tels qu'ils figuraient dans le document

a) Le lieu de réception;

b) Le port de chargement;

c) Le lieu de livraison; ou

d) Le port de déchargement.

2. La présente Convention s'applique quelle que soit la nationalité du bâtiment, du transporteur, des parties exécutantes, du chargeur, du destinataire ou de toute autre partie intéressée.

Article 6. Exclusions particulières

1. La présente Convention ne s'applique pas aux contrats de transport ci-après dans le transport de ligne régulière:

a) Les chartes-parties; et

b) Les contrats d'utilisation d'un navire ou de tout espace sur ce navire, qu'il s'agisse ou non de chartes-parties[29].

2. La présente Convention ne s'applique pas aux contrats de transport dans le transport autre que de ligne régulière sauf lorsque:

a) Aucune charte-partie ou aucun contrat d'utilisation d'un navire ou de tout espace sur ce navire n'a été conclu entre les parties, que ce contrat soit ou non une charte-partie; et

b) Le contrat de transport est constaté par un document de transport ou un document électronique concernant le transport qui constate également la réception des marchandises par le transporteur ou par une partie exécutante[30].

Article 7. Application à certaines parties[31]

Nonobstant l'article 6, la présente Convention s'applique dans les relations entre le transporteur et l'expéditeur, le destinataire, la partie contrôlante ou le porteur[32] qui n'est pas une partie initiale à la charte-partie ou à un autre contrat de transport exclu de son champ d'application. Elle ne s'applique pas, en revanche, dans les relations entre les parties initiales à un contrat de transport exclu conformément à l'article 6[33].

A/CN.9/WG.III/WP.56 ont été subdivisés pour bien montrer que chaque élément énuméré doit être convenu dans le contrat de transport.

[29] Nouveau projet de texte révisé fondé sur le libellé figurant au paragraphe 23 du document A/CN.9/WG.III/WP.61, comme convenu par le Groupe de travail (A/CN.9/594, par. 129 à 133).

[30] Révision du texte figurant au paragraphe 23 du document A/CN.9/WG.III/WP.61 (comme convenu par le Groupe de travail aux paragraphes 129 à 133 du document A/CN.9/594) ne visant pas à en modifier le sens.

[31] Texte fondé sur le libellé figurant au paragraphe 23 du document A/CN.9/WG.III/WP.61, comme convenu par le Groupe de travail (A/CN.9/594, par. 134 à 140).

[32] La référence à "la personne visée à l'article 34" (à présent article 33), examinée par le Groupe de travail aux paragraphes 138 et 140 du document A/CN.9/594, a été supprimée du texte figurant au paragraphe 23 du document A/CN.9/WG.III/WP.61 à des fins de clarification, du fait que le projet d'article 7 s'appliquerait au chargeur documentaire visé au projet d'article 33 en sa qualité de partie contrôlante ou de porteur et non en sa qualité de chargeur documentaire.

[33] Texte figurant au paragraphe 23 du document A/CN.9/WG.III/WP.61, convenu par le Groupe de

CHAPITRE 3. DOCUMENTS ÉLECTRONIQUES CONCERNANT LE TRANSPORT

Article 8. Utilisation et effet des documents électroniques concernant le transport

Sous réserve des conditions énoncées dans la présente Convention:

a) Tout ce qui doit figurer dans un document de transport conformément à la présente Convention peut être consigné dans un document électronique concernant le transport, pour autant que l'émission et l'utilisation ultérieure de ce document électronique se fassent avec le consentement [34]du transporteur et du chargeur; et

b) L'émission, le contrôle ou le transfert d'un document électronique concernant le transport produit le même effet que l'émission, la possession ou le transfert d'un document de transport.

Article 9. Procédures d'utilisation des documents électroniques négociables concernant le transport

1. L'utilisation d'un document électronique négociable concernant le transport est soumise à des procédures qui prévoient:

a) La méthode pour délivrer et transférer ce document au porteur visé;

b) Les moyens d'assurer que le document conservera son intégrité;

c) La façon dont le porteur peut démontrer qu'il a la qualité de porteur; et

d) La façon de confirmer que la livraison au porteur a eu lieu, ou qu'en vertu de l'article 10, paragraphe 2, ou 49, alinéas a) ii) et c), le document a cessé d'être valable ou de produire effet.

2. Les procédures visées au paragraphe 1 du présent article sont mentionnées dans les données du contrat et sont aisément vérifiables[35].

Article 10. Remplacement d'un document de transport négociable ou d'un document électronique négociable concernant le transport

1. Si un document de transport négociable a été émis et que le transporteur et le porteur conviennent de le remplacer par un document électronique négociable concernant le transport:

---

travail (A/CN.9/594, par. 134 à 140), et légèrement modifié pour en améliorer la forme sans en modifier le fond.

[34] Les mots "explicite ou implicite", qui figuraient précédemment après "consentement" dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, ont été supprimés car jugés redondants.

[35] Comme indiqué dans la note 34 du document A/CN.9/WG.III/WP.47 et comme convenu aux paragraphes 198 et 199 du document A/CN.9/576, l'expression "aisément vérifiables" a été employée pour indiquer, sans trop entrer dans le détail, que les procédures requises doivent être accessibles aux parties ayant un intérêt légitime à les connaître avant de prendre un engagement juridique fondé sur la validité du document électronique négociable concernant le transport. Par ailleurs, il a été noté que le système envisagé fonctionnerait de manière semblable à celui qui régit actuellement l'accès aux conditions des connaissements. Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il faudrait faire figurer des détails sur la question dans une note ou un commentaire accompagnant le projet de convention.

a) Le porteur restitue le document de transport négociable, ou tous les documents s'il en a été émis plusieurs, au transporteur;

b) Le transporteur délivre au porteur un document électronique négociable concernant le transport qui comprend une mention indiquant qu'il remplace le document de transport négociable; et

c) Le document de transport négociable cesse ensuite d'être valable ou de produire effet.

2. Si un document électronique négociable concernant le transport a été émis et que le transporteur et le porteur conviennent de le remplacer par un document de transport négociable:

a) Le transporteur délivre au porteur, en lieu et place du document électronique, un document de transport négociable qui comprend une mention indiquant qu'il remplace ce document électronique; et

b) Le document électronique négociable concernant le transport cesse ensuite d'être valable ou de produire effet.

CHAPITRE 4. DURÉE DE LA RESPONSABILITÉ

Article 11. Durée de la responsabilité du transporteur

1. Sous réserve de l'article 12, le transporteur est responsable des marchandises en vertu de la présente Convention depuis le moment où le transporteur ou une partie exécutante reçoit celles-ci en vue de leur transport jusqu'au moment où elles sont livrées[36].

2. Le moment et le lieu de réception des marchandises à transporter et de livraison de ces marchandises sont ceux convenus dans le contrat de transport ou, à défaut d'une telle convention, ceux conformes aux coutumes, pratiques ou usages du commerce. En l'absence d'une telle convention ou de tels coutumes, pratiques ou usages:

a) Le moment et le lieu de réception des marchandises à transporter sont ceux où le transporteur ou une partie exécutante prend effectivement les marchandises sous sa garde; et

b) Le moment et le lieu de livraison sont ceux du déchargement des marchandises du dernier moyen de transport utilisé pour les déplacer en vertu du contrat de transport[37].

3. Si l'expéditeur est tenu de remettre les marchandises au lieu de réception, ou si le transporteur est tenu de les remettre au lieu de livraison, à une autorité ou à un autre tiers auquel, en vertu de la loi ou de la réglementation du lieu

---

[36] Les mots "au destinataire" ont été supprimés de ce paragraphe et du paragraphe 3 b) car ils étaient inutiles, puisque la "livraison" dont il est question dans ces dispositions ne concerne pas l'obligation du transporteur mais plutôt la remise effective qui met fin à la période de responsabilité de ce dernier.

[37] Le paragraphe 2 fusionne et remplace les anciens paragraphes 2 et 4 de ce projet d'article tels qu'ils figuraient précédemment dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56. Ce changement vise à améliorer la forme du libellé sans en modifier le fond.

de réception ou de livraison, les marchandises doivent être remises et auprès duquel le transporteur ou le destinataire, selon le cas, pourra les retirer[38]:

a) Le moment et le lieu où le transporteur retire les marchandises auprès de cette autorité ou de cet autre tiers sont le moment et le lieu de réception des marchandises par le transporteur conformément au paragraphe 2 a) du présent article; et

b) Le moment et le lieu de cette remise au lieu de livraison sont ceux où il livre les marchandises conformément au paragraphe 2 b) du présent article.

4. Afin de déterminer la durée de la responsabilité du transporteur et sous réserve de l'article 14, paragraphe 2, le contrat de transport ne peut pas prévoir que:

a) Le moment de réception des marchandises est postérieur au commencement de leur chargement initial conformément au contrat; ni que

b) Le moment de livraison des marchandises est antérieur à l'achèvement de leur déchargement final conformément au contrat[39].

Article 12. Déplacement n'entrant pas dans le champ du contrat de transport[40]

À la demande du chargeur, le transporteur peut accepter d'émettre un document de transport unique ou un document électronique unique concernant le transport qui inclut un déplacement particulier n'entrant pas dans le champ du contrat de transport. Dans ce cas, [la responsabilité du transporteur s'étend sur la durée du contrat de transport et, sauf convention contraire, le transporteur, au nom du chargeur, organise le déplacement supplémentaire comme prévu dans ce document] [le transporteur exerce une diligence raisonnable pour sélectionner l'autre transporteur, conclut avec celui-ci un contrat aux conditions usuelles et normales, et fait tout ce qui est raisonnablement requis pour lui permettre de s'acquitter dûment de son contrat][41].

---

[38] Ce paragraphe est proposé par le secrétariat pour traiter les cas où l'expéditeur doit remettre les marchandises à une autorité, par exemple la douane, avant que celles-ci soient remises au transporteur. En outre, le paragraphe 3 fusionne et remplace les anciens paragraphes 3 et 5 de ce projet d'article tels qu'ils figuraient précédemment dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56. Ce changement vise à améliorer la forme du libellé sans en modifier le fond.

[39] Le paragraphe 4 est proposé pour empêcher toute fiction dans le contrat de transport qui viserait à réduire la durée de la responsabilité du transporteur.

[40] Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si l'article 12 a bien sa place dans le chapitre 4 sur la durée de la responsabilité.

[41] Étant donné que la première phrase de la variante B de ce projet d'article, figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, ne visait qu'à clarifier le paragraphe 1 de la variante A, les deux variantes ont été fusionnées et le texte entre crochets dans la deuxième phrase présente deux approches. Dans la première, le transporteur n'assume plus, dans l'organisation de ce déplacement supplémentaire, une obligation de diligence raisonnable mais l'obligation convenue dans le contrat de transport ou ailleurs et, dans la deuxième, l'obligation de diligence raisonnable faite au transporteur est maintenue.

CHAPITRE 5. OBLIGATIONS DU TRANSPORTEUR

Article 13. Transport et livraison des marchandises

Le transporteur, sous réserve de la présente Convention et conformément aux clauses du contrat de transport, déplace[42] les marchandises jusqu'au lieu de destination et les livre au destinataire.

Article 14. Obligations particulières

1. Le transporteur, pendant la durée de sa responsabilité telle qu'elle est définie à l'article 11 et sous réserve de l'article 26, assure de façon appropriée et soigneuse la réception[43], le chargement, la manutention, l'arrimage, le transport, la garde, le soin, le déchargement et la livraison des marchandises.

2. Nonobstant le paragraphe 1 du présent article et sans préjudice des autres dispositions du chapitre 5 et des chapitres 6 à 8[44], les parties peuvent convenir que le chargement, la manutention, l'arrimage ou le déchargement des marchandises seront exécutés par le chargeur, toute personne mentionnée à l'article 34, paragraphe 1, la partie contrôlante ou le destinataire. Cette convention est mentionnée dans les données du contrat.

Article 15. Marchandises pouvant devenir dangereuses[45]

Nonobstant les articles 13, 14 et 16, paragraphe 1, le transporteur ou une partie exécutante peut refuser de recevoir ou de charger les marchandises, ou peut prendre toute autre mesure raisonnable, notamment les décharger, les détruire ou les neutraliser si celles-ci présentent, ou risquent apparemment de présenter, pendant la durée de la responsabilité du transporteur, un danger réel pour les personnes, les biens ou l'environnement[46].

Article 16. Obligations particulières applicables au voyage par mer

1. Le transporteur est tenu avant, au début et pendant le voyage par mer d'exercer une diligence raisonnable pour:

a) Mettre et maintenir le navire en état de navigabilité;

b) Convenablement armer[47], équiper et approvisionner le navire et le maintenir ainsi armé[48], équipé et approvisionné tout au long du voyage; et

---

[42] Il est proposé de supprimer les mots "[de façon appropriée et soigneuse]" car inutiles et répétitifs du fait que la formule "sous réserve de la présente Convention" sous-entend déjà un transport approprié et soigneux. En outre, le projet d'article 13 se veut une obligation générale, renforcée par les articles suivants.

[43] La "réception" et la "livraison" ont été ajoutées afin qu'elles soient reconnues comme des obligations incombant au transporteur.

[44] Les mots "Nonobstant le paragraphe 1 du présent article et sans préjudice des autres dispositions du chapitre 5 et des chapitres 6 à 8" ont été ajoutés au début du paragraphe à des fins de clarification.

[45] Le texte révisé de ce projet d'article fusionne les variantes A et B qui figuraient dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56.

[46] Les mots "un danger illégal ou inacceptable pour l'environnement", qui apparaissaient dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, ont été remplacés par "danger pour l'environnement" pour rendre le critère plus objectif.

[47] Comme indiqué dans la note 56 du document A/CN.9/WG.III/WP.36, dans la version anglaise, le

c) Approprier et mettre en bon état les cales et toutes les autres parties du navire où les marchandises sont transportées, y compris les conteneurs fournis par lui dans ou sur lesquels les marchandises sont transportées, et les maintenir appropriés et en bon état, pour leur réception, transport et conservation.

[2. Nonobstant les articles 13, 14 et 16, paragraphe 1, le transporteur ou une partie exécutante peut sacrifier des marchandises lorsque cette décision est prise de manière raisonnable pour le salut commun ou pour préserver d'un péril la vie humaine ou d'autres biens engagés dans l'aventure commune[49].]

CHAPITRE 6. RESPONSABILITÉ DU TRANSPORTEUR POUR PERTE, DOMMAGE OU RETARD

Article 17. Fondement de la responsabilité[50]

1. Le transporteur est responsable de la perte ou du dommage subi par les marchandises ainsi que du retard à la livraison, si l'ayant droit prouve que la perte, le dommage ou le retard, ou l'événement ou la circonstance[51] qui l'a causé ou y a contribué, s'est produit pendant la durée de sa responsabilité telle que celle-ci est définie au chapitre 4.

2. Le transporteur est exonéré de tout ou partie de sa responsabilité prévue au paragraphe 1 du présent article s'il prouve que la cause ou l'une des causes de la perte, du dommage ou du retard n'est pas imputable à sa faute ou à la faute de l'une quelconque des personnes mentionnées à l'article 18, paragraphe 1.

3. Le transporteur est aussi exonéré de tout ou partie de sa responsabilité prévue au paragraphe 1 du présent article si, au lieu de prouver l'absence de faute comme prévu au paragraphe 2 du présent article, il prouve qu'un ou plusieurs des événements ou circonstances ci-après ont causé la perte, le dommage ou le retard ou y ont contribué:

a) "Acte de Dieu";

b) Périls, dangers ou accidents de la mer ou d'autres eaux navigables;

c) Guerre, hostilités, conflit armé, piraterie, terrorisme, émeutes et troubles civils;

d) Restriction de quarantaine; intervention ou obstacles de la part d'États, d'autorités publiques, de dirigeants ou du peuple, y compris une immobilisation, un

---

mot "crew", sans connotation de genre, a été substitué au mot "man" (armer).

[48] Ibid.

[49] Comme indiqué au paragraphe 157 du document A/CN.9/544, le Groupe de travail a décidé de conserver entre crochets le projet d'article 16-2 à son emplacement actuel en vue d'examiner ultérieurement s'il y a lieu de le transférer au chapitre 17 relatif aux avaries communes.

[50] Nouvelle version du libellé figurant aux paragraphes 31 et 75 du document A/CN.9/572, tel qu'il a été largement accepté aux paragraphes 33 et 80 du même document et publié dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56. Cette version, qui est entièrement inspirée du texte précédent tel qu'accepté, ne vise qu'à améliorer la forme du projet d'article en en simplifiant la structure, sans en modifier aucunement le contenu.

[51] Le mot "événement" a été remplacé par l'expression "événement ou circonstance" à des fins d'harmonisation avec la terminologie employée ailleurs dans le projet d'article ainsi que de clarification. Cette expression a été employée dans l'ensemble du projet d'article.

arrêt ou une saisie non imputable au transporteur ou à l'une quelconque des personnes mentionnées à l'article 18, paragraphe 1[52];

e) Grèves, lock-out ou arrêts ou entraves apportés au travail;

f) Incendie à bord du navire;

g) Vices cachés du [navire] [moyen de transport][53] échappant à une diligence raisonnable;

h) Acte ou omission du chargeur [, de l'expéditeur][54] ou de toute personne mentionnée à l'article 34[55], paragraphe 1, de la partie contrôlante ou du destinataire;

i) Chargement, manutention, arrimage ou déchargement[56] des marchandises réalisé en vertu d'un accord conclu conformément à l'article 14, paragraphe 2, sauf si le transporteur [ou une partie exécutante] l'exécute au nom du chargeur;

j) Freinte en volume ou en poids ou toute autre perte ou dommage résultant d'un vice caché, de la nature spéciale ou d'un vice propre des marchandises;

k) Insuffisance ou défectuosité de l'emballage ou du marquage non réalisé par le transporteur [ou en son nom];

l) Sauvetage ou tentative de sauvetage de vies en mer;

m) Mesures raisonnables visant à sauver ou tenter de sauver des biens en mer;

n) Mesures raisonnables visant à éviter ou tenter d'éviter un dommage à l'environnement;

o) Actes accomplis par le transporteur[57] dans l'exercice des pouvoirs conférés par les articles 15 et 16, paragraphe 2[58].

4. Nonobstant le paragraphe 3 du présent article, le transporteur est responsable de tout ou partie de la perte, du dommage ou du retard si l'ayant droit prouve:

---

[52] Il faudra examiner plus avant si le renvoi à l'article 18, paragraphe 1, est nécessaire.

[53] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner lequel de ces termes entre crochets doit être employé dans cet alinéa.

[54] Le Groupe de travail voudra peut-être décider si l'intention est que le projet d'article 34 englobe ou non aussi l'expéditeur et, dans l'affirmative, s'il devrait mentionner ce dernier expressément. Si l'article 34 englobe l'expéditeur, la référence n'est pas nécessaire ici.

[55] Il faudra examiner plus avant si le renvoi à l'article 34 est nécessaire.

[56] En anglais, le mot "discharging" (déchargement) est proposé aux fins d'harmonisation avec le libellé du projet d'article 14.

[57] Les mots "ou une partie exécutante", qui apparaissaient après "transporteur" dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, ont été supprimés car ils étaient redondants du fait que la partie exécutante n'a pas les pouvoirs prévus dans les projets d'articles 15 et 16.

[58] Les crochets entourant ce projet d'alinéa ont été retirés et les mots "lorsque les marchandises sont devenues dangereuses pour les personnes, les biens ou l'environnement ou ont été sacrifiées" ont été supprimés, car superflus eu égard à l'examen par le Groupe de travail des projets d'articles 15 et 32 (voir A/CN.9/510, par. 128 à 130, A/CN.9/591, par. 157 à 170, et A/CN.9/594, par.195 à 198).

a) Que la faute du transporteur ou d'une personne mentionnée à l'article 18, paragraphe 1, a causé l'événement ou la circonstance invoqués par le transporteur ou y a contribué; ou

b) Qu'un événement ou une circonstance autre que ceux énumérés au paragraphe 3 du présent article a contribué à la perte, au dommage ou au retard si le transporteur ne peut prouver que cet événement ou cette circonstance n'est pas imputable à sa faute ou à la faute de l'une quelconque des personnes mentionnées à l'article 18, paragraphe 1.

5. Le transporteur est aussi responsable, nonobstant le paragraphe 3 du présent article, de tout ou partie de la perte, du dommage ou du retard si:

a) L' ayant droit prouve que les événements ou circonstances suivants ont effectivement ou probablement causé la perte, le dommage ou le retard ou y ont effectivement ou probablement contribué: i) le navire n'était pas en état de navigabilité; ii) le navire n'était pas convenablement armé, équipé et approvisionné; ou iii) les cales ou d'autres parties du navire où les marchandises sont transportées (y compris les conteneurs fournis par le transporteur dans ou sur lesquels les marchandises sont transportées) n'étaient pas appropriées ni en bon état pour leur réception, transport et conservation; et

b) Le transporteur ne peut prouver ni que la perte, le dommage ou le retard n'a pas été causé par l'un quelconque des événements ou circonstances mentionnés au paragraphe 5 a) du présent article ni qu'il s'est acquitté de son obligation d'exercer une diligence raisonnable conformément à l'article 16, paragraphe 1.

6. Lorsque le transporteur est exonéré d'une partie de sa responsabilité en vertu du présent article, il n'est responsable que de la partie de la perte, du dommage ou du retard qui est imputable à l'événement ou à la circonstance dont il est responsable en vertu du présent article.

Article 18. Responsabilité du transporteur pour fait d'autrui[59]

1. Le transporteur répond du manquement aux obligations lui incombant en vertu de la présente Convention causé par les actes ou omissions:

a) De toute partie exécutante; et

b) De toute autre personne[60], qui s'acquitte ou s'engage à s'acquitter de l'une quelconque des obligations incombant au transporteur en vertu du contrat de transport, dans la mesure où elle agit, directement ou indirectement, à la demande de ce dernier ou sous sa supervision ou son contrôle[61].

---

[59] Il est à noter que l'ancien projet d'article 18, tel qu'il figurait immédiatement avant la présente disposition dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, a été supprimé à la suite des délibérations du Groupe de travail concernant le projet d'article 28 (A/CN.9/594, par. 186). Les premiers mots du paragraphe 1 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 ("Sous réserve de l'article 20-4") ont été supprimés pour des raisons de forme afin d'éviter un renvoi superflu.

[60] Les mots "y compris les employés, mandataires et sous-traitants d'une partie exécutante" qui faisaient suite au mot "transporteur" dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, ont été supprimés car jugés redondants, puisqu'ils figurent désormais dans la définition de la "partie exécutante" au projet d'article 1, alinéa 6.

[61] Les mots "comme s'il s'agissait de ses propres actes ou omissions", qui figuraient dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, ont été supprimés car redondants.

[2. Le transporteur n'est responsable en vertu du paragraphe 1 du présent article que lorsque la partie exécutante ou l'autre personne a commis l'acte ou l'omission dans le cadre de son contrat, travail ou représentation[62].]

Article 19. Responsabilité des parties exécutantes maritimes

1. Une partie exécutante maritime [qui a initialement reçu les marchandises à transporter dans un État contractant, les a finalement livrées dans un État contractant, ou a exécuté ses activités concernant les marchandises dans un port d'un État contractant][63]:

a) Est soumise aux obligations et responsabilités imposées au transporteur par la présente Convention et bénéficie des droits et exonérations reconnus au transporteur par la présente Convention si l'événement qui a causé la perte, le dommage ou le retard a eu lieu pendant la période comprise entre l'arrivée des marchandises au port de chargement d'un navire et leur départ du port de déchargement d'un navire, lorsqu'elle a la garde des marchandises ou à tout autre moment dans la mesure où elle participe à l'exécution de l'une quelconque des activités prévues par le contrat de transport; et

b) Répond d'un manquement aux obligations que lui impose la présente Convention causé par les actes et omissions d'une personne à qui elle a confié l'exécution de l'une quelconque des obligations incombant au transporteur en vertu du contrat de transport[64].

2. [Une partie exécutante maritime n'est responsable en vertu du paragraphe 1 du présent article que lorsque la personne concernée a commis l'acte ou l'omission dans le cadre de son contrat, travail ou représentation[65].]

---

[62] Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager de supprimer ce paragraphe au motif qu'il pourrait poser des problèmes en matière de preuve dans certains pays où, par exemple, on a jugé que des salariés qui avaient provoqué un incendie avec une cigarette ou volé des marchandises avaient agi en dehors de leur contrat ou travail. La suppression de ce paragraphe laisserait à la loi nationale le soin de définir ce qui entre dans le cadre du "travail". Il faudrait traiter le paragraphe 2 du projet d'article 34 de la même manière.

[63] L'insertion des mots "qui a initialement reçu les marchandises à transporter dans un État contractant, les a finalement livrées dans un État contractant" a été préférée à l'insertion du paragraphe 5 figurant au paragraphe 44 du document A/CN.9/WG.III/WP.61, convenue par le Groupe de travail (A/CN.9/594, par. 140 à 145). Ce paragraphe 5 était libellé comme suit: "5. Le présent article ne s'applique pas à moins que le lieu de réception initiale des marchandises par la partie exécutante maritime ou le lieu de livraison finale des marchandises par la partie exécutante maritime se trouve dans un État contractant." Par ailleurs, les mots "ou a exécuté ses activités concernant les marchandises dans un port d'un État contractant" ont été ajoutés pour améliorer la rédaction de cette disposition et l'affiner davantage.

[64] Afin d'améliorer la rédaction et d'aligner le texte sur le projet d'article 19, les alinéas a) et b) du paragraphe 1 de l'ancien projet d'article 20, tels qu'ils figuraient précédemment dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, ont été regroupés pour former un seul alinéa, tandis que le paragraphe 3 du projet d'article 20, tel qu'il figurait dans ce même document, est devenu l'alinéa b) du paragraphe 1 du projet d'article 19.

[65] Afin d'améliorer la rédaction et d'aligner le texte sur le projet d'article 18, la dernière phrase du paragraphe 16 du projet d'article 20, telle qu'elle figurait précédemment dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, a été déplacée pour être insérée en tant que paragraphe 2 du projet d'article 19. Cette phrase a été placée entre crochets, comme d'autres phrases analogues figurant dans d'autres parties du texte. Voir aussi ci-dessus la note 62 relative au projet d'article 18-2 et ci-dessous la note 110 relative au projet d'article 34-2.

3. Si le transporteur accepte d'assumer des obligations autres que celles qui lui sont imposées par la présente Convention ou s'il accepte que sa responsabilité soit plus élevée que les limites imposées par les articles 63, 62[66] et 25, paragraphe 5, une partie exécutante maritime n'est pas liée par cette acceptation à moins qu'elle ne consente expressément à ces obligations ou ces limites.

4. Si une action[67] est intentée [contre une partie exécutante maritime][68] [contre un salarié ou un représentant du transporteur ou d'une partie exécutante maritime][69] [contre toute personne mentionnée à l'article 18, paragraphe 1, ou au paragraphe 1, alinéa a), du présent article, autre que le transporteur][70], cette personne peut se prévaloir des exonérations et des limites de responsabilité dont peut se prévaloir le transporteur en vertu de la présente Convention si elle [prouve qu'elle][71] a agi dans le cadre de son contrat, travail ou représentation.

Article 20. Responsabilité solidaire et compensation

1. Si le transporteur et une ou plusieurs parties exécutantes maritimes sont responsables de la perte, du dommage ou du retard de livraison subi par les marchandises, ils assument une responsabilité solidaire [, de sorte que chacun d'entre eux est tenu de réparer la totalité de cette perte, de ce dommage ou de ce retard, sans préjudice du droit d'action récursoire qu'il pourrait avoir contre d'autres parties responsables,][72] mais uniquement dans les limites prévues aux articles 25, 62 et 63.

---

66 Comme indiqué dans la note 69 du document A/CN.9/WG.III/WP.36, le Groupe de travail a pris note de la proposition de restreindre le renvoi au projet d'article 62 du fait que, selon un avis, si le renvoi aux paragraphes 1, 3 et 4 de ce projet d'article était acceptable, il ne fallait pas mentionner le paragraphe 2, car la partie exécutante n'était pas responsable en cas de dommage dont la source n'est pas déterminée. Le Groupe de travail a décidé qu'il devrait peut-être examiner plus avant cette proposition une fois qu'il aurait pris une décision quant à l'inclusion du paragraphe 2 du projet d'article 62 dans le projet de convention.

67 Les mots "en vertu de la présente Convention" ont été supprimés du texte qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 afin d'élargir le champ d'application de la disposition, qui est ensuite limité par l'emploi de la même formule "en vertu de la présente Convention" à la fin du paragraphe.

68 Cette solution correspondait précédemment à la variante A de l'ancien projet d'article 20-4, qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56

69 Cette solution correspond à celle adoptée dans l'ancien projet d'article 4-2, qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56.

70 Cette solution correspond à celle suivie dans la variante B de l'ancien projet d'article 20-4, qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56. De plus, les mots " y compris des employés ou mandataires du transporteur contractant ou d'une partie exécutante maritime", qui figuraient dans cette disposition telle que présentée dans ce document, ont été supprimés, puisqu'ils figurent désormais dans la définition du terme "partie exécutante maritime" du projet d'article 1.

71 Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si le texte entre crochets devrait être supprimé de sorte que la charge de la preuve imposée à la personne qui peut se prévaloir des exonérations et limites de responsabilité du transporteur soit moins lourde.

72 Comme décidé aux paragraphes 12 et 17 du document A/CN.9/552, le membre de phrase entre crochets a été ajouté afin de clarifier la signification de l'expression "responsabilité solidaire" (joint and several liability). Cependant, le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner l'usage qui est fait de cette expression dans de nombreux instruments internationaux, notamment à l'article 10-4 des Règles de Hambourg; à l'article 27-4 des Règles uniformes concernant le contrat de transport international ferroviaire des marchandises, telles qu'amendées

2. Sans préjudice de l'article 64, le cumul des réparations dues par toutes ces personnes ne dépasse pas les limites globales de responsabilité prévues dans la présente Convention.

[3. Si un ayant droit obtient réparation d'une partie exécutante non maritime pour la perte, le dommage ou le retard de livraison subi par les marchandises, le montant qu'il perçoit est déduit de toute réclamation qu'il forme par la suite pour cette perte, ce dommage ou ce retard contre le transporteur ou une partie exécutante maritime[73].]

Article 21. Retard

Il y a retard de livraison lorsque les marchandises ne sont pas livrées au lieu de destination prévu dans le contrat de transport dans le délai expressément convenu ou, en l'absence d'une telle convention, dans le délai qu'il serait raisonnable d'attendre d'un transporteur diligent, compte tenu des clauses du contrat, des coutumes, pratiques et usages du commerce[74] et des circonstances du voyage.

Article 22. Calcul de la réparation

1. Sous réserve de l'article 62, la réparation due par le transporteur pour la perte ou le dommage subi par les marchandises est calculée par référence à la valeur de ces marchandises au lieu et au moment de livraison prévus conformément à l'article 11.

2. La valeur des marchandises est déterminée d'après le cours en bourse ou, à défaut, d'après leur valeur marchande ou, à défaut de l'un et de l'autre, d'après la valeur usuelle de marchandises de même nature et qualité au lieu de livraison.

3. En cas de perte ou de dommage subi par les marchandises, le transporteur n'est tenu au paiement d'aucune réparation dépassant ce qui est prévu aux paragraphes 1 et 2 du présent article sauf lorsque le transporteur et le chargeur sont convenus de calculer la réparation d'une autre manière dans les limites du chapitre 19.

---

par le Protocole de 1999 ("CIM-COTIF 1999"); à l'article 4-5 de la Convention de Budapest relative au contrat de transport de marchandises en navigation intérieure de 2000 ("CMNI"); à l'article 30-3 de la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, telle qu'amendée par les protocoles de 1955 et 1975 ("Convention de Varsovie"); et à l'article 36-3 de la Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international de 1999 ("Convention de Montréal").

[73] Comme décidé aux paragraphes 14 et 17 du document A/CN.9/552, une version révisée a été élaborée dans l'attente de la poursuite du débat concernant l'établissement d'une règle uniforme relative à la compensation ou le renvoi de cette question au droit interne. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si ce paragraphe est nécessaire ou s'il peut être supprimé. En outre, s'il décide de supprimer la définition de la "partie exécutante non maritime", les mots "une partie exécutante autre qu'une partie exécutante maritime" pourraient remplacer les mots "partie exécutante non maritime".

[74] À des fins d'harmonisation avec d'autres dispositions du projet de convention, telles que le projet d'article 11, l'expression "coutumes, pratiques et usages du commerce" a été employée en lieu et place des mots "caractéristiques du transport", qui figuraient dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56.

Article 23. Avis de perte, de dommage ou de retard

1. Le transporteur est présumé, en l'absence de preuve contraire, avoir livré les marchandises telles que celles-ci sont décrites dans les données du contrat, à moins qu'un avis de perte ou de dommage subi par les marchandises[75] indiquant la nature générale de la perte ou du dommage n'ait été donné[76] au transporteur ou à la partie exécutante qui a livré les marchandises avant la livraison ou au moment de la livraison ou, si la perte ou le dommage n'est pas apparent, dans un délai de [trois jours ouvrables] [sept jours] [sept jours ouvrables au lieu de livraison] [sept jours consécutifs] à compter de la livraison. Un tel avis n'est pas nécessaire dans le cas d'une perte ou d'un dommage qui est constaté lors d'une inspection contradictoire des marchandises effectuée par la personne à laquelle elles ont été livrées[77] et le transporteur ou la partie exécutante maritime dont la responsabilité est invoquée[78].

2. Aucune réparation n'est due en vertu des articles 21 et 63 à moins qu'un avis de préjudice résultant d'un retard n'ait été donné au transporteur dans un délai de 21 jours consécutifs à compter de la livraison des marchandises.

3. Lorsque l'avis mentionné dans le présent article est donné à la partie exécutante qui a livré les marchandises, il a le même effet que s'il avait été donné au transporteur, et un avis donné au transporteur a le même effet qu'un avis donné à une partie exécutante maritime.

4. En cas de perte ou de dommage certain ou présumé, les parties au litige se donnent réciproquement toutes les facilités raisonnables pour procéder à l'inspection et au pointage des marchandises et donnent accès aux documents concernant le transport des marchandises.

CHAPITRE 7. DISPOSITIONS SUPPLÉMENTAIRES RELATIVES À DES ÉTAPES PARTICULIÈRES DU TRANSPORT

Article 24. Déroutement durant le transport par mer

Lorsque la loi nationale considère un déroutement comme un manquement de la part du transporteur, un tel déroutement ne prive le transporteur ou une partie exécutante maritime d'aucune exonération ni limitation prévue par la présente Convention, sous réserve des dispositions de l'article 64[79].

---

[75] Les mots "lié aux marchandises" n'apparaissent pas dans ce paragraphe car inutiles.

[76] Le membre de phrase "[par le destinataire ou en son nom]" a été supprimé pour améliorer le libellé car il importe peu de qui provient l'avis, du moment qu'il est donné.

[77] Le terme "destinataire" a été remplacé par les mots "la personne à laquelle elles ont été livrées" pour préciser la signification de cette disposition, à savoir que l'inspection est réalisée par la personne qui reçoit les marchandises mais qui en fait n'est peut-être pas le destinataire au sens de la loi.

[78] La variante A du paragraphe 1 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 a été préférée à la variante B au motif qu'elle était mieux rédigée et plus claire, sans différer beaucoup quant au fond.

[79] Les variantes A et B qui figuraient dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 ont été supprimées car elles se recoupaient avec le projet d'article 17-3 l) et m) et, de ce fait, étaient source de confusion en donnant l'impression de fixer des règles différentes. Le nouveau texte se fonde sur celui qui apparaissait précédemment dans les notes 105 et 424 du document A/CN.9/WG.III/WP.56, dont on a jugé que la rédaction était meilleure.

Article 25. Marchandises en pontée sur des navires[80]

1. Les marchandises ne peuvent être transportées en pontée que si ce transport:

a) Est exigé par la loi;

b) S'effectue dans ou sur des conteneurs[81] sur des ponts qui sont spécialement équipés pour transporter de tels conteneurs; ou

c) Est conforme au contrat de transport ou[82] aux coutumes, usages et pratiques du commerce en question.

2. Les dispositions de la présente Convention relatives à la responsabilité du transporteur s'appliquent à la perte, au dommage ou au retard de livraison subi par des marchandises transportées en pontée conformément au paragraphe 1 du présent article mais le transporteur n'est pas responsable de la perte ou du dommage subi par ces marchandises ou du retard de leur livraison qui résulte des risques particuliers que comporte ce transport si les marchandises sont transportées conformément à l'alinéa a) ou c) du paragraphe 1 du présent article[83].

3. Si les marchandises ont été transportées en pontée dans des cas autres que ceux autorisés au paragraphe 1 du présent article, le transporteur est responsable de la perte ou du dommage subi par ces marchandises ou du retard de leur livraison qui résulte exclusivement de leur transport en pontée et ne peut se prévaloir des exonérations prévues à l'article 17.

4. Le transporteur ne peut se prévaloir de l'alinéa c) du paragraphe 1 du présent article contre un tiers qui a obtenu un document de transport négociable ou un document électronique négociable concernant le transport de bonne foi, sauf si les données du contrat indiquent que les marchandises peuvent être transportées en pontée[84].

[5. Si le transporteur et le chargeur ont [expressément] convenu que les marchandises seraient transportées en cale, le transporteur n'a pas le droit de limiter sa responsabilité pour une perte, un dommage ou un retard de livraison subi par les

---

[80] Des modifications de forme ont été apportées pour clarifier le libellé de ce projet d'article, tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, sans en changer le sens.

[81] Les mots "[adaptés au transport de marchandises en pontée]" ont été supprimés car redondants.

[82] Les crochets qui entouraient précédemment les mots "au contrat de transport ou" ont été supprimés. Ils avaient en effet été ajoutés en attendant que le Groupe de travail examine les questions de liberté contractuelle, comme indiqué au paragraphe 106 du document A/CN.9/552, ce qu'il a fait.

[83] Comme indiqué aux paragraphes 108 et 109 du document A/CN.9/552, il faudra peut-être examiner de plus près le paragraphe 2 conjointement avec le projet d'article 17-6; cependant, les changements apportés à ce dernier auront peut-être rendu cet examen inutile.

[84] Comme indiqué aux paragraphes 110 et 111 du document A/CN.9/552, la discussion sur ce paragraphe, anciennement paragraphe 3 du projet d'article 26 dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, et sur le point de savoir s'il devrait s'appliquer aux cas où des tiers se fieraient à des documents de transport non négociables ou à des documents électroniques non négociables concernant le transport, se poursuivra après l'examen de la question des droits des tiers et de la liberté contractuelle.

marchandises [[qui résulte uniquement] [dans la mesure où ce dommage résulte] de leur transport en pontée][85].][86]

Article 26. Transport précédant ou suivant un transport par mer[87]

1. Lorsque la perte ou le dommage subi par les marchandises, ou un événement ou des circonstances causant un retard dans leur livraison, survient pendant la durée de la responsabilité du transporteur mais uniquement avant leur chargement sur le navire ou uniquement après leur déchargement du navire, les dispositions de la présente Convention ne l'emportent pas sur celles d'un autre instrument[88] international [ou de la loi nationale] qui, au moment de la perte, du dommage ou de l'événement ou de la circonstance ayant causé le retard:

a) [Variante A de l'alinéa a): S'appliquent, selon les dispositions de cet instrument [ou de cette loi], à l'ensemble ou à l'une quelconque des activités menées par le transporteur en vertu du contrat de transport pendant cette période[89];]

[Variante B de l'alinéa a): Se seraient appliquées, selon les dispositions de cet instrument [ou de cette loi], à l'ensemble ou à l'une quelconque des activités menées par le transporteur si le chargeur avait conclu un contrat distinct et direct avec ce dernier pour couvrir l'étape particulière du transport pendant laquelle la perte ou le dommage ou encore l'événement ou la circonstance à l'origine du retard de livraison s'est produit[90];]

b) Prévoient expressément la responsabilité du transporteur, la limitation de la responsabilité et le délai pour agir; et

c) Ne peuvent être écartées par contrat[91] ni en aucun cas, ni au détriment du chargeur conformément à l'instrument [ou à la loi].

[2. Le paragraphe 1 du présent article n'a pas d'incidence sur l'application de l'article 62, paragraphe 2[92].]

---

[85] Comme décidé aux paragraphes 113, 114 et 117 du document A/CN.9/552, les mots "qui résulte exclusivement de leur transport en pontée" ont été mis entre crochets. Une autre variante a été ajoutée.

[86] Comme décidé aux paragraphes 116 et 117 du document A/CN.9/552, on a placé entre crochets l'ensemble du paragraphe 5 pour poursuivre le débat à une prochaine session et étudier de plus près sa relation avec le projet d'article 64.

[87] Des modifications ont été apportées au projet de paragraphe 1 du présent article figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 uniquement pour en améliorer la forme sans en modifier aucunement le contenu.

[88] Le mot "convention" a été remplacé par "instrument" ici, ainsi que dans les alinéas a) et c) du paragraphe 1, afin d'inclure les règles impératives des organisations régionales.

[89] La variante A correspond à l'ancien projet d'article 27-1 b) i), qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 et dont la forme a été légèrement améliorée ici. De plus, comme indiqué dans le paragraphe 55 du document A/CN.9/WG.III/WP.21, le texte entre crochets "[indépendamment du fait de savoir si l'émission d'un quelconque document est nécessaire pour rendre cette convention internationale applicable] reflétait la situation sous l'empire de la Convention de 1980 relative aux transports internationaux ferroviaires ("COTIF"). Depuis l'entrée en vigueur du Protocole de 1999 portant modification de la COTIF en juillet 2006, ce texte a été supprimé des deux variantes.

[90] La variante B se fonde sur une proposition de texte présentée au paragraphe 224 du document A/CN.9/616 et convenue au paragraphe 228.

[91] L'adjectif "privé", qui qualifiait le mot "contrat", a été supprimé car jugé redondant.

[3. Sauf disposition contraire [au paragraphe 1 du présent article et au paragraphe 2 de l'article 62], la responsabilité du transporteur et de la partie exécutante maritime pour la perte, le dommage ou le retard subi par les marchandises est uniquement régie par les dispositions de la présente Convention[93].]

CHAPITRE 8. OBLIGATIONS DU CHARGEUR ENVERS LE TRANSPORTEUR

Article 27. Remise des marchandises pour le transport[94]

1. À moins qu'il n'en soit convenu autrement dans le contrat de transport, le chargeur remet les marchandises prêtes pour le transport. Dans tous les cas, il remet les marchandises dans un état tel qu'elles résisteront au transport prévu, y compris aux opérations de chargement, de manutention, d'arrimage, de saisissage, de fixation et de déchargement dont elles feront l'objet, et ne causeront pas de dommage aux personnes ou aux biens.

[2. Lorsque le transporteur et le chargeur ont conclu une convention visée à l'article 14, paragraphe 2, le chargeur assure de façon appropriée et soigneuse le chargement, la manutention, l'arrimage ou le déchargement des marchandises.]

3. Lorsqu'un conteneur ou une remorque sont remplis par le chargeur, celui-ci assure de façon appropriée et soigneuse l'arrimage, le saisissage et la fixation du contenu dans ou sur le conteneur ou la remorque de telle manière qu'il ne causera pas de dommage aux personnes ou aux biens.

Article 28. Obligation du chargeur et du transporteur de fournir des informations et des instructions

Sans préjudice des obligations incombant au chargeur en vertu de l'article 30, le transporteur et le chargeur répondent aux demandes qu'ils s'adressent pour se fournir les informations et instructions requises pour la manutention et le transport appropriés des marchandises, si ces informations sont en possession de la partie à laquelle elles sont demandées ou si ces instructions peuvent raisonnablement être fournies par la partie à laquelle elles sont demandées et si elles ne sont pas raisonnablement accessibles par d'autres moyens à la partie qui les demande[95].

---

[92] Si l'article 62-2 est supprimé, ce paragraphe devrait l'être aussi.

[93] Le paragraphe 3, qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, a été remplacé par le texte présenté au paragraphe 36 du document A/CN.9/WG.III/WP.78, examiné par le Groupe de travail aux paragraphes 233 et 235 du document A/CN.9/616. Bien que le texte de ce paragraphe ait été modifié, il remplit la même fonction que le texte antérieur, comme indiqué au paragraphe 54 du document A/CN.9/WG.III/WP.21, à savoir celle de règle de conflit de lois visant à préserver l'applicabilité des conventions de transport intérieur.

[94] Texte révisé visant à simplifier le libellé de cet article (voir par. 113 et 120 du document A/CN.9/591), compte tenu des notes 116 et 435 dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, et à préciser que le projet de paragraphe 1 traite de l'état des marchandises elles-mêmes et de leur emballage, tandis que les projets de paragraphes 2 et 3 traitent de leur arrimage approprié. Le projet de paragraphe 2 tient compte des cas où des clauses FIO(S) ont été convenues conformément au projet d'article 14-2.

[95] Projet de texte révisé fondé sur la variante C figurant au paragraphe 14 du document A/CN.9/WG.III/WP.67, comme convenu par le Groupe de travail (A/CN.9/594, par. 186). Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si ce projet d'article devrait être inséré eu égard au contenu de projet d'article 29.

Article 29. Obligation du chargeur de fournir des informations, instructions et documents[96]

1. Le chargeur fournit au transporteur en temps utile les informations, instructions et documents concernant les marchandises qui ne sont pas raisonnablement accessibles par d'autres moyens au transporteur et qui sont raisonnablement[97] nécessaires pour:

a) Assurer la manutention et le transport appropriés des marchandises, y compris les précautions devant être prises par le transporteur ou une partie exécutante; et

b) Permettre au transporteur de respecter la loi, la réglementation ou d'autres exigences des autorités publiques[98] concernant le transport prévu, à condition que le transporteur notifie en temps utile au chargeur les informations, instructions et documents dont il a besoin.

2. Aucune disposition du présent article n'a d'incidence sur une obligation particulière de fournir des informations, instructions et documents déterminés sur les marchandises, conformément à la loi, à la réglementation ou aux autres exigences des autorités publiques concernant le transport prévu.

Article 30. Fondement de la responsabilité du chargeur envers le transporteur

1. [Variante A de la première phrase[99]: Le chargeur est responsable du préjudice[100] ou du dommage subi par le transporteur [, y compris du préjudice ou du dommage résultant d'un retard,] si ce dernier prouve que ce préjudice ou ce dommage a été causé par les marchandises[101] ou par un manquement de la part du chargeur aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 27 et 29, paragraphe 1, alinéas a) et b).] [Variante B de la première phrase[102]: Le chargeur est responsable envers le transporteur du préjudice, [ou] du dommage [ou du retard] résultant d'un manquement de sa part aux obligations qui lui

---

96 Projet de texte révisé fondé sur le libellé figurant au paragraphe 6 du document A/CN.9/WG.III/WP.69 avec des éléments de la variante A figurant au paragraphe 20 du document A/CN.9/WG.III/WP.67, comme convenu par le Groupe de travail (A/CN.9/594, par. 187 à 194).

97 Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si cette deuxième occurrence de l'adverbe "raisonnablement" peut être supprimée, car l'adjectif "nécessaire" sera peut-être considéré comme suffisant.

98 Le terme "autorités publiques" a été réintroduit aux paragraphes 1 et 2 du présent projet d'article à des fins de rédaction et de traduction mais aussi d'harmonisation, puisqu'il est employé dans le projet d'article 17-3 d).

99 Projet de texte révisé tenant compte des délibérations du Groupe de travail à sa seizième session (A/CN.9/591, par. 136 à 153). Les deux variantes A et B de l'ancien paragraphe 2 tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 ainsi que l'ancien paragraphe 3 ont été supprimés de ce projet d'article en conséquence, et le contenu des variantes A et B du paragraphe 2 concernant la responsabilité de plein droit pour la fourniture d'informations exactes a été inséré comme nouvelle disposition dans le projet d'article 31. Le libellé de la variante A du paragraphe 1 fait pendant au paragraphe 1 du projet d'article 17.

100 Ce préjudice pourrait englober celui résultant d'un retard.

101 Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si les mots "causé par les marchandises" conviennent dans ce contexte.

102 La variante B est tirée du libellé figurant au paragraphe 25 du document A/CN.9/WG.III/WP.67, auquel a été ajoutée la deuxième phrase de la variante A pour faciliter l'application du projet de paragraphe 2.

incombent en vertu des articles 27 et 29, à condition que ce préjudice, [ou] ce dommage [ou ce retard] résulte de sa propre faute ou de la faute de l'une quelconque des personnes mentionnées à l'article 34.] Sous réserve des dispositions des articles 31 et 32, le chargeur est exonéré de tout ou partie de sa responsabilité s'il prouve que la cause ou l'une des causes du préjudice, [ou] du dommage [ou du retard] n'est pas imputable à sa faute ou à la faute de l'une quelconque des personnes mentionnées à l'article 34.

2. Lorsque le chargeur est exonéré d'une partie de sa responsabilité en vertu du présent article, il n'est responsable que de la partie du préjudice [ou] du dommage [ou du retard] qui est imputable à sa faute ou à la faute de l'une quelconque des personnes mentionnées à l'article 34[103].

Article 31. Informations pour l'établissement des données du contrat[104]

1. Le chargeur fournit au transporteur, en temps utile, les informations exactes nécessaires pour l'établissement des données du contrat et l'émission des documents de transport ou des documents électroniques concernant le transport, y compris les données visées à l'article 37, paragraphe 1 a), b) et c); le nom de la partie devant être identifiée comme le chargeur dans les données du contrat; le nom du destinataire éventuel; et le nom de la personne à l'ordre de laquelle le document de transport ou le document électronique concernant le transport doit éventuellement être émis.

2. Le chargeur est réputé avoir garanti l'exactitude, au moment de leur réception par le transporteur, des informations fournies conformément au paragraphe 1 du présent article. Il indemnise le transporteur de tout préjudice, [ou] dommage [ou retard] résultant de l'inexactitude de ces informations ou documents.

Article 32. Règles spéciales concernant les marchandises dangereuses[105]

Lorsque les marchandises, par leur nature ou leur caractère, présentent [, deviennent], ou risquent selon toute vraisemblance raisonnable de devenir, un danger pour les personnes ou les biens ou pour l'environnement:

a) Le chargeur informe en temps utile le transporteur de la nature ou du caractère dangereux des marchandises avant que l'expéditeur ne les remette à ce dernier ou à une partie exécutante. À défaut et si le transporteur ou la partie exécutante n'a pas autrement connaissance de leur nature ou caractère dangereux, le chargeur est responsable envers le transporteur de tout préjudice, [ou] dommage [ou retard] ainsi que des dépenses résultant [du transport de ces marchandises] [de ce défaut d'information]; et

b) Le chargeur appose sur les marchandises dangereuses une marque ou une étiquette conformément à la loi, à la réglementation ou aux autres exigences des

---

[103] Le paragraphe 2 est une nouvelle disposition calquée sur le paragraphe 6 du projet d'article 17 qui vise à assurer un traitement semblable aux chargeurs et aux transporteurs à cet égard.

[104] Déplacé de l'ancien projet d'article 30, alinéa c), figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, pour être inséré dans une disposition séparée, comme convenu par le Groupe de travail (voir A/CN.9/591, par. 148 et 153).

[105] Projet de texte révisé fondé sur le libellé figurant au paragraphe 31 du document A/CN.9/WG.III/WP.67, sans le paragraphe 4, comme convenu par le Groupe de travail (A/CN.9/594, par. 195 à 198).

autorités publiques qui s'appliquent à n'importe quelle étape du transport prévu. À défaut, il est responsable envers le transporteur de tout préjudice, [ou] dommage [ou retard] résultant de ce manquement.

Article 33. Fait pour le chargeur documentaire d'assumer les droits et obligations du chargeur[106]

1. Un chargeur documentaire[107] est soumis aux obligations et responsabilités imposées au chargeur par le présent chapitre et l'article 57, et bénéficie des droits et exonérations reconnus au chargeur par le présent chapitre et par le chapitre 14.

2. Le paragraphe 1 du présent article n'a pas d'incidence sur les obligations, responsabilités, droits ou exonérations du chargeur.

Article 34. Responsabilité du chargeur pour fait d'autrui[108]

1. Le chargeur répond du manquement aux obligations lui incombant en vertu de la présente Convention résultant des actes ou omissions de toute personne, y compris des salariés, représentants et sous-traitants, à qui il a confié l'exécution de l'une quelconque de ses obligations comme s'il s'agissait de ses propres actes ou omissions, [mais il ne répond pas des actes ou omissions du transporteur ou d'une partie exécutante agissant pour le compte du transporteur à qui il a confié l'exécution des obligations lui incombant en vertu du présent chapitre][109].

[2. Le chargeur n'est responsable en vertu du paragraphe 1 du présent article que lorsque la personne concernée a commis l'acte ou l'omission dans le cadre de son contrat, travail ou représentation.[110]]

---

[106] Projet d'article révisé, comme convenu aux paragraphes 171 à 175 du document A/CN.9/591.

[107] Le début du projet de paragraphe, tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, a été inséré dans la définition du "chargeur documentaire" au projet d'article 1-10.

[108] Projet de texte révisé fondé sur le libellé figurant au paragraphe 41 du document A/CN.9/WG.III/WP.55, comme convenu par le Groupe de travail (A/CN.9/591, par. 178 à 180). Comme il a été noté pour le projet d'article 17-3 h), le Groupe de travail voudra peut-être décider si le projet d'article 34 englobe l'"expéditeur" et, dans l'affirmative, s'il devrait l'inclure expressément.

[109] Le texte entre crochets, qui figurait initialement au paragraphe 2 du projet d'article dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, a été déplacé et inséré au paragraphe 1, pour faire pendant au libellé du projet d'article 18. Ce texte visait à traiter la question des clauses FIO(S) abordées au projet d'article 14-2, mais la référence dans le projet d'article 17-3 i) à l'exécution effective des obligations par le chargeur, toute personne mentionnée à l'article 35 (désormais projet d'article 34) ou d'autres parties a été supprimée et remplacée par "en vertu d'un accord conclu conformément à l'article 14, paragraphe 2, sauf si le transporteur [ou une partie exécutante] l'exécute au nom du chargeur".

[110] Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner si ce paragraphe pourrait être supprimé au motif qu'il pourrait poser des problèmes en matière de preuve dans certains pays où, par exemple, on a jugé que des salariés qui avaient provoqué un incendie avec une cigarette ou volé des marchandises avaient agi en dehors de leur travail ou contrat. La suppression de ce paragraphe laisserait à la loi nationale le soin de définir ce qui entre dans le cadre du "travail". Le paragraphe 2 du projet d'article 18 devrait être traité de la même manière.

Article 35. Cessation de la responsabilité du chargeur[111]

Une clause du contrat de transport qui prévoit que la responsabilité du chargeur ou de toute autre personne identifiée dans les données du contrat comme étant le chargeur cessera, en tout ou en partie, lors d'un certain événement ou après un moment donné, est réputée non écrite:

a) En ce qui concerne toute responsabilité incombant en vertu du présent chapitre au chargeur ou à une personne mentionnée à l'article 35; ou

b) En ce qui concerne tout montant dû au transporteur en vertu du contrat de transport, sauf dans la mesure où le transporteur a une garantie suffisante couvrant le règlement de ce montant.

[c) Dans la mesure où elle est incompatible avec l'article 61, alinéa d) iii)[112].]

CHAPITRE 9. DOCUMENTS DE TRANSPORT ET DOCUMENTS ÉLECTRONIQUES CONCERNANT LE TRANSPORT

Article 36. Émission du document de transport ou du document électronique concernant le transport[113]

À moins que le chargeur et le transporteur soient convenus de ne pas utiliser de document de transport ou de document électronique concernant le transport, ou que la coutume, l'usage ou la pratique du commerce soit de ne pas en utiliser, lors de la remise des marchandises à transporter au transporteur ou à la partie exécutante:

a) L'expéditeur est en droit d'obtenir un document de transport non négociable ou, sous réserve de l'article 8, alinéa a), un document électronique non négociable concernant le transport constatant uniquement la réception des marchandises par le transporteur ou la partie exécutante; et

b) Le chargeur ou, si ce dernier y consent[114], le chargeur documentaire, est en droit d'obtenir du transporteur, au choix du chargeur, un document de transport négociable ou non négociable approprié ou, sous réserve de l'article 8, alinéa a), un document électronique négociable ou non négociable concernant le transport, à moins que le chargeur et le transporteur soient convenus de ne pas utiliser de document de transport négociable ou de document électronique négociable concernant le transport, ou que la coutume, l'usage ou la pratique du commerce soit de ne pas en utiliser[115].

---

[111] Ancien article 43-2 dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32, extrait du chapitre 9 sur le fret, à présent supprimé, pour être inséré ici.

[112] L'alinéa c) pourrait être supprimé si l'examen du chapitre sur le transfert de droits est reporté en vue de travaux futurs.

[113] Projet d'article modifié comme convenu par le Groupe de travail (A/CN.9/594, par. 223 et 224). Autres propositions rédactionnelles visant à clarifier l'application des coutumes, usages ou pratiques du commerce.

[114] Les mots "en donne instruction au transporteur" jugés trop rigides et trop étroits ont été remplacés par les mots "y consent".

[115] Comme indiqué dans la note 127 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, en ce qui concerne l'alinéa a), il a été reconnu que, du fait que tous les documents de transport tels que définis à

Article 37. Données du contrat[116]

1. Les données du contrat figurant dans le document de transport ou le document électronique concernant le transport visé à l'article 36 comprennent les informations suivantes, fournies par le chargeur:

a) Une description des marchandises;

b) Les marques principales nécessaires à l'identification des marchandises;

c) Le nombre de colis ou de pièces ou la quantité de marchandises; et

d) S'il est fourni par le chargeur, le poids des marchandises.

2. Les données du contrat figurant dans le document de transport ou le document électronique concernant le transport visé à l'article 36 comprennent également:

a) Une indication de l'état et du conditionnement apparents des marchandises au moment auquel le transporteur ou une partie exécutante les reçoit pour le transport;

b) Le nom et l'adresse d'une personne identifiée comme étant[117] le transporteur;

c) La date à laquelle le transporteur ou une partie exécutante a reçu les marchandises, ou à laquelle les marchandises ont été chargées à bord du navire, ou à laquelle le document de transport ou le document électronique concernant le transport a été émis; et

d) Le nombre d'originaux du document de transport négociable, lorsque plusieurs originaux sont émis.

3. Aux fins du présent article, l'expression "état et conditionnement apparents des marchandises" employée au paragraphe 2 a) du présent article désigne l'état et le conditionnement des marchandises établis à partir:

a) D'une inspection externe raisonnable des marchandises telles qu'elles sont emballées au moment où le chargeur les remet au transporteur ou à une partie exécutante; et

b) De toute inspection supplémentaire que le transporteur ou une partie exécutante réalise effectivement avant d'émettre le document de transport ou le document électronique concernant le transport.

---

l'article 1, paragraphe 16, ne servaient pas à constater la réception des marchandises par le transporteur, il était important d'indiquer clairement que, dans cet alinéa a), le document de transport devrait remplir la fonction de récépissé.

[116] Le paragraphe 1 du présent projet d'article figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 a été reformulé comme convenu par le Groupe de travail (A/CN.9/594, par. 225 à 233) et scindé pour former les paragraphes 1 et 2 à des fins de clarification, le paragraphe 1 traitant des informations fournies par le chargeur.

[117] Comme convenu par le Groupe de travail dans les paragraphes 18 et 28 du document A/CN.9/616.

Article 38. Identité du transporteur[118]

1. Si le transporteur est identifié par son nom dans les données du contrat, toute autre information figurant sur le document de transport ou le document électronique concernant le transport relative à l'identité du transporteur est sans effet si elle est incompatible avec cette identification[119].

[2. Variante A

Si les données du contrat n'identifient pas le transporteur, mais indiquent que les marchandises ont été chargées sur un navire désigné, le propriétaire inscrit du navire est présumé être le transporteur. Le propriétaire inscrit peut réfuter cette présomption s'il prouve que le navire était l'objet, au moment du transport, d'un affrètement coque nue qui transfère la responsabilité contractuelle du transport des marchandises à un affréteur coque nue identifié. [Si le propriétaire inscrit réfute la présomption selon laquelle il est le transporteur en vertu du présent article, l'affréteur coque nue au moment du transport est présumé être le transporteur de la même manière que le propriétaire inscrit était présumé être le transporteur.][120]]

Variante B

Si aucune personne n'est identifiée dans les données du contrat comme étant le transporteur conformément aux exigences de l'article 37, paragraphe 2 b), mais les données du contrat indiquent que les marchandises ont été chargées sur un navire désigné, le propriétaire inscrit du navire est présumé être le transporteur, à moins qu'il ne prouve que le navire faisait l'objet d'un affrètement coque nue au moment du transport, qu'il n'identifie l'affréteur coque nue et n'en indique l'adresse, auquel cas ledit affréteur est présumé être le transporteur. Le propriétaire inscrit peut aussi réfuter la présomption selon laquelle il est le transporteur en identifiant le transporteur et en indiquant l'adresse de ce dernier. L'affréteur coque nue peut réfuter toute présomption selon laquelle il est le transporteur de la même manière[121].]

3. Aucune disposition du paragraphe 2 du présent article n'empêche l'ayant droit de prouver qu'une personne autre que le propriétaire inscrit est le transporteur[122].

---

[118] Ce nouveau projet d'article inséré ici permet de regrouper les différentes dispositions sur l'identité du transporteur en une seule et même disposition identifiable. Le premier paragraphe correspond au texte du paragraphe 4 dans le document A/CN.9/WG.III/WP.79, la variante A du deuxième paragraphe à l'ancien paragraphe 3 du projet d'article 40 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 et la variante B au paragraphe 5 du document A/CN.9/WG.III/WP.79.

[119] Ce texte est une version modifiée du libellé proposé au paragraphe 4 du document A/CN.9/WG.III/WP.79, que le Groupe de travail, au paragraphe 28 du document A/CN.9/616, est convenu d'inclure dans le projet de convention. Les modifications ont été apportées de sorte que le principe convenu par le Groupe de travail puisse s'appliquer avec les mêmes résultats dans le cas des documents de transport et des documents électroniques concernant le transport.

[120] La variante A correspond au texte du paragraphe 3 de l'ancien projet d'article 40 tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56.

[121] La variante B se fonde sur le texte proposé au paragraphe 5 du document A/CN.9/WG.III/WP.79.

[122] Le Groupe de travail pourrait envisager d'insérer une disposition de ce type pour que les parties ayant un droit sur les marchandises restent libres de se retourner contre le transporteur qu'elles croient responsable de la perte ou du dommage, comme il l'a approuvé aux paragraphes 23 et 28

Article 39. Signature

1. Un document de transport est signé par le transporteur ou par une personne agissant en son nom[123].

2. Un document électronique concernant le transport comporte la signature électronique du transporteur ou d'une personne agissant en son nom[124]. Cette signature électronique identifie le signataire dans le cadre du document électronique et indique que le transporteur autorise ce document.

Article 40. Lacunes dans les données du contrat

1. Le défaut d'une ou de plusieurs des données du contrat visées à l'article 37, paragraphe 1 ou 2, ou l'inexactitude d'une ou de plusieurs de ces données, n'a pas en soi d'incidence sur la nature juridique ou la validité du document de transport ou du document électronique concernant le transport.

2. Si les données du contrat comprennent la date, mais n'en indiquent pas la signification, la date est réputée[125] être:

a) La date à laquelle toutes les marchandises mentionnées dans le document de transport ou le document électronique concernant le transport ont été chargées sur le navire[126], si les données du contrat indiquent que les marchandises ont été chargées sur un navire; ou

b) La date à laquelle le transporteur ou une partie exécutante a reçu les marchandises[127], si les données du contrat n'indiquent pas que les marchandises ont été chargées sur un navire.

3. Si les données du contrat n'indiquent pas l'état et le conditionnement apparents des marchandises au moment où le transporteur ou une partie exécutante les reçoit de l'expéditeur, elles sont réputées avoir indiqué[128] que l'état et le conditionnement apparents des marchandises étaient bons au moment où l'expéditeur les a remises au transporteur ou à une partie exécutante[129].

---

du document A/CN.9/616.

[123] Bien que le Groupe de travail soit convenu aux paragraphes 12 et 13 du document A/CN.9/616 de remplacer les formules du type "par le transporteur ou en son nom" ou "par le transporteur ou pour son compte" par l'expression "par le transporteur ou par une personne ayant reçu pouvoir de ce dernier", il voudra peut-être examiner si le texte suggéré permet plus efficacement de laisser les questions de représentation et de pouvoirs à la loi applicable. Le texte suggéré est le même que celui qui figure à l'article 15-1 j) des Règles de Hambourg.

[124] Ibid.

[125] Le mot "considérée" a été remplacé par "réputée", afin que le texte crée une présomption irréfragable, comme convenu par le Groupe de travail aux paragraphes 16 et 28 du document A/CN.9/616.

[126] Il est proposé d'inverser l'ordre des deux membres de phrase par rapport à la version antérieure pour rendre l'alinéa plus clair.

[127] Ibid.

[128] Bien que le paragraphe 3 ait été approuvé sur le fond (voir par. 26 du document A/CN.9/616), le texte a été clarifié pour tenir compte des changements apportés au projet d'article 42 et de l'approche suivie à l'article 16-2 des Règles de Hambourg.

[129] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faudrait mentionner dans cet article le nombre de connaissements originaux devant être indiqué dans les données du contrat conformément au projet d'article 37-2 d).

Article 41. Réserves concernant la description des marchandises dans les données du contrat[130]

1. Le transporteur peut apporter des réserves aux informations mentionnées à l'article 37, paragraphe 1 a), b), c) ou d), dans les cas et de la manière décrits dans le présent article pour indiquer qu'il ne répond pas de l'exactitude des informations fournies par le chargeur, et le fait si:

a) Il sait effectivement que l'une quelconque des mentions essentielles figurant dans le document de transport ou dans le document électronique concernant le transport présente un caractère erroné ou trompeur déterminant; ou

b) Il a des raisons de penser que l'une des mentions essentielles figurant dans le document de transport ou dans le document électronique concernant le transport est fausse ou trompeuse[131].

2. Lorsque les marchandises ne sont pas remises pour être transportées au transporteur ou à une partie exécutante dans un conteneur fermé, le transporteur peut apporter des réserves aux informations mentionnées à l'article 37, paragraphe 1 a), b), c) ou d), si:

a) Il n'avait pas de moyen matériellement applicable ou commercialement[132] raisonnable de vérifier les informations fournies par le chargeur, auquel cas il peut indiquer les informations qu'il n'a pas pu vérifier; ou

b) Il a des raisons de considérer que les informations fournies par le chargeur sont inexactes, auquel cas il peut inclure une clause indiquant ce qu'il considère raisonnablement comme des informations exactes.

3. Lorsque les marchandises sont remises pour être transportées au transporteur ou à une partie exécutante dans un conteneur fermé, le transporteur peut inclure dans les données du contrat une réserve concernant:

a) les informations mentionnées à l'article 37, paragraphe 1 a), b) ou c) si:

i) Ni lui, ni une partie exécutante n'ont inspecté en fait les marchandises se trouvant à l'intérieur du conteneur; ou

ii) Ni lui, ni une partie exécutante n'ont, d'une autre manière, effectivement connaissance de son contenu avant l'émission du document de transport ou du document électronique concernant le transport;

---

[130] Le projet d'article a été révisé, ce qui a permis d'en simplifier et mieux aligner la structure et de tenir compte des questions soulevées aux paragraphes 36 à 39 du document A/CN.9/WG.III/WP.62 et des délibérations du Groupe de travail à sa dix-huitième session (A/CN.9/616, par. 29 à 39).

[131] Comme convenu par le Groupe de travail (par. 35 à 37, 39, 41, 43 et 44 du document A/CN.9/616).

[132] Les mots "peut montrer qu'il" ont été supprimés ici, ainsi que dans le projet de paragraphe 4 a) et b), comme en a décidé le Groupe de travail (par. 38 du document A/CN.9/616). Les mots "matériellement applicable ou commercialement" ont été insérés ici, ce qui permet de supprimer l'alinéa a) de l'ancien projet d'article 42, qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, comme convenu par le Groupe de travail (par. 43 et 44 du document A/CN.9/616).

b) Les informations mentionnées à l'article 37, paragraphe 1 d) si:

i) Ni lui ni une partie exécutante n'ont pesé le conteneur et si le chargeur et le transporteur ne sont pas convenus avant l'expédition de le peser et de mentionner le poids dans les données du contrat; ou

ii) Il n'y a pas de moyen matériellement applicable ou commercialement[133] raisonnable de vérifier le poids du conteneur.

Article 42. Force probante des données du contrat[134]

Sauf lorsque des réserves ont été apportées aux données du contrat dans les cas et de la manière décrits à l'article 41[135]:

a) Un document de transport ou un document électronique concernant le transport qui constate la réception des marchandises fait foi, sauf preuve contraire, de la réception par le transporteur des marchandises indiquées dans les données du contrat[136];

b) La preuve contraire par le transporteur en ce qui concerne l'une quelconque des données du contrat n'est pas admise lorsque ces données figurent dans:

i) Un document de transport négociable ou un document électronique négociable concernant le transport qui est transféré à un tiers agissant de bonne foi; ou

ii) Un document de transport non négociable ou un document électronique non négociable concernant le transport indiquant qu'il doit être remis pour l'obtention de la livraison des marchandises et qui est transféré au destinataire agissant de bonne foi[137].

c) La preuve contraire par le transporteur n'est pas admise à l'encontre d'un destinataire agissant de bonne foi en ce qui concerne les données du contrat mentionnées à l'article 37, paragraphe 2 a), figurant dans un document de transport non négociable ou un document électronique non négociable concernant le transport, lorsque ces données sont fournies par le transporteur. Aux fins du présent alinéa, les informations mentionnées à l'article 37, paragraphe 2 a), ainsi que le nombre, le type et le numéro d'identification des conteneurs, mais non les numéros

---

[133] Les mots "matériellement applicable ou commercialement" ont été insérés ici, ce qui permet de supprimer l'alinéa a) de l'ancien projet d'article 42, qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, comme convenu par le Groupe de travail (par. 43 et 44 du document A/CN.9/616).

[134] Texte tel qu'il figurait au paragraphe 58 du document A/CN.9/616 et auquel des modifications de forme ont été apportées.

[135] Le chapeau est repris de l'ancien projet d'article 44, qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 et qui a été supprimé.

[136] Le Groupe de travail notera peut-être que cet alinéa étend le champ d'application du principe par rapport à celui de l'article IV-5 f) des Règles de La Haye-Visby.

[137] Cet alinéa a été révisé, ce qui a permis d'éviter la notion complexe de "preuve péremptoire" (conclusive evidence), en utilisant la structure de l'article 16-3 b) des Règles de Hambourg, lequel a toutefois été élargi aux documents de transport et documents électroniques concernant le transport non négociables.

d'identification des scellés apposés sur les conteneurs, sont réputés être des informations fournies par le transporteur[138].

Article 43. "Fret payé d'avance"[139]

Si les données du contrat[140] contiennent la mention "fret payé d'avance" ou une mention similaire, le transporteur ne peut pas affirmer à l'encontre du porteur ou du destinataire que le fret n'a pas été payé[141]. Le présent article ne s'applique pas si le porteur ou le destinataire est également le chargeur.

CHAPITRE 10. LIVRAISON DES MARCHANDISES

Article 44. Obligation de prendre livraison

Lorsque les marchandises sont parvenues à leur destination, le destinataire [qui exerce l'un quelconque de ses droits en vertu du] [qui s'est activement impliqué dans le] contrat de transport[142] prend livraison des marchandises au moment et au lieu mentionnés à l'article 11, paragraphe 2.

Article 45. Obligation d'accuser réception

À la demande du transporteur ou de la partie exécutante qui livre les marchandises, le destinataire accuse réception[143] des marchandises livrées par le transporteur ou la partie exécutante de la manière qui est coutumière au lieu de livraison. Le transporteur peut refuser de livrer les marchandises si le destinataire refuse d'en accuser réception.

Article 46. Livraison lorsque aucun document de transport négociable ou document électronique négociable concernant le transport n'est émis [144]

Lorsque aucun document de transport négociable ou document électronique négociable concernant le transport n'a été émis:

a) Le transporteur livre les marchandises au destinataire au moment et au lieu mentionnés à l'article 11, paragraphe 2. Il peut refuser de livrer les

---

[138] Les éclaircissements apportés à l'alinéa c), par rapport à la version du texte qui figurait au paragraphe 58 du document A/CN.9/616, ont été convenus par le Groupe de travail au paragraphe 59 du même document.

[139] Ancien projet d'article 44-1 dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32, conservé comme convenu (voir par. 162 à 164 du document A/CN.9/552), en tant que projet d'article 43.

[140] Les mots "figurant dans un document de transport négociable ou un document électronique négociable concernant le transport" ont été supprimés afin que la disposition ne fasse aucune distinction entre les documents négociables et non négociables, comme convenu par le Groupe de travail (par. 81 et 82 du document A/CN.9/616).

[141] Comme convenu par le Groupe de travail (par. 80 du document A/CN.9/616), le texte proposé au paragraphe 59 du document A/CN.9/WG.III/WP.62 a été inséré ici.

[142] Comme indiqué dans la note 160 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, on a dit préférer que l'obligation de prendre livraison ne soit subordonnée à l'exercice d'aucun droit par le destinataire mais soit au contraire inconditionnelle.

[143] Il a été jugé préférable de supprimer les mots "confirme la livraison" et de les remplacer par "accuse réception", car le destinataire pourrait confirmer ses propres actes mais non le fait que le transporteur s'est acquitté de son obligation.

[144] Libellé révisé comme convenu par le Groupe de travail (A/CN.9/591, par. 226 et 230), l'ordre des alinéas a) et b) ayant toutefois été inversé par rapport à celui du document A/CN.9/WG.III/WP.56.

marchandises si la personne qui déclare être le destinataire ne s'identifie pas dûment comme étant le destinataire à la demande du transporteur.

b) Si le nom et l'adresse du destinataire ne sont pas mentionnés dans les données du contrat, la partie contrôlante les indique au transporteur avant ou lors de l'arrivée des marchandises au lieu de destination.

c) Si le nom ou l'adresse du destinataire n'est pas connu du transporteur ou si le destinataire, après avoir été avisé de leur arrivée, ne demande pas livraison des marchandises au transporteur après que celles-ci sont parvenues au lieu de destination, le transporteur en avise la partie contrôlante ou, si, après un effort raisonnable, il n'est pas en mesure de localiser la partie contrôlante, le chargeur. Dans ce cas, la partie contrôlante ou le chargeur donne des instructions concernant la livraison des marchandises. Si le transporteur n'est pas en mesure, après un effort raisonnable, de localiser la partie contrôlante ou le chargeur, le chargeur documentaire est réputé être le chargeur aux fins du présent alinéa.

d) Le transporteur qui livre les marchandises sur instruction de la partie contrôlante ou du chargeur conformément à l'alinéa c) du présent article est libéré de son obligation de livrer les marchandises en vertu du contrat de transport.[145]

[*Article 47. Livraison en cas d'émission d'un document de transport non négociable devant être remis*[146]

En cas d'émission d'un document de transport non négociable [disposant] [indiquant] [précisant] qu'il doit être remis pour l'obtention de la livraison des marchandises:

a) Le transporteur livre les marchandises au moment et au lieu mentionnés à l'article 11, paragraphe 2, au destinataire à condition que ce dernier s'identifie dûment à sa demande et contre remise du document non négociable. Il peut refuser de livrer les marchandises si la personne qui déclare être le destinataire ne s'identifie pas dûment à sa demande et refuse de les livrer si le document non négociable n'est pas remis. Si plusieurs originaux du document non négociable ont été émis, la remise d'un original suffit et les autres originaux cessent d'être valables ou de produire effet.

b) Si le destinataire ne demande pas livraison des marchandises au transporteur après que celles-ci sont parvenues au lieu de destination ou si le transporteur refuse de livrer les marchandises au motif que la personne déclarant être le destinataire ne s'identifie pas dûment comme étant le destinataire ou ne remet pas le document, le transporteur en avise le chargeur. Dans ce cas, le chargeur donne des instructions concernant la livraison des marchandises. Si le transporteur n'est pas en mesure, après un effort raisonnable, de localiser le chargeur, le chargeur documentaire est réputé être le chargeur aux fins du présent alinéa.

---

[145] L'alinéa d) de ce projet d'article correspond à la dernière phrase de l'ancien alinéa c) mais a été placé dans un alinéa distinct pour faire pendant à l'alinéa analogue figurant dans le projet d'article 49.

[146] Libellé fondé sur le nouveau projet d'article 48 *bis* tel que proposé au paragraphe 15 du document A/CN.9/WG.III/WP.68, avec quelques petites modifications de forme, que le Groupe de travail est convenu d'insérer dans le projet de convention (A/CN.9/594, par. 208 à 215).

c) Le transporteur qui livre les marchandises sur instruction du chargeur conformément à l'alinéa b) du présent article est libéré de son obligation de livrer les marchandises en vertu du contrat de transport, que le document de transport non négociable lui ait été remis ou non[147].]

[*Article 48. Livraison en cas d'émission d'un document électronique non négociable concernant le transport devant être remis*[148]

En cas d'émission d'un document électronique non négociable concernant le transport [disposant] [indiquant] [précisant] qu'il doit être remis pour l'obtention de la livraison des marchandises:

a) Le transporteur livre les marchandises au moment et au lieu mentionnés à l'article 11, paragraphe 2, à la personne qui est désignée comme destinataire dans le document électronique et qui a le contrôle exclusif de ce document. À la livraison, le document électronique cesse d'être valable ou de produire effet. Le transporteur peut refuser de livrer les marchandises si la personne qui déclare être le destinataire ne s'identifie pas dûment comme étant le destinataire à sa demande et refuse de les livrer si cette personne n'est pas en mesure de démontrer conformément aux procédures visées à l'article 9 qu'elle a le contrôle exclusif du document.

b) Si le destinataire ne demande pas livraison des marchandises au transporteur après que celles-ci sont parvenues au lieu de destination ou si le transporteur refuse de livrer les marchandises conformément à l'alinéa a) du présent article, le transporteur en avise le chargeur. Dans ce cas, le chargeur donne des instructions concernant la livraison des marchandises. Si le transporteur n'est pas en mesure, après un effort raisonnable, de localiser le chargeur, le chargeur documentaire est réputé être le chargeur aux fins du présent alinéa.

c) Le transporteur qui livre les marchandises sur instruction du chargeur conformément à l'alinéa b) du présent article est libéré de son obligation de livrer les marchandises en vertu du contrat de transport, que la personne à laquelle les marchandises sont livrées soit en mesure ou non de démontrer, conformément aux procédures visées à l'article 9, qu'elle a le contrôle exclusif du document[149].]

---

[147] L'alinéa c) de ce projet d'article correspond à la dernière phrase de l'ancien alinéa b) figurant au paragraphe 15 du document A/CN.9/WG.III/WP.68, mais il a été placé dans un alinéa distinct pour faire pendant à l'alinéa analogue figurant dans le projet d'article 49.

[148] Libellé fondé sur le nouveau projet d'article 48 *ter* tel que proposé au paragraphe 16 du document A/CN.9/WG.III/WP.68, avec quelques petites modifications de forme, que le Groupe de travail est convenu d'insérer dans le projet de convention (A/CN.9/594, par. 208 à 215).

[149] L'alinéa c) de ce projet d'article correspond à la dernière phrase de l'ancien alinéa b) figurant au paragraphe 16 du document A/CN.9/WG.III/WP.68, mais il a été placé dans un alinéa distinct pour faire pendant à l'alinéa analogue figurant dans le projet d'article 49.

Article 49. Livraison en cas d'émission d'un document de transport négociable ou d'un document électronique négociable concernant le transport[150]

En cas d'émission d'un document de transport négociable ou d'un document électronique négociable concernant le transport:

a) Sans préjudice de l'article 44, le porteur du document de transport négociable ou du document électronique négociable concernant le transport est en droit de demander livraison des marchandises au transporteur après que celles-ci sont parvenues au lieu de destination, auquel cas le transporteur livre les marchandises au moment et au lieu mentionnés à l'article 11, paragraphe 2, au porteur, selon le cas:

i) Contre remise du document de transport négociable et, si le porteur est l'une des personnes mentionnées à l'article 1, alinéa 12 a) i), à condition de s'identifier dûment; ou

ii) À condition que, conformément aux procédures visées à l'article 9, paragraphe 1 c), il démontre sa qualité de porteur du document électronique négociable concernant le transport.

b) Le transporteur refuse de livrer les marchandises si les conditions de l'alinéa a) i) ou ii) ne sont pas remplies.

c) Si plusieurs originaux du document de transport négociable ont été émis, la remise d'un original suffit et les autres originaux cessent d'être valables ou de produire effet. Lorsqu'un document électronique négociable concernant le transport a été utilisé, il cesse d'être valable ou de produire effet au moment de la livraison au porteur conformément aux procédures visées à l'article 9, paragraphe 1 d).

d) Si le porteur ne demande pas livraison des marchandises au transporteur après que celles-ci sont parvenues au lieu de destination, le transporteur en avise la partie contrôlante ou, si, après un effort raisonnable, il n'est pas en mesure de localiser la partie contrôlante, le chargeur. Dans ce cas, la partie contrôlante ou le chargeur donne au transporteur des instructions concernant la livraison des marchandises. Si le transporteur n'est pas en mesure, après un effort raisonnable, de localiser la partie contrôlante ou le chargeur, le chargeur documentaire est réputé être le chargeur aux fins du présent alinéa.

e) Le transporteur qui livre les marchandises sur instruction de la partie contrôlante ou du chargeur conformément à l'alinéa d) du présent article est libéré de son obligation de livrer les marchandises en vertu du contrat de transport au porteur, que le document de transport négociable lui ait été remis ou non, ou que la personne demandant livraison en vertu d'un document électronique négociable concernant le transport ait démontré ou non, conformément aux procédures visées à l'article 9, sa qualité de porteur.

---

[150] Texte révisé comme convenu par le Groupe de travail (A/CN.9/591, par. 231 à 239, et A/CN.9/595, par. 80 à 89). Pour améliorer la rédaction et éviter ainsi les redondances, les anciens sous-alinéas i) et ii) de l'alinéa a) figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 ont été fusionnés pour former les alinéas a) et b) de l'article.

f) Une personne qui devient le porteur du document de transport négociable ou du document électronique négociable concernant le transport après que le transporteur a livré les marchandises conformément à l'alinéa e) du présent article, mais en vertu d'un arrangement contractuel ou d'une autre nature conclu avant cette livraison, acquiert des droits opposables au transporteur en vertu du contrat de transport, autres que le droit de demander la livraison des marchandises.

g) Nonobstant les alinéas e) et f) du présent article, le porteur qui n'avait pas ou n'aurait pas pu raisonnablement avoir connaissance de cette livraison au moment où il est devenu porteur acquiert les droits incorporés dans le document de transport négociable ou dans le document électronique négociable concernant le transport.

Article 50. Marchandises restant non livrées

1. Sauf convention contraire et sans préjudice des autres droits dont le transporteur peut se prévaloir contre le chargeur, la partie contrôlante ou le destinataire[151], si les marchandises sont restées non livrées, le transporteur peut, aux risques et à la charge de la personne ayant droit aux marchandises, prendre vis-à-vis de ces dernières les mesures que les circonstances peuvent raisonnablement exiger, y compris[152]:

a) Les stocker en tout lieu approprié;

b) Les dépoter si elles sont empotées dans des conteneurs, ou prendre d'autres mesures, notamment en les déplaçant ou en les faisant détruire; et

c) Les faire vendre conformément aux pratiques, à la loi ou à la réglementation du lieu où elles se trouvent alors.

2. Aux fins du présent article, les marchandises sont réputées non susceptibles d'être livrées si, après que celles-ci sont parvenues au lieu de destination[153]:

a) Le destinataire n'en prend pas livraison conformément au présent chapitre au moment et au lieu mentionnés à l'article 11, paragraphe 2;

b) La partie contrôlante ou le chargeur ne peuvent être trouvés ou ne donnent pas au transporteur des instructions adéquates conformément aux articles 46, 47, 48 et 49;

c) Le transporteur est en droit ou est tenu de refuser de livrer les marchandises conformément aux articles 46, 47, 48 et 49[154];

---

[151] L'ancien projet d'article 50 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 a été supprimé et son contenu inséré ici dans le projet d'article 50 compte tenu des délibérations du Groupe de travail à sa dix-septième session (A/CN.9/594, par. 90 à 93). Voir aussi le paragraphe 2 b) du présent article.

[152] Le paragraphe 1 est une version légèrement modifiée de l'ancien projet d'article 51-2 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, le chapeau ayant été révisé conformément aux délibérations du Groupe de travail (A/CN.9/594, par. 97 à 99).

[153] Le paragraphe 2 est une version légèrement modifiée de l'ancien projet d'article 51-1 a) figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, le chapeau ayant été révisé conformément aux délibérations du Groupe de travail (A/CN.9/594, par. 96 et 99).

[154] Le Groupe de travail souhaitera peut-être envisager l'ajout de cet alinéa c) pour tenir compte des

d) Le transporteur n'est pas autorisé à livrer les marchandises au destinataire par la loi ou la réglementation du lieu où est demandée la livraison; ou

e) Les marchandises sont non susceptibles d'être livrées par le transporteur pour une autre raison.

3. Le transporteur ne peut exercer ces droits qu'après avoir avisé suffisamment à l'avance de l'arrivée des marchandises au lieu de destination la personne indiquée dans les données du contrat comme étant la personne éventuelle à aviser de cette arrivée, et l'une des personnes suivantes, dans l'ordre indiqué, si elles sont connues du transporteur: le destinataire, la partie contrôlante ou le chargeur[155].

4. Si les marchandises sont vendues conformément au paragraphe 1 c) du présent article, le transporteur conserve le produit de la vente au profit de la personne ayant droit aux marchandises, sous réserve de déduire toute dépense qu'il a exposée et tout autre montant qui lui est dû en rapport avec le transport de ces marchandises[156].

5. Le transporteur ne répond pas de la perte ou du dommage subi par des marchandises qui restent non livrées conformément au présent article, à moins que l'ayant droit ne prouve que cette perte ou ce dommage résulte du fait que le transporteur n'a pas pris les mesures qui auraient été raisonnables en l'espèce pour préserver les marchandises et que le transporteur savait ou aurait dû savoir que la perte ou le dommage résulterait du fait qu'il n'avait pas pris de telles mesures[157].

Article 51. Rétention des marchandises[158]

Aucune disposition de la présente Convention ne porte atteinte au droit du transporteur ou d'une partie exécutante pouvant exister en vertu du contrat de transport ou de la loi applicable de retenir les marchandises en garantie de sa créance.

---

cas où les marchandises restent non livrées parce que le transporteur est en droit ou est tenu de refuser de les livrer.

[155] Le paragraphe 3 correspond à l'ancien article 52 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, que le Groupe de travail souhaitait voir placé plus haut dans le texte (A/CN.9/594, par. 102 à 106) et qui a donc été inséré dans le projet d'article 50.

[156] Ce paragraphe correspond à l'ancien projet d'article 51-3 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, avec quelques petites modifications pour tenir compte des avis exprimés par le Groupe de travail (A/CN.9/594, par. 100 et 101).

[157] Ce projet de paragraphe combine la deuxième phrase de l'ancien projet d'article 46 et l'esprit de l'ancien projet d'article 53 (figurant tous deux dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56) tout en tenant compte des délibérations du Groupe de travail (A/CN.9/594, par. 107 à 113). Le secrétariat estime que le meilleur emplacement pour la disposition révisée serait dans ce projet d'article.

[158] Ce nouveau projet d'article est fondé sur le libellé figurant au paragraphe 14 du document A/CN.9/WG.III/WP.63 et reflète les délibérations du Groupe de travail (A/CN.9/594, par. 114 à 117).

CHAPITRE 11. DROITS DE LA PARTIE CONTRÔLANTE[159]

Article 52. Exercice et étendue du droit de contrôle[160]

1. Le droit de contrôle ne peut être exercé que par la partie contrôlante et se limite:

a) Au droit de donner ou de modifier des instructions concernant les marchandises sans qu'elles constituent une modification du contrat de transport;

b) Au droit d'obtenir la livraison des marchandises dans un port d'escale prévu ou, pour un transport intérieur, dans tout lieu en cours de route; et

c) Au droit de remplacer le destinataire par toute autre personne, y compris la partie contrôlante.

2. Le droit de contrôle existe pendant toute la durée de la responsabilité du transporteur prévue à l'article 11, paragraphe 1.

Article 53. Identité de la partie contrôlante et transfert du droit de contrôle

1. Lorsque aucun document de transport négociable ou document électronique négociable concernant le transport n'est émis[161]:

a) Le chargeur est la partie contrôlante à moins que, au moment de la conclusion du contrat de transport, il ne désigne le destinataire, le chargeur documentaire ou une autre personne comme partie contrôlante;

b) La partie contrôlante peut transférer le droit de contrôle à une autre personne. Ce transfert prend effet à l'égard du transporteur dès que ce dernier en est avisé par l'auteur du transfert, et le bénéficiaire du transfert devient la partie contrôlante;

c) La partie contrôlante produit une pièce d'identité appropriée lorsqu'elle exerce le droit de contrôle.

2. En cas d'émission d'un document de transport non négociable ou d'un document électronique non négociable concernant le transport [disposant] [indiquant] [précisant] qu'il doit être remis pour l'obtention de la livraison des marchandises:

a) Le chargeur est la partie contrôlante et peut transférer le droit de contrôle au destinataire désigné dans le document, en transférant le document de transport à cette personne, sans endossement, ou en lui transférant le document électronique concernant le transport conformément aux procédures visées à l'article 9. Si plusieurs originaux du document de transport ont été émis, tous les originaux sont transférés pour que le droit de contrôle soit transféré;

---

[159] Titre du chapitre modifié pour mieux refléter son contenu.

[160] Projet de texte révisé comme convenu par le Groupe de travail (A/CN.9/594, par. 10 à 16), des modifications de forme ayant été apportées suite à l'insertion de la définition de la "partie contrôlante" dans le projet d'article 1, alinéa 15.

[161] Projet de texte révisé, comme convenu par le Groupe de travail (A/CN.9/594, par. 23 à 36 et 68 à 71). L'alinéa d) de l'ancien projet d'article 56-1 figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 a été déplacé pour former le paragraphe 5 du présent article.

b) Pour exercer son droit de contrôle, la partie contrôlante produit le document de transport et une pièce d'identité appropriée ou, dans le cas d'un document électronique concernant le transport, démontre conformément aux procédures visées à l'article 9 qu'elle a le contrôle exclusif de ce document. Si plusieurs originaux du document de transport ont été émis, tous les originaux sont présentés, faute de quoi le droit de contrôle ne peut être exercé.

3. En cas d'émission d'un document de transport négociable:

a) Le porteur ou, si plusieurs originaux du document sont émis, le porteur de tous les originaux est la partie contrôlante;

b) Le porteur peut transférer le droit de contrôle en transférant le document à une autre personne conformément à l'article 59. Si plusieurs originaux de ce document ont été émis, tous les originaux sont transférés pour que le droit de contrôle soit transféré;

c) Pour exercer le droit de contrôle, le porteur présente le document au transporteur et, si le porteur est l'une des personnes mentionnées à l'article 1, alinéa 12 a) i), il produit une pièce d'identité appropriée. Si plusieurs originaux du document ont été émis, tous les originaux sont présentés, faute de quoi le droit de contrôle ne peut être exercé[162].

4. En cas d'émission d'un document électronique négociable concernant le transport:

a) Le porteur est la partie contrôlante;

b) Le porteur peut transférer le droit de contrôle à une autre personne en transférant le document conformément aux procédures visées à l'article 9;

c) Pour exercer le droit de contrôle, le porteur démontre, conformément aux procédures visées à l'article 9, sa qualité de porteur[163].

5. Le droit de contrôle s'éteint lorsque les marchandises sont arrivées à destination et ont été livrées conformément à la présente Convention[164].

[6. Nonobstant l'article 61, une personne autre que le chargeur ou le chargeur documentaire, qui a transféré le droit de contrôle sans avoir exercé ce droit est, lors de ce transfert, exonérée des responsabilités imposées à la partie contrôlante par le contrat de transport ou par la présente Convention[165].]

---

[162] Projet de texte révisé, comme convenu par le Groupe de travail (A/CN.9/594, par. 37 à 40).

[163] Projet de texte révisé, comme convenu par le Groupe de travail (A/CN.9/594, par. 41).

[164] Projet de texte révisé, comme convenu par le Groupe de travail (A/CN.9/594, par. 23 à 36 et 68 à 71). Ce paragraphe, ancien l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 56 tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, a été inséré ici à des fins de clarification.

[165] Projet de texte révisé, comme convenu par le Groupe de travail (A/CN.9/594, par. 42 à 45). Le Groupe de travail est convenu que ce paragraphe devrait être mis entre crochets en attendant sa modification ou sa suppression éventuelle après examen plus approfondi des questions soulevées et du texte du projet d'article 60-1.

Article 54. Exécution des instructions par le transporteur

1. Sous réserve des paragraphes 2 et 3 du présent article, le transporteur exécute les instructions mentionnées à l'article 52 si[166]:

a) La personne donnant ces instructions est fondée à exercer le droit de contrôle;

b) Les instructions peuvent raisonnablement être exécutées selon leurs termes au moment où elles parviennent au transporteur; et

c) Les instructions ne gêneront pas les activités normales du transporteur, y compris ses pratiques de livraison.

2. Dans tous les cas, la partie contrôlante rembourse au transporteur toute dépense additionnelle qu'il pourrait exposer et l'indemnise de tout préjudice ou tout dommage qu'il pourrait subir du fait de l'exécution d'une instruction quelconque en vertu du présent article, y compris des réparations qu'il pourrait être tenu de verser pour la perte ou le dommage [ou le retard de livraison] subi par d'autres marchandises transportées[167].

3. Le transporteur est en droit d'obtenir de la partie contrôlante une garantie correspondant au montant de la dépense additionnelle, du préjudice ou du dommage auquel il s'attend raisonnablement du fait de l'exécution d'une instruction en vertu du présent article. Le transporteur peut refuser d'exécuter les instructions si une telle garantie n'est pas fournie.

4. La responsabilité du transporteur pour la perte ou le dommage [ou le retard de livraison] subi par les marchandises du fait qu'il n'a pas exécuté les instructions de la partie contrôlante en manquement à l'obligation qui lui incombe en vertu du paragraphe 1 du présent article est soumise aux articles 17 à 23 et la réparation due par le transporteur est soumise aux articles 62 à 64[168].

Article 55. Marchandises réputées livrées

Les marchandises livrées suivant une instruction donnée conformément à l'article 52, paragraphe 1 b), sont réputées livrées au lieu de destination et les dispositions du chapitre 10 relatives à cette livraison leur sont applicables.

Article 56. Modifications du contrat de transport[169]

1. La partie contrôlante est la seule personne pouvant convenir avec le transporteur de modifications du contrat de transport autres que celles visées à l'article 52, paragraphe 1 b) et c).

2. Les modifications du contrat de transport, y compris celles visées à l'article 52, paragraphe 1 b) et c), sont mentionnées sur un document de transport

---

[166] Projet de texte révisé, comme convenu par le Groupe de travail (A/CN.9/594, par. 46 à 49).

[167] Projet de texte révisé, comme convenu par le Groupe de travail (A/CN.9/594, par. 50 et 51).

[168] Nouvelle disposition qui remplace l'ancien paragraphe 4 de l'article 57, qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, comme l'a demandé le Groupe de travail (A/CN.9/594, par. 55 à 58).

[169] Ancien projet d'article 55 figurant initialement plus haut dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 et déplacé pour être inséré ici. Projet de disposition révisé comme convenu par le Groupe de travail (A/CN.9/594, par. 17 à 22).

négociable ou incorporées dans un document électronique négociable concernant le transport ou, au choix de la partie contrôlante, sont mentionnées sur un document de transport non négociable ou incorporées dans un document électronique non négociable concernant le transport[170]. Les modifications ainsi mentionnées ou incorporées sont signées conformément à l'article 39.

3. Les modifications apportées conformément au présent article n'ont pas d'incidence sur les droits et obligations des parties avant la date à laquelle elles sont signées conformément à l'article 39.

Article 57. Fourniture d'informations, d'instructions ou de documents supplémentaires au transporteur

Si, pendant la période où les marchandises sont sous sa garde, le transporteur ou une partie exécutante a raisonnablement besoin d'informations, d'instructions ou de documents en sus de ceux visés à l'article 29, paragraphe 1 a), la partie contrôlante, à la demande de l'un ou l'autre, fournit ces informations, instructions ou documents si elle est en mesure de le faire. Si le transporteur, après un effort raisonnable, n'est pas en mesure de localiser la partie contrôlante ou si la partie contrôlante n'est pas en mesure de lui fournir des informations, instructions ou documents adéquats, le chargeur ou le chargeur documentaire le fait[171].

Article 58. Dérogation conventionnelle

Les parties au contrat de transport peuvent déroger aux articles 52, paragraphe 1 b) et c), 53, paragraphe 5, et 54. Elles peuvent aussi restreindre ou exclure la possibilité de transférer le droit de contrôle visée à l'article 53, paragraphe 1 b)[172].

[CHAPITRE 12. TRANSFERT DE DROITS[173]

Article 59. Cas où un document de transport négociable ou un document électronique négociable concernant le transport est émis

1. Lorsqu'un document de transport négociable est émis, le porteur peut transférer les droits incorporés dans ce document en le transférant à une autre personne:

---

[170] Le document de transport non négociable et le document électronique non négociable concernant le transport qui doivent être remis en vertu des projets d'articles 47 et 48 devraient être inclus ici si le Groupe de travail décidait qu'ils constituent une présomption irréfragable.

[171] Le Groupe de travail, au paragraphe 63 du document A/CN.9/594, a estimé qu'une distinction pourrait être faite selon que la partie contrôlante avait été active ou passive. Le secrétariat pense toutefois que cette distinction serait peut-être inutile du fait que la partie contrôlante devrait toujours être consciente de sa qualité de partie contrôlante et que le texte actuel indique les autres parties pouvant être contactées pour des informations supplémentaires si la partie contrôlante n'est pas identifiée ou trouvée.

[172] Le secrétariat propose la suppression de la dernière phrase ci-après jugée redondante: "Si un document de transport négociable ou un document électronique négociable concernant le transport est émis, toute convention mentionnée au présent article est indiquée ou incorporée dans les données du contrat".

[173] Le texte initial du présent chapitre est tiré du document A/CN.9/WG.III/WP.32, pour lequel des améliorations de forme sont proposées. Le Groupe de travail n'a pas encore pris de décision finale concernant le présent chapitre, car il est convenu aux paragraphes 77 et 78 du document A/CN.9/594 de n'examiner le chapitre 12 sur le transfert de droits qu'à un stade ultérieur.

a) Dûment endossé au profit de cette autre personne ou en blanc, s'il s'agit d'un document à ordre; ou

b) Sans endossement, s'il s'agit d'un document au porteur ou d'un document endossé en blanc; ou

c) Sans endossement, s'il s'agit d'un document établi à l'ordre d'une personne désignée qui est transféré entre le premier porteur et la personne désignée[174].

2. Lorsqu'un document électronique négociable concernant le transport est émis, son porteur peut transférer les droits incorporés dans ce document, que celui-ci soit établi à ordre ou à l'ordre d'une personne désignée, en le transférant conformément aux procédures visées à l'article 9[175].

Article 60. Responsabilité du porteur

1. Sans préjudice de l'article 57, un porteur qui n'est pas le chargeur et qui n'exerce aucun droit en vertu du contrat de transport n'assume aucune responsabilité en vertu de ce contrat au seul motif qu'il a la qualité de porteur.

2. Un porteur qui n'est pas le chargeur et qui exerce un droit quelconque en vertu du contrat de transport assume [toutes les responsabilités qui lui incombent en vertu de ce contrat dans la mesure où ces responsabilités sont incorporées dans le document de transport négociable ou le document électronique négociable concernant le transport ou peuvent être déterminées à partir de ce document] [les responsabilités qui incombent à la partie contrôlante en vertu du chapitre 11 et celles qui incombent au chargeur pour le paiement du fret, du faux fret, des surestaries et des dommages-intérêts pour immobilisation dans la mesure où ces responsabilités sont incorporées dans le document de transport négociable ou le document électronique négociable concernant le transport[176].]

---

174 Comme indiqué dans la note 201 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, le Groupe de travail s'est fermement prononcé en faveur du maintien du texte du projet d'article 59-1 dans sa rédaction actuelle, afin de promouvoir l'harmonisation et de prendre en compte les documents électroniques négociables concernant le transport. La préoccupation exprimée au paragraphe 132 du document A/CN.9/526 en ce qui concerne les documents négociables nominatifs dans certains droits nationaux a été notée.

175 Comme indiqué dans la note 202 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, le Groupe de travail a examiné le paragraphe 2 à sa quinzième session en même temps que les autres dispositions du projet de convention relatives aux documents électroniques concernant le transport.

176 Comme indiqué dans la note 204 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, le Groupe de travail a prié le secrétariat d'établir une version révisée du paragraphe 2 en tenant dûment compte des opinions exprimées. Or, les vues présentées aux paragraphes 137 à 139 du document A/CN.9/526 n'étaient pas conciliables. Ceux qui étaient favorables à une modification du texte ont demandé que ce dernier précise les responsabilités que le porteur exerçant un droit quelconque au titre du contrat de transport assumerait en vertu dudit contrat et on a essayé de modifier le texte. À cet égard, il faudrait peut-être envisager un type particulier de responsabilité, à savoir la responsabilité en cas de perte, de dommage ou de préjudice causé par les marchandises (toutefois à l'exclusion, en tout état de cause, de la responsabilité pour manquement aux obligations qui incombent au chargeur en vertu du projet d'article 27).

3. Aux fins des paragraphes 1 et 2 du présent article [et de l'article 44][177], un porteur qui n'est pas le chargeur n'exerce aucun droit en vertu du contrat de transport au seul motif que:

a) Il convient avec le transporteur, en vertu de l'article 10, de remplacer un document de transport négociable par un document électronique négociable concernant le transport ou de remplacer un document électronique négociable concernant le transport par un document de transport négociable; ou

b) Il transfère ses droits en vertu de l'article 59.

Article 61[178]*. Cas où aucun document de transport négociable ou document électronique négociable concernant le transport n'est émis*

Lorsque aucun document de transport négociable ou document électronique négociable concernant le transport n'est émis:

a) Le transfert de droits conformément à un contrat est soumis à la loi applicable au contrat concernant le transfert;

b) Le transfert de droits par un mode autre que le contrat est soumis à la loi applicable à cet autre mode;

c) La transférabilité des droits est soumise à la loi applicable au contrat de transport; et

d) Quelle que soit la loi applicable conformément aux alinéas a) et b) du présent article,

i) Un transfert qui est normalement autorisé conformément à la loi applicable peut s'effectuer par des moyens électroniques,

ii) Un transfert est notifié au transporteur par son auteur ou, si la loi applicable l'autorise, par son bénéficiaire, et

iii) L'auteur et le bénéficiaire du transfert assument solidairement les responsabilités qui sont liées au droit transféré ou qui en découlent.]

CHAPITRE 13. LIMITES DE RESPONSABILITÉ

Article 62. Limites de responsabilité

1. Sous réserve des articles 63 et 64, paragraphe 1, la responsabilité du transporteur pour manquement aux obligations lui incombant en vertu de la présente Convention[179] est limitée à [...] unités de compte par colis ou autre unité de chargement, ou à [...] unités de compte par kilogramme de poids brut des

---

[177] L'insertion des mots entre crochets dépendra de la décision du Groupe de travail concernant le maintien ou non du texte entre crochets au projet d'article 44.

[178] Le projet d'article 61, précédemment 61 *bis*, a remplacé les projets d'articles 61 et 62 qui figuraient dans le document A/CN.9/WG.III/WP.32, comme le Groupe de travail en a convenu au paragraphe 213 du document A/CN.9/576, après avoir examiné les aspects de l'article 63 liés au commerce électronique, comme indiqué au paragraphe 12 du document A/CN.9/WG.III/WP.47, et après avoir étudié la possibilité de remplacer les anciens projets d'articles 61 et 62 par le projet d'article 61 aux paragraphes 212 et 213 du document A/CN.9/576.

[179] L'ajout du passage mentionnant le "manquement aux obligations incombant au transporteur" rend apparemment inutile la référence à la perte ou au dommage "[lié aux marchandises]".

marchandises objet de la réclamation ou du litige, la limite la plus élevée étant applicable, sauf lorsque la valeur[180] des marchandises a été déclarée par le chargeur et figure dans les données du contrat, ou lorsqu'un montant supérieur à la limite de responsabilité fixée dans le présent article a été convenu entre le transporteur et le chargeur.

Variante A du paragraphe 2[181]

[2. Nonobstant le paragraphe 1 du présent article, lorsque a) le transporteur n'est pas en mesure d'établir si les marchandises ont été perdues ou endommagées [ou si le retard de livraison a été causé][182] pendant le transport par mer ou pendant le transport qui l'a précédé ou suivi et b) des dispositions d'une convention internationale [ou d'une loi nationale] seraient applicables conformément à l'article 26 si la perte, le dommage [ou le retard] étaient survenus pendant le transport qui a précédé ou suivi le transport par mer, la responsabilité du transporteur pour cette perte, ce dommage [ou ce retard] est limitée conformément aux dispositions sur la limitation prévues dans une convention internationale [ou une loi nationale][183] qui se serait appliquée si le lieu du dommage avait été établi, ou conformément aux dispositions sur la limitation de la présente Convention, la limite de responsabilité la plus élevée étant retenue.]

Variante B du paragraphe 2

[2. Nonobstant le paragraphe 1 du présent article, lorsque le transporteur n'est pas en mesure d'établir si les marchandises ont été perdues ou endommagées [ou si le retard de livraison a été causé][184] pendant le transport par mer ou pendant le transport qui l'a précédé ou suivi, la limite de responsabilité la plus élevée prévue dans les dispositions impératives internationales [et nationales][185] applicables aux différentes parties du transport s'applique.]

3. Lorsque les marchandises sont transportées dans ou sur un conteneur, une palette ou un engin de transport similaire utilisé pour grouper des marchandises, les colis ou les unités de chargement énumérés dans les données du contrat comme ayant été placés dans ou sur cet engin de transport sont considérés comme des colis ou unités de chargement. En l'absence d'une telle énumération, les marchandises placées dans ou sur cet engin de transport sont considérées comme une unité de chargement.

4. L'unité de compte visée dans le présent article est le droit de tirage spécial tel qu'il est défini par le Fonds monétaire international. Les montants

---

[180] Suite à la décision du Groupe de travail (par. 172 et 174 du document A/CN.9/616), la référence à la "nature" des marchandises a été supprimée.

[181] Si le projet d'article 62-2 est conservé, son libellé devrait être modifié en fonction du texte final du projet d'article 26. La variante A vise à clarifier le texte de la variante B et non à modifier l'approche suggérée.

[182] Voir *infra*, note 184.

[183] Texte mis entre crochets pour faire pendant au texte de l'article 26-1, en attendant la décision du Groupe de travail.

[184] Le texte du projet de paragraphe 2 a été conservé entre crochets, et une référence au retard de livraison a été introduite entre crochets en vue de la poursuite du débat.

[185] Voir, *supra*, note 183.

mentionnés dans le présent article sont convertis dans la monnaie nationale d'un État suivant la valeur de cette monnaie à la date du jugement ou de la sentence ou à une date convenue par les parties. La valeur, en droits de tirage spéciaux, de la monnaie nationale d'un État contractant qui est membre du Fonds monétaire international est calculée selon la méthode d'évaluation appliquée par le Fonds monétaire international à la date en question pour ses propres opérations et transactions. La valeur, en droits de tirage spéciaux, de la monnaie nationale d'un État contractant qui n'est pas membre du Fonds monétaire international est calculée de la façon déterminée par cet État.

Article 63. Limites de responsabilité pour le préjudice causé par le retard[186]

Sous réserve de l'article 64, paragraphe 2, le montant de la réparation en cas de perte ou de dommage matériel subi par les marchandises en raison d'un retard est calculé conformément à l'article 22 et [, sauf convention contraire,] la responsabilité pour le préjudice économique résultant d'un retard est limitée à un montant équivalent à [une fois] le fret payable pour les marchandises ayant subi le retard. Le montant total payable en vertu du présent article et de l'article 62, paragraphe 1, ne peut pas dépasser la limite qui serait fixée conformément à l'article 62, paragraphe 1, pour la perte totale des marchandises concernées.

Article 64. Déchéance du droit de se prévaloir de la limitation de responsabilité

1. Ni le transporteur ni aucune des personnes mentionnées à l'article 18, paragraphe 1, ne peuvent se prévaloir de la limitation de responsabilité prévue à l'article 62[187], ou prévue dans le contrat de transport[188] si l'ayant droit prouve que le préjudice résultant du manquement aux obligations incombant au transporteur en vertu de la présente Convention était imputable à un acte ou à une omission personnels que celui qui revendique le droit de limiter sa responsabilité a commis soit dans l'intention de causer ce préjudice, soit témérairement et avec conscience que ce préjudice en résulterait probablement.

2. Ni le transporteur ni aucune des personnes mentionnées à l'article 18, paragraphe 1, ne peuvent se prévaloir de la limitation de responsabilité prévue à l'article 63, si l'ayant droit prouve que le retard de livraison résulte d'un acte ou d'une omission personnels que celui qui revendique le droit de limiter sa responsabilité a commis soit dans l'intention de provoquer le préjudice dû au retard, soit témérairement et avec conscience que ce préjudice en résulterait probablement.

---

[186] La variante B a été supprimée et la variante A a été conservée telle qu'elle figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, comme convenu par le Groupe de travail (par. 181 du document A/CN.9/616).

[187] Comme indiqué aux paragraphes 55 et 62 du document A/CN.9/552, il faudra peut-être étudier plus avant dans le contexte du chapitre 19 la proposition d'ajouter un renvoi à l'article 22.

[188] Comme convenu par le Groupe de travail (par. 198 et 200 du document A/CN.9/616), on a supprimé les crochets entourant les mots "[ou prévue dans le contrat de transport]" et conservé ces mots.

CHAPITRE 14. DÉLAI POUR AGIR

Article 65. Prescription des actions

1. Aucune procédure judiciaire ou arbitrale relative à des réclamations ou des litiges découlant d'un manquement à une obligation prévue dans la présente Convention[189] ne peut être introduite après l'expiration d'un délai de deux ans[190].

2. Le délai visé au paragraphe 1 du présent article court à partir du jour où le transporteur a livré les marchandises, ou lorsque les marchandises n'ont pas été livrées ou seulement une partie d'entre elles a été livrée[191], à partir du dernier[192] jour où elles auraient dû l'être. Le jour indiqué comme point de départ du délai de prescription n'est pas compris dans le délai[193].

Nonobstant l'expiration du délai visé au paragraphe 1 du présent article, une partie peut invoquer un droit et l'opposer à l'autre partie comme moyen de défense ou de compensation[194].

Article 66. Prorogation du délai de prescription

Le délai de prescription prévu à l'article 65 ne peut être ni suspendu ni interrompu[195] mais la personne à qui une réclamation est adressée peut à tout moment pendant le délai de prescription prolonger celui-ci par une déclaration adressée à l'ayant droit. Le délai peut être de nouveau prolongé par une ou plusieurs autres déclarations.

---

[189] Les mots "relative à des réclamations ou des litiges découlant d'un manquement à une obligation prévue dans la présente Convention" ont été insérés pour que cette disposition ait la même portée que le projet d'article 62.

[190] Conformément à la décision du Groupe de travail (voir par. 127 à 133 du document A/CN.9/616), la variante B, qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, a servi de base à l'élaboration d'un projet de texte révisé par le secrétariat. Dans le projet de texte proposé, on a inséré les éléments essentiels convenus par le Groupe de travail tout en reformulant le texte de manière à ne pas avoir à déterminer si les droits ou les actions sont éteints ou prescrits.

[191] Comme convenu par le Groupe de travail, le renvoi au projet d'article 11 a été supprimé (par. 136 et 143 du document A/CN.9/616) et il a été tenu compte des cas de livraison partielle, qui sont prévus à l'article 20-2 des Règles de Hambourg (voir par. 138 du document A/CN.9/616).

[192] Les crochets entourant l'adjectif "dernier" ont été supprimés comme convenu par le Groupe de travail (par. 133 et 139).

[193] Comme indiqué dans la note 216 du document A/CN.9/WG.III/WP.32, le Groupe de travail a prié le secrétariat de conserver le texte de l'ancien projet d'article 70, qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, et d'envisager d'élaborer éventuellement des variantes reflétant les opinions exprimées. Le texte a été déplacé pour être inséré dans le présent paragraphe et l'ancien projet d'article 70, tel qu'il apparaissait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, a été supprimé. La dernière phrase du paragraphe a été reprise de l'article 20-3 des Règles de Hambourg.

[194] Conformément à la décision du Groupe de travail d'autoriser la compensation même après l'expiration du délai de prescription (par. 130, 131, 133 et 154 du document A/CN.9/616), le secrétariat a établi un projet de paragraphe 3, qui s'inspire de l'article 25-2 de la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises. L'ancien projet d'article 73, tel qu'il figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, a été supprimé en conséquence.

[195] Il est fait référence à la suspension ou à l'interruption du délai de prescription comme convenu par le Groupe de travail (par. 132 et 133 du document A/CN.9/616).

Article 67. Action récursoire

Une action récursoire d'une personne tenue responsable en vertu de la présente Convention peut être exercée après l'expiration du délai visé à l'article 65 si elle l'est dans l'un des deux délais ci-après, le plus long étant retenu:

a) Dans le délai déterminé par la loi applicable de l'État où la procédure est engagée; ou

b) Dans les 90 jours à compter de la date à laquelle la personne qui exerce l'action récursoire a soit réglé la réclamation soit elle-même reçu signification de l'assignation[196], selon l'événement survenant en premier[197].

Article 68. Actions contre la personne identifiée comme étant le transporteur

Une action contre l'affréteur coque nue ou la personne identifiée comme étant le transporteur conformément à l'article 38, paragraphe 2[198], peut être intentée après l'expiration du délai visé à l'article 65 si elle l'est:

a) Dans le délai déterminé par la loi applicable de l'État où la procédure est engagée; ou

b) Dans les 90 jours à compter de la date à laquelle le transporteur a été identifié ou le propriétaire inscrit ou l'affréteur coque nue a réfuté la présomption selon laquelle il est le transporteur conformément à l'article 38, paragraphe 2, le délai le plus long étant retenu[199].

CHAPITRE 15. COMPÉTENCE[200]

Article 69. Actions contre le transporteur

À moins que le contrat de transport ne contienne un accord exclusif d'élection de for conforme à[201] l'article 70 ou 75, le demandeur a le droit d'intenter une procédure judiciaire contre le transporteur en vertu de la présente Convention:

a) Devant un tribunal compétent dans le ressort duquel se trouve l'un des lieux ci-après:

i) Le domicile du transporteur[202];

---

[196] Comme en a décidé le Groupe de travail (par. 152 du document A/CN.9/616), la variante B du texte, qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, a été supprimée et la variante A retenue.

[197] Les mots "selon l'événement survenant en premier" ont été ajoutés afin de clarifier les situations où l'assignation a déjà eu lieu mais où les discussions concernant le règlement interviennent après.

[198] Forme du texte clarifiée et modifiée compte tenu des changements apportés en conséquence à l'ancien projet d'article 40-3, qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56, et qui forme à présent le projet d'article 38-2.

[199] Cette disposition a été modifiée sur la forme suite à la révision de l'ancien projet d'article 40-3 qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 et qui constitue à présent le projet d'article 38-2.

[200] Modifications sur le fond qu'il est proposé d'apporter à la version du présent chapitre, qui figurait dans l'annexe au document A/CN.9/WG.III/WP.75, examiné par le Groupe de travail aux paragraphes 245 à 266 du document A/CN.9/616.

[201] Il est proposé d'employer l'adjectif "conforme" de préférence à "valable", qui figurait précédemment dans le texte.

ii) Le lieu de réception convenu dans le contrat de transport[203];

iii) Le lieu de livraison convenu dans le contrat de transport; ou

iv) Le port où les marchandises sont initialement chargées sur un navire ou le port où les marchandises sont finalement déchargées d'un navire; ou

b) Devant un tribunal ou des tribunaux compétents désignés par un accord entre le chargeur et le transporteur pour trancher les réclamations pouvant naître contre ce dernier dans le cadre de la présente Convention[204].

Article 70. Accords d'élection de for[205]

1. La compétence d'un tribunal choisi conformément à l'article 69, alinéa b), est exclusive pour les litiges entre les parties au contrat uniquement si ces dernières en conviennent et si l'accord attributif de compétence:

a) Est contenu dans un contrat de volume qui indique clairement le nom et l'adresse des parties, et soit i) a fait l'objet d'une négociation individuelle; soit ii) indique de manière apparente qu'un accord exclusif d'élection de for a été conclu et spécifie dans quelles sections du contrat de volume se trouve cet accord[206]; et

b) Désigne clairement[207] les tribunaux d'un État contractant, ou un ou plusieurs tribunaux particuliers d'un État contractant.

2. Une personne qui n'est pas partie au contrat de volume n'est liée par un accord exclusif d'élection de for conclu conformément au paragraphe 1 du présent article que si:

a) Le tribunal est situé dans l'un des lieux mentionnés à l'article 69, alinéa a);

b) Cet accord est contenu dans les données du contrat figurant dans un document de transport ou un document électronique concernant le transport qui constate le contrat de transport pour[208] les marchandises faisant l'objet de la réclamation;

---

202 Le mot "défendeur" a été remplacé par le mot "transporteur" par souci de cohérence avec le projet d'article 71 concernant les actions contre la partie exécutante maritime.

203 L'ancien alinéa b) qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.75 a été scindé en deux sous-alinéas ii) et iii) pour plus de clarté.

204 L'alinéa b) remplace à la fois l'alinéa d) et le projet d'article 76-1 qui figuraient dans le document A/CN.9/WG.III/WP.75 et qui ont été supprimés dans la présente version du projet de convention.

205 Le premier paragraphe de cette disposition, qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.75, a été supprimé et remplacé par un renvoi – inséré dans le nouveau projet de paragraphe 1 – au projet d'article 69 b) pour une meilleure rédaction.

206 Le mot "sections" a remplacé "parties" à des fins d'harmonisation avec le texte du projet d'article 89-1 b).

207 Les mots "désigne clairement les tribunaux d'un État contractant, ou un ou plusieurs tribunaux particuliers d'un État contractant" ont été conservés et les crochets les entourant supprimés, comme en a décidé le Groupe de travail (par. 256 du document A/CN.9/616). De plus, l'ancien projet d'alinéa c), qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.75, a été supprimé comme convenu par le Groupe de travail (par. 257 du document A/CN.9/616).

208 Comme convenu par le Groupe de travail, les crochets entourant le projet d'alinéa b) ont été supprimés et les mots "qui constate le contrat de transport pour" ont remplacé "émis en rapport

c) Cette personne est dûment avisée, en temps utile, du tribunal où l'action sera intentée et de la compétence exclusive de ce tribunal; et

d) [la loi du tribunal saisi[209]] [La loi du lieu [convenu] de livraison des marchandises] [La loi du lieu de réception des marchandises [par le transporteur]] [La loi applicable en vertu des règles de droit international privé de la loi du for][210] reconnaît que cette personne peut être liée par l'accord exclusif d'élection de for.

[3. Le présent article n'empêche pas un État contractant de donner effet à un accord d'élection de for qui ne remplit pas les conditions du paragraphe 1ou 2 du présent article. Cet État contractant adresse une notification en ce sens [à...][211].

4. a) Rien dans le paragraphe 3 du présent article ou dans un accord d'élection de for ayant effet en vertu de ce paragraphe n'empêche un tribunal spécifié à l'article 69 [, alinéa a,] et sis dans un autre État contractant d'exercer sa compétence sur le litige et de le trancher conformément à la présente Convention.

b) Sous réserve des dispositions du présent chapitre, aucun accord d'élection de for n'est exclusif pour une action intentée [contre un transporteur] en vertu de la présente Convention[212].][213]

Article 71. Actions contre la partie exécutante maritime[214]

Le demandeur a le droit d'intenter une procédure judiciaire contre la partie exécutante maritime en vertu de la présente Convention devant un tribunal compétent dans le ressort duquel se trouve l'un des lieux ci-après:

a) Le domicile de la partie exécutante maritime; ou

b) Le port où les marchandises sont initialement reçues par la partie exécutante maritime ou le port où les marchandises sont finalement livrées par la partie exécutante maritime, ou le port où la partie exécutante maritime exerce ses activités concernant les marchandises[215].

---

avec" (par. 258 du document A/CN.9/616).

[209] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il faudrait apporter des éclaircissements supplémentaires pour déterminer si le "tribunal saisi" sera nécessairement le tribunal compétent ou s'il peut s'agir d'un autre tribunal.

[210] Plusieurs variantes ont été ajoutées ici, comme convenu par le Groupe de travail (par. 259 du document A/CN.9/616).

[211] Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la relation entre cette approche et les clauses finales.

[212] Cette disposition a été placée dans un paragraphe distinct afin d'éviter de la soumettre au paragraphe 4 de cet article, comme l'a suggéré le Groupe de travail au paragraphe 80 du document A/CN.9/591.

[213] Les paragraphes 3 et 4 ont été mis entre crochets, le Groupe de travail étant en effet convenu que s'il était décidé d'inclure une clause de réserve ou d'acceptation expresse pour le chapitre sur la compétence dans son intégralité, ces paragraphes pourraient être supprimés (par. 260 du document A/CN.9/616).

[214] Libellé figurant au paragraphe 73 du document A/CN.9/591, tel qu'il a été accepté quant au fond (voir par. 84 de ce document) à la seizième session du Groupe de travail. Le chapeau a été légèrement modifié quant à la forme, uniquement à des fins d'harmonisation avec l'article 69, et un ajout est proposé à l'alinéa b) pour tenir compte des parties exécutantes maritimes qui opèrent dans un seul port. Le Groupe de travail souhaitera peut-être en outre clarifier la relation entre les articles 70 et 71.

[215] Les crochets entourant le texte qui figurait en annexe au document A/CN.9/WG.III/WP.75 ont

Article 72. Absence de chefs de compétence supplémentaires[216]

Sous réserve des articles 74 et 75, aucune procédure judiciaire contre le transporteur ou contre une partie exécutante maritime en vertu de la présente Convention ne peut être engagée devant un tribunal qui n'est pas désigné conformément à l'article 69, [ou] 71 [ou conformément aux règles applicables du fait de l'application de l'article 77, paragraphe 2][217].

Article 73. Saisie conservatoire et mesures provisoires ou conservatoires[218]

Aucune disposition de la présente Convention n'a d'incidence sur la compétence en ce qui concerne les mesures provisoires ou conservatoires, y compris la saisie conservatoire. Un tribunal d'un État dans lequel a été prononcée une mesure provisoire ou conservatoire n'a pas compétence pour juger l'affaire sur le fond sauf:

a) Si les exigences du présent chapitre sont satisfaites; ou

b) Si une convention internationale qui s'applique dans cet État le prévoit[219].

Article 74. Jonction d'instances et désistement d'instance

1. Excepté lorsqu'un accord exclusif d'élection de for a été valablement conclu conformément à l'article 70 [ou] 75 [ou conformément aux règles applicables du fait de l'application de l'article 77, paragraphe 2][220], si une action unique est intentée à la fois contre le transporteur et la partie exécutante maritime pour un seul et même fait, elle peut l'être uniquement devant un tribunal désigné conformément à la fois à l'article 69 et à l'article 71. À défaut d'un tel tribunal, cette action peut être intentée devant un tribunal désigné conformément à l'article 71, alinéa b), si un tel tribunal existe.

2. Excepté lorsqu'un accord exclusif d'élection de for a été valablement conclu conformément à l'article 70 [ou] 75 [ou conformément aux règles applicables du fait de l'application de l'article 77, paragraphe 2][221], un transporteur ou une partie exécutante maritime intentant une action en déclaration de non-responsabilité ou toute autre action qui priverait une personne de son droit de

---

été supprimés, de même que les mots "unique" et "toutes", comme convenu par le Groupe de travail (par. 261 du document A/CN.9/616).

216 Libellé figurant au paragraphe 73 du document A/CN.9/591, tel qu'il a été accepté quant au fond (voir par. 84 de ce document) à la seizième session du Groupe de travail, une référence à la partie exécutante maritime ayant cependant été ajoutée à des fins de clarification.

217 Les mots entre crochets seraient nécessaires si une clause d'acceptation expresse partielle était adoptée pour ce chapitre au paragraphe 2 du projet d'article 77.

218 Libellé figurant au paragraphe 73 du document A/CN.9/591, tel qu'il a été accepté quant au fond (voir par. 84 de ce document) à la seizième session du Groupe de travail.

219 Les crochets qui entouraient le texte ont été supprimés comme convenu par le Groupe de travail (par. 262 du document A/CN.9/616) et le texte conservé. Les mots "conformément à ses règles d'application", jugés redondants, ont été supprimés.

220 Les mots entre crochets seraient nécessaires si une clause d'acceptation expresse partielle était adoptée pour ce chapitre au paragraphe 2 du projet d'article 77.

221 Les mots entre crochets seraient nécessaires si une clause d'acceptation expresse partielle était retenue pour ce chapitre au paragraphe 2 du projet d'article 77.

choisir le for conformément à l'article 69 ou 71[222] renonce à cette action à la demande du défendeur une fois que ce dernier a choisi un tribunal désigné conformément à l'article 69 ou 71, selon le cas, devant lequel l'action peut être réintroduite[223].

Article 75. Accord après la naissance du litige et compétence en cas de comparution du défendeur[224]

1. Après la naissance du litige, les parties à ce litige peuvent convenir de régler celui-ci devant tout tribunal compétent.

2. Un tribunal compétent[225] d'un État contractant devant lequel un défendeur comparaît, sans contester sa compétence conformément aux règles de ce tribunal, a compétence.

Article 76. Reconnaissance et exécution[226]

1. Une décision rendue par un tribunal qui avait compétence conformément à la présente Convention est reconnue et exécutée dans un autre État contractant conformément à la loi de cet État lorsque les deux États ont fait une déclaration conformément à l'article 77.

2. Un tribunal peut refuser la reconnaissance et l'exécution:

a) En se fondant sur les motifs de refus de la reconnaissance et de l'exécution prévus dans sa loi;

b) Si l'action dans laquelle a été rendue la décision aurait dû être abandonnée conformément à l'article 74, paragraphe 2, dans l'hypothèse où le tribunal qui l'a prononcée aurait appliqué les règles sur les accords exclusifs d'élection de for de l'État où sont demandées la reconnaissance et l'exécution; ou

---

222 Les mots "en déclaration de non-responsabilité ou toute autre action qui priverait une personne de son droit de choisir le for conformément à l'article 69 ou 71" ont été insérés et les variantes proposées dans le document A/CN.9/WG.III/WP.75 ont été supprimées conformément à la décision du Groupe de travail (par. 263 du document A/CN.9/616).

223 Il est proposé de remplacer les mots qui figuraient dans le document A/CN.9/WG.III/WP.75 "et peut la réintroduire devant l'un des tribunaux désignés conformément à l'article 69 ou 71, selon le cas, au choix du défendeur" par "une fois que le défendeur a choisi un tribunal désigné conformément à l'article 69 ou 71, selon le cas, devant lequel l'action peut être réintroduite" pour bien montrer que le défendeur est tenu de choisir un tribunal auquel l'affaire devra être soumise et qu'il ne peut simplement se soustraire à l'action en s'abstenant de choisir un tribunal.

224 Libellé figurant au paragraphe 73 du document A/CN.9/591, tel qu'il a été accepté quant au fond (voir par. 84 de ce document) à la seizième session du Groupe de travail. Les premiers mots "Nonobstant les articles précédents du présent chapitre" jugés redondants ont été supprimés, un renvoi à l'article 75 ayant été ajouté aux articles 69, 70 et 74. Au début du deuxième paragraphe, les mots "tribunal compétent" ont été remplacés par les mots "tribunal d'un État contractant" à des fins de clarification.

225 L'adjectif "compétent" a été inséré comme convenu par le Groupe de travail (par. 264 du document A/CN.9/616).

226 Il est proposé ici de modifier quant à la forme la version du projet d'article qui figurait en annexe au document A/CN.9/WG.III/WP.75 afin de tenir compte de l'adoption éventuelle par le Groupe de travail d'une clause de réserve ou d'acceptation expresse partielle ou totale concernant le chapitre 15, comme indiqué aux paragraphes 265 et 266 du document A/CN.9/616.

c) Si un tribunal de cet État contractant avait compétence exclusive dans un litige ayant donné lieu à la décision dont la reconnaissance et l'exécution sont demandées conformément aux règles appliquées en raison d'une déclaration faite en vertu de l'article 77, paragraphe 2.

3. Le présent chapitre est sans incidence sur l'application des règles d'une organisation régionale d'intégration économique qui est partie à la présente Convention, en ce qui concerne la reconnaissance ou l'exécution des jugements entre États membres de cette organisation qu'elles aient été adoptées avant ou après la présente Convention.

Article 77. Application du chapitre 15[227]

[Variante A

Un État contractant peut, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, conformément à l'article 94, déclarer qu'il ne sera pas lié par les dispositions du présent chapitre.]

[Variante B

Les dispositions du présent chapitre ne lieront que les États contractants qui [au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion,] [à tout moment après] conformément à l'article 94 déclarent qu'ils seront liés par elles.]

[Variante C qui se composerait de la variante B
suivie d'un deuxième paragraphe libellé comme suit:

Un État contractant qui fait une déclaration en vertu du paragraphe 1 du présent article peut en même temps déclarer qu'il ne sera pas lié par l'article 70 et que ses tribunaux appliqueront les règles qui seraient normalement applicables dans cet État.]

CHAPITRE 16. ARBITRAGE[228]

Article 78. Conventions d'arbitrage

1. Sous réserve du présent chapitre, les parties peuvent convenir que tout litige susceptible de naître à propos du transport de marchandises en vertu de la présente Convention sera soumis à l'arbitrage.

2. La procédure d'arbitrage se déroule, au choix de la personne faisant valoir un droit contre le transporteur[229]:

a) En tout lieu désigné à cette fin dans la convention d'arbitrage; ou

b) En tout autre lieu situé dans un État où se trouve l'un quelconque des lieux spécifiés à l'article 69, alinéa a), b) ou c).

---

[227] La variante A constitue une clause de réserve concernant le chapitre sur la compétence, tandis que la variante B correspond à une clause d'acceptation expresse et la variante C, qui engloberait aussi la variante B, représente une clause d'acceptation expresse partielle (voir par. 246 à 252 du document A/CN.9/616).

[228] Modifications qu'il est proposé d'apporter à la version du chapitre tel qu'il figurait au paragraphe 270 document A/CN.9/616.

[229] Les mots "dans un des lieux suivants" ont été supprimés car redondants.

3. La désignation du lieu de l'arbitrage dans la convention d'arbitrage a force obligatoire pour les litiges entre les parties à cette convention si elle est contenue dans un contrat de volume qui indique clairement le nom et l'adresse des parties et qui, soit:

a) A fait l'objet d'une négociation individuelle; soit

b) Indique de manière apparente qu'une convention d'arbitrage a été conclue et spécifie dans quelles sections[230] du contrat de volume elle se trouve[231].

4. Lorsqu'une convention d'arbitrage a été conclue conformément au paragraphe 3 du présent article, une personne qui n'est pas partie au contrat de volume est liée par la désignation du lieu de l'arbitrage dans cette convention uniquement si:

a) Le lieu de l'arbitrage désigné dans la convention correspond à l'un des lieux mentionnés à l'article 69, alinéa a), b) ou c);

[b) La convention est contenue dans les données du contrat figurant dans un document de transport ou un document électronique concernant le transport qui constate le contrat de transport pour les marchandises faisant l'objet de la réclamation;]

c) Cette personne est dûment avisée, en temps utile, du lieu de l'arbitrage; et

d) La loi applicable[232] prévoit que cette personne peut être liée par la convention d'arbitrage.

5. Les dispositions des paragraphes 1, 2, 3 et 4 du présent article sont réputées incluses dans toute clause ou pacte compromissoire, et toute disposition de la clause ou du pacte est nulle dans la mesure où elle y serait contraire.

Article 79. Convention d'arbitrage dans le transport autre que de ligne régulière[233]

1. Aucune disposition de la présente Convention n'a d'incidence sur l'opposabilité d'une convention d'arbitrage figurant dans un contrat de transport dans un transport autre que de ligne régulière auquel la présente Convention ou les dispositions de la présente Convention s'appliquent:

a) Du fait de l'application de l'article 7; ou

b) Du fait que les parties ont volontairement incorporé la présente Convention dans un contrat de transport qui autrement n'y serait pas soumis.

---

[230] Le mot "sections" a remplacé "parties", à des fins d'harmonisation avec le texte du projet d'article 89-1 b).

[231] Dans la version anglaise, les mots "containing the arbitration" (où se trouve la convention d'arbitrage) ont remplacé les mots "of that agreement" pour plus de précision.

[232] Il est proposé de supprimer les mots "[pour la convention d'arbitrage]" car ils ont, par le passé, été source de confusion en ce qui concerne la loi applicable.

[233] Compte tenu des vues exprimées par le Groupe de travail aux paragraphes 276 à 277 du document A/CN.9/616 et afin de clarifier la disposition en général, le projet de texte qui figurait au paragraphe 270 de ce document a été considérablement modifié.

2. Nonobstant le paragraphe 1 du présent article, une convention d'arbitrage dans un document de transport ou dans un document électronique concernant le transport auquel la présente Convention s'applique du fait de l'application de l'article 7 est soumise au présent chapitre sauf si:

a) Les termes de cette convention d'arbitrage sont les mêmes que ceux de la convention d'arbitrage dans la charte-partie ou un autre contrat de transport exclu du champ d'application de la présente Convention du fait de l'application de l'article 7; ou

b) Cette convention: i) incorpore par référence les termes de la convention d'arbitrage contenue dans la charte-partie ou autre contrat de transport exclu du champ d'application de la présente Convention du fait de l'application de l'article 7; ii) fait expressément référence à la clause compromissoire; et iii) identifie les parties à la charte-partie et indique la date de cette dernière.

Article 80. Conventions d'arbitrage après la naissance du litige

Nonobstant les dispositions du présent chapitre et du chapitre 15, après la naissance d'un litige, les parties à ce litige peuvent convenir de soumettre celui-ci à l'arbitrage en tout lieu.

Article 81. Application du chapitre 16[234]

[Variante A

Un État contractant peut, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, conformément à l'article 94, déclarer qu'il ne sera pas lié par les dispositions du présent chapitre.]

[Variante B

Les dispositions du présent chapitre ne lieront que les États contractants qui [au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion,] [à tout moment après] conformément à l'article 94 déclarent qu'ils seront liés par elles.]

CHAPITRE 17. AVARIES COMMUNES

Article 82. Dispositions sur les avaries communes

Aucune disposition de la présente Convention ne s'oppose à l'application des clauses du contrat de transport ou des dispositions de la loi nationale relatives au règlement des avaries communes.

[234] Dans un souci de cohérence, on a calqué le texte des variantes A et B sur celui du projet d'article 77 relatif au chapitre sur la compétence. La variante A correspond à une clause de réserve concernant le chapitre sur l'arbitrage, tandis que la variante B est une clause d'acceptation expresse. La possibilité d'une clause d'acceptation expresse partielle a été envisagée pour le chapitre sur l'arbitrage, comme proposé lors du débat du Groupe de travail (voir par. 278 et 279 du document A/CN.9/616), mais n'a pas été jugée nécessaire ou applicable en l'espèce.

CHAPITRE 18. AUTRES CONVENTIONS

Article 83. Dénonciation d'autres conventions[235]

1. Tout État qui ratifie, accepte ou approuve la présente Convention ou y adhère et qui est partie à la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement, signée à Bruxelles le 25 août 1924; au Protocole, signé le 23 février 1968, portant modification de la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement, signée à Bruxelles le 25 août 1924; ou au Protocole, signé à Bruxelles le 21 décembre 1979, portant modification de la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement, telle qu'amendée par le Protocole de modification du 23 février 1968; ou encore à la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, conclue à Hambourg le 31 mars 1978, dénonce en même temps cette convention et le ou les protocoles qui s'y rapportent auxquels il est partie en adressant une notification au Gouvernement belge à cet effet.

2. Tout État qui ratifie, accepte ou approuve la présente Convention ou y adhère et qui est partie à la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer conclue à Hambourg le 31 mars 1978 dénonce en même temps cette convention en adressant une notification au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies à cet effet.

3. Aux fins du présent article, les ratifications, acceptations, approbations et adhésions effectuées à l'égard de la présente Convention par des États parties aux instruments énumérés aux paragraphes 1 et 2 du présent article ne prendront effet qu'à la date à laquelle les dénonciations éventuellement requises de la part desdits États pour ces instruments auront elles-mêmes pris effet. Le dépositaire de la présente Convention s'entend avec le Gouvernement belge, dépositaire des instruments mentionnés au paragraphe 1 du présent article, pour assurer la coordination nécessaire à cet égard[236].

Article 84. Conventions internationales régissant le transport de marchandises par air

Aucune disposition de la présente Convention n'interdit à un État contractant d'appliquer les dispositions d'une autre convention internationale concernant le transport de marchandises par air au contrat de transport lorsque cette convention, conformément à ses propres dispositions, s'applique à une partie quelconque du contrat de transport[237].

---

[235] Le projet d'article 83 correspond à l'ancien article 102 qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 et qui a été déplacé de son emplacement précédent au chapitre sur les clauses finales pour être inséré ici. On a estimé que le chapitre 18 (Autres conventions) est plus logique avec l'insertion de cet article relatif aux dénonciations.

[236] Texte tiré de l'article 99-3 et 6 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises. Voir aussi l'article 31 des Règles de Hambourg.

[237] Le texte proposé s'inspire de l'ancien projet d'article 89 qui figurait dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 afin d'éviter tout conflit avec la Convention de Montréal, comme examiné par le Groupe de travail aux paragraphes 225, 234 et 235 du document A/CN.9/616.

Article 85. Limitation globale de la responsabilité

La présente Convention ne modifie aucunement les droits ou obligations du transporteur ou de la partie exécutante prévus par les conventions internationales ou la loi nationale applicables à la limitation de la responsabilité des propriétaires de navires de mer ou la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes[238].

Article 86. Autres dispositions sur le transport de passagers et de bagages

La présente Convention ne fait naître aucune responsabilité à raison d'une perte, d'un dommage ou d'un retard à la livraison subi par des bagages pour lesquels le transporteur est responsable en vertu d'une convention ou d'une loi nationale applicable au transport des passagers et de leurs bagages.

Article 87. Autres dispositions sur les dommages causés par un accident nucléaire

La présente Convention ne fait naître aucune responsabilité à raison d'un dommage causé par un accident nucléaire si l'exploitant d'une installation nucléaire est responsable de ce dommage:

a) En application de la Convention de Paris sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire du 29 juillet 1960, telle qu'elle a été modifiée par son Protocole additionnel du 28 janvier 1964, de la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires du 21 mai 1963, telle qu'elle a été modifiée par le Protocole commun relatif à l'application de la Convention de Vienne et de la Convention de Paris du 21 septembre 1988 et telle qu'elle a été modifiée par le Protocole d'amendement de la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires du 12 septembre 1997, ou de la Convention sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires du 12 septembre 1997, y compris tout amendement à ces conventions et toute convention future concernant la responsabilité des exploitants d'installations nucléaires pour les dommages causés par un accident nucléaire; ou

b) En vertu de la loi nationale applicable à la responsabilité de ces dommages, à condition toutefois que ladite loi soit à tous égards aussi favorable pour les personnes pouvant être lésées par de tels dommages que la Convention de Paris ou la Convention de Vienne ou encore la Convention sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires.

---

[238] Les mots "en matière de créances maritimes" ont été ajoutés afin de reprendre la terminologie de la Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes et de son Protocole de 1996.

CHAPITRE 19. VALIDITÉ DES CLAUSES CONTRACTUELLES[239]

Article 88. Dispositions générales[240]

1. Sauf disposition contraire de la présente Convention, toute clause d'un contrat de transport est réputée non écrite dans la mesure où elle:

a) Exclut ou limite directement ou indirectement les obligations du transporteur ou d'une partie exécutante maritime prévues dans la présente Convention;

b) Exclut ou limite directement ou indirectement la responsabilité du transporteur ou d'une partie exécutante maritime pour manquement à une obligation prévue dans la présente Convention; ou

c) Cède au transporteur ou à une personne mentionnée à l'article 18, paragraphe 1, le bénéfice de l'assurance des marchandises.

[2. Sauf disposition contraire de la présente Convention, une clause d'un contrat de transport est réputée non écrite dans la mesure où elle:

a) Exclut, limite [ou étend] directement ou indirectement les obligations du chargeur, de l'expéditeur, du destinataire, de la partie contrôlante, du porteur ou du chargeur documentaire prévues dans la présente Convention; ou

b) Exclut, limite [ou accroît] directement ou indirectement la responsabilité du chargeur, de l'expéditeur, du destinataire, de la partie contrôlante, du porteur ou du chargeur documentaire pour manquement à l'une quelconque de ses obligations prévues dans la présente Convention.]

Article 89. Règles spéciales pour les contrats de volume[241]

1. Nonobstant l'article 88, dans les relations entre le transporteur et le chargeur[242], un contrat de volume auquel s'applique la présente Convention peut prévoir des droits, obligations et responsabilités plus ou moins importants que ceux énoncés dans la présente Convention à condition que ce contrat énonce de manière apparente qu'il déroge à la présente Convention et:

a) Ait fait l'objet d'une négociation individuelle; ou

---

[239] Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si ce chapitre n'aurait pas mieux sa place avant le chapitre 17 sur les avaries communes ou s'il ne vaudrait pas mieux le fusionner avec le chapitre 2 sur le champ d'application.

[240] Projet de texte révisé fondé sur le libellé figurant au paragraphe 46 du document A/CN.9/WG.III/WP.61, comme l'a demandé le Groupe de travail (A/CN.9/594, par. 147 et 153). Le mot "provision" a été substitué au mot "stipulation" en anglais.

[241] Projet de texte révisé fondé sur la variante figurant au paragraphe 49 du document A/CN.9/WG.III/WP.61 avec les modifications aux paragraphes 4 et 5 demandées par le Groupe de travail (A/CN.9/594, par. 163 à 167). Des modifications de forme ont été apportées au paragraphe 5 afin de le clarifier, sans en modifier le fond, et l'ancien alinéa c) du paragraphe 5 figurant au paragraphe 49 du document A/CN.9/WG.III/WP.61 a été inséré dans un paragraphe distinct (par. 6).

[242] Les mots "dans les relations entre le transporteur et le chargeur" ont été ajoutés dans ce paragraphe pour tenir compte de la version simplifiée du paragraphe 5 figurant désormais dans le projet de convention et de manière à reprendre l'ancien alinéa a) de ce paragraphe 5 tel qu'il figurait au paragraphe 49 du document A/CN.9/WG.III/WP.61, aux termes duquel "le paragraphe 1 s'applique entre le transporteur et le chargeur".

b) Indique de manière apparente lesquelles de ses sections contiennent les dérogations.

2. Une dérogation en vertu du paragraphe 1 du présent article est énoncée dans le contrat de volume et ne peut être incorporée dans ce contrat par référence.

3. Un barème public de prix et de services d'un transporteur, un document de transport, un document électronique concernant le transport ou un document similaire n'est pas un contrat de volume au regard du paragraphe 1 du présent article Un contrat de volume peut néanmoins incorporer ces documents par référence en tant que clauses contractuelles.

4. Le paragraphe 1 du présent article ne s'applique pas aux droits et obligations prévus aux articles 16, paragraphe 1 a) et b), 29 et 32 ou à la responsabilité découlant de leur non-respect et il ne s'applique pas non plus à la responsabilité découlant d'un acte ou d'une omission visé à l'article 64][243].

5. Les clauses du contrat de volume qui dérogent à la présente Convention, si ce contrat satisfait aux exigences du paragraphe 1 du présent article, s'appliquent dans les relations entre le transporteur et toute personne autre que le chargeur à condition:

a) Que cette personne ait reçu des informations qui indiquent de manière apparente que le contrat déroge à la présente Convention et consente expressément à être liée par ces dérogations; et

b) Que ce consentement ne soit pas exprimé uniquement dans un barème public de prix et de services d'un transporteur, un document de transport ou un document électronique concernant le transport[244].

6. Il incombe à la partie qui se prévaut de la dérogation de prouver que celle-ci a été faite conformément aux conditions requises.

Article 90. Règles spéciales pour les animaux vivants et certaines autres marchandises[245]

Nonobstant l'article 88 et sans préjudice de[246] l'article 89, le contrat de transport peut exclure ou limiter les obligations ou la responsabilité à la fois du transporteur et d'une partie exécutante maritime si:

a) Les marchandises sont des animaux vivants sauf lorsque l'ayant droit prouve que la perte ou le dommage subi par les marchandises ou le retard de livraison résulte d'un acte ou d'une omission que le transporteur ou une personne mentionnée à l'article 18, paragraphe 1, ou une partie exécutante maritime a commis

---

[243] Projet de texte révisé fondé sur le libellé figurant au paragraphe 49 du document A/CN.9/WG.III/WP.61, avec une modification concernant le renvoi au projet d'article 64, comme l'a demandé le Groupe de travail (A/CN.9/594, par. 158 à 162).

[244] Des modifications de forme ont été apportées au libellé du paragraphe 5, qui figurait au paragraphe 49 du document A/CN.9/WG.III/WP.61, afin de le clarifier sans en modifier le fond. L'ancien alinéa c) du paragraphe 5 figurant au paragraphe 49 du document A/CN.9/WG.III/WP.61 a été inséré dans un paragraphe distinct (par. 6).

[245] Projet de texte révisé fondé sur le libellé figurant au paragraphe 62 du document A/CN.9/WG.III/WP.61, comme l'a demandé le Groupe de travail (A/CN.9/594, par. 163 à 167).

[246] Les mots "sans préjudice de" ont été ajoutés au texte tel qu'il figurait au paragraphe 62 du document A/CN.9/WG.III/WP.61 pour mieux refléter la nature des articles 88 et 89.

témérairement et avec conscience que cette perte ou ce dommage[247], ou que le préjudice dû au retard, en résulterait probablement; ou

b) Le caractère ou la condition des marchandises ou les circonstances, termes et conditions dans lesquelles le transport doit se faire sont de nature à justifier raisonnablement une convention spéciale, pour autant que ce contrat de transport ne concerne pas des expéditions commerciales ordinaires faites au cours d'opérations commerciales ordinaires et qu'aucun document de transport négociable ou document électronique négociable concernant le transport ne soit émis pour le transport des marchandises.

CHAPITRE 20. CLAUSES FINALES

Article 91. Dépositaire

Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies est désigné comme dépositaire de la présente Convention[248].

Article 92. Signature, ratification, acceptation, approbation ou adhésion

1. La présente Convention est ouverte à la signature de tous les États [à [...] du [...] au [...] puis] au Siège de l'Organisation des Nations Unies à New York du […] au […].

2. La présente Convention est soumise à ratification, acceptation ou approbation par les États signataires.

3. La présente Convention est ouverte à l'adhésion de tous les États qui ne sont pas signataires à partir de la date à laquelle elle est ouverte à la signature.

4. Les instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion sont déposés auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies[249].

Article 93. Réserves

Aucune réserve n'est autorisée autre que celles qui sont expressément autorisées par la présente Convention[250].

Article 94. Procédure de déclaration et effet des déclarations[251]

1. Les déclarations faites lors de la signature sont sujettes à confirmation lors de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation.

2. Les déclarations et leur confirmation sont faites par écrit et formellement notifiées au dépositaire.

---

[247] Afin d'éviter la répétition, les mots "en résulterait probablement ou témérairement en sachant que" ont été supprimés du libellé tel qu'il figurait au paragraphe 62 du document A/CN.9/WG.III/WP.61.

[248] Texte tiré de l'article 15 de la Convention sur les contrats électroniques et de l'article 27 des Règles de Hambourg.

[249] Texte tiré de l'article 16 de la Convention sur les contrats électroniques.

[250] Texte révisé pour tenir compte de la possibilité de formuler des réserves concernant les chapitres 15 et 16.

[251] Texte révisé pour tenir compte de la possibilité de formuler des réserves concernant les chapitres 15 et 16.

3. Les déclarations prennent effet à la date de l'entrée en vigueur de la présente Convention à l'égard de l'État concerné. Cependant, une déclaration dont le dépositaire reçoit notification formelle après cette date prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date de sa réception par le dépositaire.

4. Tout État qui fait une déclaration en vertu de la présente Convention peut à tout moment la modifier ou la retirer par notification formelle adressée par écrit au dépositaire. La modification ou le retrait prend effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai de six mois après la date de réception de la notification par le dépositaire.

Article 95. Effet dans les unités territoriales nationales

1. Si un État contractant comprend deux unités territoriales ou plus dans lesquelles des systèmes de droit différents s'appliquent aux matières régies par la présente Convention, il peut, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou uniquement à l'une ou plusieurs d'entre elles et peut à tout moment modifier sa déclaration en faisant une nouvelle déclaration.

2. Ces déclarations sont notifiées au dépositaire et désignent expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.

3. Si, en vertu d'une déclaration faite conformément au présent article, la présente Convention s'applique à l'une ou plusieurs des unités territoriales d'un État contractant, mais non pas à toutes, et si l'établissement d'une partie est situé dans cet État, cet établissement est considéré, aux fins de la présente Convention, comme n'étant pas situé dans un État contractant, à moins qu'il ne soit situé dans une unité territoriale à laquelle la Convention s'applique.

4. Si un État contractant ne fait pas de déclaration en vertu du paragraphe 1 du présent article, la Convention s'applique à toutes les unités territoriales de cet État[252].

Article 96. Participation d'organisations régionales d'intégration économique[253]

1. Une organisation régionale d'intégration économique constituée par des États souverains et ayant compétence sur certaines matières régies par la présente Convention peut elle aussi signer, ratifier, accepter, approuver la présente Convention ou y adhérer. En pareil cas, elle aura les mêmes droits et obligations qu'un État contractant, dans la mesure où elle a compétence sur des matières régies par la présente Convention. Lorsque le nombre d'États contractants est pertinent pour l'application des dispositions de la présente Convention, l'organisation régionale d'intégration économique n'est pas comptée comme État contractant en plus de ses États membres qui sont des États contractants.

---

[252] Texte tiré de l'article 18 de la Convention sur les contrats électroniques. Voir aussi l'article 52 de la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Le Cap, 16 novembre 2001).

[253] Texte figurant au paragraphe 73 du document A/CN.9/591, qui n'a pas fait l'objet de discussions à la seizième session du Groupe de travail, comme il est noté au paragraphe 83 de ce document.

2. Au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, l'organisation régionale d'intégration économique effectue auprès du dépositaire une déclaration indiquant les matières régies par la présente Convention pour lesquelles ses États membres lui ont transféré leur compétence. Elle informe sans retard le dépositaire de toute modification intervenue dans la répartition de compétence, y compris de nouveaux transferts de compétence, précisée dans la déclaration faite en vertu du présent paragraphe.

3. Toute référence à "État contractant" ou "États contractants" dans la présente Convention s'applique également à une organisation régionale d'intégration économique, lorsque le contexte requiert qu'il en soit ainsi.

Article 97. Entrée en vigueur

1. La présente Convention entrera en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai [d'un an] [de six mois] à compter de la date du dépôt du [vingtième] [troisième] instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion.

2. Pour tout État qui deviendra État contractant à la présente Convention après la date du dépôt du [vingtième] [troisième] instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, la présente Convention entrera en vigueur le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai [d'un an] [de six mois] à compter de la date du dépôt de l'instrument approprié au nom dudit État.

3. Chaque État contractant appliquera la présente Convention aux contrats de transport qui seront conclus à partir de l'entrée en vigueur de la Convention à son égard[254].

Article 98. Révision et amendements

1. À la demande d'un tiers au moins des États contractants à la présente Convention, le dépositaire convoque une conférence des États contractants ayant pour objet de réviser ou d'amender la présente Convention.

2. Tout instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion déposé après l'entrée en vigueur d'un amendement à la présente Convention sera réputé s'appliquer à la Convention telle qu'elle aura été amendée[255].

---

[254] Texte tiré de l'article 30 des Règles de Hambourg. Il est à noter que le second délai proposé entre crochets est tiré de l'article 23 de la Convention sur les contrats électroniques. Le délai choisi pour l'entrée en vigueur, qui est fonction à la fois du nombre de ratifications requis et du délai requis après le dépôt de l'instrument approprié, est généralement le délai considéré comme suffisant pour permettre aux milieux d'affaires pour s'adapter au nouveau régime.

[255] Texte tiré de l'article 32 des Règles de Hambourg. Les procédures d'amendement sont peu fréquentes dans les textes de la CNUDCI. Les Règles de Hambourg énoncent cependant une disposition générale, dans leur article 32, et une disposition spéciale, dans leur article 33, pour la révision des montants de limitation et de l'unité de compte. Dans la Convention sur les contrats électroniques, la Commission a décidé de ne pas insérer de disposition sur les amendements du fait que les États parties à la Convention peuvent engager une procédure d'amendement conformément au droit général des traités (le plus souvent, avec une conférence diplomatique et un protocole portant modification, comme dans le cas de la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, telle que modifiée par le Protocole du 11 avril 1980, New York, 14 juin 1974), le cas échéant, après discussion au sein de

Article 99. Amendement des limites[256]

1. La procédure spéciale définie dans le présent article s'applique uniquement aux fins d'amender les limites fixées à l'article 62, paragraphe 1, de la présente Convention.

2. À la demande d'au moins [un quart[257]] des États contractants à la présente Convention[258], le dépositaire communique toute proposition visant à amender les limites prévues à l'article 62, paragraphe 1, de la présente Convention à tous les États contractants[259] et réunit un comité composé d'un représentant de chaque État contractant en vue d'examiner l'amendement proposé.

3. La réunion du comité se tient en même temps et au même endroit que la prochaine session de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.

4. Les amendements sont adoptés par le comité à la majorité des deux tiers de ses membres présents et votants[260].

5. Lorsqu'il se prononce sur une proposition visant à amender les limites, le comité tient compte de l'expérience acquise en matière de réclamations présentées en vertu de la présente Convention et, en particulier, du montant des dommages en résultant, des fluctuations de la valeur des monnaies et de l'incidence de l'amendement proposé sur le coût des assurances[261].

---

la Commission. Il est à noter que les dispositions des projets d'articles 103 et 104 sur les amendements peuvent être adoptées indépendamment.

256 Texte tel qu'il figure au paragraphe 7 du document A/CN.9/WG.III/WP.39, notes comprises. La proposition s'inspire de la procédure d'amendement énoncée à l'article 23 du Protocole de 2002 à la Convention d'Athènes et à l'article 24 de la Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international (CRET). Des approches similaires ont été adoptées dans un certain nombre de conventions de l'Organisation maritime internationale (OMI), comme le Protocole de 1992 portant modification de la Convention internationale de 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures; le Protocole de 1992 portant modification de la Convention internationale de 1971 portant création d'un Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures; le Protocole de 2003 à la Convention internationale de 1992 portant création d'un Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (pas encore entré en vigueur); le Protocole de 1996 portant modification de la Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes; et la Convention internationale de 1996 sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de substances nocives et potentiellement dangereuses.

257 L'article 23-2 de la Convention d'Athènes fait mention de "la moitié" et non d'"un quart" des États contractants.

258 L'article 23-2 de la Convention d'Athènes inclut le membre de phrase "et, en tout cas, d'un minimum de six" des États contractants.

259 L'article 23-2 de la Convention d'Athènes fait également référence aux membres de l'Organisation maritime internationale.

260 L'article 23-5 de la Convention d'Athènes est libellé comme suit: "Les amendements sont adoptés à la majorité des deux tiers des États Parties à la Convention, telle que révisée par le présent Protocole, présents et votants au sein du Comité juridique... à condition que la moitié au moins des États Parties à la Convention, telle que révisée par le présent Protocole, soient présents au moment du vote."

261 Cette disposition est inspirée de l'article 23-6 de la Convention d'Athènes. Voir, également,

6. a) Aucun amendement visant à modifier les limites en vertu du présent article ne peut être examiné avant l'expiration d'un délai de [cinq[262]] ans à compter de la date à laquelle la présente Convention a été ouverte à la signature, ou d'un délai de [cinq] ans à compter de la date d'entrée en vigueur d'un amendement antérieur adopté en vertu du présent article.

b) Aucune limite ne peut être relevée au point de dépasser un montant correspondant à la limite fixée dans la présente Convention majorée de [6] % par an, en intérêt composé, à compter de la date à laquelle la présente Convention a été ouverte à la signature[263].

c) Aucune limite ne peut être relevée au point de dépasser un montant correspondant au [triple] de la limite fixée dans la présente Convention[264].

7. Tout amendement adopté conformément au paragraphe 4 du présent article est notifié par le dépositaire à tous les États contractants. L'amendement est réputé avoir été accepté à l'expiration d'un délai de [dix-huit[265]] mois après la date de sa notification, à moins que, durant cette période, [un quart[266]] au moins des États qui étaient des États contractants au moment de l'adoption de l'amendement ne fassent savoir au dépositaire qu'ils ne l'acceptent pas, auquel cas l'amendement est rejeté et n'a pas d'effet.

8. Un amendement réputé avoir été accepté conformément au paragraphe 7 du présent article entre en vigueur [dix-huit][267] mois après son acceptation.

9. Tous les États contractants sont liés par l'amendement, à moins qu'ils ne dénoncent la présente Convention, conformément à l'article 100, six mois au moins avant l'entrée en vigueur de cet amendement. Cette dénonciation prend effet lorsque l'amendement entre en vigueur.

10. Lorsqu'un amendement a été adopté mais que le délai d'acceptation de [dix-huit] mois n'a pas encore expiré, tout État devenant État contractant durant cette période est lié par l'amendement si celui-ci entre en vigueur. Un État qui devient État contractant après expiration de ce délai est lié par tout amendement qui a été accepté conformément au paragraphe 7 du présent article. Dans les cas visés par le présent paragraphe, un État est lié par un amendement à compter de la date

---

l'article 24-4 de la CRET.

262 Les paragraphes 11 et 12 du document A/CN.9/WG.III/WP.34 proposent un délai, pour ce projet de paragraphe, de sept ans, et non de cinq.

263 On ne trouve aucune disposition similaire dans la CRET. On pourrait aussi adopter, comme proposé aux paragraphes 11 et 12 du document A/CN.9/WG.III/WP.34, le texte suivant: "Aucune limite ne peut être relevée ou abaissée au-delà d'un montant correspondant à la limite fixée dans la présente Convention majorée ou minorée de 21 % en une seule fois."

264 On ne trouve aucune disposition similaire dans la CRET. On pourrait aussi adopter, comme proposé aux paragraphes 11 et 12 du document A/CN.9/WG.III/WP.34, le texte suivant: "Aucune limite ne peut être relevée ou abaissée au-delà d'un montant dépassant, au total, de plus de 100 %, cumulativement, la limite fixée dans la présente Convention."

265 Les paragraphes 11 et 12 du document A/CN.9/WG.III/WP.34 proposent un délai, pour les projets de paragraphes 7, 8 et 10, de douze mois, et non de dix-huit.

266 L'article 24-7 de la CRET indique "un tiers au moins des États qui étaient parties".

267 Des conventions récentes de l'OMI ont réduit le délai à 12 mois en cas d'extrême urgence. Voir, par exemple, l'article 24-8 du Protocole de 2003 à la Convention internationale portant création d'un Fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures.

d'entrée en vigueur de l'amendement ou de la date d'entrée en vigueur de la présente Convention à son égard, si cette dernière date est postérieure.

Article 100. Dénonciation de la présente Convention

1. Tout État contractant peut à tout moment dénoncer la présente Convention par notification écrite adressée au dépositaire.

2. La dénonciation prendra effet le premier jour du mois suivant l'expiration d'un délai d'un an à compter de la date de réception de la notification par le dépositaire. Lorsqu'une période plus longue est spécifiée dans la notification, la dénonciation prendra effet à l'expiration de la période en question à compter de la date de réception de la notification[268].

FAIT à [...], le [...], en un seul original, dont les textes anglais, arabe, chinois, espagnol, français et russe font également foi.

EN FOI DE QUOI les plénipotentiaires soussignés, à ce dûment autorisés par leurs gouvernements respectifs, ont signé la présente Convention.

[268] Texte tiré de l'article 34 des Règles de Hambourg. La deuxième phrase du paragraphe 2 n'est pas absolument nécessaire mais figure dans les Règles de Hambourg et dans d'autres traités de la CNUDCI, comme la Convention sur les contrats électroniques. Elle n'apparaît pas, par exemple, à l'article 27 de la Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire de 2005 (texte le plus récent déposé auprès du Secrétaire général), qui est libellé un peu différemment:

"1. Tout État partie peut dénoncer la présente Convention par voie de notification écrite adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

2. La dénonciation prendra effet un an après la date à laquelle la notification aura été reçue par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies."

L. Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Prise de position du Comité national français, Chambre de commerce internationale (ICC France), soumise au Groupe de travail III (Droit des Transports) à sa dix-neuvième session

(A/CN.9/WG.III/WP.82) [Original: français]

En vue de la dix-neuvième session du Groupe de travail III (Droit des transports), le Comité national français, Chambre de commerce internationale (ICC France) a soumis au secrétariat ses observations et propositions concernant les dispositions du projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] qu'il est prévu d'examiner à cette session.

On trouvera dans l'annexe à la présente note le texte de ces observations tel qu'il a été reçu par le Secrétariat.

ANNEXE

Prise de position d'ICC France soumise au Groupe de travail III (Droit des Transports) de la CNUDCI

Projet de convention sur le transport des marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]

Dispositions relatives à l'arbitrage

1. Lors de sa seizième session (Vienne, 29 novembre-9 décembre 2005), le Groupe de travail III (Droit des transports) chargé de l'élaboration d'un projet de convention sur le transport des marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] a examiné le document A/CN.9/WG.III/WP.54 qui fait état d'une proposition des Pays-Bas concernant l'arbitrage.

Ce document a été présenté comme une solution de compromis entre le principe de liberté absolue de recourir à l'arbitrage et l'idée suivant laquelle les parties à un litige devraient avoir la possibilité de recourir à l'arbitrage, sans pour autant pouvoir l'utiliser pour contourner les chefs de compétence énoncés dans le projet de l'article 75 du projet de convention.

Le compromis proposé par les Pays-Bas consiste à supprimer tout le chapitre sur l'arbitrage et à ajouter dans le projet de convention un paragraphe 2 dans le projet d'article 78, destiné à faire en sorte que les règles du projet de convention relatives à la compétence ne puissent être contournées.

Ce compromis consiste également à ajouter dans le projet d'article 81 une disposition visant à donner effet à toute convention entre les parties de soumettre à l'arbitrage un litige survenu entre elles.

Enfin, la proposition a pour objet de préserver le statu quo en ce qui concerne le recours à l'arbitrage dans le secteur du transport maritime, en prévoyant des règles d'arbitrage minimales pour les services réguliers qui maintiennent la liberté de recourir à l'arbitrage pour les services non réguliers par l'ajout du projet d'article 81 *bis*.

2. Le rapport du Groupe de travail III (A/CN.9/591) relatif aux travaux de la 16e session (Vienne, 28 novembre-9 décembre 2005) précise que la proposition de compromis des Pays-Bas a fait l'objet de réserves de la part de plusieurs délégations.

Ce rapport rappelle que la question a été posée de savoir si la proposition de compromis des Pays-Bas (A/CN.9/WG.III/WP.54) ne risquait pas de limiter le recours à l'arbitrage dans les services réguliers.

Il a été souligné qu'il était, en effet, peu probable que les entreprises commerciales prévoient des dispositions sur l'arbitrage dans un contrat, sans pouvoir déterminer avec certitude le lieu de l'arbitrage.

Or, en l'état du projet d'article 75, la détermination du lieu de l'arbitrage risque d'être impossible.

Le rapport souligne également que la proposition de texte doit faire l'objet d'améliorations dans sa formulation, au regard, notamment, des nouvelles dispositions envisagées pour le chapitre sur la compétence.

3. Les commentaires de la délégation d'ICC FRANCE aux travaux de la 16e session du Groupe de travail III (Vienne, 28 novembre-9 décembre 2005) font apparaître que la proposition des Pays-Bas a suscité des réserves de la délégation française.

La délégation française a rappelé que si elle avait effectivement approuvé le principe du compromis lors des discussions intervenues, elle n'était pas d'accord avec la rédaction du texte rédigé postérieurement, et qui ne correspondait pas aux discussions.

La délégation française a également indiqué que la rédaction de l'article 83 soulevait un certain nombre de difficultés, notamment en donnant au réclamant une option entre la mise en place d'une procédure devant une juridiction étatique et le recours à l'arbitrage.

Plusieurs délégations (France, Royaume-Uni, Italie, BIMCO), appuyées par la délégation d'ICC FRANCE, ont insisté sur le fait qu'elles n'étaient pas d'accord avec la rédaction de l'article 83 qui allait à l'encontre de la pratique en matière d'arbitrage.

Devant ces difficultés, il a été demandé au secrétariat du Groupe de travail d'exprimer son avis.

Le secrétariat a indiqué que les solutions recommandées par le document A/CN.9/WG.III/WP.54 étaient inhabituelles et a suggéré que la rédaction de l'article 83 soit réexaminée.

4. Dans ce contexte, ICC FRANCE souhaite présenter des observations sur les dispositions du projet de convention qui traitent de l'arbitrage.

4.1. *Projet d'article 76 (accords d'élection de for)*

4.1.1. Le projet d'article 76-1 prévoit que l'accord d'élection de for doit être conclu ou constaté par écrit.

La convention d'arbitrage semble comprise dans cette définition.

Elle ne peut, toutefois, être orale ou tacite.

4.1.2. Le projet d'article 76-2 prévoit que la convention d'arbitrage i) doit être incluse dans un contrat de tonnage identifiant clairement les parties et ii) doit indiquer clairement le nom et le lieu du tribunal choisi.

i) Le contrat de tonnage: il serait souhaitable d'étendre le champ de l'admission de la convention d'arbitrage à tous les contrats de transport de marchandises par mer.

ii) L'indication du nom et du lieu du tribunal: une telle exigence semble incompatible avec une clause compromissoire.

Elle diminue, en outre, le rôle des institutions d'arbitrage, qui n'ont pas l'occasion de suppléer à un éventuel désaccord des parties quant au lieu de l'arbitrage et à la désignation des arbitres.

4.1.3. Le projet d'article 76-3 prévoit que la clause exclusive d'élection de for s'impose à un tiers au contrat de tonnage à condition que cela soit compatible avec la loi applicable, déterminée par le droit international privé ou les règles de conflit de loi du tribunal saisi.

Le recours aux règles de conflit peut sembler désuet en matière de commerce international.

Cette disposition s'adresse également aux juridictions étatiques.

Il serait opportun, dans ces conditions, de prévoir de laisser une option à l'arbitre, à l'exclusion de la juridiction étatique.

4.2. *Le projet d'article 81* bis *(reconnaissance et exécution)* ne concerne que les décisions rendues par un tribunal d'un État contractant.

Or, par nature, un tribunal arbitral ne relève pas d'un État.

Les dispositions prévoyant la reconnaissance et l'exécution des décisions ne seront donc pas applicables à l'arbitrage.

Il importe, toutefois, de rappeler que la Convention de New York relative à l'exécution des conventions d'arbitrage demeure applicable.

La formulation "par un tribunal siégeant dans un État contractant" apparaît préférable.

4.3. *Le projet d'article 83 (conventions d'arbitrage)* dispose: i) la convention d'arbitrage doit préciser le lieu de l'arbitrage et ii) le demandeur peut, même en présence d'une convention d'arbitrage, intenter une action judiciaire en tout lieu prévu dans le projet d'article 75 de la convention.

L'option ouverte au demandeur d'intenter une action judiciaire semble contraire aux usages internationaux en matière d'arbitrage, surtout en ce qu'ils sont contraires au principe compétence/compétence.

5. Lors de la dix-huitième session des travaux du Groupe de travail III (Vienne, 6 novembre-17 novembre 2006), le secrétariat a présenté un document établi conjointement avec le Groupe de travail II, conformément à la Convention de New York sur l'arbitrage (A/CN.9/WG.III/XVIII/CRP.3).

Le compte rendu de la délégation d'ICC FRANCE fait apparaître que la nouvelle rédaction du chapitre 17 relatif à l'arbitrage se propose d'éviter les possibilités de contournement des dispositions du chapitre 16 consacré à la compétence.

La délégation française a approuvé dans son ensemble le chapitre 17.

Elle n'a cependant pas souhaité prendre position sur l'article 85 *bis* (conditions d'application du chapitre 17 aux États contractants) car cette question est de la compétence de l'Union européenne.

La délégation française s'est interrogée sur la signification exacte du vocable "loi applicable" prévu à l'article 83, paragraphe 4, alinéa d), à propos des conventions d'arbitrage.

Il semble, en effet, que ce vocable désigne la loi régissant la procédure de l'arbitrage et non la loi applicable à l'arbitrage lui-même.

Il apparaît par ailleurs que la rédaction de l'article 84, paragraphe 2, relatif aux conventions d'arbitrage dans le transport autre que de ligne régulière pourrait être améliorée et que les conditions d'opposabilité de la convention d'arbitrage aux tiers, et notamment aux destinataires, pourraient être réexaminées.

Plusieurs délégations ont demandé que le chapitre relatif à l'arbitrage soit exclu du projet de convention en ce qu'il limite les possibilités de recours à l'arbitrage.

La délégation d'ICC FRANCE a fait observer qu'ICC FRANCE était particulièrement concernée par les dispositions concernant l'arbitrage.

Le document A/CN.9/WG.III/XVIII/CRP.3 ayant été distribué aux délégués pendant la session, ICC FRANCE s'est réservée de prendre position ultérieurement.

La délégation d'ICC FRANCE a indiqué que sa position serait fondée sur le respect de la liberté contractuelle et de la liberté du recours à l'arbitrage qui constituent des principes essentiels en matière de commerce international.

Conclusion

ICC FRANCE constate avec satisfaction l'avancement des travaux de la CNUDCI.

ICC FRANCE se félicite que le principe de liberté absolue de recourir à l'arbitrage ait été réaffirmé par le Groupe de travail.

ICC FRANCE considère cependant que certaines dispositions risquent, en l'état actuel de leur rédaction, de limiter le recours à l'arbitrage.

ICC FRANCE souhaite, en conséquence, que le Groupe de travail prenne en considération ses observations.

M. Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Prise de position du Conseil des Chargeurs Européens (ESC), soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-neuvième session

(A/CN.9/WG.III/WP.83) [Original: français]

En vue de la dix-neuvième session du Groupe de travail III (Droit des transports), le Conseil des Chargeurs Européens (ESC) a soumis au secrétariat ses observations et propositions concernant les dispositions du projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] qu'il est prévu d'examiner à cette session.

On trouvera dans l'annexe à la présente note le texte de ces observations tel qu'il a été reçu par le Secrétariat.

ANNEXE

Introduction

1. À la suite des travaux qui ont eu lieu lors de la dix-huitième session à Vienne le European Shippers Council entend faire part de son analyse qui porte sur les points qui y ont été simplement abordés mais non effectivement réglés par la méthode du consensus, et ce dans la perspective de la dix-neuvième session prévue à New York en 2007.

2. Les positions adoptées ci-après sont basées sur les débats ayant eu lieu à Vienne ainsi que sur le document principal A/CN.9/WG.III/WP.64 augmenté de travaux spécifiques complémentaires effectués par des délégations officielles, puisque qu'à ce jour nous n'avons ni connaissance de la version consolidée du texte à la fin de la deuxième lecture ni en notre possession l'ordre du jour de la session de New York.

Limitation de responsabilité

Article 64

3. Les chargeurs souhaitent que la détermination du mode de calcul du plafond de responsabilité prenne en compte la valeur effective des marchandises transportées par voie maritime. Plutôt que de se référer dogmatiquement aux systèmes du passé, il apparaît préférable de prendre en compte une valeur représentative des flux actuels de marchandises et de se baser sur ceux ayant une valeur élevée (échanges au départ de l'Asie vers le reste du monde).

4. Les chargeurs sont très méfiants à l'égard de l'extension apparente du champ d'application des limitations de responsabilité par rapport à La Haye-Visby et Hambourg.

5. Les chargeurs se prononcent pour la Variante A de l'article 64-2 qui applique de manière automatique la limitation la plus favorable pour le chargeur.

Article 65

6. Si ils se félicitent que le principe de la responsabilité pour retard du transporteur demeure toujours retenu, les chargeurs constatent que lors des travaux de la dix-huitième session à Vienne, le mode de calcul envisagé par certaines délégations demeure encore basé sur le montant du fret.

7. Les chargeurs soulignent à nouveau que ce critère, qui avait un sens dans les années 1970 lorsque furent négociées les règles de Hambourg, époque où les taux de fret étaient élevés (ex: taux de fret de la Far Eastern Freight Conference (FEFC) pour un conteneur de 20 chargé d'acier; environ USD 2 000/2 500), a aujourd'hui perdu de sa pertinence en raison de la volatilité des frets qui sont tombés à des niveaux très bas grâce à la concurrence. (Ex: taux "freight all kinds" (FAK) moyen sur le secteur Europe/Asie: USD 150-200/TC 20). Les chargeurs conseillent l'abandon d'un système qui ne se justifie que par la tradition et conseillent d'utiliser dans l'avenir un critère moderne.

8. Les chargeurs proposent une unicité des règles de limitation de responsabilité applicables aux deux parties au contrat de transport:

- Soit l'application d'une règle forfaitaire telle que celle indiquée à l'article 64,
- Soit le principe d'une réparation du préjudice réel, limitée à une certaine somme effectivement assurable pour les opérateurs les plus faibles.

Dans cette dernière perspective, le montant de droits de tirage spéciaux (DTS) 500 000 proposé en séance lors de la dix-huitième session par un groupe consensuel mené par la délégation suédoise, à l'occasion des discussions sur la responsabilité du chargeur causant un retard, ne nous semble pas justifié. Une somme proche de 80 000/100 000 DTS nous semble plus réaliste. Ce montant constituerait la limite de responsabilité du transporteur dont le retard a causé un préjudice prouvé, ainsi que la limite de responsabilité du chargeur dont une faute est à l'origine d'un préjudice.

9. En tout état de cause et sans préjudice de ce qui précède, si l'unanimité des délégations aboutissait à conserver un mode de calcul basé sur le montant du fret, le choix d'un multiplicateur inférieur à celui déjà existant dans la convention de Hambourg (2,5 fois le fret) serait une régression inacceptable pour les chargeurs bénéficiant de la convention la plus récente.

10. Lors de la dernière session de Vienne, un groupe informel, s'inspirant du document A/CN.9/WG.III/WP.74, a proposé un texte relatif spécifiquement à la responsabilité du chargeur lorsque celui–ci, commettant une faute, cause un retard. La proposition aboutit en substance à refuser au chargeur la possibilité de limiter sa responsabilité dans deux cas précis; lorsqu'il commet une faute qui cause un dommage au navire, ou lorsqu'une déclaration incorrecte de sa marchandise cause un retard ou un dommage.

11. Seul dans le cas, très restreint, de la responsabilité du chargeur pour un retard dont la cause ne serait pas liée à une déclaration incorrecte de la marchandise pourrait se voir limité, et ce, non pas selon la formule "une ou X fois le montant du fret", mais à hauteur d'un montant fixé arbitrairement à 500 000 DTS.

12. Une telle proposition, injustifiable en droit, aboutirait à bafouer toute règle de symétrie et d'équilibre entre la situation faite au transporteur et au chargeur. En conséquence, les chargeurs européens désirent souligner que le maintien d'une telle

clause dans la convention impacterait négativement leur adhésion au projet d'instrument et influencerait leur attitude vis à vis de leurs gouvernements respectifs lorsque que se posera la question de la signature et de la ratification de la convention. Il est aussi à noter que les chargeurs trouvent inacceptable que le texte ne conserve ni la formule des règles de La Haye-Visby, article IV (3), ni celle de Hambourg, article 12, selon laquelle le chargeur n'a pas de responsabilité sans sa faute.

13. Leur rejet du projet proposé par le groupe informel ne conduit pas pour autant les chargeurs à abandonner, comme cela a été suggéré par certaines délégations, leur prétention sur le maintien de la clause de responsabilité du transporteur en cas de retard. Cette position est en ligne avec les critères de qualité de services que l'on est en droit d'attendre de prestataires de transports engagés dans des échanges mondiaux réalisés sous la norme du juste à temps et de la qualité totale.

14. Les chargeurs refusent de se laisser entraîner dans une mécanique de "donnant-donnant" artificiellement créée pour permettre aux transporteurs de revenir sur les acquis de la convention de Hambourg en matière de responsabilité pour retard.

Article 66

15. Pour une compréhension homogène par tous les systèmes juridiques, il apparaît souhaitable de supprimer le terme "personal" de la version anglaise qui limite les cas de responsabilité. Cet élément restrictif est peu compatible avec les attentes des clients chargeurs vis à vis de leurs prestataires transporteurs qui se positionnent de plus en plus comme acteurs d'un monde maritime moderne.

16. Les chargeurs sont aussi très réticents à l'égard de l'extension apparente du champ d'application des circonstances préconisées par l'article 66 ou le transporteur ne perd pas la limitation de responsabilité.

Article 89: Autres conventions

17. Les chargeurs européens appuient l'analyse et partagent les craintes de l'Union Internationale de transport routier (IRU) dans une perspective multimodale qu'il est important de valoriser.

18. Il nous semble souhaitable de conserver l'article 27 (mais de supprimer l'article 90 qui est nuisible) et de conserver l'article 89 en le modifiant. Les chargeurs européens n'ont aucune hostilité envers un instrument multimodal neutre d'application globale mais ils sont avant tout favorables à des solutions simples, offrant une bonne prévisibilité. Dans cette perspective ils pourraient concevoir d'accepter un système unique de responsabilité et d'indemnisation, mais cette position a des limites et ne vaut que si une réelle égalité de traitement est instituée dans la convention. Or l'instrument tel qu'il existe à ce jour, est tellement déséquilibré en défaveur des chargeurs que cela les pousse à ce stade à souhaiter, à regret, l'application des conventions de transport unimodales pour les phases non maritimes, car celles-ci demeurent beaucoup plus protectrice des intérêts des chargeurs.

Article 75 et 76: Juridiction

19. En matière de désignation du tribunal, les chargeurs recherchent avant tout la prévisibilité et la simplicité, ils sont donc favorables à un article donnant une liste précise de lieux classiques de détermination du tribunal compétent, notamment ceux qui traditionnellement jalonnent l'opération de transport. Il serait souhaitable d'inclure aussi le lieu de formation du contrat.

20. Une liste la plus complète possible est préférable au système retenu qui cumule une liste de lieux et une liberté de choix total.

21. Cette dernière liberté d'élection du for pousse au "forum shopping" ce qui pourrait aboutir à la désignation d'un lieu de juridiction en dehors de la liste des lieux proposés, voire de permettre de désigner le tribunal d'un pays n'ayant pas adhéré à la convention.

22. Les chargeurs considèrent que la liberté contractuelle (cf. infra) ouverte aux parties au contrat devrait être limitée à la possibilité de choisir conventionnellement un chef de compétence parmi ceux figurant dans la liste de l'article 75 a) b) et c).

23. Les critères de l'article 76, paragraphe 2, a) b) et c) permettant une dérogation totale à l'article 75 a) b) et c) sont insuffisants pour justifier une telle dérogation. La définition du contrat de tonnage sur lequel est fondé le droit de déroger aux dispositions de l'instrument est trop générale. Seul un sévère renforcement des critères constitutifs du contrat de tonnage permettrait de justifier une telle amplitude des dérogations.

24. En outre les chargeurs soulignent également la nécessité de protéger les destinataires. De ce point de vue, le paragraphe 3 de l'article 76 n'apporte pas la sécurité souhaitée. Il faudrait ajouter au paragraphe 3 un alinéa prévoyant l'acceptation formelle de l'élection du for par le destinataire, faute de quoi ce dernier serait en droit d'imposer l'un des lieux d'action de l'article 75 de son choix.

25. Toujours dans un souci de prévisibilité, l'adhésion aux règles de désignation des juridictions contenues dans la convention devrait s'imposer à tous les pays signataires. Une convention permettant un système d'"opting out" ou "opting in" (art. 76, par. 4) compliquera inutilement la mise en œuvre de la convention. Les chargeurs ne sont donc pas favorables aux dispositions contenues ou évoquées par les délégations pendant la dix-huitième session lors des discussions relatives à l'article 76, paragraphe 4.

26. Accessoirement les chargeurs européens relèvent que rien n'est dit concernant les procédures judiciaires intentés contre le chargeur. Ce point mériterait d'être précisé dans un souci d'équilibre et de réciprocité.

Remarque sur la liberté contractuelle

27. Les chargeurs rappellent les extrêmes réserves qu'ils ont été amenés à prendre dans leurs prises de positions précédentes (A/CN.9/WG.III/WP.64) vis à vis de l'orientation de certaines délégations en faveur d'une liberté contractuelle totale qui sera préjudiciable aux chargeurs petits et moyens. Leur position sur les articles 75 et 76 renforce leur prévention à l'égard d'une liberté contractuelle uniquement fondée sur une définition insuffisante du contrat de tonnage. Il est à signaler que les Règles de La Haye et de Hambourg permettent une très grande liberté contractuelle

tout en protégeant les petits et moyens chargeurs. En reprenant simplement leurs dispositions bien connues et en excluant des dérogations en faveur du seul transporteur, il serait possible de se passer de tout l'édifice si mal construit du contrat de tonnage.

Conclusions

28. Au stade de la fin de la deuxième lecture du projet d'instrument, force est de constater que les chargeurs, déçus par la dérive d'un texte dont les orientations participent plus d'une revanche sur les acquis des règles de Hambourg, qu'à une œuvre de modernisation du droit intermodal maritime, s'interrogent sur l'utilité d'un tel instrument pour traiter du transport des prochaines décennies.

29. Le déséquilibre des principales dispositions, notamment celles concernant les règles de responsabilité, est tel à ce stade qu'ils sont pessimistes quant à un possible redressement des principaux déséquilibres d'ici la fin des travaux. Les chargeurs seront néanmoins présents à la prochaine session de New York dans un esprit constructif pour essayer de sauver ce qui peut encore l'être.

30. Le Conseil des chargeurs européens (ESC) est l'organisme qui représente les intérêts des sociétés industrielles et commerciales européennes en tant qu'utilisateur de tous les modes de transports. Les "chargeurs" sont fondamentalement des producteurs ou distributeurs de biens qu'ils commercialisent et distribuent à leurs clients. Le transport maritime est pour eux le principal vecteur des échanges internationaux.

N. Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Proposition des États-Unis d'Amérique relative à la définition de la "partie exécutante maritime", soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-neuvième session

(A/CN.9/WG.III/WP.84) [Original: anglais]

En vue de la dix-neuvième session du Groupe de travail III (Droit des transports), le Gouvernement des États-Unis d'Amérique a soumis au secrétariat la proposition jointe en annexe relative à la définition de la "partie exécutante maritime" dans le projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer].

La proposition présentée en annexe est la traduction d'un document reproduit tel qu'il a été reçu par le Secrétariat.

ANNEXE

Proposition des États-Unis d'Amérique relative à la définition de la "partie exécutante maritime"

Comme indiqué à la note 9 du document A/CN.9/WG.III/WP.81, il a été proposé que la définition de la "partie exécutante maritime" (projet d'alinéa 7 de l'article premier du projet de convention) soit modifiée pour préciser qu'un transporteur ferroviaire, même s'il fournit des services qui pourraient être considérés comme relevant des obligations du transporteur après l'arrivée des marchandises au port de chargement ou avant leur départ du port de déchargement, devrait être considéré comme une partie exécutante non maritime.

La convention s'applique aux actions contre le transporteur ou une partie exécutante maritime (projet d'article 4), mais non aux actions contre une partie exécutante non maritime. La proposition évoquée au paragraphe 1 a été faite à l'instigation de l'Association of American Railroads (AAR) (représentant les chemins de fer des États-Unis, du Canada et du Mexique). Cette dernière a fait connaître aux États-Unis depuis le début des négociations sa crainte que le transporteur ferroviaire soit par mégarde considéré comme une partie exécutante maritime lorsqu'il fournit des services dans une zone portuaire, même si le but ultime de ces services sera pratiquement toujours de faire entrer des marchandises dans un port ou de les en faire sortir, et non de les déplacer à l'intérieur du port. Les États-Unis soutiennent donc cette proposition.

Les États-Unis proposent d'ajouter la phrase suivante à la fin du projet d'alinéa 7 de l'article premier du document A/CN.9/WG.III/WP.81 (définition de la "partie exécutante maritime"):

> "Même s'il fournit des services qui relèvent des obligations du transporteur après l'arrivée des marchandises au port de chargement ou avant leur départ du port de déchargement, un transporteur ferroviaire est une partie exécutante non maritime."

O. Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Obligations du chargeur: Proposition de texte de la délégation suédoise, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-neuvième session

(A/CN.9/WG.III/WP.85) [Original: anglais]

En vue de la dix-neuvième session du Groupe de travail III (Droits des transports), le Gouvernement suédois a soumis au secrétariat le document joint en annexe concernant la responsabilité en cas de retard dans le projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]. La délégation suédoise a indiqué que ce document avait pour but de faciliter l'examen de la question au sein du Groupe de travail en proposant un texte révisé pour certaines des dispositions relatives à la responsabilité en cas de retard. Elle a ajouté que ce texte révisé ainsi que les commentaires figurant dans l'annexe avaient été établis compte tenu de ce qui était ressorti de l'examen de la question des obligations du chargeur par le Groupe de travail à sa dix-huitième session et de consultations informelles ultérieures avec d'autres délégations. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier le texte figurant en annexe lorsqu'il poursuivra son examen de la disposition du projet de convention relative à la responsabilité en cas de retard.

ANNEXE

Responsabilité en cas de retard dans le projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – solution de compromis possible

I. Introduction

1. À sa dix-huitième session, le Groupe de travail a décidé, concernant le traitement de la responsabilité en cas de préjudice purement économique ou de dommages indirects résultant d'un retard imputable au chargeur ou au transporteur, de retenir comme approche optimale pour le projet de convention la "troisième solution" (décrite dans le document A/CN.9/WG.III/WP.74), sous réserve de pouvoir définir une méthode appropriée pour limiter la responsabilité du chargeur dans ce cas (A/CN.9/616, par. 92, 93 et 100). Pendant cette session, la délégation suédoise a proposé sur cette question une solution de compromis, qu'elle présente ici par écrit, suite à la demande formulée dans ce sens par un certain nombre de délégations, afin de faciliter les débats futurs sur la question. La proposition repose sur la version consolidée du projet de convention figurant dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81.

II. Responsabilité du transporteur en cas de retard causé par un chargeur: question de la causalité

2. Comme expliqué au paragraphe 14 du document A/CN.9/WG.III/WP.74, l'intention qui sous-tend les dispositions du projet de convention relatives au retard est que le transporteur ne soit jamais responsable envers un chargeur pour un retard

causé par un acte ou une omission d'un autre chargeur. Par exemple, si le chargeur A demande réparation au transporteur au motif que le déchargement des marchandises du navire a été retardé au port de destination, le transporteur sera, dans ce cas, exonéré de responsabilité à condition qu'il puisse prouver que le retard n'est pas imputable à une faute de sa part mais au fait que le chargeur B n'a pas fourni les documents nécessaires. Le chargeur B ne saurait être considéré en l'occurrence comme un préposé ou un sous-traitant dont le transporteur est responsable.

3. Toutefois, à la dix-huitième session, certaines délégations ont exprimé la crainte que les transporteurs soient néanmoins tenus, aux termes du projet de convention, de répondre d'un retard causé par un chargeur envers tous les autres chargeurs ayant des marchandises à bord du navire (A/CN.9/616, par. 103). Pour apaiser cette crainte, on pourrait insérer, dans le projet d'article 18, un nouveau paragraphe 3 précisant que le transporteur ne serait pas responsable du préjudice ou du dommage causé dans la mesure où il est imputable à un acte ou une omission d'un autre chargeur. Cette disposition pourrait être libellée comme suit:

Article 18. Responsabilité du transporteur pour fait d'autrui

1. Le transporteur répond du manquement aux obligations lui incombant en vertu de la présente Convention causé par les actes ou omissions:

a) De toute partie exécutante; et

b) De toute autre personne, qui s'acquitte ou s'engage à s'acquitter de l'une quelconque des obligations incombant au transporteur en vertu du contrat de transport, dans la mesure où elle agit, directement ou indirectement, à la demande de ce dernier ou sous sa supervision ou son contrôle.

[2. Le transporteur n'est responsable en vertu du paragraphe 1 du présent article que lorsque la partie exécutante ou l'autre personne a commis l'acte ou l'omission dans le cadre de son contrat, travail ou mandat.]

3. Le transporteur n'est responsable envers un chargeur ou un destinataire d'aucun préjudice ou dommage dans la mesure où celui-ci est imputable à un acte ou une omission d'un autre chargeur.

4. On pourrait opposer à la proposition visant à introduire cette précision dans le projet d'article 18 qu'une règle analogue figure déjà au projet d'article 17, paragraphe 2, lequel prévoit que le transporteur est exonéré de sa responsabilité s'il peut prouver que la perte, le dommage ou le retard n'est pas imputable à sa faute ou à la faute de l'une quelconque des personnes dont il est responsable en vertu du projet d'article 18 (A/CN.9/616, par. 104). Le projet d'article 17 risque cependant d'être interprété, dans certains pays du moins, de telle manière que le transporteur serait malgré tout jugé responsable envers un chargeur ayant des marchandises à bord du navire, peut-être pour ne pas avoir mis en place des systèmes visant à empêcher que celui-ci subisse les conséquences d'un retard causé par un autre chargeur. En pareil cas, une précision de cette nature pourrait être utile.

III. Limitation de la responsabilité du chargeur en cas de retard

5. À la dix-huitième session du Groupe de travail, certaines délégations ont exprimé des préoccupations face au risque potentiellement très élevé pour le chargeur de voir sa responsabilité engagée, en particulier en cas de préjudice purement économique (A/CN.9/616, par. 105 et 106). Un moyen de limiter ce risque est de plafonner la responsabilité du chargeur pour le préjudice économique dû à un retard pur et simple résultant d'un manquement aux obligations prévues aux projets d'articles 27, 29 et 31, paragraphe 1. On rendrait ainsi le risque couru en cas de retard pur et simple plus prévisible et donc assurable. En revanche, le chargeur sera entièrement responsable du préjudice économique résultant d'un manquement aux obligations que lui imposent les projets d'article 31, paragraphe 2, et 32, en ce qui concerne l'exactitude des informations et les marchandises dangereuses, qu'il y ait ou non retard pur et simple. La responsabilité n'est pas limitée dans ce cas, car les obligations en question sont considérées à ce point essentielles pour le transporteur qu'un chargeur qui ne les respecte pas ne mérite pas d'être protégé par une telle limitation. S'agissant du manquement à ses obligations en vertu des projets d'articles 27, 29 et 31, paragraphe 1, le chargeur sera aussi entièrement responsable du préjudice indirect résultant d'un dommage matériel causé au navire ou à une autre cargaison, ou d'un préjudice corporel. En ce qui concerne la responsabilité pour les dommages matériels au navire ou à une autre cargaison ou pour le préjudice corporel, sa responsabilité est déjà illimitée aussi bien dans les Règles de La Haye-Visby que dans les Règles de Hambourg, ce qui ne semble pas avoir posé de problèmes en pratique.

6. Si l'on décide que la responsabilité du chargeur pour retard pur et simple devrait être limitée, il faut alors s'assurer que la limite ne s'applique pas à l'obligation de payer des surestaries ou des dommages-intérêts pour l'immobilisation du navire découlant de chartes-parties ou d'autres contrats de transport ne relevant pas du champ d'application du projet de convention.

7. Il s'est avéré difficile de lier la limite de responsabilité au poids ou à la valeur des marchandises ou encore au fret. Aucun de ces critères ne correspond au risque. Par exemple, un chargeur qui expédie des déchets pourrait causer les mêmes dommages qu'un chargeur expédiant du matériel électronique. Il semble donc préférable d'arrêter un montant fixe pour la limite. Ce type de responsabilité pourrait aussi être aisément prévu sous la forme de clause de responsabilité dans l'assurance des marchandises. En ce qui concerne le montant lui-même, son objectif général devrait être que les chargeurs assument une responsabilité entière dans les cas ordinaires et soient protégés d'un risque excessif dans les cas extraordinaires, afin de rendre la responsabilité assurable. Une limite fixée à 500 000 DTS permettrait de couvrir entre 260 et 320 réclamations environ d'autres chargeurs pour la totalité du fret, si l'on considère que le taux de fret moyen d'un conteneur se situe entre 1 500 et 3 000 dollars des États-Unis. Une disposition arrêtant une telle limite pourrait être formulée comme suit:

Article 30 ter. *Limitation de la responsabilité du chargeur en cas de préjudice causé par un retard*

1. En cas de préjudice économique dû à un retard, à l'exclusion de celui résultant de la perte ou du dommage subi par le navire ou par une autre cargaison ou d'un préjudice corporel, la responsabilité du chargeur pour

manquement aux obligations qui lui incombent en vertu du présent chapitre, à l'exception des articles 31, paragraphe 2, et 32, est limitée à un montant égal à [500 000] DTS par événement.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas aux obligations de payer des surestaries ou des dommages-intérêts pour l'immobilisation du navire découlant de chartes-parties ou d'autres contrats de transport ne relevant pas du champ d'application de la présente Convention[, incorporés dans un document de transport ou un document électronique concernant le transport].

IV. Disposition générale relative à la causalité

8. À la dix-huitième session, certaines délégations ont également indiqué qu'il pourrait être nécessaire d'introduire une disposition plus générale sur la causalité en cas de responsabilité pour retard afin qu'il ne soit pas porté atteinte aux principes généraux de la loi nationale portant sur ce point (A/CN.9/616, par. 107 et 108). D'autres délégations ont jugé une telle disposition inutile, puisque, dans le silence du projet de convention, c'est automatiquement la loi nationale qui s'applique. On pourrait cependant arguer que le simple fait de prévoir des dispositions sur la responsabilité du chargeur au chapitre 8 risque d'avoir pour effet de porter atteinte aux principes de la loi nationale relatifs à la causalité. Une disposition sur la causalité doit être restreinte, s'agissant du transporteur, à la seule responsabilité due au retard. À défaut, elle irait à l'encontre du droit du transporteur de limiter sa responsabilité à la valeur des marchandises dans les cas où celles-ci sont perdues ou endommagées. Une solution que le Groupe de travail pourrait éventuellement envisager consisterait à ajouter un nouveau paragraphe (par. 4) au projet d'article 22. Cet article serait alors libellé comme suit:

Article 22. Calcul de la réparation

1. Sous réserve de l'article 62, la réparation due par le transporteur pour la perte ou le dommage subi par les marchandises est calculée par référence à la valeur de ces marchandises au lieu et au moment de livraison prévus conformément à l'article 11.

2. La valeur des marchandises est déterminée d'après le cours en bourse ou, à défaut, d'après leur valeur marchande ou, à défaut de l'un et de l'autre, d'après la valeur usuelle de marchandises de même nature et qualité au lieu de livraison.

3. En cas de perte ou de dommage subi par les marchandises, le transporteur n'est tenu au paiement d'aucune réparation dépassant ce qui est prévu aux paragraphes 1 et 2 du présent article sauf lorsque le transporteur et le chargeur sont convenus de calculer la réparation d'une autre manière dans les limites du chapitre 19.

4. Sous réserve de l'article 63, le préjudice économique dû à un retard dans la livraison des marchandises est calculé selon les règles et principes établis dans la loi nationale applicable.

9. La disposition correspondante sur le calcul du préjudice dû à la faute du chargeur devra constituer un nouvel article du chapitre 8 sur les obligations du chargeur. Toutefois, elle ne devrait pas être restreinte au préjudice économique dû à

un retard, mais devrait s'appliquer à tous les types de préjudice et de dommage. Elle pourrait être libellée comme suit:

Article 30 bis. *Calcul de la réparation*

Sous réserve de l'article 30 *ter*, le préjudice ou le dommage dû au manquement à l'une quelconque des obligations incombant au chargeur en vertu du présent chapitre est calculée selon les règles et principes établis dans la loi nationale applicable.

P. Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Proposition des délégations danoise, finlandaise et norvégienne sur le projet d'article 37-1 a) relatif aux données du contrat, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-neuvième session

(A/CN.9/WG.III/WP.86) [Original: anglais]

En vue de la dix-neuvième session du Groupe de travail III (Droit des transports), les Gouvernements danois, finlandais et norvégien ont soumis au secrétariat la proposition jointe en annexe, relative au projet d'article 37-1 a) sur les données du contrat dans le projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer].

La proposition présentée en annexe est la traduction d'un document reproduit tel qu'il a été reçu par le Secrétariat.

ANNEXE

Données du contrat

1. En vertu du projet d'article 37-1 a), le transporteur est tenu d'inclure une "description des marchandises" telle qu'elle a été fournie par le chargeur. Il peut cependant se protéger en apportant une réserve au document s'il ne dispose d'aucun moyen matériellement applicable ou commercialement raisonnable de vérifier l'exactitude des informations (voir projet d'article 41-2 a)). Quoi qu'il en soit, il doit inclure les informations fournies par le chargeur. Le projet de convention ne prévoit aucune limite à la quantité d'informations, à la nature de ces informations, aux descriptions, etc. que le chargeur peut demander à voir figurer dans le document de transport, ce qui est une innovation par rapport à la disposition équivalente des Règles de La Haye, de La Haye-Visby et de Hambourg.

2. En pratique, les chargeurs ont de plus en plus tendance à fournir des descriptions techniques longues et détaillées des marchandises, qu'ils veulent voir insérées dans le document de transport. Il est important que le projet de convention prévoie une limite quant à la longueur, à la nature et au degré de détail des informations dont le chargeur peut demander l'insertion dans le document de transport. En l'absence d'une telle limite, le transporteur est obligé de vérifier toutes les informations fournies par le chargeur dont la vérification est matériellement réalisable ou commercialement raisonnable (voir projet d'article 41-2 a)). Lorsqu'il s'agira d'inclure une quantité considérable d'informations ou des informations d'une nature particulière dans le document de transport, le caractère matériellement réalisable ou commercialement raisonnable de cette vérification sera souvent une question d'appréciation – et donc source de conflits. La possibilité d'insérer des données trop nombreuses et trop détaillées dans les documents de transport rend le respect de l'obligation de vérification raisonnable nettement plus difficile et contraignant pour le transporteur. D'une part, elle entraîne une insécurité accrue liée

à la lecture de plusieurs pages d'informations, de l'autre, elle ouvre la voie à l'inclusion de données qui ont un rapport lointain, voire n'ont aucun lien avec le contrat de transport et qui sont donc mal connues du transporteur. En outre, elle risque d'avoir des incidences négatives sur le critère de "caractère raisonnable" devant être appliqué au transporteur.

3. Afin de répondre à ces préoccupations, il est suggéré de modifier le texte comme suit:

> Le projet d'article 37-1 a) devrait être libellé de la manière suivante: "Une description des marchandises ***en termes généraux***;".

Cette proposition s'inspire de la formulation de l'article 14 e) des Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (6e révision) (RUU 600), qui fait en sorte que le document de transport continue de remplir sa fonction dans le commerce international. Elle est aussi très similaire à la solution retenue dans l'article 15-1 a) des Règles de Hambourg, qui parle de la "nature générale des marchandises".

Q. Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Commentaires de la Chambre internationale de la marine marchande, du BIMCO et de l'International Group of P&I Clubs sur le projet de convention, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-neuvième session

(A/CN.9/WG.III/WP.87) [Original: anglais]

En vue de la dix-neuvième session du Groupe de travail III (Droit des transports), la Chambre internationale de la marine marchande, le BIMCO et l'International Group of P&I Clubs ont soumis au secrétariat leurs commentaires à propos du projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] (A/CN.9/WG.III/WP.81) qu'il est prévu d'examiner à cette session.

On trouvera dans l'annexe à la présente note la traduction de ces commentaires tels qu'ils ont été reçus par le Secrétariat.

ANNEXE

Commentaires de la Chambre internationale de la marine marchande, du BIMCO et de l'International Group of P&I Clubs sur le projet de convention (A/CN.9/WG.III/WP.81)

Introduction

La Chambre internationale de la marine marchande, le BIMCO et l'International Group of P&I Clubs (ci-après dénommés collectivement "nous") souhaiteraient formuler, à propos du projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer], tel qu'il figure dans le document de la CNUDCI publié sous la cote A/CN.9/WG.III/WP.81, les commentaires ci-après.

Projet d'article 6 – Exclusions particulières

Paragraphe 1 b)

Supprimer le mot "contrats" et le remplacer par "autres arrangements contractuels…".

Paragraphe 2 a)

Supprimer les termes "contrat d'utilisation" et les remplacer par "autre arrangement contractuel n'a été conclu entre les parties en vue de l'utilisation". Après "sur ce navire", supprimer "n'a été conclu entre les parties, que ce contrat soit ou non une charte-partie".

Justification: Les suggestions de modification ci-avant ont pour but de clarifier le texte.

Projet d'article 12 – Déplacement n'entrant pas dans le champ du contrat de transport

Nous préférons de loin la première solution entre crochets.

Justification: Le transporteur souhaitera peut-être aider le chargeur qui demande un préacheminement ou un postacheminement des marchandises. La façon la plus efficace de fournir ce service serait d'utiliser un document de transport direct mais, en pareil cas, le transporteur ne devrait agir qu'en qualité de représentant du chargeur pour ce pré ou postacheminement afin que ce dernier en assume toujours les risques et la responsabilité. Cette pratique est largement répandue et assure la fluidité du commerce international dans un cadre où les risques sont bien délimités. Si l'on choisit la seconde solution entre crochets, de nombreux transporteurs risquent de ne pas accepter d'organiser le pré- ou postacheminement en qualité de représentants et ne voudront contracter que pour l'ensemble du transport combiné. Cette seconde solution diminue donc la flexibilité, ce qui n'est bon ni pour les transporteurs ni pour les chargeurs.

Projet d'article 17 – Fondement de la responsabilité

Projet d'article 26 – Transport précédant ou suivant un transport par mer

Il faudrait, partout où ils apparaissent dans ces articles, remplacer les mots "événement ou circonstance" par le mot "événement".

Justification: Le mot "circonstance " a une portée trop large et ne correspond pas à l'intention des articles en question. Il est en outre inutile et superflu d'employer à la fois "événement" et "circonstance". Le mot "événement" seul, qui est plus conforme au sens et à l'esprit des articles, devrait remplacer la formulation actuelle.

Projet d'article 18 – Responsabilité du transporteur pour fait d'autrui

Paragraphe 2 – Enlever les crochets.

Justification: Il est important, par principe, que la responsabilité du transporteur pour les actes de ses représentants, salariés et sous-traitants soit limitée aux cas où ceux-ci agissent dans le cadre de leur représentation, de leur travail ou de leur contrat. Voir également, ci-après, la proposition relative au projet d'article 19.

Projet d'article 19 – Responsabilité des parties exécutantes maritimes

Paragraphe 4 – Nous sommes favorables au principe qui sous-tend ce paragraphe, mais nous pensons que celui-ci aurait davantage sa place dans un article indépendant et devrait être étendu à l'ensemble des parties qui exécutent les obligations du transporteur en vertu de la convention.

Justification: Le salarié, le représentant et le sous-traitant du transporteur et la partie exécutante maritime devraient bénéficier de l'ensemble des droits, exonérations et limites de responsabilité dont dispose le transporteur en vertu de la convention pour manquement à ses obligations ou devoirs contractuels, au cas où une action serait intentée directement à son encontre en vertu du projet de

convention (clause "Himalaya"). Ce projet de paragraphe est fidèle à ce principe mais comme il vise, à juste titre, un ensemble plus large de parties que celles mentionnées dans son titre (parties exécutantes maritimes), il est plus logique d'en faire un article indépendant.

Enfin, nous proposons d'introduire dans la disposition une règle semblable au paragraphe 2 du projet d'article 19, mais appliquée au transporteur, à la partie exécutante et à la partie exécutante maritime.

Projet d'article 26 – Transport précédant ou suivant un transport par mer

Paragraphe 1 – La référence faite à la "la loi nationale" dans le chapeau du paragraphe devrait être supprimée.

Paragraphe 1 a) – Nous préférons la variante B, de laquelle serait supprimée la référence entre crochets à la loi nationale.

Justification: Seules les règles figurant dans les conventions ou les instruments internationaux devraient pouvoir prévaloir sur les dispositions du projet de convention, car ces règles seront aisément et rapidement identifiables. Le fait de permettre à des dispositions de la loi nationale, quelles qu'elles soient et d'où qu'elles proviennent, de l'emporter, créerait une insécurité considérable quant à l'étendue de la responsabilité du transporteur et du chargeur. Nous préférons la variante B du paragraphe 1 a) car elle pose des critères plus restreints quant aux circonstances devant être réunies pour pouvoir écarter le projet de convention et introduit le facteur de pertinence.

Projet d'article 27 – Remise des marchandises pour le transport

Paragraphe 2 – Remise des marchandises pour le transport

Nous proposerions d'appuyer la suppression des crochets autour du paragraphe 2.

Justification: Lorsque le chargeur accepte de réaliser les opérations énumérées au projet d'article 14-2, il est juste d'imposer qu'elles soient exécutées avec le même soin que celui exigé du transporteur au projet d'article 14-1.

Projet d'article 32 – Règles spéciales concernant les marchandises dangereuses

Alinéa a) – Nous sommes favorables à la suppression des crochets autour des termes "du transport de ces marchandises" et à la suppression des mots "de ce défaut d'information" à la fin de l'alinéa.

Justification: Le transporteur se trouve exposé à un préjudice et des dommages considérables si des marchandises dangereuses sont chargées sur son navire sans qu'il en ait eu connaissance et qu'il ait donné son consentement. Il est donc tout à fait raisonnable que le transporteur se voie accorder la protection la plus large qui soit en pareilles circonstances et que le chargeur réponde alors de toutes les conséquences du chargement et du transport de ces marchandises.

Projet d'article 37 – Données du contrat

Paragraphe 1 a) – L'expression "une description des marchandises" pourrait amener le chargeur à insérer une description très longue et détaillée. Nous nous

demandons donc s'il ne faudrait pas limiter ici expressément l'étendue de la description des marchandises.

Projet d'article 38 – Identité du transporteur

Paragraphe 2 – Nous sommes résolument opposés à la présomption proposée au paragraphe 2 et la variante A comme la variante B devraient donc toutes deux être supprimées.

Justification: Lorsque le propriétaire inscrit est une entité distincte de l'exploitant du navire, il est rare qu'il ait, en pratique, quelque influence que ce soit sur le fonctionnement du navire. Bien souvent, d'ailleurs, le propriétaire inscrit est une institution financière. Le secteur maintient que le chargeur est le mieux placé pour établir l'identité du transporteur contractant et que les parties acquérant des connaissements ne devraient pas être mises dans une meilleure position que lui. Étant donné que le projet d'article 37-2 b) impose désormais au chargeur de préciser le nom et l'adresse du transporteur et qu'il est convenu, dans le projet d'article 38-1, que toute mention contraire figurant à un autre endroit du document de transport est sans effet juridique, c'est aux tribunaux qu'il revient de trancher, conformément à la loi applicable, toute ambiguïté pouvant survenir par la suite, et non au projet de convention.

Projet d'article 41 – Réserves concernant la description des marchandises dans les données du contrat

Le projet d'article 41 revêt une importance pratique considérable pour les transporteurs. Il faut absolument qu'ils sachent quand et comment apporter des réserves: afin d'éviter toute incertitude à ce sujet, il faudrait quelque peu restructurer et reformuler le projet d'article 41. Il faudrait notamment qu'il établisse une distinction plus claire entre les cas où le transporteur doit apporter des réserves et ceux où il peut le faire. De plus, il ressort de la structure de l'article que les réserves visées au paragraphe 1 sont plutôt destinées à "rectifier" les mentions du chargeur, alors que les réserves visées aux paragraphes 2 et 3 sont plutôt destinées à permettre au transporteur de se "réserver" des droits. Nous voudrions proposer que cette distinction soit rendue plus claire dans l'article. En particulier, si le mot "qualify" convient au paragraphe 1, il vaudrait mieux utiliser, dans la version anglaise, "reservation" aux paragraphes 2 et 3. Le paragraphe 1 a) n'est pas très clair non plus, le mot "material" y étant employé deux fois en anglais ("any material statement", en français "l'une quelconque des mentions essentielles", et "is materially false or misleading", en français "présente un caractère erroné ou trompeur déterminant"). S'il s'agit là d'un effet voulu, on peut se demander s'il y a une raison particulière de ne pas reprendre la même formulation à l'alinéa b) du même paragraphe. Nous souhaiterions également savoir quelle est la différence entre une "mention présentant un caractère erroné déterminant" (materially false) et une "mention fausse" (false).

Projet d'article 42 – Force probante des données du contrat

Nous sommes fermement opposés au projet d'article 42 b) ii), dans la mesure où il propose d'étendre le caractère irréfragable des mentions figurant dans un document de transport non seulement à tous les documents de transport non négociables

transférés à un destinataire et devant être présentés pour l'obtention des marchandises, mais encore aux lettres de transport maritime.

Dans la pratique commerciale, la distinction faite à la dernière phrase du projet d'article 42 c) n'est, concrètement, d'aucune utilité.

Justification: Par principe, les documents négociables ne devraient avoir la qualité de présomption irréfragable que lorsqu'un tiers acquéreur se fie aux mentions de ces documents pour acheter les marchandises. Lorsque cela n'a pas été le cas, il n'y a pas de raison de placer le destinataire d'un document non négociable dans une meilleure position que le chargeur. Cela étant, le projet de convention devrait être souple et reconnaître aux parties la liberté de s'entendre sur des clauses contractuelles commercialement acceptables. Une solution de compromis possible pourrait donc consister à conférer un caractère irréfragable aux mentions figurant dans les documents non négociables lorsque les parties en conviennent ainsi en l'indiquant sur le recto du document.

Projet d'article 46 – Livraison lorsque aucun document de transport négociable ou document électronique négociable concernant le transport n'est émis

Alinéa c) – Supprimer les mots "après avoir été avisé de leur arrivée".

Justification: Nous rappelons qu'il avait été convenu de ne pas imposer d'obligation absolue de donner notification de l'arrivée des marchandises et, de fait, une telle obligation n'est pas prévue dans les articles qui suivent. La référence à cette obligation dans l'article est donc vraisemblablement une erreur et devrait être supprimée.

Projet d'article 49 – Livraison en cas d'émission d'un document de transport négociable ou d'un document électronique négociable concernant le transport

Alinéa f) – Après "autres que le droit de demander la livraison des marchandises", ajouter "ou une indemnisation pour le défaut de livraison des marchandises".

Justification: On peut faire valoir que la formulation actuelle, si elle exclut le droit de demander la livraison des marchandises, n'exclut pas celui de demander réparation pour le préjudice résultant du défaut de livraison. La modification proposée vise à écarter cette possibilité.

Alinéa g) – Cette disposition devrait être supprimée.

Justification: Il est d'une grande importance pratique que le transporteur, en livrant les marchandises conformément aux dispositions des alinéas a) à d) du projet d'article 49, soit libéré de toute autre obligation relative à la livraison. Le porteur d'un document de transport qui acquiert celui-ci de bonne foi après la livraison peut acquérir d'autres droits, mais pas celui de demander la livraison des marchandises ou de demander réparation pour le préjudice résultant du défaut de livraison. Ce principe est accepté à l'alinéa f) du projet d'article 49, et il est difficile de comprendre pourquoi le simple fait que l'intéressé n'ait pas connaissance de la livraison au moment où il devient porteur du document devrait justifier que l'on s'écarte de ce principe important à l'alinéa g) du même article. Si cet alinéa est retenu, il y a un risque que le porteur au moment de la livraison transfère simplement le document de transport à une autre personne de bonne foi et fasse ainsi renaître le droit de demander la livraison.

Projet d'article 50 – Marchandises restant non livrées

Paragraphe 5 – Cette disposition devrait être modifiée pour délimiter plus clairement la responsabilité du transporteur.

Justification: La responsabilité du transporteur devrait reposer sur une règle ordinaire de responsabilité pour faute, dans laquelle la charge de la preuve pèserait sur l'ayant droit. Cette responsabilité devrait être liée non seulement à la conservation des marchandises, mais encore à toutes mesures prises par le transporteur en vertu du projet d'article 50-1. Cette règle devrait être complétée par une règle spéciale selon laquelle un transporteur n'est pas responsable des dommages subis par les marchandises, ni d'aucun autre dommage ou préjudice découlant du fait que le destinataire n'en a pas pris réception, dès lors qu'elles ont été remises à une personne ou autorité compétente, à savoir un exploitant de terminal, une autorité publique ou une autre personne ou autorité indépendante qui prend soin des marchandises. La destruction ou la vente des marchandises ne sont souvent pas envisageables, et il faudrait donc fournir au transporteur d'autres possibilités de se décharger d'une responsabilité continue. Une autre solution consisterait à introduire une conception élargie de la livraison, dans laquelle les marchandises seraient réputées livrées dès lors qu'elles seraient remises à une telle autorité ou personne. Comparer les principes du projet d'article 11-3 et du projet d'article 55.

Projet d'article 54 – Exécution des instructions par le transporteur

Paragraphe 4 – Enlever les crochets.

Justification: Il est préférable, pour des raisons d'harmonisation des règles de responsabilité, que la responsabilité visée dans cet article, y compris celle en cas de retard, soit traitée dans la convention plutôt que par la loi nationale.

Projet d'article 60 – Responsabilité du porteur

Paragraphe 2 – Nous préférons la première solution entre crochets.

Justification: Cette formulation est plus claire et plus complète pour ce qui est des responsabilités que doit assumer le porteur. En outre, puisqu'il s'agit de responsabilités qui sont effectivement incorporées dans le document de transport ou qui peuvent effectivement être déterminées à partir de ce document, il est également plus équitable à l'égard du porteur de retenir cette solution, plutôt que de lui imposer les responsabilités prévues dans la convention, dont il peut ne pas avoir connaissance.

CHAPITRE 12 – TRANSFERT DE DROITS

Ce chapitre permet de définir clairement qui peut donner des instructions au transporteur quant à la livraison de la cargaison. Il est d'une grande utilité, en ce qu'il permet d'harmoniser les lois nationales dans un domaine où des règles bien différentes s'appliquent d'un bout à l'autre du monde. Cette harmonisation faciliterait grandement le commerce international, et nous approuvons donc ce chapitre.

Projet d'article 62 – Limites de responsabilité

Paragraphe 1 – Il faudrait garder à l'esprit les décisions déjà prises concernant la responsabilité du transporteur. Il a été convenu notamment: a) d'exclure l'exception d'erreur de navigation; b) de faire peser sur le transporteur l'obligation d'exercer une diligence raisonnable pour maintenir le navire en état de navigabilité tout au long du voyage plutôt que de limiter cette obligation au début du voyage; et c) d'engager la responsabilité du transporteur en cas de retard. L'ensemble de ces changements a eu pour résultat de modifier radicalement le régime de la responsabilité, de telle manière que le transporteur sera responsable dans la plupart des cas. Ce résultat aura de graves incidences économiques pour les propriétaires de navires et leurs assureurs et il revêt une grande importance au moment de décider des limites de responsabilité du transporteur.

En ce qui concerne le souci de garantir un niveau d'indemnisation suffisant, l'expérience en la matière montre que l'immense majorité des réclamations entrent dans les limites de responsabilité fixées par les Règles de la Haye-Visby (voir la note 2 du document A/CN.9/WG.III/WP.34) et aucune preuve contraire n'a été avancée. Il ne faut pas oublier que le projet de convention contient un mécanisme permettant de relever les limites de responsabilité si elles sont jugées insuffisantes au moyen de la procédure d'amendement tacite du projet d'article 99, qui sera d'une grande importance pratique. De plus, dans le cas où la valeur d'une cargaison est élevée, le chargeur devrait être encouragé à la déclarer dans le connaissement de manière à ce que le fret soit adapté en conséquence.

En outre, nous sommes toujours favorables au concept de fret "*ad valorem*".

Paragraphe 2 – Remplacer les variantes A et B par une disposition prévoyant que lorsque le lieu où le dommage s'est produit est inconnu, les règles et limites de responsabilité fixées par le projet de convention s'appliquent.

Justification: Tout contrat de transport entrant dans le champ d'application du projet de convention comprendra nécessairement une étape maritime qui, dans la majorité des cas, sera l'étape la plus longue, du point de vue tant de la durée que de la distance. Dans ces conditions, il serait tout à fait logique d'appliquer les règles de responsabilité et de limitation prévues à l'étape maritime pour les dommages cachés. Une responsabilité plus importante en cas de dommages cachés pourrait dissuader les transporteurs maritimes de proposer des documents de transport multimodal et entraîner une hausse des coûts d'assurance.

Projet d'article 63 – Limites de responsabilité pour le préjudice causé par le retard

Le texte du projet de convention devrait prévoir, à la fois pour le transporteur et pour le chargeur, une responsabilité en cas de retard causant un préjudice économique ainsi qu'un plafond de responsabilité approprié pour chaque partie.

Justification: À sa dix-huitième session tenue à Vienne en 2006, le Groupe de travail s'est prononcé en faveur de la troisième solution proposée par la Suède dans le document A/CN.9/WG.III/WP.74. Selon cette solution, le projet de convention devrait prévoir une responsabilité limitée en cas de retard pour le chargeur comme pour le transporteur, sous réserve de convenir d'une méthode appropriée pour limiter la responsabilité du chargeur. Le secteur est vivement favorable à cette

solution, car elle assure l'égalité de traitement entre les parties, principe important qu'il faut respecter dans le projet de convention si l'on veut qu'il recueille l'adhésion du plus grand nombre. En ce qui concerne la limite de responsabilité, le secteur est favorable à la proposition examinée en détail à la dix-huitième session, selon laquelle la limite devrait être égale à une fois le fret pour le transporteur et à 500 000 dollars des États-Unis pour le chargeur. De plus, pour respecter la liberté contractuelle des parties, il faudrait leur donner le droit d'adapter cette limite en utilisant une formulation du type "sauf convention contraire".

CHAPITRE 15 – COMPÉTENCE

Nous sommes favorables à une modification par laquelle l'inclusion du chapitre sur la compétence serait facultative. Nous appuyons la proposition selon laquelle, pour ce faire, il faudrait prévoir une clause d'acceptation partielle qui laisse aux États incorporant les dispositions relatives à la compétence le droit de déterminer, conformément à leur politique juridique, s'il faut donner ou non effet à un accord exclusif d'élection de for quel que soit le contrat, ce qui revient à une acceptation partielle.

CHAPITRE 16 – ARBITRAGE

Projet d'article 78 – Convention d'arbitrage dans le transport de ligne régulière

Cet article devrait comprendre une clause d'acceptation partielle du même type que celle prévue au paragraphe 3 du projet d'article 70 dans le chapitre sur la compétence.

Justification: Il a été convenu à la dix-huitième session du Groupe de travail tenue à Vienne en 2006 que si l'approche proposée actuellement concernant la compétence s'applique au transport de ligne régulière, il est essentiel de prévoir aussi pour l'arbitrage la clause d'acceptation partielle suggérée dans cette approche, afin qu'un État puisse reconnaître une convention d'arbitrage et lui donner effet de même qu'il reconnaîtrait un accord exclusif d'élection de for. En outre, les droits définis dans une convention d'arbitrage devraient être réciproques, c'est-à-dire permettre aussi bien les actions intentées par un transporteur que celles intentées à son encontre.

Projet d'article 79 – Convention d'arbitrage dans le transport autre que de ligne régulière

Le transport de vrac est expressément exclu des dispositions sur l'arbitrage. Il convient cependant de préciser que le même statut est reconnu à la clause attributive de compétence d'une charte-partie qu'à la clause compromissoire d'une charte-partie.

Projet d'article 88 – Dispositions générales

Les paragraphes 1 et 2 devraient avoir exactement la même portée.

Projet d'article 99 – Amendement des limites

La procédure d'amendement tacite des limites de responsabilité est un aspect extrêmement important du projet de convention, qui assurera sa pertinence et lui permettra de s'adapter à des situations changeantes. Nous y sommes donc tout à fait favorables. Nous proposons que les dispositions de ce projet d'article s'étendent également aux limites de responsabilité du chargeur en cas de retard.

R. Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Proposition commune de l'Australie et de la France concernant les contrats de tonnage, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-neuvième session

(A/CN.9/WG.III/WP.88) [Original: anglais/français]

En vue de la dix-neuvième session du Groupe de travail III (Droit des transports), les Gouvernements de l'Australie et de la France ont soumis au secrétariat des propositions concernant les contrats de tonnage dans le projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer].

Cette note et le document A/CN.9/612 font référence à des dispositions du projet de convention telles qu'elles figuraient dans le document A/CN.9/WG.III/WP.56 et non dans la version révisée du projet de convention (A/CN.9/WG.III/WP.81). Ces propositions sont supplémentaires aux propositions dans le document A/CN.9/612. On trouvera dans l'annexe à la présente note le texte de ces propositions tel qu'il a été reçu par le Secrétariat.

ANNEXE

Proposition commune de l'Australie et de la France concernant les contrats de tonnage

Propositions concernant les contrats de tonnage

Dans le document A/CN.9/612, remplacer le paragraphe 12 par ce qui suit:

> "12. Il serait souhaitable de préciser la définition du contrat de tonnage donnée au paragraphe b) du projet d'article premier comme suit:
>
> > Le terme 'contrat de tonnage' désigne un contrat de transport négocié par les parties par lequel le transporteur consent des conditions spéciales pour le transport d'une importante quantité de marchandises, en plusieurs expéditions, pendant une période fixée qui ne saurait être inférieure à un an. La quantité peut être spécifiée sous forme d'un minimum, d'un maximum ou d'une fourchette."

Après le paragraphe 12 dans le document A/CN.9/612, introduire ce qui suit et renuméroter les paragraphes suivants:

> "13. La définition proposée clarifie la notion de contrat de tonnage dans le cadre de la Convention. Ce type de contrat possède la particularité d'être négocié entre les parties compte tenu du fait que celles-ci s'engagent sur une durée longue et pour une quantité importante. Il se distingue ainsi du contrat de transport qui constitue d'ordinaire un contrat d'adhésion, le connaissement n'étant pas discuté mais seulement signé par le chargeur. Ce sont cette longue durée et cette importante quantité qui justifient les dérogations permises à la Convention par l'article 89 (dernière version)."

S. Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Propositions de la France, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-neuvième session

(A/CN.9/WG.III/WP.89) [Original: français]

En vue de la dix-neuvième session du Groupe de travail III (Droit des transports), la délégation française a soumis au secrétariat ses propositions concernant l'articulation du projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] avec les conventions portant sur d'autres modes de transport.

On trouvera dans l'annexe à la présente note le texte de ces propositions tel qu'il a été reçu par le Secrétariat.

ANNEXE

Propositions de la France concernant l'articulation entre le projet de convention sur le transport entièrement ou partiellement par mer et les conventions applicables aux modes de transport terrestre ou aérien.

Commentaires

Les dispositions traitant de l'articulation entre le projet d'instrument de la CNUDCI sur le transport entièrement ou partiellement par mer et les autres conventions modales se trouvent actuellement réparties sur quatre articles en trois chapitres différents (articles 27; 64-2; 89 et 90, chapitres 3; 13 et 19). En raison du lien étroit qu'entretiennent ces dispositions et afin d'obtenir une meilleure lisibilité, il est proposé de regrouper les articles 27, 64-2 et 89 en un article unique qui trouverait place dans le chapitre "autres conventions" à la place de l'actuel article 89. L'article 90 serait supprimé.

Dans le cadre du regroupement des articles 27, 64-2 et 89, le projet d'article consolidé comporte certaines modifications rédactionnelles:

- Au paragraphe 1 du nouvel article, l'expression "... la perte, du dommage ou du retard intervenant pendant" a été jugée trop floue et remplacée par la notion de "fait générateur de la perte, du dommage ou du retard se situant...".
- L'alinéa b) du paragraphe de l'article 27 a été jugé superflu. En effet la nécessité de déterminer une articulation entre le régime de responsabilité de la convention CNUDCI et une autre convention, ne devrait se poser que pour autant que cette autre convention comporte son propre régime de responsabilité.
- Il n'a pas paru utile dans le contexte d'une rédaction consolidée de reprendre le paragraphe 2 de l'article 27, précisant que le paragraphe 1 de l'article 27 n'a pas d'incidence sur l'application de l'article 64-2. L'article 64-2 est devenu le

paragraphe 2 du nouvel article et la rédaction proposée pour ce paragraphe précise qu'il s'applique "nonobstant le paragraphe 1" – qui reprend les dispositions de l'article 27.

- La nécessité du paragraphe 3 de l'actuel article 27 ("L'article 27 s'applique indépendamment de la législation nationale normalement applicable au contrat de transport") n'apparaît pas de façon manifeste. Ce paragraphe n'a donc pas été repris dans la rédaction consolidée.
- Le paragraphe 3 du nouvel article reprend le fond de l'article 89 sous une forme plus explicite. Il n'a pas été jugé indispensable de maintenir le renvoi à l'article 92. Par ailleurs, les termes "qui est déjà en vigueur à la date de la présente Convention" ont été supprimés de la rédaction proposée: il n'apparaît pas possible de préempter dans une convention les choix que pourraient faire éventuellement les rédacteurs d'une convention future; cette disposition ne peut avoir d'effet qu'en limitant l'appréciation des "législateurs" futurs, ce qui ne peut être.

Il est proposé également de supprimer l'article 90, comme paraît l'avoir souhaité le groupe de travail lors de sa dernière session. Cet article apparaît potentiellement en contradiction avec l'article 89. La suppression de l'article 90 rend plus certain que l'application du projet de convention CNUDCI n'entraînera pas de conflits de convention avec les instruments modaux existants.

Il peut être relevé que les expressions "chargement" et "déchargement" dans le paragraphe 1 de la proposition consolidée, peuvent poser des difficultés d'interprétation. Ces termes ne sont pas définis dans la convention. L'application du paragraphe 1 pourra conduire à ce qu'il soit fait référence aux dispositions d'une loi nationale, aux usages portuaires ou aux "*liner terms*".

On peut observer que dans le contexte de l'article 27, ou du nouvel article proposé, les expressions "chargement" et "déchargement" ont pour fonction de marquer l'avancée maximum possible des régimes de responsabilité terrestres plutôt que les limites nécessaires du régime maritime; le régime de responsabilité maritime pourra ainsi s'étendre avant le chargement ou après le déchargement, par exemple à la période de stockage ou à diverses opérations de brouettage, pour autant que ces opérations n'entrent pas obligatoirement dans le champ d'application des régimes terrestres.

Projet de nouvel article 89, consolidant les articles 27, 64-2 et 89

Article 89
Instruments internationaux régissant d'autres modes de transport

1. Lorsqu'une demande ou un différend naît de la perte, du dommage ou du retard subi par les marchandises et que le fait générateur de la perte, du dommage ou du retard se situe pendant la durée de la responsabilité du transporteur mais uniquement avant leur chargement sur le navire ou uniquement après leur déchargement du navire, les dispositions de cette convention ne l'emportent pas sur les dispositions d'une autre convention internationale [ou d'une législation nationale], qui au moment de cette perte, de ce dommage ou de ce retard–s'appliquent impérativement, selon leurs

termes, à l'ensemble ou à l'une quelconque des activités menées par le transporteur en vertu du contrat de transport pendant cette période.

2. [Nonobstant le paragraphe 1, lorsque le transporteur n'est pas en mesure d'établir si les marchandises ont été perdues ou endommagées [ou si le retard de livraison a été causé] pendant le transport par mer ou pendant le transport qui l'a précédé ou suivi, la limite de responsabilité la plus élevée prévue dans les dispositions impératives internationales [et nationales] régissant les différentes parties du transport s'applique[1].]

3. Aucune disposition de la présente convention n'interdit l'application d'une autre convention internationale relative à un mode de transport non maritime, lorsque cette convention régit impérativement un transport multimodal[2].

---

[1] Variante B de l'article 64.2.

[2] Version réécrite de l'article 89 ("Sous réserve de l'article 92, aucune disposition de la présente Convention n'interdit à un État contractant d'appliquer] [l'application d'] une autre [instrument] [convention] internationale qui est déjà en vigueur à la date de la présente Convention et qui s'applique [à titre obligatoire] à des contrats de transport de marchandises effectué [essentiellement] par un mode autre que le transport par mer").

T. Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Propositions soumises par l'Union internationale des transports routiers (IRU) concernant les articles 1-7, 26 et 90 du projet de convention, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-neuvième session

(A/CN.9/WG.III/WP.90) [Original: anglais/français]

En vue de la dix-neuvième session du Groupe de travail III (Droit des transports), l'Union internationale des transports routiers a soumis au Secrétariat des propositions concernant les articles 1-7, 26 et 90 du projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer].

On trouvera dans l'annexe à la présente note le texte de ces propositions tel qu'il a été reçu par le Secrétariat.

ANNEXE

Propositions soumises par l'Union internationale des transports routiers (IRU) concernant les articles 1-7, 26 et 90 du projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] (A/CN.9/WG.III/WP.81)

Article 1-7

1. L'IRU partage l'avis des États-Unis d'Amérique, exprimé dans l'annexe au document A/CN.9/WG.III/WP.84, selon lequel un transporteur ferroviaire ne doit pas être considéré comme "partie exécutante maritime".

En complément à cet avis et pour les mêmes raisons que celles exprimées par les États-Unis, l'IRU propose que le transporteur routier fournissant des services dans une zone portuaire ne soit pas non plus, tout comme le transporteur ferroviaire, considéré comme "partie exécutante maritime". Par conséquent, le texte proposé par les États-Unis devrait être légèrement modifié et se lire comme suit:

> "Même s'il fournit des services qui relèvent des obligations du transporteur après l'arrivée des marchandises au port de chargement ou avant leur départ du port de déchargement, un transporteur ferroviaire ou un transporteur routier est partie exécutante non maritime."

Article 26

2. L'IRU propose de biffer la Variante B du sous-paragraphe a) de l'article 26 pour les deux raisons suivantes:

– si "un autre instrument international" s'applique impérativement, cette application impérative est entravée du moment où elle dépend du fait que le chargeur ait conclu ou non un contrat séparé et direct avec le transporteur visant le trajet non maritime;

– la condition impliquant qu'il faille tenir compte du fait que le chargeur a conclu ou non un contrat séparé et direct avec le transporteur visant le trajet non maritime, est aussi en contradiction avec le sous-paragraphe c) de l'article 26, selon lequel les dispositions impératives d'autres instruments internationaux "ne peuvent pas être écartées par un contrat soit en aucun cas soit au détriment du chargeur".

Article 90, sous-paragraphe b)

3. Cette disposition, inspirée par les dispositions de l'article 6 des Règles de La Haye et des Règles de La Haye-Visby, a conduit à des abus engendrés par certains transporteurs maritimes opérant dans la Manche et la mer du Nord. Selon ces transporteurs maritimes, les conteneurs ou les véhicules routiers – dont le transport est devenu courant depuis 50 ans – sont encore considérés comme "cargaison non ordinaire" pour laquelle l'indemnité s'élève, tout au plus, à 666,67 DTS par unité, un conteneur ou un véhicule routier étant alors considéré comme une seule unité. Le fait que le document de transport énumère un nombre de colis ou cite un poids spécifique de marchandises est considéré, par ces transporteurs maritimes, comme sans pertinence. Pour éviter la propagation de tels abus par le biais de ce nouvel instrument élaboré à présent par la CNUDCI, l'IRU propose de compléter le sous-paragraphe b) en ajoutant à sa fin les mots suivants:

> "Les conteneurs ou les véhicules routiers, dont le transport est effectué par un navire entièrement ou partiellement construit pour les transporter, ne peuvent être considérés comme "cargaison non ordinaire".

U. Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Proposition des États-Unis d'Amérique sur le retard du transporteur et du chargeur, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-neuvième session

(A/CN.9/WG.III/WP.91) [Original: anglais]

En vue de la dix-neuvième session du Groupe de travail III (Droit des transports), le Gouvernement des États-Unis d'Amérique a soumis au secrétariat la proposition jointe en annexe, relative au retard du transporteur et du chargeur dans le projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer].

Le document joint en annexe est la traduction d'un document reproduit tel qu'il a été reçu par le Secrétariat.

ANNEXE

Proposition des États-Unis d'Amérique sur le retard du transporteur et du chargeur

I. Introduction

1. À la treizième session du Groupe de travail, un projet d'article prévoyant la responsabilité du transporteur en cas de dommages indirects résultant d'un retard a été inclus dans le projet de convention (A/CN.9/552, aux paragraphes 18 à 31). Plus de deux ans plus tard, à la dix-huitième session du Groupe de travail, une autre disposition prévoyant la responsabilité des chargeurs en cas de dommages indirects résultant d'un retard a été incluse dans le projet de convention (A/CN.9/616, aux paragraphes 83 à 113). Lorsque ces dispositions ont été examinées, il était entendu que des limites à la responsabilité des transporteurs et des chargeurs seraient stipulées ultérieurement[1]. Étant donné que les dispositions sur le retard du transporteur et du chargeur sont nécessairement liées afin de garantir un juste équilibre général des droits et des obligations entre les intérêts concernés, il était regrettable que ces dispositions n'aient pas été d'emblée examinées simultanément par le Groupe de travail. Il est largement admis que le texte définitif élaboré par le Groupe de travail doit être perçu comme équitable et équilibré pour accroître la probabilité d'une acceptation et d'une ratification étendues.

2. Un certain nombre de délégations n'ont pas approuvé l'approche consistant à introduire une responsabilité pour des dommages indirects résultant d'un retard pour

[1] À la dix-huitième session il a été suggéré que la limite de responsabilité en cas de retard pourrait être d'une fois le fret pour le transporteur et de 500 000 DTS (soit environ 570 000 euros ou 751 500 dollars) pour le chargeur. Les chargeurs participant au commerce avec les États-Unis s'opposent fermement aux limites proposées, qu'ils n'estiment ni justes ni équitables.

les transporteurs ou les chargeurs, estimant que cela serait source d'incertitudes juridiques et de dépenses inutiles et poserait de sérieuses difficultés de mise en œuvre pratique. Elles prévoyaient en outre qu'il serait impossible de déterminer des limites appropriées à ce type de responsabilité, que ce soit pour les transporteurs ou pour les chargeurs.

3. Bien que les États-Unis aient été l'un des pays fortement opposés à des dispositions sur le retard dans le projet de convention, leur délégation, depuis la treizième session du Groupe de travail, a mené des consultations étendues au sein du gouvernement ainsi qu'avec les milieux universitaires et le secteur concerné en vue de parvenir à une position raisonnable sur les limites de responsabilité appropriées pour compléter le régime proposé dans le projet de convention. Il n'a pas été possible de trouver des limites acceptables pour l'ensemble des principaux participants du secteur (chargeurs, transporteurs et intermédiaires). Les États-Unis continuent donc de penser qu'il sera difficile, voire impossible, de fixer des limites à ce type de responsabilité qui soient équitables et acceptables pour les parties intéressées. De plus, ils ne croient pas que le fait d'inclure une responsabilité pour retard dans le projet de convention réponde à un objectif d'ordre public légitime. Imposer des dommages et intérêts pour un retard sera pratiquement irréalisable et une mauvaise mesure d'ordre public.

4. Les États-Unis demandent respectueusement aux autres délégations d'examiner les arguments économiques et politiques exposés dans le présent document. Ce genre d'analyse n'a pas été présenté auparavant au Groupe de travail. Nous espérons que d'autres délégations parviendront, comme les États-Unis, à la conclusion qu'une responsabilité pour dommages indirects résultant d'un retard ne devrait pas être incluse de manière impérative dans la nouvelle convention.

5. À titre préliminaire il pourrait être utile de rappeler aux délégations le caractère très limité de la question dont nous sommes saisis:

– Tout le monde convient qu'une perte matérielle causée par le retard du chargeur ou du transporteur est couverte par le projet de convention. La question est ici de savoir si la perte indirecte, c'est-à-dire purement économique, devrait être couverte et, dans l'affirmative, quelles limites il conviendrait d'appliquer à la responsabilité.

– Tout le monde convient que le chargeur et le transporteur devraient être tenus responsables d'une perte indirecte causée par un retard si leur contrat le prévoit. La question est ici de savoir s'ils encourent une responsabilité pour des dommages indirects résultant d'un retard si les marchandises n'arrivent pas dans un délai "raisonnable", même si le contrat ne prévoit aucune date de livraison.

– Tout le monde convient que toute règle de responsabilité pour retard incluse dans le projet de convention ne serait pas obligatoire pour les "contrats de volume" visés par les règles spéciales de l'article 89.

– Il ne reste que deux situations: 1) le transporteur peut être tenu pour responsable des dommages indirects s'il occasionne un retard du navire, mais uniquement envers les chargeurs qui prouvent avoir subi un dommage en raison du retard causé par le transporteur (par exemple, l'usine du chargeur a dû fermer en raison de l'absence d'une pièce); et 2) un chargeur peut être tenu

responsable vis-à-vis du transporteur pour des dommages subis par ce dernier (par exemple, la perte de jouissance du navire ou des frais de port supplémentaires) en raison du retard causé par le chargeur.

Avec ces paramètres à l'esprit, nous présentons l'analyse suivante.

II. Soumettre les chargeurs et les transporteurs à une responsabilité pour retard modifie inutilement les lois et les pratiques commerciales actuelles de la plupart des pays

6. Comme il est indiqué dans le document A/CN.9/WG.III/WP.74, les conventions juridiques les plus largement acceptées qui régissent la responsabilité en matière de transport maritime, les Règles de La Haye et de La Haye-Visby, ne tiennent pas les transporteurs ou les chargeurs responsables des dommages indirects résultant d'un retard. Il apparaît que seules les Règles de Hambourg et le Code maritime scandinave prévoient une telle responsabilité, et uniquement pour les transporteurs. Ainsi, le monde du commerce dans sa majorité considère que l'incorporation d'une responsabilité pour retard dans le projet de convention représenterait un changement radical par rapport à la situation actuelle, au risque d'introduire une complexité et une incertitude plus grandes dans le projet de convention.

7. S'agissant de la responsabilité du transporteur en cas de retard, même dans les pays qui appliquent les Règles de Hambourg ou le code maritime scandinave, il est difficile de trouver des exemples dans lesquels il a été donné suite aux demandes d'obtention de dommages et intérêts pour retard auprès des transporteurs. Il semblerait donc que ces dispositions n'aient pas réussi à atteindre leur objectif prévu, ou bien qu'il est inutile dans la pratique d'imposer une telle responsabilité.

8. En outre, l'absence d'affaires dans lesquelles des chargeurs ont cherché à obtenir des dommages et intérêts pour des retards auprès des transporteurs dans le transport maritime, aussi bien dans les quelques pays qui prévoient expressément cette possibilité que dans d'autres, donne fortement à penser qu'il s'agit d'une question qui tend, dans la pratique, à être résolue à l'amiable entre transporteurs et chargeurs.

9. S'agissant de la responsabilité du chargeur, le scénario dans lequel ce dernier est le plus susceptible de causer le retard d'un navire est celui où les informations qu'il fournit au transporteur sur l'expédition sont imprécises ou incomplètes, le transporteur communique ces informations aux autorités douanières conformément aux nouvelles règles en matière de sécurité, et ces autorités retardent le navire afin de s'assurer que la cargaison qui y est chargée ne représente pas une menace pour la sécurité ou n'est pas illicite d'une autre manière. Toutefois, de même qu'il apparaît que les chargeurs n'ont que rarement, voire jamais, intenté d'actions contre les transporteurs pour un retard, les États-Unis n'ont pas connaissance d'actions de ce genre intentées par les transporteurs contre les chargeurs pour ce type de retard depuis l'adoption en 2002 des règles pertinentes de sécurité.

10. Étant donné l'adoption relativement récente des règles de sécurité et l'absence d'actions ou d'affaires portant sur le retard de navires, nous estimons que la question de la responsabilité pour retard est entourée de trop de doutes et

d'incertitudes. Les États-Unis ne pensent pas qu'il soit judicieux d'insérer ces incertitudes dans le projet de convention. Ces considérations militent fortement contre la modification radicale de la loi actuelle qu'entraînerait l'inclusion du retard dans le projet de convention, qui vise à moderniser le régime de la responsabilité en abordant les véritables questions commerciales impliquant le commerce maritime.

11. En outre, aucune preuve de fait quelle qu'elle soit n'a été présentée au Groupe de travail sur la nécessité d'inclure une responsabilité pour retard dans le projet de convention. À la lumière de ce qui précède, les États-Unis n'ont pas connaissance d'un besoin urgent pour les gouvernements d'imposer ces nouvelles responsabilités aux chargeurs et aux transporteurs.

12. À cet égard, de nombreuses marchandises transportées par mer sont des produits de relativement faible valeur (produits agricoles, matière premières, papier, etc.). Même si le projet de convention devait fournir aux chargeurs une base pour faire valoir leurs droits en raison d'un retard, il est peu probable que les chargeurs de ces produits soient en mesure de prouver avoir subi un dommage indirect et ils seraient donc incapables d'obtenir réparation pour le retard en vertu du projet de convention. Toutefois, comme il est expliqué dans la section III ci-dessous, si la responsabilité pour retard est incluse dans le projet de convention, tous les chargeurs devront supporter une augmentation de coûts qui touchera de manière disproportionnée les chargeurs de marchandises non sensibles au facteur temps.

13. De plus, d'autres développements au sein du Groupe de travail ont influé sur la manière dont le retard devrait être traité dans le projet de convention. Si l'on se rapporte aux délibérations du Groupe de travail à sa treizième session, l'une des principales raisons invoquées pour modifier de façon importante la loi actuelle et prévoir la responsabilité du transporteur pour retard était qu'une telle mesure était jugée nécessaire au vu de l'utilisation de plus en plus fréquente des techniques de gestion des stocks "juste-à-temps" dans les chaînes d'approvisionnement mondiales dans lesquelles la garantie de livraison des marchandises à une date convenue est un élément essentiel de l'entreprise de transport. À sa quinzième session, le Groupe de travail a cependant décidé d'inclure le projet d'article 95 sur les "contrats de volume", qui confirme l'intégrité des contrats de transport maritime. Comme il est expliqué plus en détail dans la section IV ci-dessous, ces contrats sont un moyen bien plus efficace de traiter cette question, en particulier pour les expéditions sensibles au facteur temps et, dans les faits, pratiquement toutes les expéditions dans les chaînes d'approvisionnement "juste-à-temps" sont transportées dans le cadre de contrats de volume de cette nature. Le besoin de se protéger contre des retards pour les arrangements "juste-à-temps" dans le présent projet de convention semble donc avoir été exagéré et le Groupe de travail ne devrait pas continuer de chercher à inclure les retards sans prendre le temps d'examiner les répercussions de la décision subséquente d'adopter le projet d'article 95.

III. La responsabilité pour retard entraînera des hausses de coûts inutiles pour les chargeurs et les transporteurs

14. Comme noté ci-dessus, imposer aux chargeurs et aux transporteurs une responsabilité pour retard entraînera des hausses de coûts importantes pour le secteur du transport maritime. Les transporteurs, confrontés à cette nouvelle

responsabilité, devront souscrire une assurance pour couvrir leur risque maximum potentiellement important (par exemple, une fois le fret pour chaque conteneur ou autre unité de cargaison sur le navire) et intègreront ces coûts dans leurs taux de fret. De même on peut penser que les chargeurs, risquant de voir leur responsabilité engagée pour retard, souscriront eux aussi une assurance d'un montant égal à la limite de leur responsabilité, là également un montant maximum important (par exemple, 500 000 droits de tirage spéciaux (DTS) par voyage). Au bout du compte, il y aura une augmentation des coûts pour tous les chargeurs sous la forme de majoration des taux de fret en raison des coûts plus élevés imposés aux transporteurs, et une augmentation de leurs propres frais d'assurance pour se prémunir contre les risques de responsabilité créés par le projet de convention. Ces coûts seront supportés non seulement par les chargeurs de produits de grande valeur sensibles au facteur temps, mais aussi par de nombreuses petites et moyennes entreprises qui expédient des produits de moindre valeur et n'ont pas besoin de se protéger contre les conséquences d'un retard dans le transport maritime. Cette deuxième catégorie de chargeurs devra en fait subventionner le coût d'une protection accordée à d'autres si la responsabilité du transporteur pour retard est inscrite dans le projet de convention. De même, les dispositions sur le retard du chargeur feront cumulativement supporter au secteur un coût supplémentaire énorme. De plus, le risque créé par les dispositions proposées sur le retard du chargeur pourrait avoir un effet catastrophique sur les petites entreprises qui ne souscrivent pas d'assurance mais font subir un retard au navire en raison d'une erreur de documentation ou autre.

15. Les hausses de coûts décrites ci-dessus pourraient avoir un double impact sur les intermédiaires de transport, comme les NVOCC et les transitaires, concurrents indispensables des transporteurs maritimes qui seraient autrement la seule option de transport dans de nombreux secteurs. En effet, les intermédiaires devraient s'assurer contre le risque de responsabilité pour retard à la fois en leur qualité de transporteur et en leur qualité de chargeur. Ces coûts seraient nécessairement répercutés sur leurs clients, qui sont le plus souvent des petites et moyennes entreprises. Par conséquent, l'inclusion du retard non seulement aurait de nouveau un impact disproportionné sur les petits et moyens chargeurs, mais rendrait également les intermédiaires moins intéressants pour tous les chargeurs en raison de la forte augmentation du coût de leurs services.

16. En outre, la plupart des entreprises qui pratiquent une gestion des stocks "juste-à-temps" ont contracté des assurances pour pertes de bénéfices qui les indemnisent pour de telles pertes, qu'elles soient dues à des retards dans le transport maritime ou à d'autres facteurs. Cette approche, du fait qu'elle est spécialement adaptée aux besoins et au modèle économique de chaque chargeur ou transporteur, est un moyen de gestion du risque beaucoup plus efficace et économique que l'approche consistant à appliquer une solution unique, actuellement retenue dans le projet de convention.

IV. La responsabilité pour retard ne devrait pas être imposée à tous les chargeurs et transporteurs mais faire l'objet de contrats privés entre les parties ayant besoin d'une telle protection

17. Les États-Unis notent que le Groupe de travail a décidé, à sa quinzième session, d'incorporer au projet d'article 95 un régime applicable aux "contrats de volume" confirmant l'intégrité des contrats de transport de gré à gré qui dérogent aux dispositions par ailleurs applicables du projet de convention sous réserve des limites prévues dans cet article. La quasi-totalité des marchandises dans les chaînes d'approvisionnement "juste-à-temps", sont (et continueront d'être) transportées dans le cadre de tels contrats de volume, qui contiennent des engagements et des pénalités appropriés concernant le délai de livraison, convenus entre le chargeur et le transporteur ou l'intermédiaire en question. Pour dire les choses simplement, les transporteurs et les chargeurs sont libres de négocier et d'adopter des dispositions contractuelles sur les obligations du transporteur concernant la livraison ou les exigences relatives aux documents concernant les marchandises, y compris les conséquences qu'entraînera un retard des livraisons ou un retard des navires.

18. Il serait plus efficace et équitable de laisser les parties qui veulent et ont besoin de protection régler la question du retard dans des arrangements contractuels de manière qu'elles puissent négocier des dispositions appropriées en fonction de leur situation de fait spécifique. Il serait de loin préférable que les parties contractantes prennent les décisions appropriées en matière de transport et de gestion du risque en fonction de leur situation et de leurs arrangements de transport spécifiques plutôt que d'imposer un système de responsabilité pour retard, avec les coûts qui en résultent pour tous les transporteurs et chargeurs, dont beaucoup n'ont pas besoin d'une telle protection ou ne souhaitent pas en avoir.

V. Inclure la responsabilité pour retard dans la Convention aura des incidences négatives considérables pour toutes les parties concernées

19. Dans le régime actuel, les transporteurs ne garantissent pas en général que les marchandises arriveraient à une date déterminée ni même au cours d'une période prescrite, car un certain nombre de facteurs opérationnels peuvent survenir et entraîner des écarts par rapport aux délais habituels. Les parties qui travaillent dans le secteur du transport maritime comprennent et acceptent entièrement ces incertitudes, inhérentes à cette forme de transport. Lorsqu'un chargeur ne peut tolérer une date de livraison incertaine, les marchandises sont normalement acheminées en vertu d'un contrat de volume dans le cadre duquel a été négocié un engagement de livraison à une date déterminée qui se répercute sur le taux de fret. Nombre de ces marchandises sensibles au facteur temps ne sont pas du tout expédiées par mer mais transportées par fret aérien.

20. L'inclusion dans le projet de convention de nouvelles dispositions imposant une responsabilité pour retard aurait probablement un certain nombre d'incidences fâcheuses. Comme il a été expliqué plus haut, l'industrie des transports maritimes n'opérant pas jusqu'ici habituellement sur la base de dates de livraison exactes, essayer de déterminer à quel moment un retard est assez important pour engager la

responsabilité juridique de verser des dommages-intérêts pourrait être difficile et introduire beaucoup d'incertitudes. L'approche adoptée dans le projet de convention consiste à appliquer le critère de "caractère raisonnable" pour résoudre cette question. Bien entendu, cela ne fait que différer le problème jusqu'à ce qu'une réclamation soit faite, et le transporteur tout comme le chargeur devront sans doute alors engager des dépenses substantielles pour plaider leurs positions respectives. En outre, il semble inévitable que des tribunaux différents dans des pays différents parviennent à des conclusions différentes sur la notion de caractère raisonnable, d'où un traitement incohérent des ayants droit se trouvant dans des situations similaires et une absence de sécurité juridique et de prévisibilité pour les transporteurs, les chargeurs et leurs assureurs. On conçoit facilement que les assureurs supposeront qu'ils sont confrontés à un risque dans le scénario le plus pessimiste – à savoir la responsabilité maximale dans l'interprétation la plus extrême du "caractère raisonnable" par une juridiction quelconque quelque part dans le monde – même si la probabilité qu'un ayant droit reçoive réellement des dommages-intérêts de cette importance est faible.

21. Face à l'éventualité d'une responsabilité pour retard, les transporteurs tenteront vraisemblablement de se protéger en modifiant les calendriers et les temps de transit qu'ils publient afin d'allonger les délais de livraison. Cet allongement inévitable des temps de transit rendrait les prévisions de livraison moins et non pas plus certaines et risqueraient d'allonger inutilement les chaînes d'approvisionnement des transporteurs et de créer des inefficacités. Du côté du chargeur le risque de responsabilité pour retard pourrait ajouter à ces inefficacités, s'ils étaient obligés de modifier leurs procédures d'établissement des documents et leur flux d'information pour fournir au transporteur les informations voulues plus tôt que le délai actuellement prévu par les lois relatives à la sécurité (généralement vingt-quatre heures avant le chargement) par crainte de retarder involontairement le départ d'un navire. Ces incidences négatives sont diamétralement à l'opposé de l'objectif pour lequel il est proposé d'inclure la responsabilité pour retard dans le projet de convention.

22. De plus, dans un nouveau régime imposant une responsabilité pour retard, les transporteurs maritimes seraient peut-être moins disposés à s'occuper du transport intérieur, car ils jugeraient inacceptable d'être tenus potentiellement responsables des retards causés par les transporteurs intérieurs et des retards dus aux correspondances manquées entre le transport interne et le transport maritime. Cela ne ferait qu'augmenter les coûts et la complexité du transport maritime international, en particulier pour les petites et moyennes entreprises, et tendrait à restreindre l'accès aux marchés mondiaux de producteurs par ailleurs compétitifs. Un tel résultat serait en contradiction totale avec les intérêts économiques fondamentaux de toutes les parties concernées et les objectifs généraux de la tâche confiée au Groupe de travail.

23. Les États-Unis estiment que la compétition intense qui caractérise le secteur du transport maritime, la perte potentielle d'activité pour les transporteurs qui n'exécutent pas leur contrat comme ils l'ont annoncé et les conséquences économiques pour un transporteur qui ne respecte pas son calendrier (obligation de naviguer plus vite, donc augmentation des dépenses de carburant, utilisation d'autres moyens de transports plus onéreux, abandon de ports d'escale, encombrement des ports et des terminaux, etc.) sont autant d'incitations fortes à

remplir son contrat en temps voulu. De plus, les chargeurs ont eux aussi tout intérêt, d'un point de vue commercial, à fournir au transporteur des informations exactes et complètes pour faire en sorte que leurs marchandises soient chargées sur le navire et livrées à temps pour satisfaire aux exigences de leurs clients ou de leur propre activité. En outre, si un chargeur ne fournit pas au transporteur des informations exactes et complètes sur les marchandises et que ce manquement cause une violation des règles de sécurité, il encourt déjà un risque de voir sa responsabilité engagée en dehors de la Convention. Il existe donc déjà de fortes incitations commerciales et juridiques, qui encouragent les chargeurs à prendre toutes les précautions voulues pour ne pas causer des retards.

VI. La limitation de la responsabilité ne résout pas les problèmes fondamentaux qui se posent en cas de dommages résultant d'un retard

24. Les projets de dispositions actuels prévoient de limiter la responsabilité du transporteur et du chargeur en cas de dommages indirects résultant d'un retard. Comme il est indiqué dans le rapport sur les travaux de la dix-huitième session (A/CN.9/616, au paragraphe 105), il a été suggéré que le plafond soit de l'ordre d'une fois le fret pour la responsabilité du transporteur et de 500 000 DTS pour la responsabilité du chargeur. Les États-Unis sont fermement convaincus que la limitation de la responsabilité en cas de retard ne résout pas les problèmes plus vastes qui découlent de l'inclusion de la responsabilité pour retard dans le projet de convention.

25. Comme il a été indiqué plus haut, l'inclusion de la responsabilité pour retard oblige les transporteurs et les chargeurs à s'assurer chacun contre les risques qu'ils courent. Le coût de l'assurance sera répercuté par les transporteurs sur les chargeurs, ce qui entraînera une hausse des taux de fret. Il en résultera un accroissement des coûts des chargeurs qui seront encore majorés par les frais d'assurance nécessaires pour se protéger contre leurs propres risques de responsabilité en cas de retard. Comme il a également été indiqué plus haut, de nombreux chargeurs n'ont pas besoin de cette protection et ne devraient pas être contraints d'en supporter le coût. En outre, le plafonnement de la responsabilité ne sert qu'à rendre le risque raisonnablement assurable et n'apporte pas de remède au fait que l'inclusion de la responsabilité pour retard dans le projet de convention impose des coûts additionnels à toutes les parties prenantes et créera dans le secteur du transport maritime des inefficacités qui sont injustifiées.

26. Il est essentiel aussi de résoudre la question des dommages indirects en cas de retard d'une manière qui soit considérée comme juste et équitable par le secteur si l'on veut que le projet de convention soit largement accepté et ratifié par un grand nombre d'États. Les États-Unis estiment que l'inclusion de la responsabilité pour retard dans le projet de convention tant pour les transporteurs que pour les chargeurs serait une erreur pour toutes les raisons d'ordre public et de caractère commercial énoncées plus haut.

VII. Compromis possible

27. Pour toutes les raisons exposées ci-dessus, les États-Unis estiment que l'inclusion de la responsabilité pour retard dans le projet de convention serait préjudiciable, et non favorable, aux intérêts commerciaux de toutes les parties concernées (à l'exception peut-être des assureurs) et des consommateurs. Si le Groupe de travail décide malgré tout de retenir la responsabilité pour retard, il sera essentiel que le texte soit libellé de telle sorte que cette responsabilité soit facultative dans tous les contrats.

28. À sa dix-huitième session, le Groupe de travail a décidé (A/CN.9/616, au paragraphe 113) qu'il faudrait élaborer un texte indiquant que la responsabilité du chargeur est soumise en cas de retard à la liberté contractuelle de la même manière que les mots "sauf convention contraire" sont placés entre crochets dans la disposition sur la responsabilité du transporteur en cas de retard (projet d'article 63 dans le document A/CN.9/WG.III/WP.81). Autrement dit, il a reconnu que la question de savoir si la responsabilité du chargeur et du transporteur en cas de retard devrait être facultative dans tous les contrats n'a pas encore été réglée. La proposition récemment soumise par la Suède (A/CN.9/WG.III/WP.85) examine tous les autres aspects des conclusions du Groupe de travail sur la responsabilité du chargeur en cas de retard, mais n'aborde pas la question de la liberté contractuelle.

29. Si la responsabilité en cas de retard est incluse dans le projet de convention, les États-Unis estiment qu'il faudrait indiquer que ces dispositions sont soumises à la liberté contractuelle. Malheureusement cependant, il ne suffirait pas d'insérer les mots "sauf convention contraire" dans les articles sur la responsabilité du chargeur et du transporteur en cas de retard. La raison en est que, dans la plupart des contrats autres que les contrats de volume (qui seuls nous intéressent ici, puisqu'il a déjà été convenu que les contrats de volume pouvaient déroger aux règles régissant les retards dans le projet de convention), le chargeur n'a guère ou pas du tout de réelle possibilité de s'opposer à l'une quelconque des clauses contractuelles et, de fait, il ne voit parfois le contrat qu'après la livraison des marchandises. Par conséquent, si le texte du projet de convention sur la responsabilité du chargeur et du transporteur en cas de retard indique simplement que les règles du projet de convention s'appliquent "sauf convention contraire", le transporteur pourrait théoriquement supprimer toute responsabilité en cas de retard pour lui-même, tout en la laissant (voire en l'augmentant) pour le chargeur. Afin d'éviter un résultat aussi inéquitable, le projet de convention devrait appliquer à la responsabilité pour retard la règle du "tout ou rien". En d'autres termes, les parties devraient avoir une seule alternative: soit ne pas mentionner la question du retard dans le contrat, auquel cas les dispositions du projet de convention s'appliquent, soit indiquer dans le contrat que les règles de responsabilité en cas de retard ne s'appliquent ni au transporteur, ni au chargeur. Une telle disposition pourrait être libellée comme suit:

> "Tout contrat auquel s'applique la présente Convention peut prévoir l'absence de responsabilité en vertu du contrat en cas de préjudice économique résultant d'un retard, nonobstant les dispositions des articles 30 et 63."

VIII. Conclusion

30. Le Groupe de travail a bénéficié des divers avis formulés par les nombreux États Membres et observateurs participant à ce processus, chacun ayant son point de vue particulier et des intérêts spécifiques en ce qui concerne le transport maritime. Un point fondamental qui est apparu clairement est que le fruit de nos efforts collectifs doit refléter un juste équilibre entre les parties prenantes concernées ainsi qu'une répartition juste et équitable des risques et des responsabilités. S'agissant de la responsabilité en cas de dommages indirects résultant d'un retard, les États-Unis sont particulièrement préoccupés par le fait qu'il sera difficile, sinon impossible, de fixer des limites qui seront acceptées comme étant justes et équitables par les chargeurs et par les transporteurs.

31. Une convention dont le champ d'application est aussi large que celui du projet de convention doit nécessairement proposer des solutions qui conviennent à tous. S'agissant des dommages-intérêts pour retard toutefois, le problème est que la solution envisagée ne convient à personne. Non seulement il n'y a pas d'éléments de fait étayant la nécessité d'inclure la responsabilité en cas de retard dans le projet de convention, mais il n'y a ni analyse ni appréciation des conséquences potentielles d'une telle inclusion. Les États-Unis considèrent que l'introduction de cette nouvelle forme de responsabilité pourrait avoir des incidences considérables sur le commerce international, notamment un impact négatif sur l'offre de services de transport maritime abordables et sur la compétitivité de certains produits, en particulier ceux dont la valeur est relativement faible.

32. Le Groupe de travail en est au dernier stade d'une entreprise véritablement historique dont nous espérons tous qu'elle débouchera sur un régime de responsabilité maritime largement adopté qui remplacera l'ensemble disparate d'arrangements qui existe actuellement. Cette entreprise a abouti à un projet de convention long et compliqué. Le texte actuel compte plus d'articles que les Règles de La Haye, les Règles de La Haye telles que modifiées par le Protocole de Visby et les Règles de Hambourg pris ensemble. Vouloir y inclure cette nouvelle responsabilité du transporteur et du chargeur en cas de dommages indirects résultant d'un retard, ne fera qu'ajouter inutilement des éléments de complexité.

33. Si le Groupe de travail décide néanmoins d'inclure dans le projet de convention la responsabilité du transporteur et du chargeur en cas de dommages indirects résultant d'un retard, malgré les preuves accablantes, de l'avis des États-Unis, montrant que cela a toutes les chances de porter préjudice à toutes les parties, à l'exception des assureurs, au lieu de les aider, il devrait le faire de telle sorte que cette responsabilité soit facultative. (La question de savoir si la responsabilité en cas de retard devrait être soumise à la liberté contractuelle dans tous les cas est posée depuis le début des négociations et n'a toujours pas été tranchée. Voir par. 29 ci-dessus.) Autrement, les États-Unis craignent que cette question ne compromette le large soutien et l'adhésion générale dont dépend le succès du projet de convention.

V. Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Proposition commune de l'Australie et de la France sur la liberté contractuelle dans le cadre des contrats de tonnage, soumise à la Commission à sa trente-neuvième session

(A/CN.9/612) [Original: anglais]

En vue de la trente-neuvième session de la Commission, les délégations australienne et française ont soumis au secrétariat le document joint en annexe qui contient une proposition commune sur la liberté contractuelle dans le cadre des contrats de tonnage prévus dans le projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] que le Groupe de travail III (droit des transports) examine actuellement. On trouvera en annexe à la présente note la traduction du texte de la proposition tel qu'il a été reçu par le Secrétariat.

ANNEXE

Introduction

1. Le projet de texte de l'article 95 sur les règles spéciales pour les contrats de tonnage a été examiné à la dix-septième session du Groupe de travail III, qui y a apporté peu de changements. Plusieurs délégations se sont néanmoins inquiétées de l'étendue de la liberté contractuelle autorisée dans le cadre des contrats de tonnage. L'European Shippers Council, formulant pour la première fois des commentaires au Groupe de travail, a aussi attiré l'attention sur les difficultés que la version actuelle du projet de texte pourrait soulever.

2. Il y a lieu aussi de préciser que le projet d'instrument initialement soumis au Groupe de travail ne contenait pas de dispositions générales favorables à la liberté contractuelle[1]. Le projet de texte de l'article 95 témoignait d'un net changement d'orientation des travaux du Groupe de travail, car il ne lui a été présenté qu'à sa quinzième session, alors que, pour l'essentiel, l'instrument était déjà rédigé.

3. L'Australie et la France considèrent donc que cette question importante exige un débat plus approfondi. Elles souhaiteraient attirer l'attention de la Commission, lors d'une séance plénière, sur la question de la liberté contractuelle dans le projet d'instrument et présenter d'autres propositions.

---

[1] Le document A/CN.9/WG.III/WP.32, première version du projet de convention, indiquait clairement que "toute stipulation contractuelle qui déroge au présent instrument est nulle dans la mesure où elle a pour objet ou pour effet, directement ou indirectement, d'exclure [ou] de limiter [ou d'alourdir] la responsabilité pour violation de toute obligation du transporteur, d'une partie exécutante, du chargeur, de la partie contrôlante ou du destinataire […]".

Historique

4. L'histoire du droit du transport de marchandises par mer est celle de l'introduction progressive de règles impératives en matière de responsabilité. À la fin du XIXe siècle, les armateurs invoquaient fréquemment et abusivement la liberté contractuelle pour réduire injustement leur responsabilité en cas de perte ou de dommage subi par les marchandises. Pour lutter contre cette pratique, les États-Unis ont adopté, en 1893, la loi Harter instaurant un régime impératif pour les échanges avec le pays. Cette loi a été suivie, en 1924, par la signature de la Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement, qui constitue désormais la base du droit du transport de marchandises par mer. Cette convention dispose que "toute clause, convention ou accord dans un contrat de transport exonérant le transporteur ou le navire de responsabilité pour perte ou dommage concernant des marchandises provenant de négligence, faute ou manquement aux devoirs ou obligations édictées dans cet article ou atténuant cette responsabilité [...], sera nulle, non avenue et sans effet".

5. On trouve aujourd'hui ce régime impératif de responsabilité, dans des termes très comparables, dans les conventions internationales sur les différents modes de transport[2]. Aussi, dans sa forme actuelle, l'instrument en cours d'élaboration est-il le seul à contenir des dispositions qui offrent une grande latitude en matière de liberté contractuelle.

6. Le passage, par le mécanisme des contrats de tonnage, d'un régime fondamentalement impératif à un régime auquel on peut largement déroger représente un changement considérable. Le risque est que, dans certains États, des obstacles s'opposent à la ratification d'une convention dont les dispositions, très différentes de la législation nationale dans le domaine, se révèlent incompatibles avec les principes fondamentaux du droit interne.

Analyse des dispositions actuelles sur la liberté contractuelle

7. La définition d'un contrat de tonnage donnée à l'article premier du projet d'instrument pourrait s'appliquer à une large gamme de contrats de transport. En fait, la nouvelle version adoptée à la suite d'une proposition de la délégation finlandaise dit clairement qu'"un contrat de tonnage est un contrat de transport"[3].

---

[2] La Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route dispose que: "est nulle et de nul effet toute stipulation qui, directement ou indirectement, dérogerait aux dispositions de la présente Convention" (par. 1 de l'article 41). De même, la Convention de Montréal de 1999 pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international énonce que "toute clause tendant à exonérer le transporteur de sa responsabilité ou à établir une limite inférieure à celle qui est fixée dans la présente Convention est nulle et de nul effet" (art. 26). S'agissant du transport de marchandises en navigation intérieure, la Convention de Budapest de 2001 (qui est entrée en vigueur en 2005) dispose aussi que "toute stipulation contractuelle visant à exclure ou à limiter ou, sous réserve des dispositions de l'article 20, paragraphe 4, à aggraver la responsabilité, au sens de la présente Convention, du transporteur, du transporteur substitué ou de leurs préposés ou mandataires, à renverser la charge de la preuve ou à réduire les délais de réclamation et de prescription [...] est nulle. Est nulle également toute clause visant à céder au transporteur le bénéfice de l'assurance des marchandises".

[3] Le projet de texte du paragraphe b) de l'article premier énonce: "Le terme 'contrat de tonnage'

Cette définition d'un contrat de tonnage se distingue par l'absence de limitations, qu'il s'agisse de la durée de l'engagement des deux parties, du nombre d'expéditions ou des quantités transportées. Un contrat de tonnage pourrait donc potentiellement s'appliquer à presque toutes les opérations de transport de marchandises de compagnies maritimes relevant du champ d'application de la Convention. Il risquerait alors d'y avoir une échappatoire dans la Convention, permettant aux parties de se soustraire à ses dispositions contraignantes. Par exemple, il est tout à fait concevable, du point de vue juridique, que le transport de deux conteneurs sur une période d'un an puisse être régi par un contrat de tonnage.

8. En ce qui concerne les "règles spéciales pour les contrats de tonnage" énoncées à l'article 95, qui sont destinées à introduire une liberté contractuelle dans ce cadre, les conditions fixées pour appliquer l'article semblent également dépourvues de limitations.

9. Premièrement, s'agissant des conditions de forme pour déroger à la Convention, il est simplement précisé que le contrat de tonnage est "négocié individuellement *ou* indique clairement lesquelles de ses sections contiennent les dérogations" (par. 1 a) et b) de l'article 95). Plus précisément, les conditions indiquées n'exigent pas que les deux parties au contrat acceptent expressément les dérogations, ce qui, manifestement, crée la possibilité de soumettre aux chargeurs des *contrats types* contenant des clauses dérogatoires. Or, le principe de la liberté contractuelle devrait reposer sur une véritable négociation entre le chargeur et le transporteur. Si les contrats de tonnage doivent servir de base à toute une série de dérogations aux dispositions des projets de conventions, il est impératif qu'ils fassent l'objet d'une véritable négociation entre les parties.

10. Deuxièmement, s'agissant de la portée des dérogations autorisées, les limites fixées au droit du transporteur de déroger à la Convention apparaissent extrêmement ténues. Il semble paradoxal que le droit de déroger à la Convention soit posé en principe (art. 95-1)[4]. Les seules exceptions à ce droit, énoncées au paragraphe 4, sont l'obligation du transporteur de maintenir le navire en état de navigabilité et de l'armer convenablement (art. 16-1) et la déchéance du droit de limiter sa responsabilité (art. 66). En outre, ces limites ne semblent pas avoir été fixées dans l'intérêt du chargeur mais avoir été conçues comme des obligations minimales par rapport à l'intérêt général, étant donné les risques liés à un navire qui n'est pas en état de navigabilité en particulier.

11. L'Australie et la France soutiennent que l'intérêt général défendu dans d'autres dispositions de la Convention suppose un niveau minimal de protection des parties contractantes et que les projets de textes sur la liberté contractuelle devraient être révisés en conséquence.

---

désigne un contrat qui prévoit le transport d'une quantité spécifiée de marchandises en plusieurs expéditions pendant une période de temps convenue. La quantité peut être spécifiée sous la forme d'un minimum, d'un maximum ou d'une fourchette."

[4] Le projet de texte du paragraphe 1 de l'article 95 dispose: "[...] le contrat de tonnage peut prévoir des droits, obligations et responsabilités plus ou moins importants que ceux énoncés dans la [...] Convention".

Propositions concernant les contrats de tonnage

12. Il serait préférable de préciser la définition du “contrat de tonnage” donnée au paragraphe b) du projet d’article premier comme suit (les amendements proposés figurent en caractères gras):

> “Le terme ‘contrat de tonnage’ désigne un contrat qui prévoit le transport d’une quantité **fixée** de marchandises en plusieurs expéditions pendant une période de temps **fixée non inférieure à un an**. La quantité **fixée** peut être un minimum, un maximum ou une fourchette.”

13. Il serait souhaitable que les dérogations aux dispositions de l’instrument soient soumises au consentement exprès des deux parties. Nous proposons de rendre les conditions de forme cumulatives en remplaçant, à l’alinéa a) du paragraphe 1 de l’article 95, “ou” par “et” et, à l’alinéa b), “clairement” par “en caractères bien visibles”. On aurait ainsi une protection beaucoup plus efficace contre l’utilisation abusive du droit de dérogation qu’en permettant une situation dans laquelle un contrat type contenant une dérogation peut être utilisé pour satisfaire aux exigences du paragraphe 1 de l’article 95 (comme ce pourrait être le cas avec le projet d’article 95 figurant dans les documents A/CN.9/WG.III/WP.56 et A/CN.9/WG.III/WP.61).

14. Nous proposons de n’autoriser aucune dérogation au régime de responsabilité énoncé dans la Convention, qui est au cœur du projet d’instrument, ni aux obligations fondamentales du transporteur et du chargeur.

L’Australie et la France suggèrent donc de modifier le paragraphe 4 de l’article 95 comme suit:

> “Le paragraphe 1 ne s’applique pas:
>
> a) À l’article 17 (Fondement de la responsabilité du transporteur) ni à l’article 66 (Droit de limiter la responsabilité);
>
> b) À l’article 31 (Fondement de la responsabilité du chargeur);
>
> c) Au chapitre 5 (Obligations du transporteur); ni
>
> d) Aux articles 28 à 30 et 33 (Obligations du chargeur).”

15. Une autre solution pourrait être d’envisager une version plus concise de l’ensemble de l’article 95, qui pourrait être libellée comme suit:

> “1. Les parties à un contrat de tonnage peuvent déroger aux dispositions de la présente Convention uniquement si:
>
> a) Le contrat de tonnage est négocié individuellement;
>
> b) La dérogation est convenue par écrit entre les parties; et
>
> c) La dérogation est énoncée en caractères bien visibles dans le contrat de tonnage de manière à mettre en évidence les clauses du contrat qui contiennent des dérogations.
>
> 2. Aucune dérogation de ce type ne lie les tiers à moins que ceux-ci ne l’acceptent expressément.

3. Toute dérogation en vertu du paragraphe 1 ne s'applique pas au fondement de la responsabilité du transporteur ou du chargeur, énoncé aux articles 17 et 31 respectivement, ni aux obligations fondamentales du transporteur ou du chargeur, énoncées au chapitre 5 et aux articles 28 à 30 et 33 respectivement, et toute dérogation est nulle et non avenue si elle entend ainsi s'appliquer."

V. DROIT DE L'INSOLVABILITÉ

A. Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente et unième session (Vienne, 11-15 décembre 2006)

(A/CN.9/618) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
	Introduction	1-7
I.	Délibérations et décisions	8
II.	Examen du traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité	9-71
	A. Introduction	10-14
	B. Questions internes	15-49
	1. Demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité	15-24
	2. Effets de l'ouverture	25-34
	3. Redressement de deux membres ou plus d'un groupe	35
	4. Voies de droit	36-47
	5. Définition de "groupe de sociétés"	48-49
	C. Questions internationales	50-67
	1. Centre des intérêts principaux	50-54
	2. Définition d'un "groupe international de sociétés"	55-58
	3. Voies de droit	59-62
	4. Financement postérieur à l'ouverture	63-67
	D. Portée des travaux futurs	68-71

Introduction

1. À sa trente-neuvième session en 2006, la Commission est convenue que la question du traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité était suffisamment avancée pour être présentée au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) afin qu'il l'examine en 2006 et qu'il faudrait laisser à ce groupe de travail toute latitude pour présenter à la Commission des recommandations appropriées concernant la portée de ses travaux futurs et la forme qu'ils devraient prendre, en fonction du contenu des solutions proposées aux problèmes qu'il mettrait en évidence sur le sujet.

2. Le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité), qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa trente et unième session à Vienne du 11 au 15 décembre 2006. Ont assisté à cette session des représentants des États membres du Groupe de travail énumérés ci-après: Algérie, Allemagne, Argentine, Australie, Bélarus, Canada, Chine, Colombie, Croatie, Équateur, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, France, Iran (République islamique d'), Italie, Lituanie, Mexique, Ouganda, Pakistan, République de Corée, République tchèque, Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Singapour, Suisse, Thaïlande, Tunisie et Turquie.

3. Ont également assisté à la session des observateurs des États suivants: Congo, Danemark, Irlande, Jamahiriya arabe libyenne, Lettonie, Malaisie, Pays-Bas, Philippines, République dominicaine et Slovaquie.

4. Ont en outre assisté à la session des observateurs des organisations internationales suivantes:

a) Organisations du système des Nations Unies: Banque mondiale et Fonds monétaire international (FMI);

b) Organisations intergouvernementales: Banque asiatique de développement (BAD); Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), Commission européenne et Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE);

c) Organisations internationales non gouvernementales invitées par le Groupe de travail: American Bar Association (ABA), American Bar Foundation (ABFN), Association internationale du barreau, Center for International Legal Studies (CILS), Groupe de réflexion sur l'insolvabilité et sa prévention (GRIP 21), INSOL International, International Insolvency Institute (III) et International Working Group on European Insolvency Law.

5. Le Groupe de travail a élu les membres suivants du Bureau:

Président: M. Wisit Wisitsora-At (Thaïlande)

Rapporteur: Mme Jasna Garašić (Croatie)

6. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants:

a) Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.V/WP.73);

b) Une note du secrétariat sur le traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.74 et Add.1 et 2).

7. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour ci-après:

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Examen du traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport du Groupe de travail.

I. Délibérations et décisions

8. Le Groupe de travail a commencé à examiner la question du traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité en se fondant sur les documents A/CN.9/WG.V/WP.74 et ses additifs 1 et 2, et sur d'autres documents qui y sont mentionnés. Il est rendu compte de ses délibérations et décisions sur cette question dans la section II ci-après.

II. Examen du traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité

9. En prélude aux débats du Groupe de travail, il a été indiqué que le document A/CN.9/WG.V/WP.74 et ses additifs 1 et 2 analysaient le traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité en s'appuyant sur les recommandations pertinentes figurant dans le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (le Guide législatif) et de certains passages de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (la Loi type). On a suggéré que ces textes servent de point de départ aux discussions du Groupe de travail. On a suggéré également que le Glossaire figurant dans le document A/CN.9/WG.V/WP.74 soit révisé ultérieurement, à mesure de l'avancement des travaux, afin que le Groupe de travail dispose d'une terminologie de référence uniforme.

A. Introduction

10. Les délégations ont été invitées à fournir, à propos du traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité, des informations supplémentaires susceptibles de compléter celles dont disposait déjà le Groupe de travail.

11. Il a été indiqué que la structure des groupes de sociétés pouvait être extrêmement variable et particulièrement complexe, notamment dans le cas des groupes transnationaux. Des développements récents ajoutaient encore à cette complexité, par exemple dans le cas des formes spéciales de contrôle intragroupe, telles que les entités ad hoc et les coentreprises, ou encore dans celui des accords aux fins du contrôle temporaire d'une société par une autre. On a fait observer également que les activités économiques relevant traditionnellement de branches distinctes, comme la banque et l'assurance, étaient aussi de plus en plus souvent

exercées dans le cadre de groupes de sociétés, ce qui apportait un niveau de complexité supplémentaire à leur domaine d'activité.

12. Il a été confirmé que, si la plupart des pays se refusaient à donner une définition générale des groupes de sociétés, ceux-ci étaient néanmoins souvent définis à des fins spéciales, notamment pour les règles fiscales ou comptables. En matière d'insolvabilité, l'approche prédominante était celle des "entités distinctes", mais on disposait, dans des circonstances déterminées, d'instruments permettant d'engager la responsabilité réciproque de sociétés appartenant au même groupe.

13. Dans certains États ayant récemment réformé ou tenté de réformer leur droit de l'insolvabilité pour y reconnaître la notion de groupe de sociétés, on s'était heurté à des difficultés pour définir cette notion, du fait de la nécessité d'assurer un équilibre entre, d'une part, la prévisibilité et la transparence et, d'autre part, la conformité à la réalité économique. Il a été estimé que la référence à la notion de propriété, normalement exprimée en pourcentage de parts détenues par la société mère, constituerait une base plus sûre pour définir les groupes de sociétés. D'un autre côté, la référence à la notion de contrôle, bien que reposant sur des paramètres moins objectifs, offrirait une plus grande flexibilité pour tenir compte des diverses réalités économiques exprimées par les activités des groupes de sociétés.

14. Il a été dit que les sociétés remplissaient de nombreuses fonctions sociales, commerciales ou juridiques importantes. La responsabilité limitée, notamment, facilitait la mobilisation de capitaux pour les activités des entreprises, permettait aux créanciers d'invoquer l'actif et le passif des sociétés avec lesquels ils traitaient, et était un élément de sécurité juridique dans les relations commerciales. Il a été noté que, dans beaucoup de pays, il s'agissait là de principes commerciaux et juridiques de base, et qu'il faudrait des raisons extraordinaires pour les enfreindre et décevoir les attentes qui en découlent. Il a été dit en outre que les circonstances justifiaient rarement de trahir ces principes.

B. Questions internes

1. Demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité

15. Le Groupe de travail a réfléchi à la manière dont les dispositions du Guide législatif relatives à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité pourraient s'appliquer aux groupes de sociétés ainsi qu'aux modifications qu'il faudrait éventuellement apporter en ce qui concerne le critère d'ouverture applicable, les débiteurs à l'encontre desquels une procédure pourrait être engagée et les parties autorisées à déposer une demande d'ouverture.

16. Le Groupe de travail est parti du cas d'une société mère et d'une filiale toutes deux insolvables et s'est demandé s'il serait possible ou non de former une demande d'ouverture pour les deux débitrices à la fois (demande conjointe). Bien que cela soit possible dans certaines lois, la pratique générale consistait plutôt à introduire des demandes parallèles, parfois en même temps, étant entendu qu'il existait diverses possibilités de les traiter ensemble à des fins administratives.

17. Dans un autre exemple se posait la question de savoir si une demande conjointe pouvait être introduite à l'égard d'une société mère insolvable et d'une filiale solvable. Dans certaines lois, une demande conjointe pouvait être formulée à

l'égard de plusieurs membres d'un même groupe de sociétés dès lors qu'un seul d'entre eux était insolvable, à condition que cette insolvabilité risque d'avoir des effets sur les autres membres du groupe; on a donné d'autres exemples dans lesquels l'insolvabilité de la société mère pouvait avoir des conséquences pour la filiale solvable en raison de leur intégration économique poussée, de la confusion de leurs actifs, ou d'un degré particulier de contrôle ou de propriété. Selon une autre opinion, il était nécessaire de protéger les membres solvables d'un groupe et d'assurer leur viabilité, malgré l'insolvabilité de la société mère, et de protéger les intérêts des créanciers (y compris des créanciers intragroupe), en particulier ceux des membres solvables du groupe, ainsi que de garantir à tous les créanciers des membres d'un groupe une certaine prévisibilité quant à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

18. Il a été fait référence aux recommandations 15 et 16 du Guide législatif, qui fixaient les critères d'ouverture pour les demandes émanant des débiteurs et des créanciers respectivement et constituaient la base à partir de laquelle une demande pouvait être introduite à l'égard de chaque membre du groupe répondant aux critères, notamment celui d'insolvabilité imminente dans le cas des demandes formulées par un débiteur. La référence faite au débiteur dans la recommandation 15 pourrait être interprétée comme incluant plusieurs membres d'un groupe dans la même demande. Dans une certaine mesure, la recommandation 15 pourrait également s'appliquer à l'exemple de la société mère insolvable et de la filiale solvable, si l'insolvabilité de la société mère portait atteinte à la stabilité financière de la filiale et que la seconde risquait de devenir insolvable du fait de l'insolvabilité de la première (insolvabilité imminente). Il a également été estimé que, dans le cas où certains membres du groupe seraient exclus d'une demande du débiteur en vertu de la recommandation 15, il serait toujours possible qu'ils fassent l'objet par la suite d'une demande des créanciers au titre de la recommandation 16.

19. Toutefois, dans les cas où la recommandation 15 ne s'appliquait pas à la fois à la société mère et à la filiale, il a été estimé que la question à examiner était de savoir s'il était bien nécessaire de prévoir une exception qui permettrait à la filiale solvable d'être englobée dans l'insolvabilité de la société mère, et dans l'affirmative quel serait le fondement de cette exception. Selon une opinion, la recommandation 15 a) était suffisante, et seuls les membres d'un groupe répondant au critère d'insolvabilité devaient faire l'objet d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Selon une autre opinion, il pourrait être utile d'élaborer un concept général d'insolvabilité des groupes qui permettrait d'examiner la situation financière du groupe dans son ensemble et de résoudre les difficultés pouvant se poser aux créanciers souhaitant engager une procédure d'insolvabilité contre différents membres d'un même groupe. Selon une autre opinion encore, la recommandation 15 n'était pas suffisante, et un critère plus souple était nécessaire pour que puisse être ouverte en temps utile une procédure d'insolvabilité, qui pourrait, dans certains cas, porter également sur la filiale solvable d'une société mère insolvable.

20. Il a été dit que ces cas pouvaient notamment être ceux mentionnés au paragraphe 12 du document A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1, à savoir la confusion des actifs, l'unité du groupe ou le consentement des parties. On a aussi fait valoir que, lorsque la demande était présentée par un débiteur, ce dernier pouvait être en mesure

de déterminer quels membres du groupe devaient être visés par la demande, ce qui ne serait pas le cas lorsque la demande était présentée par un créancier.

21. On a indiqué que les dispositions prévues, dans le Guide législatif, pour les demandes d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité présentées par une autorité de réglementation ou autre autorité publique devraient également s'appliquer en cas d'insolvabilité d'un groupe de sociétés.

22. On a soulevé la question de savoir s'il était possible qu'une société mère demande l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité contre une filiale.

23. De l'avis général, cela serait possible dans certains cas, par exemple lorsque la société mère et la filiale avaient le même représentant et que la société mère était créancière de la filiale et pouvait donc présenter sa demande en cette qualité. Il a toutefois été dit que, pour prévoir un traitement adéquat des groupes de sociétés dans une procédure d'insolvabilité, il fallait examiner la question plus avant. On a fait observer que, lorsque la situation d'un groupe commençait à se détériorer, il risquait d'être impossible de distinguer les membres solvables des membres insolvables car, dans la plupart des cas, tous finiraient par faire l'objet d'une procédure d'insolvabilité. En outre, le groupe de sociétés avait peut-être intérêt à protéger les actifs des membres solvables dans le cadre d'un plan de redressement global. Pour régler cette question, a-t-on ajouté, il faudrait chercher à établir un équilibre judicieux entre les intérêts des différentes parties concernées, notamment des créanciers de l'entité solvable et des actionnaires qui n'étaient pas membres du groupe de sociétés.

24. On a estimé qu'il serait peut-être nécessaire de formuler des recommandations distinctes en ce qui concerne les procédures de redressement et de liquidation. En particulier, il pourrait être souhaitable de permettre à une société mère qui le désire de bénéficier d'un plan de redressement global visant tous les membres du groupe. À l'issue de la discussion, aucun consensus ne s'est dégagé sur la nécessité de prévoir une exception aux recommandations 15 et 16 du Guide législatif pour permettre à une société mère de présenter une demande à l'encontre d'une filiale.

2. Effets de l'ouverture

a) Nomination d'un seul représentant de l'insolvabilité

25. On a dit que la nomination d'un seul représentant de l'insolvabilité dans le cas d'une procédure visant plusieurs membres d'un groupe de sociétés serait souhaitable, car elle permettrait de coordonner l'administration des différents membres, réduirait les frais et faciliterait la collecte d'informations sur le groupe dans son ensemble. Il a toutefois été fait observer qu'une telle nomination risquait de faire naître des conflits d'intérêts et qu'il ne faudrait pas chercher à simplifier la structure de l'administration au détriment des intérêts en jeu.

26. De l'avis général, la nomination d'un seul représentant de l'insolvabilité serait souhaitable dans un certain nombre de cas, en particulier dans le cadre d'un redressement du groupe de sociétés, mais la nomination d'administrateurs distincts ou de coadministrateurs pour chaque membre du groupe devait être prévue lorsqu'il y avait un risque de conflit d'intérêts.

b) Cas où la direction conserve ses fonctions après l'ouverture

27. Il a été noté que les dispositions du Guide législatif qui permettaient à la direction de conserver ses fonctions après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité s'appliqueraient aussi en cas d'insolvabilité d'un groupe de sociétés.

c) Application de l'arrêt des poursuites à un membre solvable d'un groupe

28. Selon un avis, en cas d'insolvabilité d'un ou de plusieurs membres d'un groupe de sociétés, les recommandations 39 à 51 du Guide législatif sur les effets de l'ouverture, en particulier l'arrêt des poursuites, pouvaient s'appliquer aux membres contre lesquels une procédure avait été ouverte.

29. On a demandé si l'application de ces recommandations pourrait être étendue aux membres solvables d'un groupe de sociétés, dans les cas où la procédure d'insolvabilité ne viserait pas tous les membres.

30. Selon un avis, une telle extension du champ d'application, en particulier pour ce qui est des effets d'une suspension ou d'une interdiction des poursuites, serait possible dans certains États, et cette possibilité ressortait de la recommandation 48 du Guide législatif. Si l'on pouvait certes examiner plus avant la protection des créanciers des membres solvables, il a été dit que les dispositions du Guide leur conféraient peut-être une protection suffisante. On a indiqué en particulier que la recommandation 51 pourrait éventuellement s'appliquer à des créanciers autres que les créanciers garantis dans ces circonstances. Selon un point de vue différent, l'extension des effets d'une suspension ou d'une interdiction des poursuites à des membres solvables ne serait peut-être pas possible dans d'autres États, car elle risquait dans certains cas d'être incompatible avec la protection des droits réels, à la fois au niveau constitutionnel et au niveau international. De surcroît, certains États, a-t-on dit, pourraient avoir du mal à octroyer des mesures liées à la procédure d'insolvabilité, comme une suspension ou une interdiction des poursuites, à l'encontre d'un membre solvable. Cependant, il était possible, dans ces États, d'obtenir des effets semblables à ceux d'un arrêt des poursuites en demandant le prononcé d'une mesure provisoire en même temps que l'ouverture de la procédure d'insolvabilité à l'encontre d'autres membres du groupe.

31. À l'issue de la discussion, il a été convenu que les effets d'un arrêt des poursuites ne devraient pas être automatiquement étendus aux membres solvables d'un groupe de sociétés. Cependant, on a aussi estimé que, dans certains cas, par exemple pour protéger une garantie intragroupe, la possibilité d'étendre ces effets pourrait être laissée à l'appréciation des tribunaux et être subordonnée à certaines conditions.

d) Administration conjointe

32. Le Groupe de travail a examiné la possibilité d'une administration conjointe des procédures ouvertes à l'encontre d'un ou de plusieurs membres d'un groupe. Bien que la compétence soit généralement déterminée en fonction du lieu de situation de chaque membre, une administration conjointe était possible en pratique dans un certain nombre d'États pour des raisons d'efficacité. Le Groupe de travail a examiné certains des problèmes que pouvait poser une administration conjointe. Il a été souligné, par exemple, que des difficultés pouvaient surgir, y compris dans un même pays, lorsque la société mère et la filiale étaient situées dans des lieux

différents et que des tribunaux différents étaient compétents pour connaître des demandes d'ouverture dont chacune faisait l'objet. Il se pouvait aussi que les créanciers des différents membres d'un groupe se trouvent dans des endroits différents, ce qui posait des problèmes de représentation et de choix du lieu de constitution des comités de créanciers. Dans certains États, il était possible de regrouper différentes procédures ou de les transférer à un tribunal approprié. Dans un exemple, il pouvait s'agir du tribunal compétent pour administrer la procédure d'insolvabilité ouverte à l'encontre de la société mère d'un groupe.

e) Utilisation et disposition des actifs

33. Il a été demandé si les actifs d'un membre solvable du groupe pouvaient servir à financer la poursuite de l'activité d'un membre insolvable dans l'attente du règlement de la procédure d'insolvabilité. La recommandation 54 du Guide législatif, qui traitait de l'utilisation d'actifs appartenant à des tiers et se trouvant en possession du débiteur, a été mentionnée. Il a été dit que, si cette recommandation pouvait éventuellement régir certaines questions concernant l'utilisation des actifs d'un membre du groupe par un autre membre, le problème dans le contexte des groupes de sociétés était potentiellement plus large et concernerait également l'utilisation d'actifs qui ne se trouvaient pas en possession du débiteur. De l'avis général, cette utilisation ne serait possible que si le propriétaire des actifs, à savoir le membre solvable, pouvait aussi être soumis à la procédure d'insolvabilité. Ce type d'appui réciproque risquait de soulever des questions d'annulation, surtout lorsque le membre apportant un soutien devenait ensuite insolvable, et était aussi une source de préoccupation pour les créanciers de ce membre.

f) Financement postérieur à l'ouverture de la procédure

34. La question du financement postérieur à l'ouverture de la procédure était liée à celle de l'utilisation et de la disposition d'actifs. Pouvait-on utiliser les actifs d'un membre solvable du groupe pour obtenir auprès d'une source externe un financement destiné à un membre insolvable ou pour financer celui-ci directement et, dans l'affirmative, quelles étaient les conséquences pour les recommandations du Guide législatif relatives à la priorité et aux sûretés? Par exemple, une filiale solvable serait-elle prioritaire conformément à la recommandation 64 dans le cas où elle accorderait un financement à sa maison mère insolvable ou bien cette opération aurait-elle un rang inférieur car considérée comme prêt intragroupe? On a fait observer que, si le financement postérieur à l'ouverture était important dans les procédures individuelles, comme l'indiquait le Guide législatif, il l'était plus encore dans le contexte des groupes de sociétés. En effet, sans un financement continu, les perspectives de redresser un groupe insolvable étaient très minces. Malgré cette importance, il a été estimé que l'utilisation des actifs du groupe pour obtenir un financement était possible lorsque tous les membres du groupe étaient insolvables et que les recommandations du Guide s'appliqueraient dans ce cas. Des difficultés se posaient, en revanche, lorsqu'il était proposé d'utiliser les actifs d'un membre solvable pour financer un membre insolvable ou pour obtenir un financement externe. De l'avis général, cela ne devrait pas être permis, bien qu'il ait été admis que, dans certaines situations, ce type de financement pourrait être octroyé si les créanciers du membre solvable étaient d'accord.

3. Redressement de deux membres ou plus d'un groupe

35. Le Groupe de travail a examiné s'il serait possible de redresser un groupe insolvable au moyen d'un plan unique. Plusieurs lois sur l'insolvabilité autorisaient la négociation d'un plan unique, mais d'autres ne l'autorisaient en pratique que si les différentes procédures ouvertes à l'encontre des membres du groupe pouvaient être coordonnées. D'autres encore autorisaient la négociation d'un plan unique moyennant le regroupement de toutes les procédures visant les membres du groupe. Il a été noté que le recours à un plan unique pouvait permettre de réaliser des économies sur l'ensemble de la procédure ouverte contre le groupe. S'agissant du vote et de l'approbation du plan, différentes solutions étaient appliquées. L'une d'entre elles consistait à regrouper par classes les différents intérêts des membres du groupe et de leurs créanciers, les règles de vote concernant non seulement la majorité dans chaque classe mais aussi la majorité des classes restant les mêmes que pour l'approbation d'un plan destiné à un débiteur unique. Une autre approche consistait à élaborer un plan unifié soumis à des règles de majorité différentes pour en faciliter l'approbation. Le défaut d'approbation du plan entraînait la liquidation de tous les membres insolvables du groupe visés par le plan. Après discussion, il a été convenu qu'il serait avantageux de permettre la négociation d'un plan de redressement unique, sous réserve d'appliquer les mêmes règles d'approbation et les mêmes protections que celles prévues dans le Guide législatif.

4. Voies de droit

a) Regroupement

36. Le Groupe de travail a noté que les voies de droit examinées aux paragraphes 24 à 45 du document A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1 (extension de la responsabilité, ordonnances de contribution et regroupement ou mise en commun des patrimoines) pouvaient être réparties pour l'essentiel en deux catégories: les mesures qui exigeaient l'établissement d'une faute et celles qui reposaient sur l'établissement de certains faits concernant les opérations du groupe. Il a été dit qu'en cas de mauvaise gestion de la part du débiteur, d'autres mesures plus appropriées seraient possibles, par exemple révoquer la direction ou autoriser les créanciers, et non le débiteur, à préparer un plan de redressement.

37. Il a été noté que les mesures examinées aux paragraphes 24 à 45 n'étaient possibles que dans des cas limités et qu'elles étaient rarement appliquées car elles risquaient de porter atteinte à certains principes fondamentaux relatifs aux sociétés, à savoir la responsabilité limitée et la possibilité pour les créanciers d'invoquer la société (ainsi que ses droits et obligations). L'avis a été exprimé que le Groupe de travail ne devrait pas chercher à créer une norme qui déterminerait quand on s'écarte de ces principes fondamentaux car les raisons de le faire, le cas échéant, seraient dictées par les faits et varieraient selon les cultures et les systèmes juridiques. On a ajouté que le recouvrement de sommes plus importantes par certains créanciers était, en soi, un motif insuffisant pour déroger aux principes fondamentaux. De telles voies de droit seraient, a-t-on dit, peut-être appropriées lorsque la confusion des actifs serait telle qu'il serait impossible de démêler la propriété de tel ou tel actif et que le regroupement serait avantageux pour tous les créanciers ou lorsque les créanciers auraient traité avec les membres d'un groupe en tant qu'entité économique unique et sans tenir compte de leur identité distincte pour octroyer des crédits. Alors que certaines lois sur l'insolvabilité prévoyant le

regroupement laissaient au tribunal le soin de déterminer si les conditions appropriées étaient réunies, d'autres autorisaient le représentant de l'insolvabilité à procéder à un regroupement lorsque certaines exigences étaient remplies et que tous les créanciers y consentaient.

38. En faveur du regroupement, on a fait valoir que, les opérations intragroupe étant de plus en plus souvent la norme, le regroupement permettrait au représentant de l'insolvabilité de se concentrer sur les dettes externes du groupe puisque les dettes intragroupe disparaissaient par suite du regroupement.

39. Le Groupe de travail a examiné la portée de la décision de regroupement en se demandant si elle pouvait viser à la fois des membres insolvables et des membres solvables d'un groupe. Bien que généralement utilisée pour des membres contre lesquels une procédure d'insolvabilité avait été ouverte, cette mesure, a-t-on noté, pourrait, dans certaines lois, s'appliquer également à des membres solvables (par. 35 du document A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1). D'autres situations susceptibles de justifier un regroupement ont été mentionnées, par exemple lorsque le regroupement pouvait accroître la valeur à répartir entre les créanciers, soit en raison de la relation structurelle entre les membres, de la manière dont ils réalisaient leurs opérations et de leur relation financière, soit en raison de la valeur des actifs communs à l'ensemble du groupe, tels que les actifs de propriété intellectuelle dans un processus où intervenaient plusieurs membres du groupe et le produit de ce processus. Une telle approche permettrait d'atteindre l'objectif du regroupement, qui était d'accroître la somme totale à répartir entre les créanciers. À cela il a été répondu qu'un regroupement des patrimoines permettait rarement à tous les créanciers de recouvrer des sommes plus importantes; une telle mesure entraînait plutôt un nivellement des recouvrements, en diminuant ceux de certains créanciers et en augmentant ceux d'autres créanciers. Le seul cas où un regroupement des patrimoines avait des chances de se traduire par le recouvrement de sommes plus importantes pour tous les créanciers était le cas où il était impossible de démêler la propriété des différents avoirs du groupe. Une autre situation possible était celle où il n'y avait pas de réelle séparation entre les membres, la structure de groupe étant maintenue uniquement à des fins malhonnêtes ou frauduleuses.

40. La possibilité de convenir d'un regroupement dans un plan de redressement a aussi été suggérée. Certaines lois autorisaient l'insertion, dans un plan, d'une proposition de regroupement du débiteur avec d'autres membres du groupe, solvables ou non, proposition qui pouvait être appliquée si les créanciers approuvaient le plan. Le même résultat pouvait être obtenu en pratique dans d'autres pays qui n'imposaient pas d'exigences strictes concernant le plan, bien que l'on ait indiqué que des problèmes risquaient de se poser lorsqu'une telle proposition englobait un membre solvable du groupe.

41. On a dit qu'il fallait aussi examiner comment traiter les créanciers garantis et les créanciers prioritaires en cas de regroupement, en particulier lorsque ce dernier mettait en présence les créanciers prioritaires d'un membre du groupe (par exemple les salariés) et les créanciers garantis d'un autre membre du groupe. Une solution mentionnée consistait à exclure du regroupement les créanciers garantis externes et à annuler les sûretés des créanciers garantis internes. Une autre question à examiner était celle du moment du regroupement, qui pouvait intervenir à un stade précoce de la procédure ou plus tardivement lorsqu'il apparaissait que la valeur à répartir entre les créanciers s'en trouverait accrue.

42. Lorsque les décisions de regroupement devaient être prises par un tribunal, il a été convenu qu'il faudrait établir des critères clairs sur la base desquels les juges pourraient évaluer les circonstances de l'espèce.

b) Annulation

43. Il a été rappelé que le Guide législatif formulait un certain nombre de recommandations sur l'annulation, en particulier les recommandations 90 et 91 qui avaient trait aux opérations avec des "personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur". Le terme "personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur" était défini dans le glossaire du Guide et pouvait aussi désigner les membres d'un groupe de sociétés. Il a cependant été souligné que, la recommandation 90 ne faisant référence qu'à la durée de la période suspecte, des dispositions supplémentaires seraient probablement nécessaires pour de telles opérations dans le cadre d'un groupe de sociétés.

44. Il a été noté que, dans certaines législations internes, les opérations entre membres d'un groupe et entre ces membres et les actionnaires du groupe étaient présumées, sauf preuve contraire, porter préjudice aux créanciers et pouvaient en conséquence être annulées. On a toutefois fait observer que certaines de ces opérations pouvaient être conclues à des fins légitimes et ne devaient pas être automatiquement soumises à un tel traitement. À cela il a été ajouté qu'une application large des dispositions d'annulation risquait d'empêcher l'accès au financement dans le cadre d'un redressement.

45. Il a été proposé d'étudier de plus près la relation entre l'annulation des opérations intragroupe, le regroupement des patrimoines et la possibilité de confier à un administrateur unique le soin de décider du traitement à accorder aux opérations intragroupe ainsi que la relation entre l'annulation et le déclassement des créances.

c) Déclassement des créances

46. Il a été noté que, dans certains cas, l'existence d'une relation spéciale entre une entreprise soumise à une procédure d'insolvabilité et un créancier pouvait être un motif de déclassement de la créance de ce dernier. On a estimé que cette relation spéciale existait parfois aussi entre membres du même groupe et, partant, pouvait conduire à un déclassement des crédits intragroupe.

47. Il a été répondu qu'un déclassement automatique des crédits intragroupe risquait d'être considéré comme une sanction et d'aboutir à des résultats inéquitables car de nombreuses opérations intragroupe étaient conclues à des fins légitimes. Un tel déclassement pouvait aussi en définitive défavoriser les créanciers des membres bénéficiant de crédits subordonnés. À cet égard, il a été dit qu'un déclassement pouvait être plus ou moins indiqué selon que la procédure visait le redressement ou la liquidation.

5. Définition de "groupe de sociétés"

48. Après son débat sur les voies de droit, le Groupe de travail a examiné une éventuelle définition ou description du "groupe de sociétés" en s'appuyant sur les éléments figurant dans le glossaire du document A/CN.9/WG.V/WP.74.

49. Il a été convenu que, si une définition susceptible de servir pour l'insolvabilité mais aussi à d'autres fins risquait d'être difficile à trouver, il n'en importait pas moins de s'entendre sur les éléments permettant d'identifier un "groupe de sociétés". On a insisté sur le fait qu'une définition ne permettrait pas de trouver des solutions au problème du traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité et qu'elle ne devrait pas non plus avoir de conséquences juridiques. Il a été dit que, pour être applicable, cette définition devrait être suffisamment large de manière à englober différents types de groupes de sociétés communs à plusieurs pays et régions, comme les groupes contrôlés par des familles et les entreprises non dotées de la personnalité morale car celles-ci faisaient fréquemment partie d'un groupe. Il a été proposé de définir un groupe de sociétés comme étant formé de plusieurs entreprises associées par des participations communes ou imbriquées ou alliées du fait d'un contrôle ou d'une capacité de contrôle, ces entreprises ne devant pas nécessairement jouir de la personnalité morale et la capacité de contrôle pouvant aussi s'appliquer à des groupes fondés sur un arrangement contractuel. Cette proposition a été généralement appuyée.

C. Questions internationales

1. Centre des intérêts principaux

50. Le Groupe de travail a examiné le concept de centre des intérêts principaux et s'est demandé comment pourraient être élaborés des critères supplémentaires, en plus des présomptions prévues à l'article 16 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale. Il a été noté que dans les pays qui appliquaient le concept de centre des intérêts principaux, que ce soit en vertu du Règlement CE relatif aux procédures d'insolvabilité ou de la Loi type, le concept était encore en développement, et un certain nombre d'éléments suffisants pour réfuter la présomption liée au siège statutaire avaient été identifiés: l'emplacement des centres de production, de décision, et de contrôle; des comptes bancaires et des services comptables; ainsi que les lieux de la conception, de la commercialisation et d'autres activités économiques.

51. Il a été noté que ni le Règlement CE ni la Loi type ne traitaient du centre des intérêts principaux du point de vue des groupes de sociétés. Dans la pratique, le centre des intérêts principaux de chaque membre d'un tel groupe pouvait se trouver dans un pays différent, et des procédures pouvaient donc être ouvertes dans chacun de ces pays, sur la base des divers éléments susmentionnés. On a fait observer que dans le cas où il était établi que le centre des intérêts principaux de plusieurs membres du groupe était situé dans un même pays, il y avait un risque que les créanciers, y compris les employés qui se trouvaient dans d'autres pays, soient désavantagés, par exemple pour produire leurs créances et participer aux audiences. On a également souligné qu'il n'était pas toujours possible de déterminer avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité où se trouvait le centre des intérêts principaux des membres d'un groupe.

52. Bien que la discussion ait découlé de l'expérience acquise avec la Loi type et le Règlement CE, il a été proposé d'adopter une approche plus générale de la question dans le contexte des groupes de sociétés, car ces instruments n'étaient pas d'application universelle. La proposition d'avoir un concept de "centre des intérêts

principaux du groupe", qui permettrait d'ouvrir dans un même pays une procédure englobant tous les membres insolvables d'un groupe, a bénéficié d'un certain appui. Selon une suggestion, un tel concept pourrait englober les notions de centre des intérêts principaux, d'établissement et de présence d'actifs et tenir compte des liens des créanciers et des questions de contrôle.

53. On s'est demandé s'il était possible de définir un tel concept et comment cette définition serait reconnue et appliquée de manière universelle. On a fait observer que la plupart des pays prévoyaient des critères ou des facteurs de rattachement permettant au débiteur d'ouvrir une procédure d'insolvabilité dans un pays particulier. Il a été rappelé que ces facteurs avaient été examinés dans le contexte du Guide législatif (Deuxième partie, chapitre premier, par. 12 à 19). Même si un tribunal donné estimait que le centre des intérêts principaux d'un groupe de sociétés relevait de sa compétence et qu'il pouvait de ce fait recevoir des demandes relatives à d'autres membres du groupe, les autres tribunaux n'accepteraient pas nécessairement cette décision en l'absence d'une obligation contraignante de le faire. Les avis pourraient en outre diverger concernant l'inclusion d'une entreprise dans un groupe de sociétés, notamment dans un groupe international; certains tribunaux pourraient par exemple considérer comme une filiale ce que d'autres pourraient considérer comme une entreprise du pays où elle se trouve, malgré son rattachement à un groupe situé ailleurs.

54. La difficulté de parvenir à s'entendre sur une définition a laissé supposer qu'il fallait avant tout faciliter la coordination et la coopération entre les différents tribunaux où une procédure d'insolvabilité contre différents membres d'un groupe de sociétés pourrait être ouverte, tout en reconnaissant qu'il était souhaitable d'éviter des procédures multiples dans le contexte d'un groupe.

2. Définition d'un "groupe international de sociétés"

55. Le Groupe de travail a examiné comment définir un groupe international de sociétés et quelles caractéristiques distingueraient celui-ci d'un groupe national (voir ci-dessus, par. 48 et 49). On a insisté sur le fait qu'il était souhaitable que la définition se concentre sur les caractéristiques communes et recueille un large soutien au niveau international.

56. Il a été proposé de définir un groupe international de sociétés comme un ensemble de sociétés soumises à la législation de différents pays, liées par des participations ou un contrôle et organisées de manière coordonnée. Afin de ne pas exclure d'un tel groupe les entités non dotées de la personnalité morale et éventuellement les personnes physiques, il a été suggéré, comme lors des débats sur les questions internes, d'employer le terme "entreprises" en lieu et place de "sociétés". Il a en outre été proposé de mentionner également les types de liens unissant les membres d'un groupe de sociétés, tels que des actifs communs, une gestion commune et le fait de contrôler ou de pouvoir contrôler les intérêts d'un ou de plusieurs membres du groupe par la prise de décisions contraignantes concernant leurs activités économiques et financières.

57. On a suggéré de décrire plus clairement la nature internationale du groupe. Il ne suffisait pas que des membres d'un groupe disposent de bureaux dans plusieurs pays. Le critère à prendre en compte devrait être plutôt l'exercice d'une activité

économique ou la présence d'actifs qui soit suffisante pour établir la compétence aux fins de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans ces différents pays.

58. À l'issue de la discussion, le secrétariat a été prié d'élaborer une définition de la notion de "groupe international de sociétés", en tenant compte des différentes observations formulées.

3. Voies de droit

a) Administration conjointe

59. Selon une opinion, l'administration conjointe était aussi essentielle dans le contexte international que dans le contexte national pour que les membres d'un groupe de sociétés puissent être administrés ensemble de manière à faciliter un redressement rapide, à accroître la valeur à répartir entre les créanciers et à réduire les dépenses au minimum. On a cependant fait observer que, si dans un contexte national il existait des moyens de regrouper des procédures ouvertes dans différents pays, ces moyens n'existaient généralement pas au niveau international. À ce niveau, les procédures ouvertes dans différents pays feraient intervenir, notamment, différents actifs, créanciers, lois et priorités. D'autres questions se posaient, à savoir celles du choix du pays qui se verrait confier l'administration conjointe, du traitement applicable aux membres solvables dans les différents pays et de la possibilité pour les représentants de l'insolvabilité d'opérer dans différents pays, en particulier dans ceux où ils n'étaient pas habilités par la loi applicable.

60. Il a été reconnu que, dans certaines situations, des procédures parallèles pourraient être nécessaires pour régler certaines de ces difficultés. Toutefois, il fallait d'une manière générale éviter de multiplier les procédures afin de faciliter la coordination et la coopération. L'incorporation, dans le droit interne, de la Loi type permettrait de disposer des règles locales nécessaires pour assurer cette coopération. Il a été convenu, dans une certaine mesure, que si l'administration conjointe devait être recommandée, il n'était pas possible à ce stade du débat de formuler d'autres propositions sur les modalités de cette administration.

b) Regroupement

61. Il a été noté que, si le regroupement des procédures dans le contexte d'une insolvabilité internationale pouvait présenter des avantages, la dimension internationale ajoutait des éléments de complexité, par exemple la nécessité d'adopter des critères pour la conversion des monnaies, d'où la nécessité de fixer des exigences encore plus strictes que pour les procédures nationales. D'autres aspects potentiellement problématiques avaient trait aux différentes procédures de répartition et d'admission des créances ainsi qu'aux différences éventuelles entre l'approche territoriale et l'approche universelle de l'insolvabilité.

62. Il a été noté que, dans un contexte international, le regroupement exigerait peut-être une harmonisation du traitement des sûretés dans les différents pays, où la situation était extrêmement variable, au point que certaines sûretés n'avaient pas d'équivalent dans d'autres systèmes juridiques.

4. Financement postérieur à l'ouverture

63. De l'avis général, l'accès au financement postérieur à l'ouverture était fondamental pour le succès du redressement, et cet accès n'était possible que lorsque le prêteur obtenait une garantie suffisante de récupérer son capital. On a ajouté que de telles garanties ne seraient peut-être pas disponibles dans certains pays qui mettaient l'accent sur la protection des sûretés réelles préalables à l'ouverture, ni dans d'autres pays dépourvus du cadre commercial nécessaire pour appuyer un financement postérieur à l'ouverture, ce qui faisait obstacle au redressement de membres de sociétés situées dans ces pays.

64. Des craintes ont été exprimées quant à la possibilité d'introduire dans certains systèmes juridiques la notion de priorité absolue des sûretés au profit du prêteur d'un financement postérieur à l'ouverture – on parle parfois de "superpriorité". On a dit à ce propos qu'il risquait d'y avoir des difficultés lorsque l'exécution d'un plan de redressement envisageant une telle "superpriorité" serait demandée dans des tribunaux autres que ceux du pays dans lequel le plan était approuvé, en particulier lorsque la modification du classement des sûretés réelles affecterait des biens détenus par des membres solvables du groupe de sociétés. Il a été noté dans ce contexte qu'il serait souhaitable également d'assurer une protection suffisante des intérêts du créancier de la filiale solvable, ainsi que d'empêcher l'exploitation de cette dernière au seul profit de la société mère insolvable.

65. On a suggéré, pour dissiper ces craintes, de recourir à des protocoles, sous réserve de l'approbation de tous les tribunaux concernés. Il a été répondu à cette suggestion qu'une telle approche, qui assurerait il est vrai une représentation adéquate de toutes les parties prenantes, risquait aussi de prendre trop de temps, compte tenu notamment du délai strict dicté par les besoins financiers d'un groupe de sociétés insolvable.

66. Une autre solution possible, a-t-on suggéré, serait de s'inspirer de certaines procédures applicables à la fusion transfrontière de sociétés. Cela permettrait aux tribunaux ayant compétence sur les biens concernés de statuer sur l'équilibre des divers intérêts en jeu et de demander des garanties suffisantes pour que l'équilibre souhaité soit réalisé.

67. Le Groupe de travail a conclu qu'il serait souhaitable d'examiner plus avant la question, en s'appuyant sur les recommandations 63 à 68 du Guide législatif et leur application dans le contexte international des groupes de sociétés.

D. Portée des travaux futurs

68. Le Secrétariat a informé le Groupe de travail des progrès des travaux concernant l'utilisation de protocoles dans l'insolvabilité internationale et l'établissement d'un rapport sur ce sujet pour examen par la Commission à sa quarantième session en 2007.

69. Il a été convenu que le débat en cours du Groupe de travail sur le traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité mettait en évidence la nécessité de travaux plus poussés. Le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité et la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale constituaient une base solide pour l'unification du droit dans ce domaine et devaient

rester intacts lors de travaux futurs. Les travaux en cours avaient donc pour objet de compléter ces textes et non de les remplacer.

70. Une manière possible de procéder serait, a-t-on dit, d'examiner les dispositions des textes existants qui pourraient également s'appliquer dans le contexte des groupes de sociétés, de voir quelles questions devraient être étudiées plus avant et d'élaborer des recommandations supplémentaires. D'autres questions, bien que se rapportant aux groupes de sociétés, pourraient être traitées de la même manière que dans le Guide et la Loi type. Le résultat éventuel des travaux pourrait prendre la forme de recommandations législatives accompagnées d'un commentaire concernant les considérations de principe sur lesquelles s'appuient ces recommandations.

71. Conformément à la décision prise par la Commission à sa session précédente (A/61/17, par. 209 b)), il a été convenu que, dans le cadre de son mandat, le Groupe de travail aurait une certaine marge de manœuvre pour décider des modalités de ses travaux sur le financement national et international postérieur à l'ouverture de la procédure.

B. Note du Secrétariat sur le traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente et unième session

(A/CN.9/WG.V/WP.74 et Add.1 et 2) [Original: anglais]

A/CN.9/WG.V/WP.74

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Glossaire	1
II.	Généralités	2-47
	A. Introduction	2-6
	B. Nature des groupes de sociétés	7-24
	C. Raisons justifiant la conduite d'activités commerciales par l'intermédiaire de groupes de sociétés	25-34
	D. Définition du "groupe de sociétés" – participation et contrôle	35-38
	E. Réglementation des groupes de sociétés	39-47

I. Glossaire

1. Les termes ci-après, fréquemment rencontrés dans le droit et la doctrine relatifs aux groupes de sociétés, peuvent avoir une signification différente selon les pays ou se retrouver dans une certaine tradition juridique mais pas dans d'autres. Ils sont inclus dans la présente note pour orienter le lecteur et promouvoir une interprétation unifiée des questions soulevées.

a) Groupe de sociétés

"Ce terme désigne généralement un ensemble de sociétés liées par des participations communes ou croisées, et soumises à un contrôle ou à une capacité de contrôle unifiés" (Australie: *Walker v Wimbourne* (1976) ACLR 529 at 532).

"Des relations étroites de gestion commune ainsi qu'un réseau imbriqué et complexe de participations réciproques suffisent de fait à constituer comme telles les diverses sociétés d'un groupe, les unes répondant aux besoins et aux intérêts des autres en tant que sociétés de par leur gestion" (Royaume-Uni: *Re Enterprise Gold Mines NL* (1991) 3 ACSR 531 at 540).

"Un groupe d'entreprises composé d'une entreprise mère, de ses filiales et des entités dans lesquelles l'entreprise mère ou ses filiales détiennent une participation, ainsi que des entreprises liées l'une à l'autre par une relation au sens de l'article 12,

paragraphe 1, de la directive 83/349/CEE" (relative aux comptes consolidés). (Article 2 de la Directive 2002/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2002 relative à la surveillance complémentaire des établissements de crédit, des entreprises d'assurance et des entreprises d'investissement appartenant à un conglomérat financier.)

b) Contrôle

Pouvoir normalement associé à une position stratégique occupée dans l'organigramme d'une société, qui permet à son détenteur de dominer directement ou indirectement les organes investis d'un pouvoir de décision, généralement en matière de politiques financières et opérationnelles.

On peut considérer qu'une société contrôle une autre lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société; lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société; lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société. Une société est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou indirectement une fraction supérieure à la sienne (France: Code du commerce, article L233-3).

"Le contrôle ... peut également être assuré par une entité qui détient moins de la majorité des actions de l'entreprise en question, mais qui, en fonction des contrats de direction, des conditions des accords de crédit, des accords fiduciaires de vote, des accords de licence ou de franchise, ou d'autres éléments, a le pouvoir d'exercer une influence décisive sur les activités de la compagnie en question" (Les obligations des entreprises multinationales et leurs sociétés membres, Institut de droit international, (1995)).

c) Société holding ou société mère

Ces termes désignent une société qui détient directement ou indirectement suffisamment d'actions donnant droit de vote d'une autre société pour en contrôler la gestion et les opérations en exerçant une influence sur le conseil d'administration ou en élisant ce dernier. Il peut s'agir d'une société qui ne produit pas elle-même des biens ou des services, mais qui a pour objet de détenir les actions d'autres sociétés (ou de posséder purement et simplement d'autres sociétés).

d) Filiale

Société qui appartient à une autre société faisant partie du même groupe de sociétés ou qui est contrôlée par une telle société. Une filiale est habituellement constituée conformément à la loi de l'État dans lequel elle est établie (Les obligations des entreprises multinationales et leurs sociétés membres, Institut de droit international (1995)).

Lorsqu'une société possède plus de la moitié du capital d'une autre société, la seconde est considérée comme filiale de la première (France: Code de Commerce, article L233-1).

e) Relation mère-filiale

Il existe une relation mère-filiale lorsqu'une société occupe dans l'organe de décision d'une autre société une position stratégique, qui lui donne le pouvoir d'influencer directement ou indirectement la conduite des affaires de cette dernière. Les critères étayant l'existence d'une telle relation comprendraient la détention de la majorité du capital ou du capital social; le pouvoir d'élire la majorité des conseils d'administration ou des conseils de surveillance; l'entretien de liens financiers, personnels, contractuels ou autres donnant à l'une des sociétés une position de contrôle stratégique telle qu'elle est définie plus haut (Antunes, Jose Engracia, Liability of Corporate Groups (responsabilité des groupes de sociétés) Kluwer 1994).

f) Succursale

Unité d'une société dont elle n'est pas séparée par un acte de constitution distinct dans l'État dans lequel elle est établie ou exerce ses activités. (Les obligations des entreprises multinationales et leurs sociétés membres, Institut de droit international (1995)).

g) Société ayant des liens privilégiés/associée/apparentée

"jj) 'Personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur': si le débiteur est une personne morale, on entendrait par personne ayant des liens privilégiés avec lui, notamment: i) une personne qui a ou a eu un pouvoir de contrôle sur l'entreprise du débiteur, et ii) une société mère, une filiale, une société partenaire ou une société apparentée du débiteur" (Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité).

h) Ordonnance de mise en commun (a le même effet que le regroupement des patrimoines)

Ordonnance permettant de mettre en commun ou de regrouper l'actif et le passif d'un groupe de sociétés en liquidation en une seule masse de l'insolvabilité dans l'intérêt général des créanciers chirographaires.

i) Ordonnance de contribution

Ordonnance par laquelle un tribunal peut exiger d'une société solvable du groupe qu'elle verse une certaine contribution pour couvrir tout ou partie des dettes d'autres sociétés du groupe en liquidation.

j) Regroupement

i) *Le regroupement des procédures* (administration conjointe dans la présente note) consiste à regrouper des procédures d'insolvabilité ou des entités distinctes à des fins d'administration pour faciliter la procédure et optimiser les coûts, mais l'actif et le passif des débiteurs restent biens distincts et il n'y a aucune incidence sur les droits matériels des créanciers.

ii) *Le regroupement des patrimoines* permet au tribunal, dans des affaires d'insolvabilité impliquant des entités ayant entre elles des liens privilégiés de faire abstraction, s'il y a lieu, de l'identité distincte des entités pour regrouper

et mettre en commun leur actif et leur passif et le traiter comme s'il s'agissait de l'actif et du passif d'une entité unique, créant ainsi une masse unique dans l'intérêt général des créanciers de toutes les entités regroupées.

k) Administration conjointe (voir regroupement)

l) Administrateur occulte (*shadow director*)/administrateur de fait (*de facto director*)

L'administrateur occulte (*shadow director*) est une personne selon les directives et instructions de laquelle les administrateurs de la société ont l'habitude d'agir (Section 741 (2), UK Companies Act 1985 (loi britannique sur les sociétés)). Une société peut être l'administrateur occulte d'une autre.

L'administrateur de fait (*de facto director*) peut être un actionnaire, un dirigeant ou un administrateur d'une société mère qui exerce effectivement les fonctions d'administrateur ou qui se présente comme tel, sans avoir été officiellement désigné.

m) Prix de cession interne

Le prix de cession interne est le prix des biens et des services au sein d'une organisation multidivisionnelle. Des biens de la division de la production peuvent être vendus à la division du marketing, ou des biens d'une société mère à une filiale à l'étranger. La fixation des prix de transfert détermine la répartition du bénéfice total entre les différentes composantes de la société. Il peut être avantageux de les fixer de manière à ce que, en termes comptables, la majeure partie des bénéfices soit réalisée dans un pays où le taux d'imposition est faible.

n) Engagements hors bilan

Les engagements hors bilan concernent généralement un élément d'actif ou de passif ou une activité de financement qui ne figure pas au bilan de la société. Sont par exemple des financements hors bilan les coentreprises, les partenariats de recherche-développement ou les baux d'exploitation (qui se substituent à l'achat de biens d'équipement) où le bien actif reste inscrit au bilan du bailleur et où le preneur à bail n'inscrit que les dépenses liées à l'utilisation du bien.

o) Comptes consolidés

Les comptes consolidés sont des états financiers qui tiennent compte des filiales de la société mère dans une comptabilité commune où le groupe est présenté comme une seule entité.

II. Généralités

A. Introduction

2. La plupart des pays reconnaissent la "société", entité dotée d'une personnalité juridique distincte de celle des individus qui la composent – propriétaires, administrateurs ou employés. En tant que personne morale ou juridique, une société est titulaire de droits et assume des obligations et des responsabilités; par exemple elle peut poursuivre et être poursuivie, détenir ou transférer des biens, signer des

contrats et payer des impôts. La société jouit aussi d'une existence perpétuelle c'est-à-dire que sa pérennité est assurée quels que soient ses membres à un moment donné et au fil du temps, et les actionnaires peuvent transférer leurs actions sans incidence sur la personnalité morale de l'entité. La responsabilité d'une société peut aussi être limitée, ce qui signifie que les investisseurs ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports. Sans cette limitation, ils exposeraient l'ensemble de leurs actifs à chaque participation dans une société. Une société acquiert la personnalité juridique par un processus juridique et, une fois constituée, elle est soumise au régime réglementaire applicable aux entités ainsi constituées. C'est généralement cette législation qui détermine non seulement les conditions mais aussi les conséquences de la constitution, telles que les pouvoirs et les capacités de la société, les droits et les obligations de ses membres et la mesure dans laquelle ces derniers peuvent être tenus responsables de ses dettes. On peut donc considérer que la forme de la société commerciale favorise la sécurité dans la gestion des affaires car les personnes qui ont des rapports avec une société savent qu'elles peuvent se fier à sa personnalité juridique et aux droits, devoirs et obligations qui y sont attachés.

3. Les activités des sociétés sont de plus en plus souvent menées au niveau national comme au niveau international, par l'intermédiaire de "groupes de sociétés". Ce terme recouvre de nombreuses formes d'organisation économique fondée sur l'entité juridique unique et que l'on peut, à des fins opérationnelles, définir approximativement comme un ensemble de deux sociétés ou plus liées par une certaine forme de contrôle (direct ou indirect) ou de propriété (voir ci-après). La taille et la complexité des groupes ne sont peut-être pas toujours facilement visibles car beaucoup d'entre eux donnent une image d'organisation unitaire opérant sous une seule identité.

4. Les groupes de sociétés existent depuis un certain temps. Selon des commentateurs, ils ont fait leur apparition dans certains pays à la fin du XIXe et au début du XXe siècle sous l'effet d'un processus d'expansion interne par lequel des sociétés ont pris le contrôle de leurs propres capacités financières, techniques et commerciales. Elles se sont ensuite développées sur le plan externe pour prendre le contrôle juridique et économique d'autres sociétés. Dans un premier temps, ces dernières pouvaient se situer sur le même marché, mais l'expansion a gagné par la suite des sociétés de secteurs connexes, puis de secteurs différents, voire sans rapport avec le produit ou la situation géographique, ni même avec les deux[1]. Un des facteurs qui a favorisé cette expansion, tout du moins dans certains pays, a été la légitimation de la détention d'actions d'une société par une autre, ce qui, au départ, était interdit dans les systèmes aussi bien de *common law* que de droit romano-germanique.

5. Au fil de cette expansion, les sociétés ont conservé, et conservent encore, leur personnalité juridique distincte, même si, selon un commentateur, la société isolée a cessé d'être la forme d'organisation la plus courante dans les années 1920 et 1930[2], et n'est probablement aujourd'hui la forme typique d'organisation que pour les petites entreprises privées. Les groupes de sociétés sont maintenant omniprésents à

[1] Antunes, Jose Engracia, Liability of Corporate Groups, (Kluwer: 1994), chap. 1.
[2] Hadden, Inside Corporate Groups, 1984 "International Journal of Sociology of Law", **12**, 271-28 at 271.

la fois sur les marchés émergents et sur les marchés développés et opèrent de façon similaire dans de nombreux secteurs souvent sans liens entre eux. Ils appartiennent souvent à des familles, avec des degrés de participation variables d'investisseurs extérieurs. Les plus grandes entités économiques du monde ne sont pas seulement des pays, mais comprennent aussi en nombre égal des entreprises multinationales. Les principaux groupes multinationaux peuvent générer une fraction considérable du produit national brut au niveau mondial et avoir des taux de croissance et des chiffres d'affaires annuels supérieurs à ceux de nombreux pays.

6. Malgré la réalité des groupes de sociétés, une grande partie de la législation relative aux sociétés, et en particulier à leur traitement en cas d'insolvabilité, concerne l'entité juridique unique comme s'il s'agissait de la norme. Malgré l'absence de législation, les juges de nombreux pays, confrontés à des questions plus faciles à traiter en se référant à l'entreprise unique qu'à l'entité juridique unique, ont trouvé le moyen d'obtenir des résultats mieux adaptés à la réalité économique des affaires modernes.

B. Nature des groupes de sociétés

7. Les groupes de sociétés peuvent être des structures simples ou très complexes, avec de nombreuses filiales en propriété exclusive ou partielle, filiales d'exploitation, sous-filiales, sous-holdings, sociétés de services, sociétés inactives, administrations réciproques et participations au capital, etc. Ils peuvent aussi comprendre d'autres types d'entités telles que des entités ad hoc, des coentreprises, des fiducies et des partenariats à l'étranger.

8. Les groupes de sociétés peuvent avoir une structure hiérarchique ou verticale, où des strates successives de sociétés mères et de sociétés contrôlées, qui peuvent être des filiales ou d'autres types de sociétés apparentées ou associées, opérant à différents points d'un processus de production ou de distribution. Ils peuvent aussi avoir une structure plus horizontale, comportant de nombreuses sociétés sœurs, souvent avec un degré élevé de propriété croisée, opérant au même niveau dans ce processus. Ils peuvent exercer leurs activités dans le même secteur ou dans des secteurs très divers sans rapport entre eux. On a dit que les groupes horizontaux étaient plus courants dans certaines parties du monde, comme en Europe, et les groupes verticaux dans d'autres, comme aux États-Unis d'Amérique et au Japon.

9. Les études sur les groupes de sociétés montrent clairement que ces derniers peuvent reposer sur différents types d'alliances telles que relations bancaires, directions imbriquées, alliances de propriétaires, échanges d'informations, coentreprises et des cartels. Elles montrent aussi que la structure des groupes de sociétés varie selon le système de gouvernance d'entreprise. Les keiretsu japonais ont une organisation verticale ou horizontale et s'étendent sur divers secteurs. Ils comprennent généralement une banque, une société holding ou une société commerciale et un ensemble diversifié d'entreprises de fabrication. Les chaebol coréens au contraire, sont le plus souvent contrôlés par une seule famille ou un petit nombre de familles et ont toujours une structure verticale. En Chine, les groupes d'entreprises ont développé leur propre structure originale: ce sont de grandes

entités multisectorielles entretenant des liens étroits avec l'État, mais pas avec des familles particulières[3].

10. Le degré d'autonomie financière et décisionnelle au sein des groupes peut varier considérablement. Dans certains groupes, les sociétés peuvent être des entités commerciales actives, responsables en premier lieu de leurs propres objectifs, activités et finances. Dans d'autres, les décisions budgétaires et stratégiques peuvent être centralisées, les sociétés du groupe opérant en tant que divisions d'une plus grande société et exerçant peu de pouvoir indépendant au sein de l'unité économique homogène. Une société mère peut exercer un contrôle étroit en allouant le capital social et les capitaux empruntés aux membres du groupe par une opération centralisée de financement, en fixant leurs politiques opérationnelles et financières et leurs objectifs de performance, en nommant les administrateurs et autres dirigeants principaux, et en suivant de façon continue leurs activités. Le pouvoir peut être centralisé dans la société tête de groupe ou dans une société de rang inférieur, la société mère détenant les principales actions du groupe, mais ne jouant pas directement un rôle dans la production ou la gestion. Les plus grands groupes peuvent avoir leurs propres banques et exercer les principales fonctions d'un marché de capitaux. Le financement de groupe peut comporter des prêts intragroupe entre la société mère et les filiales et réciproquement. Il peut s'agir de fonds de roulement, de dettes à court terme impayées, tels que des dividendes ou des crédits non versés dans le cadre des opérations intragroupe et ces prêts peuvent ou non exiger le paiement d'intérêts.

11. Dans certains pays, les liens familiaux jouent un rôle connecteur important dans les groupes de sociétés, et il peut arriver, par exemple, que les principaux membres d'une famille et leurs proches associés siègent au conseil d'administration de la société mère ainsi que dans les conseils des sociétés constituantes, constituant ainsi un réseau de directions communes imbriquées, ce qui permet à la famille de conserver le contrôle du groupe. Par exemple, un organigramme du groupe Tata en Inde, révèle un réseau complexe de directions partagées entre les 18 membres du conseil de la société mère, Tata Sons Ltd, et 45 autres membres du groupe[4]. Les directions imbriquées sont courantes dans de nombreux pays: une enquête menée en Allemagne, aux États-Unis d'Amérique, en France, en Italie et au Royaume-Uni a montré que 2 administrateurs sur 10 siégeaient dans au moins trois sociétés distinctes[5].

12. Dans certains pays, les groupes de sociétés ont entretenu des liens étroits avec les gouvernements, et des politiques gouvernementales, comme celles qui ont des répercussions sur l'accès au crédit et aux devises étrangères et sur la concurrence, ont fortement influencé l'évolution des groupes. De même, des politiques gouvernementales axées sur les opérations des groupes ont parfois éliminé certaines formes de traitement privilégié, comme l'accès aux capitaux.

---

[3] Khanna, T. et Yafeh, Y., Business Groups in Emerging Markets: Paragons or Parasites?, European Corporate Governance Institute, 2005.

[4] Bikram De, The Incidence and performance effects of interlocking directorates in emerging market business groups: evidence from India, Indira Gandhi Institute of Development Research, avril 2003.

[5] Antunes, note 1, p. 45.

13. La structure de nombreux groupes de sociétés témoigne de l'ampleur et de la complexité potentielle des arrangements. Une enquête menée en 1997 en Australie a montré que sur les 500 principales sociétés cotées en bourse, 89 % contrôlaient d'autres sociétés. Plus leur capitalisation boursière était importante plus elles étaient susceptibles de contrôler d'autres sociétés (les chiffres allaient d'une moyenne de 72 sociétés contrôlées pour celles dont la capitalisation boursière était la plus élevée à une moyenne de 9 pour les plus petites); 90 % des sociétés contrôlées étaient détenues à 100 %; et le nombre de niveaux hiérarchiques de filiales allait de 1 à 11, avec une moyenne générale de 3 à 4[6]. Dans d'autres pays, ces chiffres sont beaucoup plus élevés. Une étude fondée sur les comptes et les rapports de 1979 d'un certain nombre de grandes sociétés multinationales ayant leur siège au Royaume-Uni a dû être abandonnée pour deux des plus grands groupes, ayant respectivement 1 200 et 800 filiales, en raison de l'impossibilité de mener à bien la tâche. Les chercheurs ont aussi noté que peu de personnes au sein du groupe avaient une idée claire des liens juridiques précis entre tous les membres et qu'aucun des groupes étudiés ne semblait disposer d'un organigramme complet[7]. De même, les organigrammes de plusieurs groupes immobiliers de Hong Kong, comme le Groupe Carrian, qui a fait faillite il y a plus de 20 ans, occupaient plusieurs pages et il aurait fallu au lecteur une loupe puissante pour identifier les filiales. Aujourd'hui, l'organigramme du groupe Federal Mogul, fournisseur de pièces automobiles, grossi de manière à ce que l'on puisse lire le nom des filiales, couvre un mur entier d'un petit bureau. Celui de Collins and Aikman, autre groupe automobile, est imprimé sous forme de livre, et les sous-sous-groupes ont une structure aussi complexe que de nombreux groupes de sociétés nationaux.

14. Le degré d'intégration d'un groupe de sociétés peut être déterminé à partir de divers facteurs[8] parmi lesquels l'organisation économique du groupe (par exemple, structure administrative centralisée ou maintien de l'indépendance des divers membres; indépendance ou non des filiales pour leur financement ou leurs garanties de prêts; gestion centralisée ou non des questions de personnel; mesure dans laquelle les principales décisions concernant la politique, les opérations et le budget sont prises par la société mère; et degré d'intégration verticale ou horizontale des sociétés du groupe); les modalités de gestion du marketing dans le groupe (par exemple, importance des ventes et des achats intragroupe, utilisation de marques, de logos et de programmes publicitaires communs et fourniture de garanties pour les produits); et image du groupe (par exemple, mesure dans laquelle il se présente comme une société unique et mesure dans laquelle les activités des sociétés constituantes sont présentées comme des opérations du groupe dans les rapports à usage externe, comme ceux qui sont destinés aux actionnaires, aux organismes de contrôle et aux investisseurs).

15. La structure juridique d'un groupe en tant qu'ensemble d'entités juridiques distinctes ne détermine pas nécessairement comment les activités du groupe sont gérées. Bien que chaque société soit une entité distincte, la gestion peut être organisée en divisions selon les lignes de produits et les filiales, qui peuvent être chargées d'une ou de plusieurs lignes de produits, peuvent recouper différentes

---

[6] Cité dans Companies and Securities Advisory Committee (CASAC), Corporate Groups Final Report, 2000 (Australie), par. 1.2.

[7] Hadden, note 2, p. 273.

[8] CASAC, note 6, par. 1.7.

divisions. Dans certains cas, les gestionnaires peuvent traiter les filiales détenues à 100 % comme des succursales de la société mère.

16. Comme on l'a vu plus haut, les groupes de sociétés peuvent comprendre d'autres types d'entités, telles que entités ad hoc, coentreprises, fiducies et partenariats à l'étranger. Une question qui se pose dans le contexte des groupes est celle du traitement de ces entités et arrangements en cas d'insolvabilité.

Entités ad hoc

17. Les entités ad hoc (également dénommées "véhicules ad hoc", "structures d'accueil" ou "entités jouissant d'une réelle autonomie patrimoniale") sont créées pour remplir des objectifs temporaires ou limités, tels que l'acquisition et le financement d'actifs déterminés, afin essentiellement d'isoler les risques financiers ou de renforcer l'efficience fiscale. Une entité ad hoc est le plus souvent une filiale appartenant presque entièrement à la société mère – certains pays exigent toutefois qu'un autre investisseur en détienne au moins 3 %. De par la structure de son actif et de son passif et son statut juridique, ses obligations sont généralement garanties même si la société mère devient insolvable. Une société peut créer une entité ad hoc sans avoir à n'inscrire aucun des éléments d'actif ou de passif correspondants sur son propre bilan: il s'agit donc d'engagements hors bilan.

18. À mesure que les marchés financiers se sont complexifiés, les entités ad hoc ont été utilisées pour une grande variété d'opérations, parmi lesquelles la titrisation d'actifs financiers, tels que différents types de prêts; les créances sur cartes de crédit; les contrats de location-financement et de location simple d'aéronefs; les hypothèques immobilières; et le financement d'aéronefs et de navires. L'entité ad hoc acquiert l'actif sous-jacent auprès de l'initiateur de l'opération puis émet des obligations ou d'autres titres. Ce mécanisme a l'avantage de permettre à l'initiateur, notamment, de faire disparaître du bilan l'actif ou la catégorie d'actifs sous-jacents; d'accroître les liquidités; de réduire les risques liés aux taux d'intérêt, aux taux de change et aux échéances auxquels il aurait pu être exposé du fait des actifs sous-jacents; et d'améliorer la rentabilité de l'actif et du capital.

19. Les entités ad hoc peuvent également être utilisées à des fins concurrentielles pour faire en sorte que la propriété intellectuelle, par exemple lors du développement d'une nouvelle technologie, soit détenue par une entité séparée non assujettie à des accords de licence préexistants.

Coentreprise

20. Une coentreprise est souvent un arrangement contractuel ou un partenariat entre deux parties ou plus en vue de la réalisation d'un objectif commercial commun. Cet arrangement peut parfois donner naissance à une ou plusieurs entités juridiques dont les deux parties devront financer les fonds propres et se partager les produits, les dépenses et le contrôle. L'entreprise pourrait être destinée à un projet déterminé uniquement ou s'inscrire dans une relation d'affaires continue. Les coentreprises sont largement utilisées au niveau international, car certains pays imposent aux sociétés étrangères de s'allier à un partenaire national pour pouvoir pénétrer un marché. Cette exigence entraîne souvent un transfert de technologie et un transfert du contrôle de gestion au partenaire national.

21. La constitution d'une coentreprise peut aider à répartir les coûts et les risques; à améliorer l'accès aux ressources financières; à réaliser des économies d'échelle et à tirer parti d'autres avantages liés à la taille de l'entreprise; et à faciliter l'accès à de nouvelles technologies et à de nouveaux clients, ou à des pratiques de gestion novatrices. Elle peut également servir à réaliser des objectifs concurrentiels et stratégiques, comme influencer l'évolution structurelle d'un secteur d'activité; devancer la concurrence; créer des unités compétitives plus fortes; et faciliter le transfert de technologie et de savoir-faire, de même que la diversification. La question à examiner ici est de savoir si une coentreprise est considérée comme faisant partie d'un groupe de sociétés et dans quelle mesure la réponse à cette question dépend de la forme de cette coentreprise.

Fiducie à l'étranger (Offshore trust)

22. Une fiducie à l'étranger (offshore trust) est une fiducie traditionnelle constituée en vertu des lois d'un pays étranger. Elle est de même nature et produit les mêmes effets que les fiducies nationales (onshore trusts) avec un transfert d'actifs à un fiduciaire chargé de les gérer au profit d'une personne ou d'un groupe de personnes. Un certain nombre de pays ont modifié leurs lois afin d'offrir un environnement plus attrayant pour l'établissement de ces fiducies. Les fiducies à l'étranger peuvent être créées à des fins fiscales ou pour la protection d'actifs. En pratique, leur efficacité peut être limitée si le droit de l'insolvabilité du pays d'origine de la personne qui transfère les actifs a pour effet d'annuler les transferts vers la fiducie et les opérations réalisées pour frauder les créanciers.

Garanties réciproques (Cross-guarantees)

23. Dans de nombreux pays, l'une des principales méthodes de mobilisation de capitaux pour les groupes de sociétés est le financement sur garanties réciproques, dans lequel chaque société du groupe garantit les obligations des autres sociétés. La réalisation des garanties réciproques en cas de liquidation s'est révélée difficile dans certains pays et ces garanties ont parfois été annulées.

24. Dans un pays (Australie), les garanties réciproques peuvent avoir pour effet de réduire le poids de la réglementation qui pèse sur les sociétés en allégeant les exigences en matière de comptabilité et d'audit qui sont imposées aux sociétés parties à l'arrangement. L'acte de garantie réciproque (deed of cross-guarantee) rend le groupe des sociétés qui y sont parties comparable, à de nombreux égards, à une entité juridique unique et opère comme une sorte de contribution ou de mise en commun volontaire dans l'éventualité où une ou plusieurs de ces sociétés viendraient à faire l'objet d'une liquidation pendant que la garantie réciproque est encore en vigueur. L'un des avantages de cet arrangement est que les créanciers existants et les créanciers potentiels peuvent se concentrer sur la position consolidée de ces entités plutôt que sur les états financiers de chaque filiale détenue à 100 % qui est partie à l'acte.

C. Raisons justifiant la conduite d'activités commerciales par l'intermédiaire de groupes de sociétés

25. Divers éléments déterminent la formation, le fonctionnement et l'évolution des groupes de sociétés, qu'il s'agisse de facteurs juridiques et économiques ou de règles sociétales, culturelles, institutionnelles et autres. Le pouvoir étatique, les coutumes successorales, les structures de parenté (y compris les aspects intergénérationnels), l'appartenance ethnique et l'idéologie nationale, de même que le niveau de développement des cadres juridique (par exemple, l'efficacité de l'exécution des contrats) et institutionnel permettant à l'activité commerciale de s'exercer peuvent influencer les groupes de sociétés dans différents environnements. Des études montrent que les groupes peuvent compenser le faible niveau de développement des institutions, avec les avantages qui en résultent en termes de coûts d'opérations[9].

26. La conduite d'activités commerciales par l'intermédiaire d'un groupe de sociétés[10] peut présenter divers avantages, comme contribuer à réduire les risques commerciaux ou à maximiser la rentabilité financière, en permettant au groupe de se diversifier dans plusieurs secteurs d'activités, dont chacun est géré par une société différente du groupe. Une société peut en acquérir une autre pour s'agrandir et renforcer sa position sur le marché tout en maintenant et en continuant à exploiter la société acquise comme une entité séparée afin d'utiliser sa dénomination sociale, son fonds commercial (goodwill) et son image publique. L'expansion peut avoir pour but d'acquérir des compétences nouvelles ou encore techniques ou managériales. Une fois formés, les groupes peuvent continuer à exister et à croître grâce aux frais d'administration liés à la rationalisation et à la liquidation des filiales qui sont redondantes.

27. En raison de sa structure même, un groupe peut attirer des capitaux vers une partie seulement de ses activités sans devoir renoncer au contrôle global, en créant une filiale séparée pour ces activités et en permettant aux investisseurs extérieurs d'en devenir actionnaires minoritaires. De par sa structure encore, un groupe peut réduire la possibilité de voir sa responsabilité juridique engagée, en limitant les risques de responsabilité élevés, comme ceux liés à l'environnement ou aux consommateurs, à certaines sociétés du groupe et en isolant ainsi le reste des actifs du groupe de ces risques éventuels. Il sera par ailleurs plus facile d'offrir de meilleures garanties pour les dettes ou le financement de projets en transférant certains actifs vers une société séparée constituée à cet effet, ce qui assurera au prêteur une priorité absolue sur l'ensemble ou la plupart des biens de la nouvelle société. Une société séparée peut également être créée au sein du groupe pour mener à bien un projet particulier et obtenir des financements supplémentaires en grevant ses propres actifs, ou peut être nécessaire en vue d'obtenir une licence ou une concession publique. Une structure de groupe peut simplifier la cession partielle d'une activité car il sera plus facile, et parfois plus efficace fiscalement, de transférer les parts d'une société du groupe à l'acquéreur plutôt que de vendre des actifs séparés. Un groupe peut également se former incidemment, lorsqu'une société en acquiert une autre, qui se trouve être une société holding.

---

[9] Khanna et Yafeh, note 3, p. 21.

[10] Les raisons suivantes sont examinées dans CASAC, note 6, par. 1.8.

28. Il peut être plus facile de satisfaire aux exigences prudentielles, ou à d'autres exigences légales, lorsque les sociétés qui y sont soumises sont des membres séparés d'un groupe. Pour les groupes multinationaux, le droit interne de certains pays dans lesquels le groupe souhaite opérer peut exiger que les activités locales soient conduites par l'intermédiaire de filiales séparées (parfois sous réserve d'une participation nationale minimale au capital social) ou imposer d'autres exigences ou limitations, liées par exemple à la réglementation sur l'emploi et le travail. Des arrangements sans apport de capitaux ont été utilisés pour une expansion à l'étranger en raison, par exemple, d'obstacles locaux à une prise de participation, du niveau de réglementation imposé aux opérations d'investissement étranger et des avantages de coûts relatifs de ces types d'arrangement. Un autre facteur à prendre en compte pour les groupes multinationaux pourrait être les impératifs géographiques, tels que la nécessité d'acquérir des matières premières ou de commercialiser des produits par l'intermédiaire d'une filiale établie à un endroit particulier. Un facteur connexe de plus en plus souvent pris en compte, qui concerne peut-être davantage la question du lieu où les éléments du groupe devront s'implanter que celle de savoir s'il convient ou non d'organiser une activité par le biais d'une structure de groupe, est l'importance du droit local sur des questions telles que le coût et la simplicité des formalités de constitution des sociétés, les obligations des sociétés et le traitement du groupe en cas d'insolvabilité (ces questions sont abordées dans les considérations internationales, ci-dessous). Des divergences entre les droits de différents pays peuvent considérablement compliquer ces questions.

29. Parmi les autres principaux facteurs déterminants pour la formation de structures de groupe compliquées figurent les considérations fiscales et leur influence sur les mouvements d'argent au sein du groupe. L'incidence de l'impôt est souvent invoquée pour expliquer la création et la croissance subséquente des groupes de sociétés, et de nombreux systèmes juridiques ont traditionnellement accordé de l'importance à l'unité économique des sociétés ayant des liens privilégiés entre elles. S'il se peut que l'imposition séparée de chaque société soit le principe sous-jacent, celui-ci peut être nuancé pour atteindre des objectifs fondamentaux, par exemple protéger les intérêts fiscaux des États et alléger la charge fiscale qui résulterait sinon d'une imposition séparée de chaque membre du groupe[11]. Parmi les mesures qui prennent en compte les liens entre la société mère et ses filiales, on trouve les exonérations fiscales pour les dividendes intragroupe; les dégrèvements de groupe (group relief); et les mesures destinées à lutter contre la fraude fiscale. Des exonérations fiscales peuvent être accordées par exemple sur les dividendes payés par une société à ses actionnaires résidents ainsi que sur les dividendes intragroupe lorsque les sociétés sont liées par des participations importantes. Des crédits d'impôt peuvent être accordés pour les impôts étrangers payés sur les bénéfices courants de la filiale et pour les impôts étrangers directement prélevés sur un dividende. Un dégrèvement de groupe peut être octroyé lorsque des sociétés ayant des liens privilégiés entre elles peuvent être traitées comme une unité fiscale unique et qu'elles présentent des comptes consolidés. Les pertes d'une filiale peuvent être déduites des bénéfices d'une autre, ou les bénéfices et les pertes des membres du groupe peuvent être mis en commun.

---

[11] Investissement international et entreprises multinationales – Responsabilité des sociétés mères du fait de leur filiales, OCDE, 1980.

30. En raison de l'importance des considérations fiscales, les politiques de fixation des prix de transfert entre sociétés ainsi que les taux et les régimes d'imposition nationaux déterminent généralement la répartition de l'actif et du passif au sein des groupes de sociétés. Les différences de taux d'imposition des sociétés entre pays, ainsi que certaines exceptions (telles que des taux réduits pour les bénéfices tirés d'activités manufacturières ou de services financiers) applicables dans certains pays peuvent rendre ces pays plus attractifs que ceux dont les taux d'imposition sont plus élevés et les exceptions moins nombreuses, voire inexistantes. Néanmoins, les autorités fiscales peuvent être en droit de revoir les structures des prix de transfert[12] destinées à localiser les bénéfices dans des pays à faible imposition.

31. Certains choix, notamment entre l'établissement d'une succursale ou d'une filiale, peuvent aussi être conditionnés par la réglementation fiscale lorsque, par exemple, le rapatriement des bénéfices d'une filiale étrangère peut être effectué sans paiement d'impôts par le biais de remboursements de prêts à une société mère ou si la société mère détient un pourcentage déterminé (compris entre 5 et 20 %) du capital social de la société étrangère; les intérêts sur les fonds empruntés pour financer l'acquisition d'une filiale peuvent être déduits des bénéfices et, comme il a déjà été noté, les bénéfices et les pertes des filiales peuvent être compensés entre eux dans une déclaration fiscale consolidée. Les activités sont également réparties entre deux sociétés ou plus pour profiter d'abattements fiscaux, de limites imposées sur le montant des abattements, ou de taux d'imposition progressifs, mais aussi pour d'autres raisons par exemple: tirer profit de différences dans les méthodes comptables, dans les années d'imposition, dans les méthodes d'amortissement, dans les méthodes d'évaluation des stocks et dans les crédits pour impôts étrangers; séparer des activités qui, si elles étaient combinées dans une entité imposable unique, pourraient être désavantageuses en matière fiscale; et tirer parti pour certaines activités (comme les ventes prévues ou éventuelles, les fusions, les liquidations ou les dons ou legs intrafamiliaux) du traitement favorable appliqué à certaines opérations mais pas à d'autres.

32. Les exigences comptables jouent également un rôle dans la détermination de la structure des groupes de sociétés. Dans certains pays, des dispositifs, comme les filiales ayant un rôle de simple mandataire (agent only), peuvent être créés pour gérer certains aspects de l'activité et éviter à la société holding de présenter un compte d'exploitation détaillé pour cette filiale, qui n'est qu'un représentant de la société propriétaire de l'ensemble des actifs concernés.

33. Nombre des avantages liés à la conduite d'activités commerciales par l'intermédiaire d'un groupe de sociétés peuvent être illusoires. La protection contre des pertes catastrophiques peut être compromise en raison d'accords de financement de groupe; d'opérations intragroupe et de garanties réciproques; de lettres de confort[13] remises aux auditeurs du groupe et de la tendance des principaux

[12] Voir glossaire.

[13] Une lettre de confort est généralement remise par une société mère pour convaincre une autre entité de conclure une opération avec une filiale. Elle peut comporter différents types d'engagements, dont aucun ne constitue une garantie, comme celui de maintenir sa participation au capital de la filiale ou d'autres engagements financiers pris envers elle; d'utiliser son influence pour faire en sorte que la filiale remplisse ses obligations en vertu d'un contrat principal; ou de confirmer qu'elle a connaissance d'un contrat avec la filiale, sans toutefois indiquer expressément qu'elle assumera une responsabilité quelconque pour l'obligation

créanciers, et en particulier des banquiers, à faire en sorte d'obtenir une caution de la société à la tête d'un groupe.

34. Pour éviter les doutes, les structures de groupe ne sont pas nécessaires d'un point de vue comptable – les comptables sont tout aussi contents de consolider des succursales que des groupes de filiales. Il semble probable que les secteurs bancaire, commercial et juridique ne saisissent souvent pas bien les aspects comptables des groupes de sociétés. Les risques de malentendus vont s'accroître avec l'adoption de nouvelles normes internationales de présentation de l'information financière et de nombreux groupes modifient leur système de consolidation en passant d'une approche fondée sur la substance des opérations à une approche dans laquelle la forme juridique devra prévaloir sur la substance. Ce sont les structures de comptabilité "hors bilan" qui ont rendu possibles des faillites comme celle d'Enron et de WorldCom, et le besoin de clarté des états financiers est largement reconnu.

D. Définition du "groupe de sociétés" – participation et contrôle

35. Bien que l'existence de groupes et l'importance des relations entre les membres des groupes soient de plus en plus prises en compte, tant par la législation que par les tribunaux, il n'existe pas de corps de règles cohérent qui régisse directement ces relations d'une manière globale. Dans les pays qui possèdent une législation reconnaissant les groupes de sociétés, ces derniers ne seront pas traités de manière spécifique par le droit commercial ou le droit des sociétés, mais plutôt dans la législation sur la fiscalité, sur la comptabilité des sociétés, sur la concurrence et les fusions ou sur d'autres questions; la législation relative au traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité est rare. De plus, une analyse de la législation qui traite effectivement de certains aspects des groupes de sociétés fait ressortir une diversité d'approches des différentes questions liées aux groupes, non seulement entre pays mais également entre les lois d'un même pays. Des critères différents peuvent donc être utilisés pour définir ce qui constitue un groupe à différentes fins, bien qu'il puisse y avoir des éléments communs, et lorsque ces critères utilisent un concept particulier, comme le "contrôle", les définitions peuvent être plus ou moins larges en fonction de l'objet de la législation, comme noté précédemment.

36. Alors que beaucoup de législations évitent de définir expressément le terme "groupe de sociétés", plusieurs concepts sont communément employés pour déterminer le niveau de relation entre sociétés qui suffira pour en faire un groupe de sociétés à certaines fins spécifiques, comme l'extension de la responsabilité, la comptabilité, la fiscalité, etc. Ces concepts se retrouvent dans la législation et dans de nombreuses décisions judiciaires sur les groupes de sociétés de différents pays et comprennent généralement les notions de participation et de contrôle ou d'influence, directs et indirects, même si, dans certains cas, seuls la participation, le contrôle ou l'influence directs sont pris en compte. Parfois, la participation est envisagée par référence à une relation formelle entre les sociétés, comme la relation société holding-filiale ou société mère-filiale. Cette relation peut être déterminée à l'aide d'un critère formel – la détention, directe ou indirecte, d'un pourcentage déterminé du capital ou des voix; ces pourcentages peuvent aller de 5 % à plus

principale.

de 80 %. Lorsque le pourcentage requis est bas, des facteurs supplémentaires, tels que le “contrôle” examiné ci-dessous, sont souvent pris en compte. Dans certains cas, les pourcentages constituent une présomption simple de participation, alors que les pourcentages plus élevés constituent une présomption irréfragable.

37. Dans d’autres cas, on adopte une approche plus fonctionnelle pour déterminer ce qui constitue un groupe de sociétés en se concentrant sur le contrôle ou l’influence déterminante (appelée “contrôle” dans la présente note), le terme “contrôle” étant alors souvent défini. Ce dernier s’entend principalement du fait de contrôler ou d’avoir la capacité de contrôler directement ou indirectement l’élaboration des décisions et des politiques financières et opérationnelles. Lorsque la définition inclut la capacité de contrôle, elle admet une capacité passive au lieu de se concentrer sur le contrôle exercé activement. Le contrôle peut être obtenu par la détention d’actifs, ou par des droits ou des contrats qui confèrent la capacité de contrôle à la partie contrôlante. L’important n’est pas tant la forme juridique stricte de la relation qui unit les entités, comme le lien société mère-filiale, que le contenu de cette relation.

38. Les facteurs susceptibles d’indiquer qu’une entité en contrôle une autre pourraient être notamment les suivants: la capacité de dominer la composition du conseil d’administration ou de l’organe directeur de l’autre entité; la capacité de nommer ou de révoquer l’ensemble ou la majorité des administrateurs ou des membres de l’organe directeur de l’autre entité; la capacité de contrôler la majorité des votes exprimés à une réunion du conseil d’administration ou de l’organe directeur de l’autre entité; et la capacité d’exprimer la majorité des votes susceptibles d’être exprimés lors d’une assemblée générale de l’autre entité ou de régir la manière dont ils seront exprimés, que cette capacité soit acquise par l’intermédiaire d’actions ou d’options. Parmi les informations pouvant avoir une importance pour l’examen de ces facteurs figurent notamment les documents de constitution de la société; des détails sur l’actionnariat de la société; des informations sur les décisions stratégiques essentielles de la société; les accords de gestion interne et externe; des détails sur les comptes bancaires et leur gestion ainsi que les fondés de pouvoir; et des informations relatives aux employés.

E. Réglementation des groupes de sociétés

39. La réglementation des groupes de sociétés est généralement fondée sur l’une des deux théories suivantes, ou dans certains cas sur une combinaison des deux: celle de l’entité distincte (qui est la théorie traditionnelle et de loin la plus répandue) et celle de l’entreprise unique.

40. La théorie de l’entité distincte repose sur plusieurs principes fondamentaux, dont le plus important est celui de la personnalité juridique distincte de chaque société du groupe. Elle se fonde également sur la responsabilité limitée des actionnaires de chaque société du groupe et sur les obligations des administrateurs de chaque entité du groupe envers cette entité.

41. La personnalité juridique distincte signifie généralement que la société a ses propres droits et obligations, indépendamment du fait de savoir qui la contrôle ou en est propriétaire (à savoir, si elle appartient en totalité ou en partie à une autre société) et de sa participation aux activités du groupe. Les dettes qu’elle contracte

sont les siennes et les actifs du groupe ne peuvent en principe pas être mis en commun pour les régler. Les contrats conclus avec des personnes extérieures n'impliquent pas automatiquement la société mère, et une société mère ne peut pas prendre en compte les bénéfices non distribués des autres sociétés du groupe pour déterminer ses propres bénéfices. La responsabilité limitée d'une société signifie que, contrairement à une société de personnes ou à une entreprise individuelle, les membres d'une société ne sont pas tenus de ses dettes et de ses obligations, si bien que leurs pertes éventuelles ne pourront pas dépasser le montant qu'ils ont investi dans la société par l'achat d'actions.

42. La théorie de l'entreprise unique repose, par contre, sur l'intégration économique des membres d'un groupe de sociétés, en traitant ce dernier comme une unité économique unique destinée à promouvoir les intérêts du groupe dans son ensemble, ou ceux de la société dominante, plutôt que ceux de chacun des membres. Des emprunts peuvent être contractés à l'échelle du groupe, avec l'utilisation de mécanismes de trésorerie de groupe pour compenser les soldes créditeur et débiteur de chaque société du groupe; les sociétés du groupe peuvent être autorisées à fonctionner à perte, ou être sous-capitalisées, dans le cadre de la structure et de la stratégie financières globales du groupe; l'actif et le passif peuvent être transférés de différentes manières entre les sociétés du groupe; et des prêts, des garanties ou d'autres arrangements financiers intragroupe peuvent être conclus à des conditions généralement préférentielles.

43. Alors que de nombreux pays appliquent la théorie de l'entité distincte, certains admettent des exceptions à une stricte application de cette théorie et d'autres ont introduit, soit par la loi soit par l'intermédiaire des juridictions, la théorie de l'entreprise unique pour certaines situations.

44. Un pays (Australie)[14] exclut l'application stricte de la théorie de l'entité distincte dans les cas suivants: consolidation des comptes d'un groupe de sociétés pour une société et toute entité contrôlée; opérations entre des parties ayant des liens privilégiés (une société faisant appel public à l'épargne n'est pas autorisée à accorder des avantages financiers, y compris des prêts intragroupe, des garanties, des cautions, des remises de dettes ou des transferts d'actifs, à une société ayant des liens avec elle à moins que cette opération ne soit approuvée par les actionnaires ou ne bénéficie d'une autre exception); participations croisées (les sociétés n'ont généralement ni le droit d'acquérir les actions d'une société exerçant le contrôle, ou de constituer une sûreté sur ces actions, ni le droit d'émettre ou de transférer des actions au profit d'une société contrôlée); et endettement d'une société alors qu'elle est insolvable (insolvent trading) (une société holding qui aurait dû se douter de l'insolvabilité d'une filiale peut être tenue des dettes que cette dernière a contractées alors qu'elle était insolvable).

45. Quelques pays (Allemagne, Portugal) ont créé plusieurs catégories de groupes de sociétés pouvant fonctionner comme une entreprise unique, afin de renforcer la protection des créanciers et des actionnaires minoritaires. En Allemagne, les groupes de sociétés comprenant des sociétés faisant appel public à l'épargne sont divisés en trois catégories: a) les groupes intégrés; b) les groupes contractuels; et c) les groupes de fait, auxquels s'applique un ensemble de principes harmonisés

[14] CASAC, note 8, par. 1.73.

– fondés sur la théorie de l'entreprise unique – relatifs à la gouvernance et la responsabilité des entreprises.

a) Les groupes intégrés résultent d'un vote, par un pourcentage déterminé d'actionnaires de la holding, qui elle-même détient un pourcentage déterminé d'actions de la filiale, en faveur de l'intégration complète de la filiale. La holding détiendra un pouvoir de direction illimité sur la filiale, en échange de quoi elle sera tenue solidairement des dettes et des obligations de la filiale;

b) Les groupes contractuels peuvent être formés par un pourcentage déterminé d'actionnaires de chacune des deux sociétés concluant un contrat qui accorde à l'une des sociétés (la société mère) le droit de diriger l'autre, à condition que les directives servent les intérêts de la société mère ou du groupe dans son ensemble. En échange du droit de contrôle accordé à la société mère, les actionnaires minoritaires et les créanciers voient leur protection renforcée; et

c) Les groupes de fait sont ceux dans lesquels une société exerce, directement ou indirectement, une influence dominante sur une autre société. Bien que le groupe ne résulte d'aucun accord formel, il faut néanmoins que la société mère intervienne systématiquement dans les affaires de la société contrôlée.

46. Un pays (Nouvelle-Zélande) qui a intégré les principes de l'entreprise unique dans la législation sur les sociétés autorise les administrateurs des filiales détenues en partie ou en totalité à agir dans l'intérêt de la holding plutôt que dans celui de leur filiale; prévoit des dispositions pour simplifier les fusions de groupes; et autorise également les ordonnances de contribution et de mise en commun (voir document A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1).

47. Dans un autre pays (États-Unis), la législation commerciale visant les groupes de sociétés fait de plus en plus appel aux principes de l'entreprise unique pour éviter que ses objectifs ne soient compromis ou contournés par l'utilisation de groupes de sociétés. Les juridictions ont participé à cette évolution, en introduisant de manière sélective le concept d'entreprise unique pour atteindre les objectifs sous-jacents de la législation. Le concept a été appliqué au droit de l'insolvabilité pour annuler certaines opérations intragroupe, pour confirmer des garanties intragroupe et pour réaliser un regroupement (voir document A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1). Les juridictions ont également le pouvoir de modifier la priorité des créances lors de la liquidation d'une entité du groupe, soit en traitant certains prêts intragroupe accordés à cette entité comme des fonds propres et non comme des dettes, soit en conférant aux prêts intragroupe accordés à cette entité un rang inférieur aux créances de ses créanciers extérieurs.

[*III. Le début de l'insolvabilité: questions internes et IV. Questions internationales figurent dans les documents A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1 et 2 respectivement.*]

A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1 [Original: anglais]

Note du Secrétariat sur le traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente et unième session

[*Les chapitres I. Glossaire et II. Introduction figurent dans le document A/CN.9/WG.V/WP.74*]

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
III.	Le début de l'insolvabilité: questions internes	1-54
A.	Ouverture de la procédure	4-12
B.	Effets de l'ouverture	13-19
C.	Types habituels ou spéciaux de procédure	20
D.	Redressement de deux ou plusieurs membres d'un groupe	21-23
E.	Recours	24-51
F.	Questions à examiner – traitement interne des groupes de sociétés dans la procédure d'insolvabilité	52-54

III. Le début de l'insolvabilité: questions internes

1. Les groupes de sociétés peuvent se structurer de manière à réduire le risque d'insolvabilité pour l'un ou plusieurs de leurs membres en mettant au point des mécanismes de garantie réciproque ou d'indemnisation et d'autres arrangements similaires. Lorsque des problèmes surgissent, une société mère peut chercher à éviter l'insolvabilité de l'un quelconque des membres de son groupe afin de préserver sa réputation et de conserver son crédit auprès des milieux commerciaux et financiers en procurant des fonds supplémentaires et en acceptant de subordonner les créances internes au groupe à d'autres dettes externes.

2. Cependant, si la complexité de la structure d'un groupe de sociétés est perturbée par l'apparition, chez un ou plusieurs, voire chez tous les membres d'un groupe, de difficultés financières conduisant à l'insolvabilité, des problèmes surviennent simplement parce que le groupe est constitué de membres qui sont chacun reconnus comme ayant une personnalité et une existence juridiques distinctes. Comme la grande majorité des lois internes relatives à l'insolvabilité et aux sociétés ne prévoient pas la liquidation ou la restructuration effective de groupes, même si les problèmes liés aux groupes peuvent être réglés en dehors de

l'insolvabilité par le traitement comptable, la réglementation et la fiscalité, l'absence de pouvoir législatif contraire ou de pouvoir discrétionnaire d'intervenir dans la procédure d'insolvabilité fait que chaque entité doit être traitée et, au besoin, administrée de façon distincte. Dans certaines situations, par exemple lorsque l'activité commerciale d'une société était dirigée ou contrôlée par une société apparentée, le traitement des sociétés du groupe comme des entités dotées de personnalités juridiques distinctes peut déboucher sur des résultats inéquitables. Il peut, par exemple, empêcher d'accéder aux fonds d'une société pour régler les dettes ou obligations d'une société débitrice apparentée (sauf lorsque la société débitrice est actionnaire ou créancière de la société apparentée), malgré les liens étroits entre les sociétés et bien que la société apparentée ait peut-être participé à la gestion ou à l'administration de la société débitrice et ait amené celle-ci à contracter des dettes et des obligations. De plus, lorsque la société débitrice appartient à un groupe de sociétés, il peut être difficile de démêler les circonstances propres au cas d'espèce afin de déterminer avec quelle société du groupe tels ou tels créanciers ont traité ou d'établir les opérations financières entre les sociétés du groupe.

3. Une grande partie de ce qui existe déjà en droit interne en ce qui concerne l'insolvabilité des groupes de sociétés se concentre sur les circonstances dans lesquelles il pourrait être approprié de regrouper la masse de l'insolvabilité. Ce qui manque, ce sont des indications plus complètes sur la façon dont il faudrait envisager l'insolvabilité de groupes de sociétés et, en particulier, si et dans quelles circonstances les groupes de sociétés devraient, en matière d'insolvabilité, être traités différemment des entités formées d'une société unique.

A. Ouverture de la procédure

4. Le critère d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité tient une place centrale dans l'élaboration d'une loi sur l'insolvabilité. Constituant la base de la procédure d'insolvabilité, il permet de déterminer à quels débiteurs peuvent s'appliquer les mécanismes de protection et de discipline de la loi et qui – débiteur, créanciers ou autres parties – peut former une demande d'ouverture. Le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité[1] note que les critères d'ouverture doivent être transparents, certains et assurer une certaine souplesse en proposant différents types de procédures et en facilitant l'accès à ces procédures.

5. Il faudrait se poser la question de savoir si les solutions que recommande le Guide législatif pourraient s'appliquer aux groupes de sociétés. Un premier point est le critère d'insolvabilité qu'il faudrait appliquer et à qui il s'appliquera dans le contexte d'un groupe. Un second point est de savoir qui peut former une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité à l'encontre de membres d'un groupe ou de l'ensemble du groupe, et quels facteurs prendre en considération.

1. Critère d'ouverture

6. De nombreuses lois sur l'insolvabilité exigent, pour que s'ouvre une procédure d'insolvabilité, qu'un débiteur soit insolvable (quelle que soit la définition de ce terme). Partant, une procédure d'insolvabilité ne pourrait généralement s'ouvrir qu'à

[1] Guide législatif de la CNUDCI, deuxième partie, chap. I, sect. B, par. 20 et 21.

l'encontre des membres du groupe qui satisfont le critère d'insolvabilité. Pour ce qui est de savoir si un membre d'un groupe de sociétés satisfait ou non le critère d'insolvabilité, on pourrait se poser la question de savoir comment diverses obligations telles que des dettes intragroupe et d'éventuelles dettes contractées en vertu d'un mécanisme de garantie réciproque devraient être traitées.

7. Dans certains cas, lorsque par exemple la structure du groupe est différente, avec des entreprises et des actifs non apparentés, l'insolvabilité d'un ou de plusieurs membres du groupe peut ne pas avoir d'effet sur d'autres membres ou sur l'ensemble du groupe, et les membres insolvables peuvent être administrés de façon distincte. D'autres fois, cependant, l'insolvabilité d'un membre du groupe peut créer des difficultés financières chez d'autres membres ou dans l'ensemble du groupe en raison de son intégration, de son degré élevé d'interdépendance et des liens qui relient les actifs et des dettes des différentes parties. Dans ces cas, le fait de pouvoir considérer le groupe comme un ensemble faciliterait l'élaboration d'une solution d'insolvabilité pour l'ensemble du groupe et éviterait d'ouvrir une procédure au coup par coup chaque fois que de nouveaux membres du groupe seraient visés par la procédure d'insolvabilité engagée contre les membres insolvables initiaux. Cela aiderait aussi à déterminer, au sein du groupe, le débiteur à l'encontre duquel il faudrait ouvrir une procédure.

8. Ce scénario soulève l'une des questions les plus importantes qui se posent dans le traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité, à savoir le degré d'intégration économique et organique du groupe de sociétés et, point plus important, la mesure dans laquelle un groupe très intégré devrait, en cas d'insolvabilité, être traité différemment d'un groupe dont les membres conservent un degré élevé d'indépendance. En vertu de ce traitement, par exemple, la procédure d'insolvabilité pourrait être étendue à des membres du groupe qui ne satisfont pas le critère d'ouverture car il serait nécessaire, pour le bien supérieur de l'ensemble du groupe, qu'ils soient inclus dans cette procédure. On pourrait également, à cet égard, s'interroger sur le point de savoir si le tribunal devrait avoir la discrétion de joindre ou de regrouper des demandes d'ouverture de procédure formées à l'encontre de plusieurs membres insolvables d'un groupe pour faciliter l'administration conjointe de ces procédures. La question de l'administration conjointe est examinée ci-après.

2. Parties autorisées à présenter une demande

9. En matière de droit général de l'insolvabilité, le Guide législatif recommande que les créanciers et débiteurs soient autorisés à former une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité. Il ne traite pas spécifiquement de l'ouverture d'une procédure à l'encontre de groupes de sociétés[2] et les questions qu'il faudra se poser seront notamment de savoir si une société mère peut former une demande d'ouverture de procédure à l'encontre d'un ou de plusieurs membres de son groupe, si un membre est autorisé à former une demande à l'encontre de tous les autres membres, y compris la société mère, si le représentant de l'insolvabilité nommé pour un membre du groupe peut former une demande à l'encontre d'un autre membre, par exemple, et si celui nommé pour la société mère peut former une demande à l'encontre d'une filiale.

---

[2] Guide législatif de la CNUDCI, deuxième partie, chap. I, par. 20 à 79.

10. En outre, existe-t-il des éléments d'ordre public qui pourraient donner à penser qu'il pourrait être approprié d'introduire une disposition prévoyant l'intervention possible d'un organisme de réglementation (contrôle des valeurs mobilières, réglementation des sociétés)? On pourra aussi se poser la question de la formation d'une demande d'ouverture par les créanciers. Si rien ne justifie que l'on s'écarte de la méthode tendant à autoriser les créanciers à demander l'ouverture d'une procédure de liquidation ou de redressement dans le cas d'un groupe de sociétés, il se peut qu'en raison de la structure d'un tel groupe, il soit, pour un créancier, particulièrement difficile de déterminer la partie précise du groupe avec laquelle il a traité et de produire les éléments nécessaires pour satisfaire le critère d'ouverture[3]. Dans certains cas, en particulier lorsque le groupe est organisé de manière lâche, ce débiteur peut être facile à identifier. Lorsque le groupe est fortement intégré, en revanche, la réponse est moins évidente, surtout lorsque le créancier pensait traiter avec une entreprise unique.

11. En ce qui concerne l'intervention d'un organisme de réglementation ou de contrôle, le Guide législatif note[4] qu'outre le droit qu'ont les pouvoirs publics, en tant que créancier, d'engager une procédure d'insolvabilité, certains pays octroient aux autorités publiques ou autres autorités de contrôle un pouvoir supplémentaire plus large d'utiliser le régime de l'insolvabilité pour faire fermer une entreprise dans des cas où ces autorités ne sont pas nécessairement des créanciers mais où la fermeture de l'entreprise est jugée d'intérêt général. En l'occurrence, la preuve de la pénurie de liquidités n'est pas toujours nécessaire, ce qui permet à l'État de mettre fin à l'activité d'entreprises qui se sont livrées à certaines opérations, généralement de nature frauduleuse ou délictueuse ou violant gravement des obligations réglementaires ou encore présentant toutes ces caractéristiques à la fois. Le Guide estime qu'étant donné le risque d'abus d'un tel pouvoir dans des circonstances sans rapport avec l'insolvabilité et d'une définition très large des motifs d'intérêt général, il est éminemment souhaitable que celui-ci ne puisse être exercé que dans des cas très limités et uniquement en dernier ressort, lorsque aucune mesure appropriée n'est prévue dans d'autres lois. Ce pouvoir pourrait être utilisé par exemple concurremment avec l'application de lois concernant le blanchiment d'argent ou la réglementation des valeurs mobilières, lorsque l'insolvabilité n'a pas à être prouvée. Dans ses recommandations, le Guide n'indique pas spécifiquement que les organismes de réglementation figurent parmi les parties autorisées à former une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité[5].

12. En règle générale, les lois sur l'insolvabilité respectent le statut juridique distinct de chaque membre d'un groupe de sociétés et une demande distincte d'ouverture de procédure d'insolvabilité doit être formée pour chaque entité insolvable. Il existe, cependant, quelques exceptions limitées, qui permettent d'étendre une demande unique à d'autres membres du groupe lorsque, par exemple, toutes les parties intéressées consentent à l'inclusion de plusieurs sociétés (Afrique du Sud) ou lorsque existe, entre les sociétés, une relation diversement décrite qui se

---

[3] Guide législatif de la CNUDCI, deuxième partie, chap. I, par. 37 à 41 et 48 à 53, pour un examen de la demande présentée par les créanciers.

[4] Guide législatif de la CNUDCI, deuxième partie, chap. I, par. 42.

[5] Recommandation 14: "La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier quelles personnes sont autorisées à demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Celles-ci devraient être notamment le débiteur et l'un quelconque de ses créanciers".

caractérise, par exemple, par un important degré d'interdépendance ou de contrôle; une confusion des actifs; une nature fictive du groupe; une unité d'identité ou d'autres caractéristiques similaires (Afrique du Sud, Espagne, France, Argentine, Mexique, États-Unis[6]) qui n'ont pas nécessairement besoin de naître de la relation juridique (société holding/filiale, par exemple) qui existe entre les sociétés. Cette administration conjointe (parfois également appelée regroupement des procédures ou "procedural or administrative consolidation") ne porte atteinte ni aux droits fondamentaux de chacun de ces débiteurs, ni aux dettes que chaque membre a contractées vis-à-vis de ses propres créanciers. En nommant le même représentant de l'insolvabilité pour chaque société, on faciliterait leur administration conjointe.

B. Effets de l'ouverture

13. Les effets que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité aura sur le débiteur et sur ses actifs sont examinés en détail pour les débiteurs qui exercent des activités commerciales dans le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (deuxième partie, chapitre I). Le Guide, cependant, n'indique pas en quoi ces effets pourraient ou devraient changer en cas d'insolvabilité d'un ou de plusieurs membres d'un groupe de sociétés. Certains des effets qu'il faudrait peut-être examiner dans le contexte d'un groupe sont évoqués ci-après.

14. Premièrement, la nomination du même représentant de l'insolvabilité pour chaque membre du groupe. De nombreuses lois sur l'insolvabilité n'abordent pas cette question, mais il est des pays (Australie, Angleterre et Allemagne, notamment) où cette pratique est devenue courante. On y a également recouru, dans une mesure limitée, dans certains cas d'insolvabilité internationale touchant l'Union européenne (voir ci-après). Si l'on pouvait y recourir, cela aiderait à résoudre de manière coordonnée l'insolvabilité des membres du groupe concernés. Pour parer à d'éventuels conflits, le représentant de l'insolvabilité pourrait être tenu de s'engager à solliciter l'avis du tribunal en cas de conflit ou être soumis à une règle ou obligation légale l'y contraignant. En cas d'impossibilité de nommer le même représentant de l'insolvabilité, on pourrait envisager d'étudier les pouvoirs supplémentaires dont les représentants de l'insolvabilité pourraient avoir besoin pour faciliter la coordination des différentes procédures, notamment le partage et la communication d'informations; la proposition et la négociation de plans de redressement coordonnés (à moins qu'il soit possible d'élaborer un plan unique pour le groupe, comme on le verra ci-après); l'utilisation de pouvoirs d'annulation, etc. À cet égard, on pourra se poser la question de savoir si un représentant de l'insolvabilité nommé pour la procédure ouverte contre une société mère devrait avoir des pouvoirs susceptibles de l'emporter sur ceux de représentants nommés pour des filiales.

15. Deuxièmement, la façon dont d'éventuels conflits (naissant, par exemple, d'une garantie réciproque de membres d'un groupe, de dettes intragroupe, de malversations d'un membre ayant des incidences sur un autre) devraient être traités.

[6] États-Unis: la Bankruptcy Rule 1015 envisage explicitement l'administration conjointe.

16. Troisièmement, la nécessité, dans les pays qui autorisent la direction à conserver ses fonctions (sous surveillance ou non), d'introduire des dispositions supplémentaires ou spéciales dans le cas d'un groupe de sociétés.

17. Quatrièmement, l'opportunité des dispositions appliquant la suspension ou de l'interdiction des poursuites visant un débiteur unique à un groupe de sociétés.

18. Cinquièmement, les dispositions applicables à l'utilisation et à la disposition des actifs des membres du groupe visés par la procédure une fois celle-ci ouverte et l'éventuelle nécessité de dispositions spéciales, en particulier pour ce qui est de l'utilisation des espèces.

19. Sixièmement, la nécessité de dispositions spéciales concernant le financement postérieur à l'ouverture de la procédure pour un groupe de sociétés (ou deux ou plusieurs de ses membres). Cette question intéresse particulièrement les groupes de sociétés dans un contexte international (voir A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.2). Le Guide législatif reconnaît que l'exploitation continue de l'entreprise du débiteur après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est essentielle pour un redressement et, dans une moindre mesure, pour une liquidation dans laquelle l'entreprise doit être cédée en vue de la poursuite de l'activité. Elle exige que le débiteur ait accès à des fonds pour pouvoir continuer à payer les biens et les services qui lui sont indispensables, notamment les salaires, les assurances, le loyer, la continuation des contrats et d'autres dépenses d'exploitation, ainsi que les coûts liés à la préservation de la valeur des actifs. Il note, cependant, qu'un certain nombre de lois limitent la fourniture d'argent frais en cas d'insolvabilité ou n'abordent pas expressément la question d'un nouveau financement ou de la priorité de son remboursement. Il[7] contient un certain nombre de recommandations tendant à faciliter l'obtention d'un financement pour la poursuite de l'exploitation ou la survie de l'entreprise du débiteur, à assurer une protection appropriée à ceux qui fournissent un financement postérieurement à l'ouverture de la procédure, et à assurer une protection appropriée aux parties sur les droits desquelles l'octroi d'un tel financement peut avoir une incidence.

C. Types habituels ou spéciaux de procédure

20. De nombreuses lois sur l'insolvabilité permettent d'utiliser la liquidation et le redressement pour résoudre les difficultés financières d'un débiteur. Dans le contexte d'un groupe de sociétés, ces mécanismes suffisent-ils ou faut-il les adapter pour répondre aux besoins particuliers de l'insolvabilité de groupes de sociétés et, en outre, prévoir la possibilité d'utiliser d'autres recours ou aménagements propres à un groupe de sociétés?

D. Redressement de deux ou plusieurs membres d'un groupe

21. Lorsqu'une procédure d'insolvabilité est ouverte à l'encontre de deux ou plusieurs membres d'un groupe, que cette procédure soit ou non administrée

[7] Guide législatif de la CNUDCI, deuxième partie, chap. II, sect. D, par. 94, Objet des dispositions législatives précédant la recommandation 63. Le chapitre II, sect. D est présenté dans le document A/CN.9/582/Add.5.

conjointement, il se pose la question de savoir s'il sera possible de redresser les débiteurs en recourant à un plan unique. S'il était possible d'agir ainsi, quelles dispositions modifiant ou complétant celles examinées en détail dans le chapitre du Guide législatif consacré au redressement[8] pourrait-il falloir prévoir pour résoudre des questions aussi fondamentales que la détermination des parties compétentes pour proposer le plan ou participer à sa proposition, la nature et la teneur d'un plan, les garanties accompagnant un plan, la tenue et la conduite des réunions de créanciers y relatives, les revendications, le classement et le vote des créanciers, l'approbation d'un plan, les objections à son approbation (ou à son homologation, le cas échéant) et sa mise en œuvre.

22. Un plan de redressement unique devrait prendre en compte les intérêts des différents groupes de créanciers. Il devrait aussi ménager un juste équilibre entre les droits de ces différents groupes concernant l'approbation du plan et veiller à ce qu'un rejet opposé par les créanciers d'une filiale n'empêche pas le plan d'aller de l'avant, à condition qu'existent des garanties analogues à celles évoquées dans la recommandation 152 du Guide législatif. Ces garanties pourraient prévoir que les bénéfices escomptés du plan sont supérieurs ou égaux à ce que les créanciers auraient perçu en cas de liquidation et raisonnables compte tenu de leur position par rapport aux créanciers d'autres membres du groupe.

23. Ces questions ne sont généralement pas traitées dans les lois sur l'insolvabilité, même s'il est donné à penser que dans certains pays, les demandes d'ouverture formées par des membres du groupe seront administrées conjointement dans la pratique et les négociations aboutiront généralement à l'élaboration de plans de redressement consensuels dans lesquels différentes entités sont effectivement traitées comme une seule, même si le tribunal n'examine jamais officiellement la question du regroupement des patrimoines (États-Unis).

E. Recours

24. En raison de la nature des groupes de sociétés et de la façon dont ils opèrent, il se peut qu'existe, comme on l'a noté plus haut, une toile complexe d'opérations financières menées entre des membres du groupe, et des créanciers pourront avoir traité avec différents membres, voire avec le groupe pris en tant qu'entité économique unique plutôt qu'avec des membres isolés. Pour attribuer l'actif et le passif et identifier les créanciers de chaque membre du groupe, il pourra falloir mener une enquête juridique complexe et coûteuse. Cependant, en vertu du principe de distinction des entités, les créanciers de chaque entité doivent en général s'adresser à celle-ci pour le remboursement de leur dette; il faudra donc, lorsqu'une procédure d'insolvabilité aura été ouverte à l'encontre d'un ou de plusieurs membres du groupe, attribuer la propriété de l'actif et du passif des entités insolvables.

25. Lorsqu'on y parvient, le principe de distinction des entités limite le recouvrement effectué par le créancier aux actifs de l'entité insolvable. Lorsqu'on ne peut y parvenir ou lorsque existent des raisons de traiter le groupe comme une entreprise unique, certaines lois prévoient des recours qui permettent, dans certaines

[8] Guide législatif de la CNUDCI, deuxième partie, chap. IV.

circonstances, de déroger au principe de distinction des entités. Historiquement, ces recours ont été mis au point pour remédier à l'inefficacité et à l'iniquité que l'on reproche dans certains cas au principe traditionnel de distinction des entités. Ils consistent, par exemple, à étendre aux membres solvables, aux dirigeants et aux actionnaires du groupe l'obligation au paiement des dettes externes; à rendre des ordonnances de contribution, de mise en commun ou de regroupement (des patrimoines)[9]; et à annuler des opérations ou à subordonner des prêts intragroupe. En raison de l'inégalité que peut créer, pour un groupe de créanciers, le fait de devoir partager *pari passu* avec les créanciers d'une autre entité potentiellement moins solvable, ces recours ne sont pas toujours disponibles, ne sont généralement pas globaux et ne s'appliquent que dans certaines circonstances. Les recours qui consistent à étendre des obligations peuvent conduire à "percer" ou à "lever" le "voile de la personnalité juridique", ce qui peut permettre de tenir les actionnaires, généralement protégés contre toute responsabilité pour les activités de l'entreprise, responsables de certaines d'entre elles. Ce n'est pas le cas des autres recours examinés ici, même si dans certaines circonstances, l'effet peut sembler similaire.

1. Extension de responsabilité

26. L'extension de l'obligation au paiement des dettes externes et, dans certains cas, celle de la responsabilité des actions du membre insolvable aux membres solvables et aux dirigeants concernés du groupe est un recours qui est proposé aux créanciers au cas par cas et qui dépend de la relation que le créancier entretient avec le débiteur.

27. De nombreuses lois reconnaissent des circonstances dans lesquelles on peut opposer des exceptions à une responsabilité limitée; c'est ainsi que des sociétés apparentées et leurs dirigeants ont pu être tenus responsables des dettes et actions d'un membre du groupe. Certaines lois adoptent une démarche plus normative et les circonstances sont rigoureusement limitées; d'autres adoptent une démarche plus ouverte et les tribunaux ont une plus large discrétion pour évaluer chaque cas sur la base de directives précises. Dans les deux cas, cependant, l'extension de la responsabilité au-delà de l'entité insolvable se fonde sur la relation qui existe entre le membre insolvable et les membres apparentés du groupe pour ce qui est de la propriété et du contrôle. Un autre facteur qui pourra entrer en ligne de compte est le comportement de la société apparentée vis-à-vis des créanciers de la société insolvable.

28. S'il existe différentes formulations des circonstances dans lesquelles la responsabilité peut être étendue, les exemples tombent généralement dans les catégories suivantes. On notera, cependant, que les lois ne reprennent pas toutes ces catégories et que parfois, elles se chevauchent:

i) Utilisation abusive, par un membre du groupe (peut-être la société mère), du contrôle qu'il exerce sur un autre membre, y compris l'exploitation constamment à perte d'une filiale dans l'intérêt de la société contrôlante (Argentine, Australie, Afrique du Sud, France, Brésil);

ii) Conduite frauduleuse de l'actionnaire dominant, notamment le siphonnement frauduleux des actifs d'une filiale ou l'accroissement frauduleux

[9] Voir glossaire A/CN.9/WG.V/WP.74.

de son passif (France), ou conduite des affaires de la filiale dans l'intention de frauder des créanciers (Liechtenstein);

iii) Exploitation d'une filiale comme agent, fiduciaire ou partenaire de la société mère (Australie, Royaume-Uni);

iv) Conduite des affaires du groupe ou d'une filiale d'une manière risquant de porter atteinte à certaines catégories de créanciers (le fait, par exemple, de faire contracter des dettes aux employés d'un membre du groupe) (Pologne);

v) Fragmentation artificielle d'une entreprise en plusieurs entités dans le but d'échapper à d'éventuelles responsabilités; non-respect de l'obligation de traiter les membres d'un groupe en tant qu'entités juridiques distinctes, y compris le non-respect de la responsabilité limitée de filiales (États-Unis) ou la confusion d'actifs personnels et sociaux; ou structuration d'une entreprise en groupe qui n'est qu'un leurre ou une façade (Royaume-Uni, France) utilisée pour se soustraire à des obligations légales ou contractuelles;

vi) Capitalisation insuffisante de la société, qui ne dispose pas des capitaux nécessaires pour mener ses opérations (États-Unis). Cela peut valoir à la création de l'entreprise ou résulter d'un épuisement du capital du fait de remboursements aux actionnaires ou du tirage, par ces derniers, de montants supérieurs aux bénéfices distribuables;

vii) Représentation trompeuse de la nature réelle du groupe de sociétés conduisant les créanciers à penser qu'ils traitent avec une entreprise unique plutôt qu'avec un membre d'un groupe;

viii) Faute d'exécution, toute personne, y compris un autre membre du groupe, pouvant être tenue d'indemniser la perte ou le dommage subi par une société du fait d'une fraude, d'un manquement à une obligation ou de toute autre faute d'exécution, comme toute action causant d'importantes lésions ou d'importants dommages pour l'environnement (États-Unis, Royaume-Uni);

ix) Activité fautive, les administrateurs, y compris les administrateurs occultes[10] d'une société ayant l'obligation de surveiller, par exemple, si la société peut effectivement poursuivre son activité compte tenu de sa situation financière et étant tenus de former une demande d'ouverture de procédure d'insolvabilité dans un délai spécifié une fois la société devenue insolvable (France, Royaume-Uni, Russie). Le fait de permettre ou de prescrire à un membre du groupe de contracter des dettes alors qu'il est ou risque de devenir insolvable tomberait dans cette catégorie; et

x) Non-respect de prescriptions réglementaires, comme l'obligation de tenir des registres comptables réguliers de la filiale (France).

29. Généralement, la seule existence d'un contrôle ou d'une domination d'une filiale par une société mère ou d'une autre forme d'étroite intégration économique au sein d'un groupe de sociétés n'est pas considérée comme justifiant le non-respect de la personnalité juridique distincte de chaque membre et le percement du voile social.

[10] Administrateur occulte et administrateur de fait: voir glossaire A/CN.9/WG.V/WP.74.

30. Dans plusieurs des exemples où la responsabilité pourrait être étendue à la société mère ou à une autre société qui contrôle une filiale insolvable, cette responsabilité pourra inclure la responsabilité personnelle des membres du conseil d'administration de la société mère ou contrôlante (qui pourront être décrits comme administrateurs occultes ou de fait). Alors que les administrateurs d'une société ont généralement certaines obligations à l'égard de cette société, les administrateurs d'une société membre d'un groupe peuvent avoir à équilibrer ces obligations et les intérêts commerciaux et financiers globaux du groupe. Pour défendre les intérêts généraux du groupe, par exemple, il peut falloir, dans certaines circonstances, sacrifier les intérêts de certains membres. Pour déterminer si les administrateurs d'une société contrôlante seront personnellement responsables des dettes ou actions d'une société contrôlée insolvable, on pourra notamment se fonder sur les éléments suivants: participation active ou non à la gestion de l'entité contrôlée; existence ou non d'une négligence ou d'une fraude grave dans la gestion de la société insolvable; manquement ou non de la société mère à son obligation de diligence, ou abus ou non de pouvoir de gestion; ou existence ou non d'une relation directe entre la gestion de l'entité contrôlée et son insolvabilité. Dans certains pays, les administrateurs peuvent également être pénalement responsables. Pour étendre la responsabilité, dans ces cas, l'une des principales difficultés consiste à prouver le comportement en question pour montrer que la société contrôlante était l'administrateur occulte ou l'administrateur de fait.

31. Il existe également des lois en vertu desquelles les sociétés mères assument la responsabilité des dettes de leurs filiales par contrat, en particulier lorsque les créanciers sont des banques (Belgique, Pays-Bas) ou des mécanismes volontaires de garantie réciproque (Australie). En vertu d'autres lois, qui prévoient différentes formes d'intégration des groupes de sociétés (Allemagne, Portugal), la société mère peut être solidairement responsable vis-à-vis des créanciers des sociétés intégrées, pour des dettes naissant tant avant qu'après l'officialisation de l'intégration.

2. Ordonnances de contribution

32. Un autre recours possible est l'ordonnance de contribution, par laquelle un tribunal peut enjoindre à une société solvable membre d'un groupe de verser une contribution spécifique devant couvrir tout ou partie des dettes d'autres sociétés du groupe qui sont en liquidation. La Nouvelle-Zélande a introduit les ordonnances de contribution dans sa loi sur les sociétés en 1980[11]. Cette loi dispose que les sociétés doivent être des sociétés "apparentées" telles qu'elles sont définies[12]. Aux termes de cette définition, la société apparentée n'est pas nécessairement la société holding qui chapeaute le membre en liquidation. La loi néo-zélandaise permet à un liquidateur, créancier ou actionnaire d'une société en liquidation de solliciter une ordonnance de contribution, mais le paiement doit s'effectuer au liquidateur et non au demandeur.

---

[11] New Zealand Companies Act, sect. 271 et 272.

[12] Companies Act 1993, sect. 2(3), qui définit la relation nécessaire comme suit: relation société holding/filiale; propriété directe ou indirecte de plus de la moitié des actions de la société, par l'autre société, des membres de l'autre société ou des sociétés apparentées à l'autre société; opérations des sociétés menées de façon qu'elles ne peuvent être distinguées; ou la société insolvable et la société apparentée ont toutes deux l'une de ces relations avec une société tierce.

33. La loi néo-zélandaise dispose que pour prendre une ordonnance de contribution, le tribunal doit tenir compte de certaines circonstances précises, à savoir la mesure dans laquelle une société apparentée a pris part à la gestion de la société en liquidation; la conduite de la société apparentée vis-à-vis des créanciers de la société en liquidation, même si l'affirmation, par les créanciers, de l'existence d'une relation entre les sociétés ne suffit pas à motiver une telle ordonnance; la mesure dans laquelle les circonstances qui ont abouti à la liquidation sont imputables aux actions de la société apparentée; et tout autre élément que le tribunal juge approprié[13].

34. En raison de la difficulté de concilier les intérêts des deux ensembles de créanciers chirographaires qui ont traité avec les deux sociétés distinctes, le pouvoir de rendre une ordonnance de contribution n'est pas fréquemment exercé. En outre, les tribunaux estiment qu'une ordonnance de contribution pleine et entière peut être inappropriée si elle a pour effet de compromettre la solvabilité de la société apparentée non encore en liquidation. Cependant, la conduite de la société solvable après l'ouverture de la procédure de liquidation de la société apparentée pourrait être prise en compte si elle portait indirectement ou directement atteinte aux créanciers de la société apparentée en entraînant, par exemple, l'inexécution d'un contrat.

3. Regroupement des patrimoines ou mise en commun

35. Un autre type de recours est le regroupement des patrimoines ou la mise en commun (appelé regroupement dans la présente note). Comme nous l'avons noté plus haut, en cas d'administration conjointe, l'actif et le passif des débiteurs restent distincts, les droits fondamentaux des revendiquants demeurant inchangés. Le regroupement, cependant, permet au tribunal, dans des affaires d'insolvabilité mettant en jeu des membres d'un même groupe, de ne pas tenir compte, dans certaines circonstances, de l'identité distincte des membres de ce groupe, de regrouper leur actif et leur passif et de les traiter comme si l'actif et le passif étaient détenus et contractés par une entité unique. Cela a pour effet de créer une masse unique au profit général des créanciers de toutes les entités regroupées. Ce regroupement pourrait s'étendre à des sociétés solvables appartenant au même groupe et à des individus tels que l'actionnaire contrôlant.

36. Ce type de décision est rare et lorsqu'il est envisageable, il est généralement peu utilisé. Peu de pays disposent de lois autorisant les décisions de regroupement[14]. Du fait de l'absence de texte juridique précis ou de norme prescrivant les circonstances dans lesquelles de telles décisions peuvent être rendues, les tribunaux de certains pays ont directement contribué à développer ces outils et à définir les circonstances dans lesquelles ils peuvent être utilisés. Comme pour les ordonnances de contribution, ces circonstances sont très limitées et ce moyen n'est généralement utilisé qu'en cas d'intégration poussée des membres d'un groupe de sociétés ou lorsqu'il serait difficile, voire impossible, de démêler l'actif et le passif des différentes entités.

37. Les principales inquiétudes que suscitent ces décisions, outre celle liée au problème fondamental que pose le fait de ne pas respecter le principe de distinction

---

[13] New Zealand Companies Act, sect. 272(1).

[14] Voir New Zealand Corporations Act 1980, s272.

des entités, tiennent à l'injustice qui peut être faite à un groupe de créanciers lorsqu'on le force à partager *pari passu* avec des créanciers d'une autre entité potentiellement moins solvable, et au fait de savoir si pour les créanciers, les économies ou les avantages collectifs l'emportent sur les inconvénients que chacun d'eux doit subir. Une autre question est de savoir dans quelle mesure le regroupement permettrait à des créanciers plus solides et importants de tirer profit d'actifs qui ne devraient normalement pas leur revenir. On peut aussi craindre qu'une décision de regroupement n'incite des créanciers qui la désapprouvent à en demander la révision, au risque de prolonger la procédure d'insolvabilité et de compromettre sa prévisibilité et sa sécurité juridique. En cas de regroupement, les créances intragroupe disparaissent et les créanciers qui possèdent des sûretés sur ces créances perdent leurs droits. Ces craintes ont amené certains commentateurs à préconiser que le regroupement ne soit proposé que lorsque les créanciers sont d'accord ou, dans le cas contraire, sous le contrôle attentif d'un tribunal[15].

38. Dans les pays où les tribunaux ont contribué à développer les décisions de regroupement, on a recensé plusieurs éléments jugés utiles pour déterminer si un regroupement des patrimoines se justifie ou non. Chaque fois, il s'agit d'équilibrer les divers éléments, aucun élément n'est décisif en soi et les éléments n'ont pas besoin d'être tous réunis. Ces éléments sont les suivants: la présence ou l'absence d'états financiers consolidés; l'unité d'intérêts et de propriété des entités; la difficulté d'isoler l'actif et le passif de chaque entité; le partage des frais généraux, de gestion, de comptabilité et autres frais connexes entre différentes entités; l'existence de prêts intragroupe et d'une garantie réciproque des prêts; la mesure dans laquelle des actifs ou des fonds ont été transférés d'une entité vers l'autre sans respecter les formalités appropriées; l'adéquation du capital; amalgamation d'actifs ou d'opérations commerciales; administrateurs ou cadres communs; établissement commun; opérations frauduleuses avec des créanciers; et point de savoir si un regroupement faciliterait un redressement ou servirait les créanciers. Ces éléments conservent toute leur pertinence, mais certains tribunaux ont commencé à se concentrer sur deux facteurs en particulier – le fait de savoir si les créanciers ont traité avec les entités en tant qu'unité économique unique et n'ont pas tenu compte de leur identité distincte pour octroyer des crédits, et si les affaires des entités sont tellement emmêlées qu'un regroupement bénéficierait à tous les créanciers.

39. Dans certains pays où il n'existe aucun texte de loi autorisant le regroupement (Australie), le regroupement volontaire pourra néanmoins être facilité par les dispositions qui visent, par exemple, les mécanismes de garantie réciproque intragroupe, les concordats et les arrangements entre créanciers et sociétés en cours ou en voie de liquidation. Les tribunaux pourront également rendre des décisions de regroupement fondées sur le consentement (Canada). Dans une affaire récente (États-Unis) comprenant une demande de regroupement formée par la société mère, des créanciers de la filiale, qui était en bien meilleure situation financière, s'opposaient au regroupement. Les parties sont parvenues à un accord en vertu duquel les créanciers de la filiale qui étaient opposés au regroupement se sont vu promettre un paiement nettement supérieur à celui promis aux autres créanciers

[15] Peter, H., Insolvency in a Group of Companies, Substantive and Procedural Consolidation: When and How? In Challenges of Insolvency Law in the 21st Century, eds. H. Peter, N. Jeandin, J. Kilborn, Schulthess 2006, p. 206.

chirographaires de la société mère[16], ce qui revenait à renoncer au principe de répartition équitable. La possibilité d'accorder une telle exception au principe du *pari passu* à des fins de regroupement a été notée ailleurs[17].

40. Dans les pays qui autorisent les décisions de regroupement, celles-ci ont été peu nombreuses. Dans la principale affaire néo-zélandaise[18], le tribunal a pris en compte l'enchevêtrement des pratiques de gestion du groupe de sociétés – tenue de conseils d'administration combinés des différentes sociétés du groupe, utilisation d'un compte bancaire unique pour toutes les sociétés du groupe et politique consistant à utiliser la société du groupe qui convenait le mieux aux diverses opérations commerciales. Outre ces pratiques, les dirigeants avaient incité les créanciers à traiter le groupe comme une entité unique, ce qui avait, d'une part, créé chez les créanciers une confusion quant au fait de savoir avec quelle entité ils traitaient et, d'autre part, brouillé les limites juridiques des sociétés du groupe. Le tribunal a également conclu que compte tenu de ces arrangements, la liquidité de chaque société du groupe influait sur celle des autres. Enfin, en l'absence d'une décision de regroupement, la seule façon de déterminer le statut des diverses dettes intragroupe serait d'engager des procédures distinctes, ce qui accroîtrait inévitablement le coût et la durée de la liquidation et épuiserait, de ce fait, les fonds revenant aux créanciers.

41. Le tribunal néo-zélandais a également examiné les intérêts concurrents des créanciers et des actionnaires et a conclu qu'en cas d'insolvabilité, les droits des créanciers l'emportaient sur ceux des actionnaires, ce qui plaidait en faveur de la décision de regroupement. En outre, sans une telle décision, les actionnaires de certains membres du groupe recevraient un paiement aux dépens de créanciers d'autres membres. Il fallait également examiner les intérêts concurrents des actionnaires des différentes sociétés du groupe et, en particulier, les intérêts de ceux qui étaient actionnaires de certaines sociétés, mais pas d'autres.

42. Il fallait également examiner les intérêts concurrents des créanciers garantis et chirographaires et, en particulier, se poser la question de savoir si les droits des créanciers garantis devaient rester inchangés. Le Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité examine la position des créanciers garantis dans la procédure d'insolvabilité et estime que si, en règle générale, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté doivent être reconnues et la valeur économique des actifs grevés préservée, une loi sur l'insolvabilité peut modifier les droits des créanciers garantis aux fins de politiques commerciales et économiques à condition que soient respectées des garanties appropriées[19].

43. Certains créanciers peuvent également être lésés si le tribunal traite comme invalides des charges, garanties ou autres sûretés intragroupe existant entre les sociétés en liquidation. Dans l'affaire *Dalhoff*, le tribunal néo-zélandais a statué

---

[16] WorldCom and MCI – Skeel, D. A., Groups of Companies: Substantive Consolidation in the U.S., in Challenges of Insolvency Law in the 21st Century, eds. H. Peter, N. Jeandin, J. Kilborn, Schulthess 2006, p. 232.

[17] Law Reform Commission of Australia, Report No. 45, General Insolvency Inquiry 1988, par. 856.

[18] *Re Dalhoff and King Holdings Ltd* (1991) 5 NZCLC 66,959.

[19] L'annexe I du Guide législatif de la CNUDCI énonce les sections du Guide qui abordent le traitement des créanciers garantis dans la procédure d'insolvabilité.

qu'un créancier externe ne pouvait pas réaliser une garantie intragroupe conditionnée par le respect de l'identité distincte des sociétés en liquidation; ce créancier serait traité comme un créancier chirographaire à moins que le tribunal n'estime qu'il devrait conserver une priorité sur d'autres créanciers[20].

44. Les décisions de regroupement peuvent également avoir des incidences fiscales lorsque, par exemple, la réglementation se fonde sur l'identification de la source précise des sommes versés aux actionnaires après distribution aux créanciers (Australie).

4. Regroupement des patrimoines ou mise en commun partiels

45. Les tribunaux de certains pays qui autorisent le regroupement (Nouvelle-Zélande) peuvent rendre une décision limitée en exemptant les créances de certains créanciers chirographaires et en les honorant sur les actifs de l'une des sociétés en liquidation lorsqu'il peut le faire équitablement. Un regroupement partiel peut s'effectuer en n'appliquant la décision qu'aux créanciers chirographaires à condition que les créanciers garantis se soient fondés sur le principe de l'entité unique; en n'appliquant la décision qu'au capital net des sociétés solvables du groupe, épargnant ainsi les droits des créanciers de ces entités solvables; en ne rendant la société mère responsable que du capital net négatif du membre insolvable du groupe, épargnant ainsi les actifs de ce membre; et en limitant le regroupement aux éléments d'actif et de passif qui sont enchevêtrés et en excluant ceux dont la propriété est évidente[21].

5. Annulation

46. Comme le note le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité[22], de nombreuses lois sur l'insolvabilité contiennent des dispositions qui s'appliquent rétroactivement sur une période déterminée (souvent appelée période "suspecte") à partir d'une date particulière (telle que celle de la demande ou de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité) et qui visent à annuler des opérations antérieures auxquelles le débiteur insolvable était partie ou qui mettaient en jeu ses actifs en produisant certains effets, notamment réduire la valeur nette du débiteur ou enfreindre le principe d'une répartition égale entre les créanciers de même rang. Les types d'opérations auxquelles ces dispositions s'appliquent sont généralement les suivantes: opérations visant à faire échouer, à entraver ou à retarder le recouvrement des créances par les créanciers; opérations à prix sous-évalué; opérations préférentielles; et opérations avec des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur. Le Guide législatif note qu'il est difficile de satisfaire les critères subjectifs d'annulation que sont l'intention du débiteur lorsqu'il a entrepris l'opération et la connaissance subjective de la contrepartie. Ces critères seront encore plus difficiles à satisfaire dans le contexte d'un groupe de sociétés.

47. Ces dispositions et les types d'opérations qu'elles visent s'appliquent dans le contexte de l'insolvabilité d'un ou de plusieurs membres d'un groupe de sociétés. Dans ce contexte, elles peuvent viser des opérations financières intragroupe telles que des prêts, des transferts d'actifs et des garanties, ainsi que des hypothèques de

---

[20] Voir note 18.
[21] H. Peter, note 16, p. 208.
[22] Guide législatif de la CNUDCI, deuxième partie, chap. II, sect. F, par. 150.

tiers ou des garanties offertes à des prêteurs externes. Dans certains pays (Australie), les versements qu'une société a effectués à un créancier d'une société apparentée et une garantie ou une hypothèque qu'une société du groupe a consentie pour appuyer un prêt accordé par une partie extérieure à une autre société du groupe peuvent être annulés si le détriment encouru en engageant l'opération l'emporte sur les avantages qui en découlent pour le garant ou le débiteur hypothécaire. Des opérations intragroupe dans lesquelles un administrateur d'une société manquerait à ses obligations fiduciaires tandis que l'autre société aurait connaissance directe ou indirecte de ce fait, comme l'octroi ou le transfert, par cette première, avant sa liquidation, mais sans qu'il en résulte aucun avantage direct ou indirect, de prêts, d'actifs ou d'hypothèques de tiers, seraient également susceptibles d'annulation.

48. La question qu'il faudra se poser, pour ces types de transactions, est de savoir comment les traiter en cas d'insolvabilité de groupes de sociétés. Par exemple, les dispositions d'annulation applicables à un débiteur entité distincte devraient-elles s'appliquer à des groupes de sociétés ou faudrait-il introduire des dispositions plus larges incluant différentes catégories d'opérations? Enfin, faudrait-il adopter, comme critère applicable aux opérations intragroupe, le fait de savoir si l'opération a présenté ou non, pour la société mère, des avantages dont ne bénéficient normalement pas des entités commerciales non apparentées?

6. Déclassement

49. Dans certains cas où un regroupement pourrait être contre-indiqué, on pourrait envisager d'autres recours tels que le déclassement. Cela pourrait être le cas, par exemple, lorsque des initiés (généralement l'actionnaire contrôlant ou une personne liée à cet actionnaire) se sont comportés d'une manière qui donne à penser qu'ils ne méritent peut-être pas la priorité sur des créanciers externes agissant de bonne foi.

50. Certaines lois prévoient la subordination des dettes de sociétés apparentées à celles de créanciers extérieurs (Espagne, Allemagne, États-Unis). Dans un pays (États-Unis), la loi sur les sociétés permet aux tribunaux d'examiner les arrangements financiers intragroupe pour déterminer si des fonds particuliers accordés à une société du groupe devraient être traités comme un apport de capital (ce qui permet de les subordonner aux créances externes) plutôt que comme un prêt intragroupe, ou si des dettes contractées par un membre en liquidation du groupe dans le cadre d'un mécanisme de prêt intragroupe devraient être subordonnées aux droits de créanciers externes de ce membre. Par exemple, une société mère qui est le créancier garanti d'une société contrôlée en liquidation peut voir ses créances subordonnées à celles de créanciers chirographaires non apparentés, voire d'actionnaires minoritaires de la société contrôlée en fonction de facteurs tels que le niveau de capitalisation de la société contrôlée; la participation de la société mère à la gestion de la société contrôlée; le fait de savoir si la société mère a cherché à manipuler des opérations intragroupe à son propre avantage aux dépens de créanciers externes; ou le fait de savoir si la société mère s'est par ailleurs comportée de manière injuste, au détriment de créanciers ou d'actionnaires de la société contrôlée.

51. Dans un pays (Royaume-Uni) qui ne possède pas de législation autorisant le déclassement, les tribunaux peuvent, dans des cas limités, subordonner, en vertu des

principes de l'enrichissement injuste[23], les droits de créanciers intragroupe à ceux de créanciers chirographaires externes. Dans un autre pays (Australie), une société créancière du groupe peut volontairement accepter de subordonner ses créances à celles de créanciers externes[24].

F. Questions à examiner – traitement interne des groupes de sociétés dans la procédure d'insolvabilité

52. Nous avons, ci-dessus, examiné les aspects du traitement des groupes de sociétés dans la procédure d'insolvabilité qui sont abordés par les lois relatives à l'insolvabilité nationale; nous avons clairement concentré notre attention sur les circonstances dans lesquelles on pourrait reconsidérer le principe de distinction des entités une fois la procédure d'insolvabilité ouverte. Peu de lois traitent spécifiquement de questions telles que l'ouverture d'une procédure à l'encontre d'un ou de plusieurs membres d'un groupe de sociétés ou des effets d'une telle ouverture. S'il est possible, par conséquent, de conclure que la manière dont les lois sur l'insolvabilité traitent ces questions dans le contexte de sociétés individuelles peut s'appliquer à l'insolvabilité d'un ou de plusieurs membres d'un groupe de sociétés, il est donné à penser que cela peut ne pas toujours être le cas.

53. Le Groupe de travail pourra également souhaiter s'interroger sur les futurs travaux qu'il pourrait mener sur le traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité compte tenu des possibilités ci-après. Ce faisant, il pourra souhaiter adopter comme hypothèse de travail le fait que les propositions ou recommandations n'ont pour but ni de réduire le nombre et la complexité croissante des groupes de sociétés, ni de créer une gêne ou une incertitude pour les nombreuses opérations commerciales qui sont menées avec des groupes de sociétés (souvent indépendamment de l'absence ou de la présence d'une législation prévoyant la possible insolvabilité d'un groupe ou de l'un de ses membres). Il faudra éviter que les travaux relatifs aux groupes de sociétés n'incitent ces derniers à se réfugier dans des "sanctuaires".

54. Le Groupe de travail pourra souhaiter examiner les questions ci-après:

a) La portée des travaux futurs et, en particulier, la façon dont le terme "groupe de sociétés" pourrait être défini à cette fin;

b) L'accès à la procédure d'insolvabilité en cas d'insolvabilité d'un ou de plusieurs membres d'un groupe de sociétés, ce qui pourrait conduire à examiner:

i) Les circonstances dans lesquelles il serait approprié d'ouvrir une procédure à l'encontre de tout ou partie d'un groupe de sociétés et le critère d'ouverture qui devrait s'appliquer, en particulier aux membres du groupe qui ne satisferaient pas ce critère, mais devraient être inclus dans la procédure pour d'autres raisons;

---

[23] Doctrine juridique qui énonce que si une personne reçoit de l'argent ou d'autres biens sans produire d'effort propre, aux dépens d'une autre personne, le bénéficiaire doit restituer le bien au propriétaire légitime, même si le bien n'a pas été obtenu illégalement. La plupart des tribunaux ordonneront la restitution du bien si la partie qui a subi la perte intente une action.

[24] Australie: Corporations Law, s563C.

ii) La personne habilitée à former une demande d'ouverture;

iii) Les effets de l'ouverture d'une procédure et la mesure dans laquelle ils devraient différer de ceux examinés dans le Guide législatif de la CNUDCI, par exemple, en ce qui concerne l'utilisation et la disposition des actifs;

c) Les aménagements qui devraient être offerts dans une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un groupe de sociétés, y compris:

i) Les aménagements procéduraux, tels que le fait de savoir si l'on pourrait nommer le même représentant de l'insolvabilité pour chaque membre insolvable du groupe ou la mesure dans laquelle il serait approprié d'administrer conjointement la masse de l'insolvabilité;

ii) Les aménagements matériels, tels que la mesure dans laquelle des aménagements, des protections et des recours officiels seraient proposés contre des membres solvables d'un groupe de sociétés; la mesure dans laquelle il serait possible d'enfreindre le principe de responsabilité limitée d'entités distinctes; la mesure dans laquelle deux ou plusieurs membres d'un groupe pourraient être tenus responsables des dettes externes de l'un d'entre eux; la mesure dans laquelle il serait approprié de faciliter le regroupement de l'actif et du passif de sociétés du groupe, le prononcé d'ordonnances de contribution et le déclassement de créances; et

iii) D'autres formes d'aménagement qui pourraient être appropriées dans le contexte d'un groupe;

d) La coopération entre les tribunaux et les représentants de l'insolvabilité dans le contexte d'un groupe, en particulier lorsque des représentants différents sont nommés pour différents membres du groupe;

e) D'autres questions propres aux groupes de sociétés qui pourraient exiger l'adoption de dispositions spéciales, telles que:

i) Les pouvoirs d'un représentant de l'insolvabilité nommé dans la procédure ouverte à l'encontre de la société mère d'un groupe et la mesure dans laquelle, par exemple, ce représentant pourrait guider l'action de la filiale (insolvable);

ii) Le fait de savoir s'il faudrait introduire des dispositions complétant les recommandations du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité en ce qui concerne le financement postérieur à l'ouverture de la procédure dans le contexte d'un groupe de sociétés;

iii) La mesure dans laquelle les recommandations du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité relatives à l'annulation devraient s'appliquer dans le contexte de groupes de sociétés et le fait de savoir s'il faudrait introduire des dispositions plus larges incluant différentes catégories d'opérations, y compris les opérations intragroupe;

iv) La mesure dans laquelle il faudrait introduire des dispositions spéciales dans le cas d'un groupe de sociétés lorsque la direction est autorisée à conserver ses fonctions; et

v) Le fait de savoir s'il faudrait introduire des dispositions complétant les recommandations du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de

l'insolvabilité en ce qui concerne le redressement de groupes de sociétés, en particulier la négociation, l'approbation et la mise en œuvre d'un plan.

[*Le chapitre IV. Questions internationales figure dans le document A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.2*]

A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.2 [Original: anglais]

Note du Secrétariat sur le traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente et unième session

[*Les chapitres I. Glossaire et II. Introduction figurent dans le document A/CN.9/WG.V/WP.74; le chapitre III. Le début de l'insolvabilité: questions internes figure dans le document A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1*]

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
IV.	Questions internationales	1-29
A.	Introduction	1-4
B.	Compétence pour ouvrir une procédure d'insolvabilité	5-12
C.	Conflit de lois	13-14
D.	Fourniture d'un financement postérieur à l'ouverture	15-22
E.	Reconnaissance des procédures étrangères	23-25
F.	Coopération entre les tribunaux et les responsables de l'entreprise	26
G.	Les étapes suivantes	27-32
H.	Questions à examiner: traitement international des groupes de sociétés	33

IV. Questions internationales

A. Introduction

1. Dans le contexte international, les modèles qui ont été créés pour traiter les questions d'insolvabilité internationale ne sont jamais allés jusqu'à aborder de façon satisfaisante les groupes de sociétés. Lorsque la Chambre des Lords du Royaume-Uni, siégeant sous la présidence de Lord Hoffmann, s'est demandée si le Royaume-Uni devrait adhérer à la Convention européenne relative aux procédures d'insolvabilité[1], la commission a noté l'échec de la convention à traiter les groupes de sociétés – forme la plus courante de modèle d'entreprises. Lorsque la convention est devenue le Règlement n° 1346/2000 du Conseil européen (CE) du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (Le Règlement CE), la question n'était toujours pas abordée. Lorsque le texte de ce qui est devenu la Loi type de la

[1] Ouverte à la signature le 23 novembre 1995.

CNUDCI sur l'insolvabilité internationale a été débattu, il aurait été prématuré de parler des groupes. Ensuite, lorsque le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité a été élaboré, il a été reconnu qu'entamer une discussion sur le thème des groupes de sociétés risquait de freiner considérablement l'avancement du reste du Guide, si bien que ce dernier ne comporte qu'une introduction limitée, et aucune recommandation, sur le thème des groupes de sociétés.

2. Une affaire dont il a été largement fait écho illustre l'un des problèmes clefs concernant les groupes dans le contexte international; il s'agit de l'affaire KPNQwest, qui a fait faillite le jour où le Règlement CE est entré en vigueur, le 31 mai 2002. KPNQwest était un groupe de télécommunications qui possédait des câbles en Europe et vers les États-Unis. Les principaux réseaux de câbles étaient constitués d'anneaux optiques: en Europe, la partie française de l'anneau était détenue par une filiale française; la partie allemande par une filiale allemande, etc. Lorsque la société mère néerlandaise a fait faillite, nombre des filiales ont été obligées de demander la protection du tribunal dans le pays où elles étaient incorporées. Personne n'a été capable de coordonner la procédure, et celle-ci a été abandonnée. L'examen d'autres affaires d'insolvabilité internationale confirmerait les faiblesses du système existant; il est souvent difficile de concilier l'approche traditionnelle consistant à considérer, dans la réglementation des sociétés, chaque membre d'un groupe comme une entité juridique distincte, avec les conséquences qui en résultent pour l'insolvabilité, et la volonté de faciliter la procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un groupe ou d'une partie d'un groupe dans une situation transnationale d'une manière qui permettrait d'atteindre l'objectif consistant à maximiser la valeur au profit des créanciers.

3. La discussion dans le document A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1 soulève, à propos du traitement des groupes de sociétés dans le cadre national, un certain nombre de questions qui pourraient également être examinées dans le contexte international, qu'il s'agisse de l'ouverture d'une procédure contre les membres d'un groupe de sociétés situées dans des États différents ou de l'administration de cette procédure. Les pays peuvent avoir des critères différents concernant les conditions dans lesquelles un débiteur peut demander l'ouverture d'une procédure et les différents types de procédures. Par exemple, tous les pays n'ont pas de procédures bien au point pour le redressement, et même parmi ceux qui en ont il y a des différences. Certains, par exemple, peuvent prévoir une forme de redressement qui permet au débiteur de garder le contrôle, d'autres non. Certains pays peuvent faciliter le redressement en permettant divers types de financement postérieur à l'ouverture, d'autres non (voir plus loin). Les règles sur les effets de l'ouverture varient (par exemple le type d'arrêt des poursuites disponible et à qui il s'applique), de même que les règles sur les pouvoirs du représentant de l'insolvabilité en ce qui concerne, par exemple, l'annulation des opérations antérieures et les règles relatives à la négociation, l'approbation et l'application d'un plan de redressement.

4. Comme il a déjà été dit, peu de lois reconnaissent la réalité du groupe de sociétés et prévoient des règles complètes pour son traitement dans un contexte national, a fortiori dans un contexte international. Étant donné l'ubiquité des groupes de sociétés dans le commerce moderne, le nombre d'insolvabilités impliquant des groupes multinationaux n'a cessé d'augmenter ces dernières années. Les problèmes que pose l'insolvabilité des groupes de sociétés dans le contexte national sont multipliés plusieurs fois lorsqu'un ou plusieurs débiteurs font partie

d'un groupe multinational, mais que chacun constitue une entité juridique distincte située dans un pays différent, contre lequel il faut ouvrir une procédure distincte. Des procédures concurrentes dans différents pays à l'égard de sociétés apparentées ne conduisent pas nécessairement à un plan global en raison des nombreuses différences dans les lois sur l'insolvabilité et dans les procédures existant éventuellement pour les coordonner. L'histoire de l'insolvabilité internationale depuis l'affaire Maxwell en 1991[2] met en évidence les problèmes rencontrés lors de la gestion de nombreuses procédures parallèles, et souligne la nécessité des solutions créatives qui ont été élaborées et adoptées. La discussion ci-après soulève un certain nombre de questions propres au traitement des groupes de sociétés dans le contexte international.

B. Compétence pour ouvrir une procédure d'insolvabilité

5. Le Guide législatif de la CNUDCI note qu'un débiteur doit avoir un lien suffisant avec un État pour être soumis à la loi sur l'insolvabilité de cet État. La plupart du temps, le problème de l'applicabilité de cette loi ne se posera pas, car le débiteur sera un national ou un résident de l'État et y exercera son activité économique par l'intermédiaire d'une structure juridique immatriculée ou incorporée sur son territoire. Mais lorsque le lien entre le débiteur et l'État doit être établi, les lois sur l'insolvabilité prévoient différents critères, dont la présence, sur le territoire, du centre des intérêts principaux, d'un établissement ou d'actifs du débiteur.

1. Centre des intérêts principaux

6. Le Règlement CE utilise le centre des intérêts principaux pour déterminer où devraient être ouvertes les procédures d'insolvabilité "principales" dans l'UE. La Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (la Loi type) utilise elle aussi la notion de centre des intérêts principaux, bien que de manière quelque peu différente, pour indiquer les procédures qui pourraient être reconnues comme constituant des procédures étrangères "principales" aux fins d'assistance. Il est à noter que la Loi type reconnaît que le statut de ces procédures comme procédures principales peut changer et par conséquent qu'il peut être nécessaire de modifier ou de lever la décision de reconnaissance.

7. Ni la Loi type de la CNUDCI ni le Règlement CE ne définissent le terme "centre des intérêts principaux"; le considérant 13 du Règlement CE indique toutefois que "le centre des intérêts principaux devrait correspondre au lieu où le débiteur gère habituellement ses intérêts et qui est donc vérifiable par les tiers". Le paragraphe 3 de l'article 16 de la Loi type de la CNUDCI et l'article 3 du Règlement CE disposent aussi que le siège statutaire, ou, dans le cas d'un particulier, la résidence habituelle du débiteur, est présumé être le centre de ses intérêts principaux, sauf s'il peut être démontré qu'il est ailleurs.

8. On a beaucoup écrit sur la notion de "centre des intérêts principaux" et sur la manière dont il doit être interprété, en particulier pour ce qui est du Règlement CE.

---

[2] Cette affaire impliquait les États-Unis et le Royaume-Uni. United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Case No. 91 B 15741 (15 janvier 1992), et the High Court of Justice, Chancery Division, Companies Court, Case No. 0014001 of 1991 (31 décembre 1991).

Bien que ce dernier contienne la présomption mentionnée ci-dessus à propos du siège statutaire, l'importance relative à donner à cet élément et les autres facteurs à prendre en considération pour déterminer le centre des intérêts principaux ont été l'objet ces dernières années d'un certain nombre d'affaires au sein de l'UE. Il ne n'agit pas ici d'examiner dans le détail le développement de cette interprétation; certaines des affaires impliquant la prise en considération du centre des intérêts principaux ont été mentionnées dans des documents antérieurs de la CNUDCI (voir A/CN.9/580, par. 58 à 79 et A/CN.9/579, par. 8 à 17).

9. Dans son arrêt de mai 2006 dans l'affaire Eurofood IFSC Ltd[3], la principale conclusion de la Cour européenne de Justice a été que la présomption selon laquelle le centre des intérêts principaux d'une société est situé dans l'État membre où se trouve son siège statutaire ne peut être renversée que si des éléments objectifs et vérifiables par les tiers permettent d'établir que le centre des intérêts principaux est ailleurs. La Cour n'a pas examiné ce que pourraient être ces éléments, mais a noté que le centre des intérêts principaux pouvait être situé ailleurs que le siège statutaire; tel pourrait être le cas notamment d'une société qui n'exercerait aucune activité sur le territoire de l'État membre où est situé son siège social. En revanche, lorsqu'une société exerce son activité sur le territoire de l'État membre où est situé son siège social, le fait que ses choix économiques soient ou puissent être contrôlés par une société mère établie dans un autre État membre ne suffit pas pour écarter la présomption prévue à l'article 3. La Cour a souligné que dans le système de détermination de la compétence des juridictions des États membres mis en place par le Règlement, il existe une compétence juridictionnelle propre pour chaque débiteur constituant une entité juridiquement distincte.

10. Dans les affaires tranchées avant l'arrêt de la CEJ, certains des éléments considérés comme suffisants pour réfuter la présomption portaient sur le degré d'indépendance d'une filiale par rapport à la prise de décision en matière de finances, de gestion et de politique; les arrangements financiers entre société mère et filiale, y compris la structure du capital, l'emplacement des comptes bancaires et des services de comptabilité; la répartition de la responsabilité pour la fourniture de documents techniques et juridiques et la signature des contrats; le lieu de la conception, de la commercialisation, de l'établissement des prix et de la livraison des produits; et de l'exercice des fonctions de direction. Il reste à voir comment la pertinence de ces facteurs et l'importance relative qui leur est attachée seront affectées par la décision de la CEJ.

11. Selon un commentateur, les affaires françaises tranchées avant l'arrêt de la CEJ montraient que certains tribunaux avaient été influencés par le fait que dans de nombreuses affaires il était commode de regrouper les insolvabilités de groupe et de les traiter dans le pays où la procédure était engagée à l'égard de la société mère[4]. Les affaires citées concernaient des sociétés mères françaises ayant des filiales dans d'autres États membres. On pourrait en dire autant des tribunaux d'un certain nombre d'autres pays de l'UE où le centre des intérêts principaux a été appliqué, dans des cas appropriés, d'une manière telle que les éléments constitutifs d'un

[3] C-341/04; disponible sur le site http://eur-lex.europa.eu. Eurofood a été immatriculée en Irlande en 1997, son siège social est à Dublin. C'est une filiale à 100 % de Parmalat SpA, société italienne, et son objectif principal était d'offrir des facilités de financement aux sociétés du groupe Parmalat.

[4] Jean-Luc Vallens, Eurofenix, été 2006, p. 14 et 15.

groupe insolvable ont été administrés dans un seul pays. Ces affaires ont concerné des États membres de l'UE, ainsi que des États non membres, comme la Suisse. Il a été dit que ces affaires obtenaient de meilleurs résultats en raison, par exemple, d'une meilleure coordination et de la désignation du même représentant pour tous les membres du groupe. La mesure dans laquelle cela est possible dépend toutefois de l'existence de facteurs permettant de déterminer que le centre des intérêts principaux de tous les membres du groupe est situé dans le même État membre. Ces facteurs n'existeront pas toujours et l'insolvabilité de deux membres ou plus du groupe peut exiger l'ouverture de procédures dans des pays différents à l'égard de ces différents membres.

2. Présence d'actifs et établissement

12. Ces deux critères sont examinés dans le Guide législatif de la CNUDCI[5]. Dans la Loi type de la CNUDCI et le Règlement CE, qui définissent tous deux le terme "établissement", bien que de façon légèrement différente, la procédure ouverte dans un État où un débiteur a un établissement est secondaire ou non principale; dans le cas du Règlement, une telle procédure est limitée à la liquidation des actifs du débiteur qui sont situés sur le territoire de cet État. La Loi type ne reconnaît pas les procédures ouvertes sur la base de la présence d'actifs, mais admet qu'il pourrait être nécessaire dans certains cas d'ouvrir une procédure locale pour traiter ces actifs, à condition que le débiteur fasse déjà l'objet d'une procédure principale ailleurs (art. 28).

C. Conflit de lois

13. Le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité aborde certaines des questions de conflit de lois qui se posent lorsqu'une procédure d'insolvabilité concerne des parties ou des actifs situés dans différents États, notant que bien que la procédure d'insolvabilité puisse en règle générale être gouvernée par la loi de l'État d'ouverture, de nombreux États ont adopté des exceptions à l'application de cette loi.

14. De difficiles problèmes de conflit de lois se posent également dans le cas d'entreprises multinationales, par exemple le problème de la responsabilité de la société mère. La responsabilité d'une société mère pour une filiale pourrait être déterminée par la loi du pays dans lequel la filiale est incorporée. Cette approche risquerait de ne pas refléter l'unité de l'ensemble du groupe, car il y aurait inégalité de situation des créanciers des filiales, selon le lieu où se trouvent ces dernières. Toutefois, si la responsabilité devait être basée sur les règles du pays d'immatriculation de la société mère, cela reviendrait à une extension de la compétence qui ne serait peut-être pas acceptable par les autres pays. Cette question peut être réglée dans une certaine mesure lorsque la société mère assume volontairement les obligations financières des filiales étrangères, mais pas dans les autres cas. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner la mesure dans laquelle il faudrait aborder les questions de conflit de lois dans les travaux futurs sur les groupes de sociétés et les mesures qui pourraient être prises à cet égard.

---

[5] Guide législatif de la CNUDCI, deuxième partie, chapitre Ier, par. 15 à 18.

D. Fourniture d'un financement postérieur à l'ouverture

15. Le document A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1 fait référence à la reconnaissance dans le Guide législatif de la nécessité de faciliter le financement postérieur à l'ouverture dans le contexte national. Il note aussi que de nombreuses lois limitent la fourniture d'argent frais en cas d'insolvabilité ou n'abordent pas expressément la question d'un nouveau financement ou de la priorité de son remboursement. Certains obstacles structurels à l'obtention d'un tel financement sont: l'absence de textes législatifs; la responsabilité personnelle incombant au représentant de l'insolvabilité ou à des administrateurs ou dirigeants de l'entreprise débitrice de contracter la dette nécessaire à un tel financement; l'application de dispositions d'annulation; les problèmes de priorité liés à un tel financement; et la préférence donnée à la liquidation par rapport au redressement, autant d'obstacles qui rendent difficile l'examen de cette question[6]. L'existence de ces obstacles structurels concernant l'insolvabilité nationale rend l'offre et la protection d'un financement postérieur à l'ouverture dans les cas d'insolvabilité internationale extrêmement incertaines. Des différences existent d'un pays à l'autre quant à la priorité accordée au financement postérieur à l'ouverture de la procédure et à la constitution d'une sûreté pour un tel financement. Il y a des questions concernant la loi applicable, et l'utilisation du financement obtenu après l'ouverture au sein de groupes de sociétés. Par exemple, le financement obtenu après l'ouverture par un membre d'un groupe de sociétés insolvable pouvait-il être utilisé par un autre membre du groupe et, dans l'affirmative, dans quelles circonstances et à quelles conditions? Un membre non débiteur d'un groupe de sociétés pouvait-il emprunter de l'argent après l'ouverture de la procédure et autoriser un membre du groupe insolvable à utiliser ces fonds? Dans un certain nombre d'affaires d'insolvabilité internationale, les questions liées au financement postérieur à l'ouverture ont été abordées dans des protocoles internationaux[7].

16. Les recommandations du Guide législatif risquent de ne pas être suffisantes pour aborder le financement postérieur à l'ouverture dans le contexte de l'insolvabilité internationale. Les questions ci-après figurent parmi celles qui pourraient justifier un examen plus approfondi.

1. Autorisation du financement postérieur à l'ouverture

17. Le Guide législatif fait référence à l'autorisation du tribunal ou au consentement des créanciers (recommandation 63) et dans le contexte national on sait clairement de quel tribunal et de quels créanciers il s'agit. En revanche, dans le cas de l'insolvabilité d'un groupe de sociétés, où la société mère et ses filiales peuvent être situées dans des pays différents et, par conséquent, faire l'objet de procédures d'insolvabilité différentes et relever de régimes juridiques différents, et où un financement peut être nécessaire pour une ou plusieurs de ces filiales, un

---

[6] Pour un résumé comparatif et une matrice du traitement du financement postérieur à l'ouverture dans 54 pays, voir International insolvency Institute (http://www.iiiglobal.org); voir aussi *Financing in Insolvency Proceedings*, INSOL 2006, qui porte sur 12 pays: Afrique du Sud, Allemagne, Australie, Brésil, Canada, États-Unis d'Amérique, Hong-Kong, Inde, Japon, Pays-Bas, Pologne et Royaume-Uni.

[7] Voir *Digest of Financing Provisions from Cross-Border Insolvency Protocols*, International Insolvency Institute (http://www.iiiglobal.org).

certain nombre de questions se posent. Une société mère peut-elle obtenir un financement dans son propre pays et le fournir à la filiale qui se trouve dans un autre pays? Dans l'affirmative, faudrait-il l'approbation du tribunal ou le consentement du créancier dans le pays de la société mère ou dans celui de la filiale ou bien peut-être dans les deux? Un tribunal peut-il approuver un financement postérieur à l'ouverture qui aura des effets dans l'autre pays? Dans cette situation, chaque pays reconnaîtra-t-il les décisions prises dans l'autre qui affectent un financement postérieur à l'ouverture?

18. Le Guide législatif note que des lois différentes exigent des types différents d'autorisation pour différents types de dettes. Par exemple, une autorisation ne sera peut-être pas nécessaire pour une dette non garantie contractée par le représentant de l'insolvabilité dans le cours normal des affaires, mais le sera si la même dette est contractée en dehors du cours normal des affaires. Pour une dette exigeant une sûreté ou l'octroi d'une priorité, il faudra en général l'autorisation du tribunal et dans certains cas le consentement des créanciers, en particulier lorsque la priorité accordée à un financement postérieur à l'ouverture l'emporte sur les priorités existantes. Dans le contexte international, l'exigence d'une autorisation dépend-elle des conditions du financement postérieur à l'ouverture?

19. Le Guide législatif mentionne aussi l'obtention d'un financement postérieur à l'ouverture par le représentant de l'insolvabilité. Dans le type de scénario indiqué ci-dessus, est-ce que ce serait le représentant de l'insolvabilité de la société mère ou de la filiale? En outre, y a-t-il des incidences sur la responsabilité personnelle du représentant de l'insolvabilité ou des dirigeants et administrateurs de la société mère ou de la filiale?

2. Priorité accordée au financement postérieur à l'ouverture

20. Le Guide législatif recommande qu'une loi sur l'insolvabilité établisse la priorité à accorder au financement postérieur à l'ouverture et que celui-ci prime les créances des créanciers chirographaires titulaires d'une priorité d'administration. Dans le contexte international, à quelles créances de quels créanciers cette priorité s'appliquera-t-elle? Comment les différences entre les priorités pouvant être accordées par les deux pays se répercutent-elles sur la question de l'autorisation?

3. Garantie d'un financement postérieur à l'ouverture

21. Le Guide législatif fait aussi référence à la constitution d'une sûreté réelle sur des actifs non grevés ou sur des actifs déjà grevés pour garantir le financement postérieur à l'ouverture, à condition qu'elle n'ait pas priorité sur les créanciers existants. Il recommande aussi la procédure à suivre pour octroyer une priorité primant celle des créanciers garantis existants. Le tribunal d'un pays pourrait-il approuver un financement postérieur à l'ouverture garanti par un actif grevé dans un autre pays? Si les créanciers garantis existants refusaient que cet actif soit grevé, le tribunal pourrait-il néanmoins approuver la constitution d'une sûreté et, dans l'affirmative, dans quelles circonstances?

4. Conversion de procédure

22. Lorsqu'une procédure de redressement est convertie en procédure de liquidation, des questions peuvent se poser sur le point de savoir si la priorité

accordée au financement postérieur à l'ouverture dans le cadre du redressement sera reconnue dans une liquidation ultérieure. Le Guide législatif recommande qu'elle le soit, mais comment la question serait-elle abordée dans une situation internationale?

E. Reconnaissance des procédures étrangères

23. En dehors des États où le Règlement CE s'applique, l'obtention d'un résultat coordonné pour l'insolvabilité d'un ou de plusieurs membres d'un groupe de sociétés situés dans des États différents dépend de la possibilité ou non de reconnaître les procédures étrangères et de la possibilité pour les parties engagées dans les diverses procédures de coopérer entre elles et d'agir en coordination. Dans les États qui ont adopté la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale[8], la réponse devrait être relativement simple; une procédure ouverte dans l'État où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux pourrait être reconnue en tant que procédure étrangère principale [art. 17], tandis qu'une procédure ouverte dans un État où le débiteur a un établissement pourrait être reconnue en tant que procédure non principale. Une fois que la reconnaissance a été ordonnée, l'assistance spécifiée pour la procédure étrangère prend effet et les tribunaux ainsi que les représentants de l'insolvabilité intervenant dans les diverses procédures sont autorisés à coopérer et à communiquer entre eux. Là où la Loi type n'a pas été adoptée, en revanche, il faut faire référence aux lois nationales, dont beaucoup ne contiennent pas de dispositions équivalentes à celles de la Loi type en ce qui concerne la reconnaissance, l'assistance, la coopération ou la coordination[9]. Du fait de l'absence de telles dispositions, l'obtention d'un résultat coordonné peut demander du temps, de l'argent, et, dans certains cas, elle est impossible.

24. Pour ces raisons, la coordination et l'harmonisation des procédures d'insolvabilité internationale ont été grandement facilitées ces dernières années par les pratiques et les procédures mises au point par les professionnels de l'insolvabilité et les tribunaux, initialement dans des affaires particulières et pour régler certains problèmes rencontrés par les parties. Des accords ou des "protocoles" ont été négociés par les parties et homologués par les tribunaux des pays concernés. Ces protocoles d'insolvabilité internationale couvrent un certain nombre de questions, et peuvent servir, par exemple, à régler un litige particulier dû à des différences entre les lois dans des procédures internationales concurrentes, à créer un cadre juridique pour la conduite générale d'une procédure ou à coordonner l'administration de différentes masses de l'insolvabilité dans plusieurs États. Quelques exemples de protocoles internationaux sont donnés dans le document A/CN.9/580, paragraphes 18 à 48, de la CNUDCI.

25. À sa trente-neuvième session, en 2006, la Commission a décidé que des travaux initiaux de compilation des données d'expérience pratique dans le domaine de la négociation et de l'utilisation des protocoles d'insolvabilité internationale

---

[8] Adoptée en Afrique du Sud (2000), en Érythrée, aux États-Unis d'Amérique (2005), en Grande-Bretagne (2006), aux îles Vierges britanniques, territoire d'outremer du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (2005), au Japon (2000), au Mexique (2000), au Monténégro (2002), en Pologne (2003), en Roumanie (2003) et en Serbie (2004).

[9] Pour une analyse de la loi de 39 pays, voir "*Cross-Border Insolvency: A Guide to Recognition and Enforcement*", INSOL International, 2003.

devraient être entrepris par le secrétariat, par le biais de consultations informelles avec des juges et des praticiens de d'insolvabilité[10].

F. Coopération entre les tribunaux et les responsables de l'entreprise

26. Le Chapitre IV est un élément fondamental du cadre législatif fourni par la Loi type; il comble les lacunes existant dans de nombreuses lois nationales en habilitant expressément les tribunaux à coopérer dans les domaines régis par la Loi type et à communiquer directement avec les tribunaux étrangers. Cette coopération, en particulier, n'est pas limitée à la période qui fait suite à une décision de reconnaître une procédure étrangère, et elle pourrait donc avoir lieu dès le premier contact. Est également autorisée la coopération entre un tribunal de l'État adoptant et un représentant étranger, ainsi qu'entre une personne chargée d'administrer la procédure d'insolvabilité dans l'État adoptant et un tribunal étranger ou un représentant étranger. Reconnaissant que l'idée de coopération peut ne pas être familière à de nombreux juges et représentants, l'article 27 de la Loi type énumère les formes possibles de coopération. La disposition analogue du Règlement CE est l'article 31, qui établit un devoir de coopération et de communication entre les "syndics", selon la terminologie du Règlement, mais ne mentionne pas la même obligation entre les tribunaux ou entre les tribunaux et les syndics. La clef de nombreuses affaires d'insolvabilité internationale impliquant des groupes de sociétés a été la faculté et la volonté des tribunaux et des représentants de l'insolvabilité de coopérer et de communiquer pour assurer la coordination des procédures principales et non principales.

G. Les étapes suivantes

27. Étant donné la situation actuelle concernant l'insolvabilité des groupes de sociétés au niveau international et en l'absence d'une plus grande convergence des lois nationales sur l'insolvabilité, et en particulier des règles applicables au traitement des groupes de sociétés, que peut-on faire pour faciliter l'administration des affaires d'insolvabilité internationale, en dehors de la promotion de la Loi type de la CNUDCI, et y a-t-il besoin de dispositions législatives visant spécifiquement l'insolvabilité des groupes qui pourraient, par exemple, être ajoutées à la Loi type? Le Règlement CE, qui représente un mécanisme que l'on pourrait peut-être étendre de manière à aborder spécifiquement les questions relatives aux groupes, s'applique directement aux États membres participants de manière qu'une procédure principale ouverte dans un pays soit automatiquement reconnue dans d'autres États, avec certains effets spécifiés. Il entraîne au sein des États membres un certain abandon de souveraineté qui facilite son administration. En dehors d'un groupe régional intégré comme l'UE, cependant, une approche différente peut être nécessaire.

28. Le regroupement et l'administration conjointe ont été examinés précédemment dans le contexte national et peuvent avoir une application dans les affaires internationales. D'autres propositions reposent sur la création d'une notion de centre

---

[10] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, Soixante et unième session*, *Supplément n° 17* (A/61/17), par. 209.

des intérêts principaux applicable à un groupe de sociétés qui faciliterait l'ouverture et l'administration par le groupe d'une procédure d'insolvabilité.

1. Centre des intérêts principaux d'un groupe de sociétés

29. Une solution aux questions notées ci-dessus concernant le traitement international des groupes de sociétés pourrait être de créer la notion de "centre des intérêts principaux d'un groupe de sociétés". Cela serait particulièrement utile dans les cas où il y a un haut degré d'intégration entre les membres d'un tel groupe et où celui-ci est géré pour l'essentiel comme une entité unique. Cette notion pourrait être définie par référence, par exemple, aux questions examinées dans le contexte du centre des intérêts principaux dans l'UE – comment et où sont prises les décisions concernant la politique, la gestion et les finances du groupe (ce que l'on a désigné comme étant le lieu où sont exercées les "fonctions d'administration centrale"[11] de groupe) – et aux perceptions des tiers, en particulier des créanciers, en ce qui concerne ce lieu. Le centre des intérêts principaux déterminerait dans quel État une procédure d'insolvabilité principale à l'encontre d'un groupe de sociétés ou à l'encontre d'un ou de plusieurs de ses membres devrait être ouverte, ainsi que la loi qui s'appliquerait à l'ouverture et à l'administration de la procédure. Dans les cas où l'adoption d'une telle approche dépendrait d'une intégration étroite du groupe, il faudrait définir le niveau d'intégration requis. Les créanciers seraient tenus d'examiner la nature des liens d'une société avec laquelle ils traitent pour déterminer si elle fait ou non partie d'un groupe. Cela peut conduire à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité principale à l'encontre d'une filiale insolvable au lieu du centre des intérêts principaux du groupe, que la société mère ou d'autres filiales immatriculées en ce lieu fassent ou non elles aussi l'objet d'une procédure d'insolvabilité et ne dispenserait peut-être pas d'une procédure locale au lieu d'incorporation de la filiale insolvable pour décider du sort de ses activités et de ses actifs.

30. Une autre approche pourrait être de considérer que le centre des intérêts principaux du groupe est celui de la société mère, de sorte que toutes les filiales auraient également ce centre des intérêts principaux, et la compétence pour l'ouverture de la procédure ne serait pas liée au lieu d'immatriculation ou au lieu du siège statutaire.

2. Regroupement des patrimoines

31. Lorsqu'un groupe est étroitement intégré et que l'actif et le passif appartenant à chacun de ses membres ne peuvent être facilement identifiés, le regroupement international des patrimoines pourrait faciliter l'administration de la procédure collective. Envisager cette mesure dans une affaire internationale est toutefois beaucoup plus complexe que dans un contexte national, car cela soulève des questions telles que: la loi sur l'insolvabilité à appliquer; la mesure dans laquelle les tribunaux pourraient renoncer aux règles qui seraient appliquées dans une affaire nationale; les règles d'annulation à appliquer; la négociation, l'approbation et l'application d'un plan de redressement, etc. Un tel regroupement dans des affaires

[11] Voir Gabriel Moss, QC et Christoph Paulus, The urgent need for reform – what and when? Current trends in European Rescue and the Impact of the European Insolvency Regulation, 15 July 2005.

internationales n'est pas courant. Il y a cependant eu des affaires dans lesquelles l'insolvabilité d'un groupe étroitement intégré comprenant des filiales dans différents États a été administrée comme s'il s'agissait d'une entité unique avec le consentement des créanciers et la légalité de la solution n'a jamais été examinée dans les tribunaux[12]. Certaines affaires entre le Canada et les États-Unis d'Amérique ont comporté un plan de redressement consolidé.

3. Administration conjointe

32. Une autre approche pourrait consister à adopter des mesures facilitant le recours plus large à l'administration conjointe. Comme on l'a noté plus haut, peu d'États prévoient formellement une administration conjointe des affaires d'insolvabilité concernant les membres du même groupe de sociétés, bien que la pratique existe dans certains, par exemple au Canada et aux États-Unis[13]. L'administration conjointe n'exige pas de décision formelle quant au centre des intérêts principaux d'un groupe et serait facilitée par l'adoption de la Loi type de la CNUDCI, qui fournirait un cadre législatif pour la coopération et la communication internationales, et l'utilisation de protocoles internationaux ou d'autres mécanismes pour traiter les questions procédurales et administratives entre les différents États.

H. Questions à examiner: traitement international des groupes de sociétés

33. Le document A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1 soulève un certain nombre de questions à examiner par le Groupe de travail en ce qui concerne le traitement des groupes de sociétés dans la procédure d'insolvabilité dans un contexte national. En outre, il pourra souhaiter examiner aussi les questions ci-après qui s'appliquent dans le contexte international:

a) Définition ou description d'un "groupe de sociétés" et modalités selon lesquelles il peut différer du contexte national;

b) Accès à la procédure d'insolvabilité et en particulier État dans lequel une procédure unique pour un groupe de sociétés pourrait être ouverte par référence, par exemple, à une notion de centre des intérêts principaux pour les groupes de sociétés;

c) Aménagements qui devraient être offerts dans une procédure internationale, y compris l'administration conjointe et le regroupement; et

---

[12] L'affaire *Bramalea* impliquait une société ayant son siège au Canada, avec des filiales d'exploitation au Canada et aux États-Unis d'Amérique, ainsi qu'un certain nombre de partenariats et d'accords de coentreprise; analyse par Ziegel, J, Corporate Groups and Crossborder Insolvencies: A Canada-United States Perspective, 7 Fordham J. Corp & Fin. L. 367. Il y a d'autres exemples de l'application d'une telle approche dans l'UE.

[13] Le droit des États-Unis prévoit que les sociétés ayant des liens privilégiés avec un demandeur initial (lorsque la relation est définie) doit introduire une demande auprès du même tribunal à condition que le demandeur initial ait son domicile, sa résidence, son établissement principal ou ses actifs principaux dans le district de ce tribunal. Lorsque la demande a été faite, le tribunal peut rendre une ordonnance d'administration de la masse (US: Bankruptcy Code, title 28, 1408).

d) Dispositions additionnelles à celles qui figurent dans le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité qui pourraient être nécessaires pour le financement postérieur à l'ouverture.

C. Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente-deuxième session (New York, 14-18 mai 2007)

(A/CN.9/622) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-3
II.	Organisation de la session	4-9
III.	Délibérations et décisions	10
IV.	Traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité	11-94
	A. Glossaire: définition du terme "groupe de sociétés"	12
	B. Le début de l'insolvabilité: questions internes	13-84
	1. Ouverture de la procédure	13-25
	2. Traitement des actifs à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité	26-66
	a) Administration conjointe et nomination d'un représentant de l'insolvabilité	26-35
	b) Application de l'arrêt des poursuites: recommandation 12	36
	c) Utilisation et disposition des actifs	37-38
	d) Financement postérieur à l'ouverture: recommandations 13 à 19	39-60
	e) Annulation: recommandations 20 et 21	61-65
	f) Déclassement	66
	3. Voies de droit	67-73
	4. Redressement	74-75
	5. Autres questions	76
	6. Définition du terme "groupe de sociétés"	77-84
	C. Questions internationales	85-92
	1. Compétence pour ouvrir une procédure d'insolvabilité: centre des intérêts principaux	85
	2. Traitement des actifs à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité	86-91
	a) Administration conjointe	86
	b) Financement postérieur à l'ouverture de la procédure: recommandations 25 à 33	87-91
	3. Recours: regroupement des patrimoines	

4. Redressement: plans de redressement unifiés . . . . . .
5. Autres questions: conflit de lois 92
D. Forme des travaux futurs. 93-94

I. Introduction

1. À sa trente-neuvième session, en 2006, la Commission est convenue que la question du traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité était suffisamment avancée pour être présentée au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) afin qu'il l'examine en 2006 et qu'il faudrait laisser à ce groupe de travail toute latitude pour lui présenter des recommandations appropriées concernant la portée de ses travaux futurs et la forme qu'ils devraient prendre, en fonction du contenu des solutions proposées aux problèmes qu'il mettrait en évidence sur le sujet.

2. À sa trente et unième session, tenue à Vienne du 11 au 15 décembre 2006, le Groupe de travail est convenu que le débat en cours sur le traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité mettait en évidence la nécessité de travaux plus poussés et que le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité et la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale constituaient une base solide pour l'unification du droit dans ce domaine et devaient rester intacts lors de travaux futurs. Il a également été convenu que les travaux en cours avaient pour objet de compléter ces textes et non de les remplacer (voir A/CN.9/618, par. 69).

3. À cette occasion, il a été dit qu'une manière possible de procéder serait d'examiner les dispositions des textes existants qui pourraient également s'appliquer dans le contexte des groupes de sociétés, de voir quelles questions devraient être étudiées plus avant et d'élaborer des recommandations supplémentaires. D'autres questions, bien que se rapportant aux groupes de sociétés, pourraient être traitées de la même manière que dans le Guide et la Loi type. Il a également été dit que le résultat éventuel des travaux pourrait prendre la forme de recommandations législatives accompagnées d'un commentaire concernant les considérations de principe sur lesquelles s'appuient ces recommandations (voir A/CN.9/618, par. 70).

II. Organisation de la session

4. Le Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité), qui se compose de tous les États membres de la Commission, a tenu sa trente-deuxième session à New York du 14 au 18 mai 2007. Ont assisté à cette session des représentants des États membres ci-après: Allemagne, Canada, Chili, Chine, Colombie, Croatie, Espagne, États-Unis d'Amérique, Fédération de Russie, Fidji, France, Guatemala, Inde, Iran (République islamique d'), Italie, Jordanie, Kenya, Lituanie, Madagascar, Maroc, Mexique, Nigéria, Ouganda, Pakistan, Pologne, Qatar, République de Corée, Royaume-Uni de

Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Suède, Suisse, Thaïlande, Tunisie, Turquie, Venezuela (République bolivarienne du) et Zimbabwe.

5. Ont également assisté à la session des observateurs des États suivants: Danemark, Égypte, El Salvador, Irlande, Malaisie, Pays-Bas, Philippines, Roumanie, Saint-Siège, Sénégal, Slovénie, Soudan et Yémen.

6. Ont en outre assisté à la session des observateurs des organisations internationales suivantes:

a) **Organisations du système des Nations Unies:** Banque mondiale et Fonds monétaire international (FMI);

b) **Organisations intergouvernementales:** Banque asiatique de développement (BAD), Banque centrale européenne (BCE), Commission européenne et Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique (AALCO);

c) **Organisations internationales non gouvernementales invitées par le Groupe de travail:** American Bar Association (ABA), Association internationale du barreau, INSOL International, International Insolvency Institute (III) et International Women's Insolvency & Restructuring Confederation (IWIRC).

7. Le Groupe de travail a élu les membres suivants du Bureau:

Président: M. Carlos Sánchez Mejorada y Velasco (Mexique)

Rapporteur: M. Adam Ożarowski (Pologne)

8. Le Groupe de travail était saisi des documents suivants:

a) Ordre du jour provisoire annoté (A/CN.9/WG.V/WP.75);

b) Note du secrétariat sur le traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité (A/CN.9/WG.V/WP.76 et Add.1 et 2).

9. Le Groupe de travail a adopté l'ordre du jour ci-après:

1. Ouverture de la session.
2. Élection du Bureau.
3. Adoption de l'ordre du jour.
4. Examen du traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité.
5. Questions diverses.
6. Adoption du rapport.

III. Délibérations et décisions

10. Le Groupe de travail a commencé à examiner la question du traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité en se fondant sur les documents A/CN.9/WG.V/WP.76 et Add.1 et 2, et sur d'autres documents qui y sont mentionnés. Il est rendu compte de ses délibérations et décisions sur cette question dans la section IV ci-après.

IV. Traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité

11. Le Groupe de travail a commencé ses délibérations en entendant des observations générales sur la forme que les travaux sur les groupes de sociétés pourraient prendre. Il a été souligné que ces travaux devraient s'appuyer sur le Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité et sur la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, sans répéter inutilement ces textes, et en ajoutant des informations additionnelles uniquement lorsque le Groupe de travail s'y déclarerait favorable. Il a été estimé que toute décision relative à la forme des travaux devrait être prise à un stade ultérieur de manière à tenir pleinement compte des résultats des délibérations du Groupe de travail.

A. Glossaire: définition du terme "groupe de sociétés"

12. Le Groupe de travail a examiné les définitions de "groupe national de sociétés" et de "groupe international de sociétés", qui figurent au paragraphe 3 du document A/CN.9/WG.V/WP.76. On s'est inquiété de la nature générale des définitions proposées et de la cohérence de l'emploi de ces définitions dans l'ensemble du document. Des préoccupations ont également été exprimées quant à l'élément contractuel des définitions. Il a été convenu que celles-ci pourraient être encore précisées à l'issue des délibérations sur les questions de fond, et que les définitions existantes étaient suffisantes comme base de travail préliminaire et provisoire pour ces délibérations.

B. Le début de l'insolvabilité: questions internes

1. Ouverture de la procédure

Demande d'ouverture émanant d'un débiteur

13. Des préoccupations ont été exprimées quant à différents aspects de l'ouverture de la procédure, notamment la question des entités solvables qui faisaient l'objet d'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité; la portée des demandes émanant des créanciers et, plus particulièrement, la possibilité, pour un créancier, de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un membre du groupe dont il n'était pas créancier, ou à l'encontre d'un membre solvable dont il était créancier; et la portée des exigences de notification dans le contexte d'un groupe, notamment par rapport aux membres du groupe qui ne faisaient pas l'objet d'une demande d'ouverture. Il a également été proposé d'examiner s'il était nécessaire de faire une distinction entre liquidation et redressement dans les cas où l'ouverture d'une procédure portant sur les deux était demandée à l'encontre de membres d'un groupe.

Recommandations 1 à 4

14. Ces préoccupations, du fait qu'elles concernaient les membres solvables d'un groupe, ont également été exprimées au sujet des projets de recommandations 1 à 4 et, en particulier, de la mesure dans laquelle ces recommandations s'écartaient des recommandations 15 et 16 du Guide législatif en permettant qu'une demande vise aussi un membre solvable du groupe. Il a été convenu que cette possibilité était

cause de graves préoccupations pour les parties concernées, notamment les prêteurs, les créanciers et les actionnaires, et posait aussi des questions de concurrence déloyale. On s'est également inquiété des questions de compétence et de détermination du tribunal compétent pour examiner la demande conjointe proposée. Selon l'avis qui a prévalu, les projets de recommandations 1 à 4 ne pouvaient être appuyés dans la forme proposée, même s'il a également été estimé qu'ils pouvaient servir de base pour un examen ultérieur (voir les paragraphes 19 et 20 ci-après).

15. Afin de tenir dûment compte de la complexité des différentes questions que soulevait la proposition concernant les demandes conjointes, le Groupe de travail est convenu d'examiner ces questions l'une après l'autre, en commençant par le cas de figure le plus simple. Cette manière de procéder lui permettrait de mieux définir et comprendre les enjeux de chaque étape du processus d'insolvabilité, sur le plan à la fois interne et international, et de se rendre compte si les solutions possibles étaient acceptables.

16. Dans un premier temps, il a examiné le cas de deux membres d'un groupe de sociétés satisfaisant au critère d'ouverture défini dans la recommandation 15 du Guide législatif et situés dans le même pays. Il a été généralement convenu que les deux membres de ce groupe devraient être autorisés à formuler une demande conjointe d'ouverture d'une procédure. Il a été ajouté qu'une demande conjointe ne devrait pas avoir d'incidences sur l'identité distincte des deux membres. Si les deux membres se trouvaient dans des pays différents, il conviendrait de se référer au traitement des questions de compétence prévu dans le Guide législatif et au droit interne.

17. Dans un deuxième temps, le Groupe de travail a examiné la question d'une demande incluant un membre solvable d'un groupe. Il a été convenu que ce cas était bien plus complexe dans la mesure où il concernait la relation entre les membres solvables et insolvables d'un groupe, y compris les arrangements financiers, la gestion et d'autres questions, ainsi que les termes de la recommandation 15 du Guide législatif. À ce propos, il a été noté que, l'alinéa a) de la recommandation 15 prévoyant la possibilité d'une insolvabilité imminente, il s'appliquerait aussi dans le contexte d'un groupe de sociétés. Si, par exemple, l'insolvabilité de la société mère était susceptible de causer l'échec financier d'autres membres du groupe, cette situation serait potentiellement couverte par la recommandation 15.

18. On a fait observer que, comme cela avait déjà été dit, la possibilité d'inclure des entités solvables dans le redressement dans le cadre du droit de l'insolvabilité soulevait des questions fondamentales concernant la concurrence déloyale et que cette proposition ne pouvait être soutenue. En outre, une telle approche aurait un impact direct sur l'octroi de ressources financières et de crédits, fondé sur l'identité distincte de chaque entité commerciale. Il a été en outre estimé qu'il faudrait faire une distinction entre l'inclusion d'une entité solvable dans une demande d'ouverture d'une procédure et l'extension d'une procédure déjà ouverte à d'autres entités sur la base d'un examen approfondi qui pourrait tenir compte des avis des différentes parties prenantes et qui impliquerait l'application des garanties pertinentes au titre du droit de l'insolvabilité. Alors que la première hypothèse ne pouvait être appuyée, la seconde possibilité devrait être examinée à un stade ultérieur.

19. Partant de là, certains participants se sont dits favorables à l'examen quant au fond de la recommandation 3 du document A/CN.9/WG.V/WP.76 dans le contexte

de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité plutôt que dans celui d'une demande d'ouverture, étant donné que les conditions spécifiées seraient utiles pour déterminer, par exemple, si la procédure devrait être administrée conjointement.

20. Après une nouvelle discussion, l'avis qui a prévalu a été que le projet de recommandation 1 devrait être conservé et les projets de recommandations 2 à 4 supprimés, et la pertinence éventuelle des conditions énoncées dans la recommandation 3 pour le débat relatif à l'administration conjointe a été notée.

Demande d'ouverture émanant d'un créancier

21. S'agissant d'une demande d'ouverture émanant d'un créancier, le Groupe de travail a examiné la question de savoir si un créancier pouvait déposer une demande conjointe à l'encontre de deux membres insolvables ou plus du groupe dont il était créancier. L'opinion selon laquelle cette situation était couverte de manière adéquate par la recommandation 16 du Guide législatif a bénéficié d'un certain appui. Toutefois, d'autres participants ont été d'avis qu'une recommandation dans ce sens pourrait être utile, et le secrétariat a été prié d'élaborer un projet pour examen ultérieur par le Groupe de travail.

Demande émanant du débiteur: notification aux créanciers

22. Pour ce qui est du projet de recommandation 5, l'idée de supprimer les mots figurant dans la deuxième série de crochets a été appuyée au motif qu'une telle exigence représentait une charge trop lourde. Selon divers avis, il serait utile que tous les créanciers du groupe aient connaissance de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, et la régularité de la procédure exigeait que toutes les parties dont les intérêts risquaient d'être affectés par l'ouverture de la procédure en soient informées. Il a été rappelé que les recommandations 22 à 25 du Guide législatif traitaient de plusieurs aspects intéressant la notification de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité et la teneur de l'avis correspondant, et que ces recommandations s'appliqueraient de la même manière dans le cas d'un groupe de sociétés. D'un point de vue général concernant la rédaction du texte, il a été estimé que, même s'il n'était pas nécessaire de reprendre le contenu des recommandations du Guide législatif, il n'en serait pas moins utile d'indiquer clairement le lien entre le présent travail et les recommandations pertinentes du Guide législatif et de préciser que les projets de recommandations du présent travail s'appuyaient sur celles du Guide législatif. On s'est interrogé sur le lien supposé exister entre les projets de recommandations 5 et 24 du Guide législatif eu égard notamment à la proposition de supprimer les mots figurant dans la deuxième série de crochets. On a fait observer que, alors que la recommandation 24 traitait de la notification de l'ouverture aux créanciers du débiteur, le projet de recommandation 5 allait plus loin et exigeait que les créanciers d'un membre du groupe soient informés de l'ouverture d'une procédure à l'encontre d'un autre membre du groupe. À l'issue du débat, il a été convenu de conserver la recommandation 5, mais d'en supprimer les mots susmentionnés.

23. La proposition de conserver le projet de recommandation 6 a été appuyée, la question de son emplacement par rapport aux autres projets de recommandations traitant de l'administration conjointe devant être examinée plus avant.

Demande émanant d'un créancier: notification au débiteur

24. Il a été convenu que le projet de recommandation 7 devrait être conservé, mais que les mots "[les membres du groupe]" seraient supprimés, comme il avait été convenu de supprimer les mots similaires dans le projet de recommandation 5.

Administration conjointe

25. Il a été noté que, puisque le projet de recommandation 8 traitait de la question de l'administration conjointe, elle devait être examinée dans le contexte du traitement des actifs à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

2. Traitement des actifs à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité

a) Administration conjointe et nomination d'un représentant de l'insolvabilité

26. Le Groupe de travail a examiné les questions de l'administration conjointe et de la nomination d'un représentant de l'insolvabilité en tenant compte des considérations exposées aux paragraphes 32 et suivants du document A/CN.9/WG.V/WP.76.

Définition de l'administration conjointe

27. Il a été estimé que la définition du terme "administration conjointe" qui figurait dans le document A/CN.9/WG.V/WP.74, première partie, lettre j) devrait être encore affinée. Il a notamment été indiqué que, dans le contexte des groupes de sociétés, l'administration conjointe pouvait se référer à différents degrés d'intégration des procédures, à savoir:

a) Coordination de deux procédures d'insolvabilité distinctes ou plus à l'encontre de membres d'un même groupe de sociétés, chacun ayant son propre représentant de l'insolvabilité;

b) Nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique pour deux procédures d'insolvabilité distinctes ou plus à l'encontre de membres d'un même groupe de sociétés;

c) Nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique pour une seule procédure d'insolvabilité à l'encontre de deux membres ou plus d'un même groupe de sociétés; et

d) Mise en commun des actifs et des passifs de deux membres ou plus d'un même groupe de sociétés (regroupement des patrimoines).

28. Il a été indiqué que l'administration conjointe avait pour but de rationaliser les coûts et de faciliter la procédure, notamment en mettant en commun les informations et en préservant l'intégrité des diverses unités économiques du groupe de sociétés. Les avantages qu'elle présente pourraient être par exemple la possibilité de rationaliser les formalités de notification et de tenir des réunions conjointes des créanciers. Il a été souligné que l'administration conjointe devrait se limiter aux aspects administratifs de la procédure et ne devrait pas toucher aux questions de fond. Il a en outre été estimé qu'elle ne devrait pas empêcher de revenir, à un stade ultérieur, à une administration distincte des procédures d'insolvabilité.

29. On s'est inquiété de ce que l'administration conjointe puisse interférer avec les règles établissant la compétence dans les affaires où, en application de ces règles, des tribunaux différents auraient compétence sur les différents membres du groupe de sociétés. À cet égard, il a été indiqué que le droit procédural interne pourrait effectivement régler cette question. Il a été convenu que les questions de compétence devraient être examinées à un stade ultérieur, éventuellement à l'occasion des discussions sur le centre des intérêts principaux.

30. Le Groupe de travail est convenu que, compte tenu des objectifs visés, il était souhaitable que la définition de l'administration conjointe couvre les cas indiqués aux alinéas a) et b) du paragraphe 27 ci-dessus. Il a également été convenu que les cas indiqués aux alinéas c) et d) du même paragraphe allaient au-delà d'une notion acceptable d'administration conjointe.

31. Il a été proposé d'autoriser l'administration conjointe aussi bien dans le cas d'une demande conjointe présentée par deux membres ou plus d'un même groupe de sociétés que dans le cas de demandes distinctes multiples. Il a été ajouté que l'administration conjointe devrait être accordée à l'appréciation du tribunal.

Recommandations 8, 9, 10 et 11

32. Le Groupe de travail est convenu que le projet de recommandation 8 était acceptable au regard de la définition de l'administration conjointe et des explications supplémentaires mentionnées ci-dessus. Le secrétariat a été prié de réviser le texte sur l'administration conjointe en tenant compte de cette discussion. Il a également été proposé de remplacer les mots "devant le même tribunal" qui sont placés entre crochets par "devant des tribunaux différents ou devant le même tribunal" afin de faire en sorte que l'administration conjointe soit autorisée dans les deux cas.

33. Il a été proposé de remplacer le mot "devrait" par "peut" dans le projet de recommandation 9.

34. Il a également été proposé que la recommandation 10 autorise, dans des circonstances appropriées, la nomination d'un ou plusieurs représentants de l'insolvabilité supplémentaires.

35. On s'est déclaré favorable à l'idée d'insérer dans le projet de recommandation 11 des exemples pratiques de moyens de parvenir à coopérer dans toute la mesure possible, en s'inspirant des exemples donnés au paragraphe 36 du document A/CN.9/WG.V/WP.76.

b) Application de l'arrêt des poursuites: recommandation 12

36. À la lumière de la décision du Groupe de travail selon laquelle les membres solvables du groupe ne pouvaient être inclus dans la procédure d'insolvabilité, il a été estimé que le projet de recommandation 12 n'était pas approprié. On a ajouté qu'il nuirait aux intérêts des créanciers des membres solvables. On a également souligné que l'appartenance à un groupe de sociétés dont certains membres étaient insolvables n'était pas un motif suffisant pour ordonner ce genre de mesures à l'égard d'un membre solvable du groupe et que la possibilité d'octroyer ces mesures aurait des incidences négatives sur l'accès au crédit pour les membres solvables d'un groupe de sociétés et poserait des questions de concurrence déloyale. Selon un

autre avis, dans certaines circonstances limitées, par exemple pour protéger une garantie intragroupe comme il est indiqué au paragraphe 31 du document A/CN.9/618, les mesures prévues dans le projet de recommandation 12 devraient être laissées à l'appréciation du tribunal. À l'issue du débat, il a été convenu de supprimer le projet de recommandation 12.

c) Utilisation et disposition des actifs

37. Le Groupe de travail a examiné la question posée au paragraphe 53 du document A/CN.9/WG.V/WP.76 concernant l'utilisation des actifs d'un membre solvable d'un groupe pour soutenir le redressement de membres insolvables.

38. Il a été noté que, bien que la recommandation 54 du Guide législatif traite de l'utilisation d'actifs appartenant à des tiers, la référence à un "tiers" serait généralement comprise comme se rapportant à une partie extérieure au groupe. En conséquence, on a estimé qu'il pourrait être utile, dans le contexte des groupes de sociétés, de traiter de la situation d'une entité ad hoc (voir A/CN.9/WG.V/WP.74, par. 17 à 19) établie dans le but de détenir certains actifs, tels que la propriété intellectuelle, essentiels à la poursuite de l'activité des entités insolvables. Il a été rappelé que le Groupe de travail avait examiné cette question à sa session précédente (A/CN.9/618, par. 33), et les préoccupations exprimées à cette occasion ont été réitérées. L'opinion selon laquelle aucune recommandation n'était nécessaire pour traiter de la question a été appuyée. Toutefois, il a aussi été dit que la question de l'utilisation de ces actifs pourrait être abordée dans le contexte d'un plan de redressement et il a été convenu qu'elle devrait être examinée plus avant dans ce contexte.

d) Financement postérieur à l'ouverture: recommandations 13 à 19

39. Le Groupe de travail a souligné que le financement postérieur à l'ouverture était important tant pour une liquidation, surtout dans le cas d'une cession en vue de la poursuite de l'activité, que pour un redressement et qu'il était souhaitable d'inclure des recommandations à ce sujet pour donner des informations et des orientations aux États qui ne connaissaient pas bien la question.

40. Il a été noté que le sujet du financement postérieur à l'ouverture soulevait un certain nombre de questions qui étaient différentes dans le contexte des groupes de sociétés de celles qui se posaient dans le cas d'une entité unique. Il s'agissait notamment des questions suivantes: lorsqu'il n'y avait qu'un seul représentant de l'insolvabilité pour plusieurs membres du groupe, l'éventuel conflit d'intérêts entre les besoins des différents débiteurs s'agissant de la poursuite du financement; la participation de membres solvables du groupe, surtout dans les cas où ceux-ci étaient contrôlés par la société mère insolvable du groupe; l'utilisation des actifs d'une entité ad hoc solvable avec un seul créancier dans le but d'obtenir un financement pour d'autres membres insolvables du groupe; l'équilibre entre les intérêts des différents membres du groupe de sociétés et le redressement du groupe; et le fait qu'il soit souhaitable de maintenir, dans la procédure d'insolvabilité, la structure financière du groupe qui existait avant le début de l'insolvabilité, surtout lorsque cette structure reposait sur le nantissement de tous les actifs du groupe pour un financement qui transitait par une entité centrale de ce dernier dotée de fonctions de trésorerie.

Recommandation 13

41. Selon un avis, du fait qu'un groupe de sociétés n'avait pas d'identité juridique en tant que telle, le projet de recommandation 13 devrait uniquement viser l'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture aux différents membres du groupe, et non au groupe lui-même. Avec cette modification, le projet de recommandation 13 a été appuyé quant au fond.

Recommandation 14

42. Il a été noté que le projet de recommandation 14 était fondé sur la recommandation 63 du Guide législatif, à laquelle on avait ajouté des variantes entre crochets et des références spécifiques aux membres d'un groupe de sociétés. Il a été suggéré que la décision relative au projet de recommandation 13, s'agissant des références au groupe de sociétés, soit prise en compte dans le libellé de la recommandation 14. À cette fin, il a été proposé que les mots figurant dans la première série de crochets soient supprimés et que la deuxième variante soit conservée; que les mots "survie de l'activité" dans la première phrase soient suivis par les mots "de ce membre"; et que la deuxième phrase se réfère à l'octroi d'un financement postérieur à l'ouverture "pour un membre quelconque du groupe". À l'issue de la discussion, ces propositions ont été appuyées.

43. Plusieurs autres propositions ont été faites à propos des mots "pour préserver ou augmenter la valeur des masses d'un ou de plusieurs membres du groupe", notamment: que référence soit faite à la valeur du groupe de sociétés dans son ensemble car il se pouvait que le groupe ait une valeur supérieure à la somme des membres pris séparément; que la référence soit limitée au membre recevant le financement postérieur à l'ouverture; et qu'elle soit cumulative, en d'autres termes, qu'il y soit question de la préservation "et" de l'augmentation de la valeur. À l'issue du débat, il a été convenu de conserver le texte en l'état.

44. Il a également été suggéré que le projet de recommandation 14 soit révisé pour tenir compte du fait que le Groupe de travail était généralement convenu d'éviter de répéter les recommandations du Guide législatif et d'indiquer clairement les éléments spécifiques au contexte des groupes de sociétés pour lesquels il fallait compléter les dispositions du Guide ou s'en éloigner.

45. Concernant le pouvoir du représentant de l'insolvabilité d'obtenir un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, il a été dit que, contrairement au libellé du projet de recommandation 14, ce pouvoir ne devrait pas être illimité, en particulier en raison du risque de conflit d'intérêts si un seul représentant de l'insolvabilité administrait conjointement plusieurs procédures d'insolvabilité. Il a donc été proposé que l'approbation du tribunal ou des créanciers, mentionnée dans la deuxième phrase, soit exigée par la loi sur l'insolvabilité. Selon un avis différent, le représentant de l'insolvabilité étant soumis à des devoirs et à une responsabilité spécifiques pour les mesures prises, il était inutile de fixer des limites à sa capacité d'obtenir un financement postérieur à l'ouverture de la procédure en exigeant l'approbation du tribunal ou des créanciers. Après discussion, il a été convenu que la deuxième phrase du projet de recommandation 14 devrait être conservée en l'état.

46. À l'issue de la discussion, le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de recommandation 14 avec les propositions rédactionnelles notées ci-dessus.

Recommandation 15

47. Un certain nombre de clarifications ont été demandées quant à la signification du projet de recommandation 15 et, en particulier, du terme “débiteur-garant” et des critères figurant aux alinéas a) à c), dans la mesure où ils faisaient référence à des concepts comme les avantages comparables et le préjudice économique.

48. Il a aussi été demandé quels créanciers étaient visés dans l’alinéa b): on a fait observer que, s’il s’agissait de tous les créanciers, l’obtention de leur consentement, comme le proposait la disposition, risquait de s’avérer non seulement impossible mais aussi coûteuse.

49. Il a été proposé que les conditions figurant dans les alinéas a) à c) soient cumulatives et non exclusives afin d’assurer un niveau de protection approprié. En réponse, il a été fait remarquer que cela reviendrait à établir un critère tellement élevé qu’il serait pratiquement impossible à remplir et irait à l’encontre de l’objectif qui était de faciliter l’obtention d’un financement postérieur à l’ouverture de la procédure. Il a été observé que la fourniture de garanties dans le cadre d’un groupe de sociétés était un mécanisme de financement courant et qu’il fallait examiner comment cette pratique normale était affectée par le début de l’insolvabilité et les mesures de protection qui étaient exigées.

50. En discutant de la portée éventuelle du projet de recommandation 15, le Groupe de travail a examiné séparément les questions de savoir si un membre insolvable d’un groupe pourrait fournir une garantie à un autre membre insolvable du groupe et si un membre solvable d’un groupe pourrait fournir une garantie à un membre insolvable du groupe.

51. Concernant la première question, il a été indiqué que l’octroi d’une garantie risquait d’être interdit dans certains États comme étant constitutif, par exemple, d’une opération préférentielle. Il a aussi été signalé que, dans la situation où un seul représentant de l’insolvabilité administrait plusieurs procédures d’insolvabilité, il était probable qu’un conflit d’intérêts survienne à propos de la fourniture d’une telle garantie.

52. Concernant la deuxième question, il a été indiqué que le fait de permettre l’octroi d’une telle garantie équivaudrait à un transfert d’actifs de l’entité solvable à l’entité insolvable au détriment des créanciers et des actionnaires de la première et pourrait donner lieu, dans le cadre d’une administration conjointe, à un conflit d’intérêts. Cette approche ne pouvait être soutenue. En réponse, il a été souligné que l’entité solvable agirait de sa propre initiative conformément au droit des sociétés dans un contexte commercial et qu’elle ne devrait pas avoir à demander une autorisation supplémentaire auprès de ses créanciers pour fournir un appui financier à un autre membre du groupe si la direction souhaitait qu’il en soit ainsi. On a aussi fait valoir que différents types d’entités solvables, comme les entités ad hoc avec un passif peu important et beaucoup d’actifs, pourraient participer à la constitution d’une telle garantie; qu’il pouvait être dans l’intérêt du membre solvable que la société mère ou d’autres membres du groupe, en fonction du cas d’espèce, soient dans une situation financière stable; et que les intérêts du groupe dans son ensemble pourraient être un élément à prendre en compte. Dans le contexte du projet de recommandation 15, il a été noté que le tribunal devait déterminer si les différentes conditions énoncées aux alinéas a) à c) étaient remplies avant que la garantie puisse être constituée.

53. Il a été estimé que nombre des difficultés associées à cette question pourraient être résolues si elles étaient traitées dans le cadre d'un plan de redressement, auquel le membre solvable du groupe, de même que les personnes fournissant le financement, pourraient participer par contrat. S'il était vrai que, dans certaines situations, cette approche pouvait convenir, très souvent, a-t-on souligné, le financement postérieur à l'ouverture de la procédure était nécessaire dès le début de la procédure d'insolvabilité et avant qu'un plan puisse être négocié. Il a en outre été observé que ce financement pourrait aussi être nécessaire dans les situations, comme la liquidation en vue de la poursuite de l'activité, où il n'y aurait pas de plan de redressement.

54. Le Groupe de travail a demandé au secrétariat de revoir et de réviser le projet de recommandation 15 pour examen ultérieur, en tenant compte des différentes questions soulevées dans la discussion et de la nécessité de clarifier davantage les différents éléments.

Recommandation 16

55. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de recommandation 16 avec les modifications suivantes: suppression de la référence à un groupe de sociétés dans la première paire de crochets et remplacement de la référence aux créanciers chirographaires ordinaires de "chaque" membre du groupe par "ce" membre du groupe.

Recommandation 17

56. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de recommandation 17 avec la modification suivante: remplacement des mots "octroyé au groupe [ou à un membre du groupe]" par "octroyé à un autre membre du groupe".

Recommandation 18

57. Il a été convenu que les textes placés entre crochets devraient être conservés sans les crochets. On a également proposé de préciser quels créanciers garantis étaient visés en ajoutant le mot "concernés" après "créanciers garantis antérieurs". S'agissant de l'alternative à la fin du projet de recommandation permettant soit le consentement des créanciers garantis antérieurs soit l'application de la procédure du projet de recommandation 19, l'avis a été exprimé que seul le consentement des créanciers antérieurs devrait être exigé. Il a été observé que le fait de se passer de cet accord risquait de poser des problèmes constitutionnels et constituait une "adhésion forcée", ce qui ne serait admissible que dans des circonstances exceptionnelles, comme lorsqu'un créancier refusait de donner son consentement sans raison valable. Selon un autre avis, le projet de recommandation 18 devrait être examiné en même temps que le projet de recommandation 19, qui fournissait les mesures de protection nécessaires aux créanciers garantis antérieurs.

58. À l'issue de la discussion, le projet de recommandation 18 a été approuvé quant au fond avec les modifications notées ci-dessus.

Recommandation 19

59. Le Groupe de travail a approuvé quant au fond le projet de recommandation 19 avec la suppression de la deuxième variante placée entre crochets dans l'alinéa b) et des crochets entourant la première variante.

60. Il a été noté que les titres des recommandations 13 à 19 devraient être modifiés pour tenir compte de ce qui avait été convenu sur le fond pour chaque recommandation.

e) Annulation: recommandations 20 et 21

61. Au début de la discussion, plusieurs observations de nature générale ont été faites sur les problèmes que soulevaient les concepts examinés, notamment la question de savoir comment un créancier pouvait déterminer qu'il traitait avec un membre d'un groupe de sociétés, attendu que cet élément aurait une importance particulière si les règles qui s'appliquaient dans le contexte des groupes de sociétés différaient de celles applicables aux entités uniques; la nécessité de donner une définition plus claire de "groupe de sociétés", ainsi que d'autres concepts et hypothèses; et la nécessité de préciser si les travaux partaient de l'hypothèse du caractère distinct des sociétés et reposaient sur la détermination des circonstances éventuelles qui pourraient justifier que l'on s'éloigne de cette hypothèse. Le Groupe de travail est convenu que ces questions devaient être examinées.

62. S'agissant de l'annulation, il a été rappelé que le Guide législatif traitait de la question de manière assez détaillée, tant dans le commentaire que dans les recommandations (deuxième partie, chapitre II, par. 148 à 203). Les recommandations relatives aux opérations mettant en jeu des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur, toutefois, traitaient uniquement de la question de la période suspecte (recommandation 90) et de la nécessité de spécifier les catégories de personnes devant être considérées comme ayant des liens privilégiés avec le débiteur (recommandation 91). Il a été estimé que la question à examiner était de savoir s'il fallait prévoir des dispositions supplémentaires pour les opérations intervenant dans le contexte des groupes de sociétés.

63. Un certain nombre de questions ont été posées au sujet de l'objectif de l'annulation dans le contexte des groupes de sociétés. Il a été estimé qu'en raison de la participation de parties tant internes qu'externes au groupe à des opérations susceptibles d'être examinées de près, il fallait déterminer si un traitement différent de celui prévu dans le Guide législatif était nécessaire. Plus précisément, la question a été posée de savoir si l'objectif recherché devait être la protection des opérations intragroupe en se fondant sur la notion de groupe de sociétés considéré dans son ensemble, ou l'examen approfondi de ces opérations en considérant que chaque membre du groupe était une entité distincte et que les opérations entre les membres devaient être considérées comme des opérations mettant en jeu des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur, dans le sens que le Guide législatif donnait à ce terme (glossaire, par. kk)). Cette dernière approche a bénéficié d'un certain soutien.

64. L'approche adoptée dans les projets de recommandations 20 et 21 a également bénéficié d'un soutien. Elle visait à appeler l'attention sur le fait que les opérations effectuées dans le contexte des groupes de sociétés soulevaient des problèmes particuliers qu'il faudrait peut-être aborder dans la loi sur l'insolvabilité. Il a été

suggéré que l'éventualité d'une fraude fasse partie des motifs d'annulation des opérations effectuées dans le cadre d'un groupe de sociétés.

65. À l'issue du débat, les projets de recommandations 20 et 21 ont été approuvés quant au fond, avec l'addition d'une référence aux opérations frauduleuses.

f) Déclassement

66. Le Groupe de travail a examiné la question soulevée au paragraphe 17 du document A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.1. Un soutien limité a été exprimé en faveur de la proposition de traiter la question du déclassement dans des recommandations.

3. Voies de droit

Regroupement: recommandation 22

67. Le Groupe de travail a souligné que le regroupement ne devrait être possible que dans des cas très limités et appropriés et que ce point devrait clairement ressortir du projet de recommandation 22.

68. Il a été fait observer que les critères énoncés aux alinéas a) à c) du projet de recommandation ne se vérifieraient généralement qu'après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et que ce point devrait être signalé plus clairement dans le projet de texte.

69. Il a été proposé que l'alinéa a) du projet de recommandation 22 mentionne également les dettes étroitement imbriquées.

70. Des préoccupations ont été exprimées en ce qui concerne le champ d'application de l'alinéa b) et les difficultés qui se posaient pour déterminer ce que pensaient les créanciers au moment de la conclusion d'opérations avec des membres d'un groupe de sociétés, comme cela était indiqué au paragraphe 27 du document A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.1. Il a donc été suggéré que l'alinéa b) fasse référence à une majorité ou un nombre significatif de créanciers.

71. Il a en outre été proposé que le critère énoncé à l'alinéa c), selon lequel le regroupement devrait être avantageux pour tous les créanciers, soit considéré comme le facteur clef pour ordonner un regroupement, ce qui permettrait de résoudre toute ambiguïté pouvant découler de l'alinéa b). Pour signaler l'importance de ce facteur, il a été convenu de retirer la référence à ce critère de l'alinéa c) pour l'inclure dans le chapeau de la recommandation et de supprimer l'alinéa c).

72. Il a été convenu qu'un autre facteur dont il fallait tenir compte pour ordonner un regroupement serait l'existence de pratiques frauduleuses ou de structures fictives et qu'il devrait être ajouté à l'alinéa d).

73. Le projet de recommandation 22 a été approuvé quant au fond, avec les modifications proposées ci-dessus.

4. Redressement

Plan de redressement unifié: recommandations 23 et 24

74. En ce qui concerne le projet de recommandation 23, il a été dit que le mot "proposition" devrait être remplacé par "approbation"; que le projet de recommandation devrait préciser qu'un plan reconnaîtrait les intérêts et les droits

des créanciers des différents membres du groupe auxquels il s'appliquait; et qu'il était peut-être plus approprié de parler de plan "commun" que de plan "unifié". Le projet de recommandation a été approuvé quant au fond avec ces modifications.

75. Concernant le projet de recommandation 24, l'avis selon lequel une entité solvable ne pourrait pas être incluse dans un plan de redressement par décision du tribunal, au motif qu'elle n'était pas soumise à la loi sur l'insolvabilité et n'était pas partie à la procédure d'insolvabilité, a été largement soutenu. Néanmoins, reconnaissant que, dans certaines circonstances, cette inclusion était opportune et que cette pratique n'était pas inhabituelle, le Groupe de travail est convenu qu'une entité solvable pourrait être incluse dans un plan de redressement à titre volontaire afin d'aider au redressement d'autres membres du même groupe, à condition que les actionnaires et les créanciers de cette entité y consentent conformément aux règles de la société applicables. Le secrétariat a été prié de rédiger une nouvelle recommandation à cet effet pour examen futur.

5. Autres questions

76. Le Groupe de travail a repoussé à une session future l'examen des questions posées au paragraphe 49 du document A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.1.

6. Définition du terme "groupe de sociétés"

77. Le Groupe de travail a examiné une définition possible du terme "groupe de sociétés" dans le contexte de la procédure d'insolvabilité en se fondant sur le texte qui figure au paragraphe 3 du document A/CN.9/WG.V/WP.76 et sur les considérations exprimées aux paragraphes 7 et suivants du document A/CN.9/WG.V/WP.74.

78. On a indiqué qu'il existait un certain nombre de définitions de "groupe de sociétés" dans différents domaines, comme la réglementation fiscale, comptable ou boursière. Une définition de cette notion existait aussi, a-t-on ajouté, dans certaines lois sur l'insolvabilité, par exemple en Colombie, où elle s'articulait autour de deux idées principales, à savoir la communauté d'objectifs et la communauté de prise de décisions entre les membres du groupe.

79. Un problème posé par le concept de "groupe de sociétés" visé au paragraphe 3 du document A/CN.9/WG.V/WP.76 était que les tiers devaient être en mesure d'établir si leurs partenaires commerciaux appartenaient à un groupe. Comme il a été noté plus haut au sujet du regroupement, il risquait d'être difficile, a-t-on dit, de déterminer dans quelle mesure les tiers avaient connaissance de l'existence du groupe. On a ajouté que l'établissement d'un tel critère nécessiterait peut-être un système de publicité ou d'inscription, qui risquait d'être difficile à administrer au niveau international et de devoir être assorti de sanctions en cas de manquements.

80. Il a été proposé de fonder la définition éventuelle du terme "groupe de sociétés" sur certains éléments fondamentaux communs à tous les systèmes juridiques. Ces éléments pourraient être les suivants: pluralité d'entreprises ayant des actifs dans différents États; contrôle des membres du groupe qui se traduit par une unité de sa direction; et exercice effectif de ce contrôle. Il a été indiqué aussi que d'autres éléments, comme la publicité de l'appartenance à un groupe et la connaissance par les tiers de l'existence du groupe, pourraient être ajoutés pour être examinés par les États.

81. Il a été dit par ailleurs que le Groupe de travail pourrait envisager différentes notions de “groupe de sociétés” selon le contexte et la portée de la disposition considérée. Par exemple, a-t-on expliqué, une notion large serait éventuellement souhaitable pour l’administration conjointe et une définition étroite pour l’annulation.

82. S’agissant de la définition figurant au paragraphe 3 du document A/CN.9/WG.V/WP.76, il a été fait observer qu’elle devrait mentionner les entreprises non dotées de la personnalité morale car celles-ci pouvaient être soumises à une procédure d’insolvabilité dans un certain nombre d’États. Il a été ajouté que cette approche était conforme à la recommandation 8 du Guide législatif. Des remarques analogues ont été faites concernant la mention des personnes physiques dans la définition.

83. Il a été estimé également que, si la référence aux arrangements contractuels devait être conservée dans le projet de définition du terme “groupe de sociétés”, des contrats, tels que les accords de franchisage qui ne supposaient aucun contrôle entre les cocontractants, devraient être exclus.

84. À l’issue de sa discussion, le Groupe de travail a prié le secrétariat de rédiger un nouveau projet de définition du terme “groupe de sociétés” en tenant compte des commentaires formulés plus haut.

C. Questions internationales

1. Compétence pour ouvrir une procédure d’insolvabilité: centre des intérêts principaux

85. Le Groupe de travail a repoussé l’examen de la question de la compétence relative à l’ouverture de la procédure d’insolvabilité à une prochaine session.

2. Traitement des actifs à l’ouverture de la procédure d’insolvabilité

a) Administration conjointe

86. Le Groupe de travail est convenu d’examiner l’administration conjointe des procédures d’insolvabilité dans le contexte international à une session ultérieure, en même temps que les recommandations révisées sur l’administration conjointe dans le contexte national.

b) Financement postérieur à l’ouverture de la procédure: recommandations 25 à 33

87. S’agissant du financement postérieur à l’ouverture de la procédure, le Groupe de travail a noté que certaines révisions ayant fait l’objet d’un accord pour ce qui est des recommandations sur ledit financement dans le contexte national (voir les paragraphes 39 à 60 ci-dessus), telles que les références au groupe de sociétés obtenant ce financement, devraient également être prises en compte dans les recommandations 25 à 33, puisqu’il serait souhaitable d’avoir les mêmes règles dans les deux contextes.

88. Il a toutefois été noté qu’un certain nombre de questions qui se posaient dans le contexte international ne s’appliquaient pas au niveau national, en particulier celle que soulevait le projet de recommandation 27 ainsi que le transfert de valeur

entre les membres d'un groupe de sociétés. Il a été ajouté que ces questions pourraient nécessiter l'adoption d'une approche différente de celle suivie dans le contexte national. On a suggéré par exemple que le mouvement d'actifs dans le contexte du groupe de sociétés soit déterminé par des considérations économiques qui conduiraient à l'adoption d'une approche plus souple ainsi qu'une plus grande disposition à autoriser ces transferts. Il a également été suggéré que la nécessité d'une plus grande souplesse soit reflétée dans le projet de texte.

89. On a fait observer en outre que les recommandations devraient mettre l'accent sur les conditions auxquelles le financement postérieur à l'ouverture pourrait être disponible.

90. On s'est inquiété du projet de recommandation 26 au motif qu'il ne ressortait pas clairement du texte actuel quel représentant de l'insolvabilité pourrait recevoir un financement dans le contexte d'un groupe de sociétés et au nom de quelle entité ce financement serait obtenu. Il a été répondu que cela pouvait dépendre, selon qu'il y avait une administration conjointe des membres du groupe ou bien une procédure d'insolvabilité individuelle de ces membres, chacun avec un représentant de l'insolvabilité distinct.

91. Après des discussions préliminaires, le Groupe de travail est convenu qu'il faudrait débattre de façon plus approfondie de ces recommandations à une session ultérieure lorsque les recommandations révisées relatives au financement postérieur à l'ouverture dans le contexte national pourraient être examinées plus avant.

3. Recours: regroupement des patrimoines

4. Redressement: plans de redressement unifiés

5. Autres questions: conflit de lois

92. Le Groupe de travail a noté que les questions relatives au regroupement des patrimoines, aux plans de redressement unifiés et au conflit de lois soulevaient un certain nombre de difficultés dans le contexte international et il a repoussé leur examen à une session ultérieure, lorsqu'il les aurait étudiées plus avant dans le contexte national.

D. Forme des travaux futurs

93. Le Groupe de travail est convenu qu'une décision sur la forme de ses travaux n'était pas possible à ce stade. Il y a eu accord général sur le fait que le Guide législatif devrait en constituer le point de départ, que les questions soulevées par le traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité devraient être soigneusement analysées et que des dispositions spécifiques devraient être élaborées lorsque c'était nécessaire pour ce contexte.

94. Il a été convenu en outre que les documents de travail A/CN.9/WG.V/WP.76 et additifs avaient facilité les délibérations du Groupe de travail sur les diverses questions relatives au traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité et que cette approche devrait être maintenue.

D. Note du Secrétariat sur le traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-deuxième session

(A/CN.9/WG.V/WP.76 et Add.1 et 2) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Glossaire	2-3
II.	Généralités	4
III.	Le début de l'insolvabilité: questions internes	5-61
	A. Ouverture de la procédure	5-30
	1. Critères d'ouverture	5-8
	2. Parties autorisées à présenter une demande	9-19
	3. Notification de la demande d'ouverture et de l'ouverture	20-30
	B. Traitement des actifs à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité	31-61
	1. Administration conjointe et nomination d'un représentant de l'insolvabilité	32-40
	2. Application de l'arrêt des poursuites	41-49
	3. Utilisation et disposition des actifs	50-53
	4. Financement postérieur à l'ouverture	54-61

1. La présente note s'appuie sur les informations contenues dans les documents A/CN.9/WG.V/WP.74 et Add.1 et 2, le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (le Guide législatif), la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (la Loi type) et le rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur sa trente et unième session (A/CN.9/618). Les travaux sur les groupes de sociétés devant en principe constituer un supplément au Guide législatif, elle suit la structure de ce dernier et comprend à la fois un commentaire et des recommandations. Des notes expliquant les recommandations ont également été incluses, mais uniquement pour information du Groupe de travail.

I. Glossaire

2. Un glossaire des termes relatifs aux groupes de sociétés figure dans le document A/CN.9/WG.V/WP.74. En vue de sa révision sur le modèle du glossaire contenu dans le Guide législatif, le Groupe de travail voudra peut-être examiner quelles seraient les définitions les plus adéquates pour les termes en question.

3. Les termes supplémentaires suivants pourraient être envisagés:

a) Groupe national de sociétés

Ensemble d'entreprises, y compris des entreprises qui ne jouissent pas nécessairement de la personnalité morale, qui: a) sont [associées par des participations communes ou croisées ou alliées du fait d'un contrôle ou d'une capacité de contrôle] [liées par des participations ou un contrôle ou une capacité de contrôle]; et b) organisent et mènent leurs activités commerciales de manière coordonnée. La capacité de contrôle s'applique aussi à des groupes de sociétés fondés sur un arrangement contractuel.

b) Groupe international de sociétés

Ensemble d'entreprises, y compris des entreprises qui ne jouissent pas nécessairement de la personnalité morale, qui: a) sont soumises, que ce soit du fait de l'acquisition de la personnalité morale, de la conduite d'une activité économique, de la présence d'actifs ou d'autres critères, à la législation de différents pays; b) sont [associées par des participations communes ou croisées ou alliées du fait d'un contrôle ou d'une capacité de contrôle] [liées par des participations ou un contrôle ou une capacité de contrôle]; et c) organisent et mènent leurs activités commerciales de manière coordonnée.

II. Généralités

4. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si les informations générales contenues dans le document A/CN.9/WG.V/WP.74, qui concernent la nature des groupes de sociétés, les raisons justifiant la conduite d'activités commerciales par l'intermédiaire de tels groupes, la définition du "groupe de sociétés" et la réglementation de ce type de groupes, pourraient être étoffées de manière à prendre en compte des informations comparatives complémentaires tirées de la pratique des différents pays et à constituer la base d'un chapitre de généralités pour les futurs travaux sur les groupes de sociétés.

III. Le début de l'insolvabilité: questions internes

A. Ouverture de la procédure

1. Critères d'ouverture

[Référence: Guide législatif: deuxième partie, chap. I, par. 20 à 79 et recommandations 14 à 29]

5. Le critère d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité tient une place centrale dans l'élaboration d'une loi sur l'insolvabilité. Constituant la base de la procédure d'insolvabilité, il permet de déterminer à quels débiteurs peuvent s'appliquer les mécanismes de protection et de discipline de la loi et qui – débiteur, créanciers ou autres parties – peut former une demande d'ouverture. Il influe également sur le type de procédure qui peut être ouverte à l'encontre d'un débiteur.

6. Le Guide législatif examine en détail les questions liées à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité[1]. De manière générale, les éléments qui s'appliquent à l'ouverture d'une procédure visant un débiteur unique s'appliqueront également dans le contexte d'un groupe de sociétés. Toutefois, d'autres questions examinées ci-dessous se posent.

7. De nombreuses lois sur l'insolvabilité exigent, pour que s'ouvre une procédure d'insolvabilité, qu'un débiteur soit insolvable (quelle que soit la définition de ce terme). En règle générale, les lois sur l'insolvabilité respectent aussi le statut juridique distinct de chaque membre d'un groupe de sociétés et une demande distincte d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité devrait donc être formée pour chaque membre du groupe qui satisfait au critère d'insolvabilité. Dans ce contexte, une questions importante pour déterminer quels membres d'un groupe satisfont à ce critère est de savoir comment diverses obligations, telles que des dettes intragroupe et des obligations pouvant découler d'un mécanisme de garantie réciproque, devraient être traitées.

8. Une deuxième question importante est de savoir quel est le degré d'intégration économique et organisationnelle du groupe de sociétés et comment ce degré d'intégration influe sur le traitement du groupe en cas d'insolvabilité et, plus particulièrement, dans quelle mesure un groupe très intégré devrait être traité différemment d'un groupe dont les membres conservent un degré élevé d'indépendance. Dans certains cas, par exemple lorsque la structure d'un groupe est hétérogène, avec des entreprises et des actifs non apparentés, l'insolvabilité d'un ou de plusieurs membres du groupe peut ne pas avoir d'effet sur d'autres membres ou sur l'ensemble du groupe, et les membres insolvables peuvent être administrés séparément. Dans d'autres, en revanche, l'insolvabilité d'un membre du groupe peut créer des difficultés financières chez d'autres membres ou dans l'ensemble du groupe en raison de son intégration, de son degré élevé d'interdépendance et des liens entre les actifs et les dettes des différentes parties.

2. Parties autorisées à présenter une demande

9. En matière de droit général de l'insolvabilité, le Guide législatif recommande que les créanciers et les débiteurs soient autorisés à demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, sans faire de distinction entre le redressement et la liquidation. La recommandation 14 prévoit ce qui suit:

> "*14. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier quelles personnes sont autorisées à demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Celles-ci devraient être notamment le débiteur et l'un quelconque de ses créanciers*[2]."

a) Demande émanant d'un débiteur

10. Indépendamment du degré d'intégration d'un groupe, une loi sur l'insolvabilité peut autoriser un certain nombre de membres insolvables du groupe à former conjointement une demande d'ouverture ou autoriser la jonction des demandes existantes, lorsque les membres satisfont au critère d'ouverture (parce

---

[1] Guide législatif de la CNUDCI, deuxième partie, chap. I.

[2] Y compris un organisme public créancier du débiteur.

qu'ils sont déjà insolvables ou qu'ils risquent de le devenir, lorsque l'insolvabilité imminente est un élément du critère d'ouverture).

11. Ces possibilités entreraient dans le champ de la recommandation 15 du Guide législatif, qui prévoit ce qui suit:

"*Demande émanant d'un débiteur*

15. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une procédure d'insolvabilité peut être ouverte à la demande d'un débiteur si ce dernier peut démontrer:

a) Qu'il est ou sera dans l'incapacité générale de payer ses dettes à leur échéance; ou

b) Que son passif dépasse la valeur de son actif[3]."

12. La recommandation 15 se réfère uniquement aux procédures d'insolvabilité, sans faire aucune distinction entre le redressement et la liquidation. En cas de demandes conjointes, elle pourrait convenir davantage au redressement puisqu'il est essentiel, pour que celui-ci réussisse, que la situation financière des membres d'un groupe entretenant des liens étroits, soit traitée dans une procédure conjointe et, éventuellement, par l'élaboration d'un plan de redressement unique (voir plus loin). Elle pourrait aussi être utile à la liquidation, où le traitement conjoint des actifs faciliterait l'administration de la procédure, notamment lorsque les membres insolvables sont étroitement intégrés ou lorsque certaines entités du groupe peuvent être cédées en vue de la poursuite de l'activité.

b) Demandes concernant un membre solvable du groupe

13. Lorsqu'un groupe est étroitement intégré, une loi sur l'insolvabilité peut également permettre qu'une demande vise des membres qui ne satisfont pas au critère d'ouverture parce qu'il est souhaitable, dans l'intérêt du groupe tout entier, que ceux-ci soient inclus dans la procédure. Une telle demande peut être formulée par une société mère pour des filiales du groupe ou par tout membre pour d'autres membres, y compris la société mère. On pourrait également envisager d'autoriser un représentant de l'insolvabilité nommé dans la procédure ouverte à l'encontre de la société mère à présenter une telle demande, lorsqu'il est jugé nécessaire, pour la réussite de cette procédure, d'inclure d'autres membres du groupe. Une telle approche pourrait faciliter l'élaboration d'un plan de redressement global, qui traiterait les actifs des membres solvables et insolvables d'un groupe. Elle pourrait aussi faciliter l'élaboration d'une solution permettant de régler l'insolvabilité pour l'ensemble du groupe, évitant ainsi d'ouvrir une procédure au coup par coup chaque fois que de nouveaux membres du groupe seraient visés par la procédure d'insolvabilité engagée contre les membres insolvables initiaux.

---

[3] L'objet de cette recommandation et de la recommandation relative aux demandes émanant des créanciers est de donner au législateur une certaine latitude pour déterminer le critère d'ouverture, qui peut être unique ou double. S'il adopte un seul critère, celui-ci devrait être l'incapacité du débiteur de payer ses dettes à leur échéance (critère de la cessation des paiements) et non le critère du bilan. S'il adopte les deux critères à la fois (cessation des paiements et bilan), la procédure peut être ouverte si l'un des deux est rempli.

14. Les facteurs permettant de déterminer si l'on est en présence du degré d'intégration nécessaire peuvent être les suivants: l'existence, entre les sociétés, d'une relation diversement décrite, qui se caractérise, par exemple, par un important degré d'interdépendance ou de contrôle; la confusion des actifs; la nature fictive du groupe; l'unité d'identité, le fait d'être tributaire de la gestion et du soutien financier ou d'autres facteurs similaires qui ne doivent pas nécessairement naître de la relation juridique (société mère-filiale, par exemple) qui existe entre les sociétés.

15. Une demande conjointe d'ouverture pourrait aussi être autorisée lorsque tous les membres intéressés du groupe consentent à l'inclusion d'un ou de plusieurs autres membres, qu'ils soient insolvables ou non, ou si toutes les parties intéressées, y compris les créanciers, sont d'accord. Une loi sur l'insolvabilité pourrait également déterminer si un membre du groupe qui n'est pas impliqué dans la procédure d'insolvabilité visant d'autres membres au moment de son ouverture, peut se joindre plus tard à cette procédure dès lors qu'il est concerné par elle ou que sa participation est considérée comme étant dans l'intérêt du groupe tout entier.

c) Demande émanant d'un créancier

16. Bien que, comme il est mentionné plus haut, la recommandation 14 du Guide législatif recommande que les créanciers comme les débiteurs soient autorisés à demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, sans faire de distinction entre le redressement et la liquidation, le Guide relève également que dans un certain nombre de lois, seuls les débiteurs sont autorisés à présenter une demande de redressement. Si rien ne justifie que l'on s'écarte, dans le cas d'un groupe de sociétés, du principe général selon lequel les créanciers devraient être autorisés à demander l'ouverture d'une procédure de liquidation ou de redressement, la structure d'un tel groupe peut poser des difficultés particulières aux créanciers[4]. Dans certains cas, en particulier lorsque le groupe est faiblement intégré, le débiteur peut être facile à identifier. Lorsque le groupe est fortement intégré, en revanche, la réponse sera probablement moins évidente, surtout lorsque le créancier pensait traiter avec une entreprise unique, et il peut être particulièrement difficile, pour un créancier, d'identifier la partie précise du groupe ou un débiteur particulier avec lequel il a traité et de produire les preuves nécessaires pour satisfaire au critère d'ouverture. Pour les mêmes raisons, il pourrait être difficile, pour ce créancier, de déterminer quelle procédure – redressement ou liquidation – serait plus adéquate pour un débiteur donné, lorsque la loi sur l'insolvabilité exige que cette décision soit prise au moment de la demande.

17. Si certains membres du groupe ne sont pas inclus dans une demande présentée par le débiteur en vertu de la recommandation 15, ils pourraient par la suite faire l'objet d'une demande émanant d'un créancier au titre de la recommandation 16, lequel pourrait être un membre du groupe ayant qualité de créancier d'un membre insolvable du même groupe. La recommandation 16 prévoit ce qui suit:

---

[4] Voir deuxième partie, chapitre I, par. 37 à 41 et 48 à 53, du Guide législatif de la CNUDCI pour la question des demandes émanant de créanciers.

"*Demande émanant d'un créancier*

16. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'une procédure d'insolvabilité peut être ouverte à la demande d'un créancier s'il peut être démontré:

a) Que le débiteur est dans l'incapacité générale de payer ses dettes à leur échéance; ou

b) Que le passif du débiteur dépasse la valeur de son actif."

d) Demande présentée par une autorité publique ou un organisme de réglementation

18. Le Guide législatif examine la question du pouvoir des autorités publiques ou d'autres autorités de contrôle de demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, et conclut qu'un tel pouvoir ne devrait être exercé que dans des cas très limités et uniquement en dernier ressort, lorsque aucune mesure appropriée n'est prévue dans d'autres lois (voir deuxième partie, chap. I, par. 42 à 44). Il indique ces cas et précise qu'il est souhaitable que ce pouvoir soit restreint aux demandes de liquidation.

19. Les mêmes considérations s'appliqueraient aux demandes présentées par une autorité publique ou un organisme de réglementation concernant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe de sociétés.

3. Notification de la demande d'ouverture et de l'ouverture

a) Demande émanant du débiteur: notification aux créanciers

20. Comme les droits des créanciers de chacun des membres du groupe concernés par une administration conjointe ne devraient pas être modifiés sans leur accord, il est souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité inclue des dispositions exigeant que l'ouverture d'une procédure conjointe (lorsque la demande est présentée par un ou plusieurs membres du groupe) soit notifiée aux créanciers de tous les membres concernés par la procédure d'insolvabilité. Il pourrait être souhaitable d'exiger que la notification soit adressée aux créanciers de tous les membres du groupe, surtout lorsque le groupe est étroitement intégré et lorsque la solvabilité des membres non inclus dans la procédure est susceptible d'être influencée par cette dernière. Les recommandations 24 et 25 du Guide législatif traitent de la notification de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à la demande d'un débiteur et devraient s'appliquer de la même manière dans le cas d'un groupe de sociétés. Les créanciers qui contestent des questions d'insolvabilité ou s'opposent à une administration conjointe pourraient le faire après l'ouverture de la procédure.

21. Des informations complémentaires relatives aux conséquences de l'administration conjointe pourraient être ajoutées aux informations requises dans la recommandation 25 du Guide législatif, en particulier du fait qu'elle a une incidence sur les créanciers. Ces informations intéresseraient particulièrement les créanciers d'un membre solvable d'un groupe inclus dans une procédure d'insolvabilité.

b) Demande émanant d'un créancier: notification au débiteur

22. De même, la recommandation 19 du Guide législatif, qui traite de l'ouverture à la demande d'un créancier, devrait s'appliquer dans le cas d'un groupe, en exigeant que la demande d'ouverture soit notifiée aux membres du groupe qu'elle vise et en leur donnant la possibilité de s'opposer. Il faudrait également examiner si une notification devrait être adressée aux membres du groupe qui ne sont pas inclus dans la demande, mais qui risquent néanmoins d'être touchés par la procédure d'insolvabilité.

Recommandations

Ouverture d'une procédure d'insolvabilité: groupes de sociétés

1) La loi sur l'insolvabilité peut permettre qu'une demande conjointe d'ouverture d'une procédure [d'insolvabilité] [de redressement] soit formée par deux membres ou plus d'un groupe de sociétés qui satisfont au critère d'ouverture défini dans la recommandation 15 du Guide législatif.

2) La loi sur l'insolvabilité peut permettre qu'une demande conjointe d'ouverture d'une procédure [d'insolvabilité] [de redressement] soit formée par deux membres ou plus d'un groupe de sociétés, à condition que l'un d'eux satisfasse au critère d'ouverture défini dans la recommandation 15 du Guide législatif.

3) La loi sur l'insolvabilité peut permettre qu'une demande d'ouverture d'une procédure [d'insolvabilité] [de redressement] émanant [d'un ou plusieurs membres] [de la société mère] d'un groupe de sociétés qui [satisfait] [satisfont] au critère d'ouverture défini dans la recommandation 15 soit étendue à un ou plusieurs [membres] [filiales] du groupe qui ne satisfont pas à ce critère, lorsque:

a) [Les membres auxquels la demande est étendue] [tous les membres du groupe] [les créanciers du membre à inclure] [toutes les parties intéressées] y consentent; ou

b) Le tribunal décide que les membres à inclure dans la demande sont contrôlés par la société mère insolvable; les actifs de ces membres ne peuvent pas être séparés; les affaires du membre solvable sont si étroitement liées à celles d'autres membres qu'il serait avantageux, pour le membre solvable, d'être inclus dans la procédure de redressement; ou les créanciers ont traité avec le groupe en tant qu'entité unique.

4) La loi sur l'insolvabilité peut autoriser une société mère d'un groupe de sociétés qui satisfait au critère d'ouverture de la recommandation 15 du Guide législatif à déterminer les autres membres du groupe qui devraient être inclus dans une demande conjointe d'ouverture d'une procédure [d'insolvabilité] [de redressement] formée en vertu de la recommandation 1.

Demande émanant du débiteur: notification aux créanciers

5) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsqu'une procédure d'insolvabilité conjointe est ouverte à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe de sociétés, l'ouverture doit être notifiée à tous les créanciers [des membres du groupe de sociétés à l'encontre desquels la procédure a été ouverte] [de tous les membres du groupe de sociétés, y compris les membres solvables].

6) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que la notification de la procédure d'insolvabilité doit inclure, en plus des informations mentionnées dans la recommandation 25, des informations relatives à la conduite de l'administration conjointe qui intéressent particulièrement les créanciers.

Demande émanant d'un créancier: notification au débiteur

7) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsqu'une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est présentée par un créancier à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe de sociétés, la demande doit être notifiée à tous [les membres qu'elle vise] [les membres du groupe].

Administration conjointe

8) La loi sur l'insolvabilité peut permettre que deux procédures [d'insolvabilité] [de redressement] ou plus pendantes [devant le même tribunal] à l'encontre de membres du même groupe de sociétés soient administrées de manière conjointe.

Notes sur les recommandations

23. Les recommandations 1 à 4 traitent de la question des demandes conjointes d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe de sociétés.

24. La recommandation 1 porte sur une demande conjointe présentée par tous les membres d'un groupe de sociétés qui satisfont au critère d'ouverture de la recommandation 15 du Guide législatif.

25. La recommandation 2 porte sur une demande conjointe présentée par un certain nombre de membres d'un groupe de sociétés, à condition que l'un d'eux satisfasse au critère d'ouverture de la recommandation 15. Elle permettrait d'inclure des membres solvables dans la demande d'ouverture, sans que cette inclusion ne soit assortie de conditions.

26. La recommandation 3 adopte une approche différente, en permettant qu'une demande présentée par certains membres d'un groupe soit étendue à d'autres membres, sous réserve que certaines conditions soient remplies. Le chapeau a été formulé de manière à présenter deux options: la première prévoit qu'une demande émanant d'un membre quelconque qui satisfait au critère d'ouverture de la recommandation 15 puisse être étendue à un membre quelconque qui n'y satisfait pas; la deuxième prévoit qu'une demande émanant d'une société mère qui satisfait au critère d'ouverture puisse être étendue à une filiale qui n'y satisfait pas. En ce qui concerne les conditions, l'alinéa a) exige le consentement des parties concernées en proposant plusieurs possibilités, à savoir le membre du groupe à inclure; tous les membres du groupe; les créanciers du membre à inclure; et toutes les parties intéressées, qui engloberaient les créanciers (du membre à inclure ou de tous les membres du groupe) et les membres du groupe. L'alinéa b) définit quant à lui des conditions fondées sur le contrôle et l'intégration.

27. La recommandation 4 autorise la société mère insolvable d'un groupe de sociétés à déterminer les autres membres du groupe qui devraient être inclus dans une demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité formée au titre de la recommandation 1.

28. Chacune des recommandations 1 à 4 propose deux possibilités concernant la procédure susceptible d'être ouverte: insolvabilité en général, comme prévu dans la recommandation 15 du Guide législatif, ou redressement uniquement, car ces recommandations pourraient convenir davantage au redressement d'un groupe de sociétés.

29. Les recommandations 5 à 7 traitent de la notification d'une demande d'ouverture d'une procédure en cas de demande émanant d'un créancier et de la notification de l'ouverture en cas de demande émanant du débiteur, et suivent de près les recommandations 19 et 22 du Guide législatif; ces recommandations distinguent le moment où la notification doit être adressée, selon qu'il s'agit d'une demande émanant du débiteur ou d'un créancier.

30. La recommandation 8 traite de la possibilité d'administrer conjointement des procédures d'insolvabilité qui ont déjà été ouvertes à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe.

B. Traitement des actifs à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité

[Référence: Guide législatif: deuxième partie, chap. II, par. 1 à 215 et recommandations 35 à 107; chap. III, par. 35 à 74 et recommandations 115 à 125]

31. L'impact de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité sur le débiteur et ses actifs est examiné en détail dans le Guide législatif[5]. De manière générale, cet impact serait le même en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe de sociétés. Certaines conséquences qui pourraient être différentes dans le cas d'un groupe de sociétés sont examinées ci-après, et concernent l'administration des masses des membres du groupe; la nomination d'un représentant de l'insolvabilité; l'application de l'arrêt des poursuites; l'utilisation et la disposition des actifs; le financement postérieur à l'ouverture de la procédure; l'annulation; le déclassement; et les voies de droit, y compris les ordonnances de contribution et de regroupement.

1. Administration conjointe et nomination d'un représentant de l'insolvabilité

32. Une demande conjointe entraînerait une administration conjointe (parfois également appelée "regroupement des procédures", "jonction des procédures", "procedural consolidation" ou "administrative consolidation") des masses des membres du groupe inclus dans la procédure, mais ne devrait pas porter atteinte aux droits fondamentaux de chacun de ces débiteurs, ni aux dettes que chaque membre a contractées vis-à-vis de ses propres créanciers. Pour faire des économies de temps et d'argent, certaines procédures pourraient être menées conjointement, notamment les réunions des créanciers de deux membres ou plus du groupe ainsi administrés. On pourrait se demander si le consentement de tous les créanciers concernés serait nécessaire ou non. Le vote continuerait de se faire séparément pour chaque membre du groupe sur les questions le concernant.

33. L'administration conjointe des différentes masses serait facilitée par la nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique. Une telle nomination

---

[5] Guide législatif de la CNUDCI, deuxième partie, chap. II.

permettrait de coordonner l'administration des différents membres, réduirait les frais et faciliterait la collecte d'informations sur le groupe dans son ensemble.

34. De nombreuses lois sur l'insolvabilité n'abordent pas cette question. Dans certains pays, toutefois, la nomination d'un seul représentant de l'insolvabilité dans le contexte des groupes est devenue courante. On y a également recouru, dans une mesure limitée, dans certains cas d'insolvabilité internationale (voir ci-après).

35. Lorsqu'un représentant de l'insolvabilité unique est nommé pour administrer un groupe comprenant de multiples débiteurs entretenant des relations financières et commerciales complexes et différents groupes de créanciers, des conflits peuvent apparaître, notamment en relation avec des garanties réciproques, des dettes intragroupe ou des actes illicites commis par un membre envers un autre. Pour parer à d'éventuels conflits, le représentant de l'insolvabilité pourrait être tenu de s'engager à solliciter l'avis du tribunal en cas de risque de conflit ou être soumis à une règle de pratique ou obligation légale l'y contraignant. De plus, la loi sur l'insolvabilité pourrait prévoir la nomination d'un autre représentant de l'insolvabilité pour administrer le ou les autres débiteurs impliqués dans le conflit. L'obligation d'information contenue dans les recommandations 116 et 117 du Guide législatif pourrait s'appliquer aux situations de conflit qui se posent dans le contexte d'un groupe.

36. S'il est impossible de nommer un représentant de l'insolvabilité unique, ou s'il faut nommer plusieurs représentants en raison d'un conflit manifeste, une loi sur l'insolvabilité pourrait spécifier les obligations à respecter, qui s'ajouteraient à celles qui s'appliquent aux représentants de l'insolvabilité en vertu du Guide législatif (recommandations 111, 116, 117 et 120), pour faciliter la coordination des différentes procédures. Il pourrait s'agir notamment des obligations de partager et communiquer des informations; de coopérer pour l'utilisation et la disposition des actifs; de proposer et négocier des plans de redressement coordonnés (à moins qu'il soit possible d'élaborer un plan unique pour le groupe, comme on le verra ci-après); de coordonner l'utilisation des pouvoirs d'annulation; d'obtenir un financement postérieur à l'ouverture; et de coordonner la déclaration et l'admission des créances.

37. La loi sur l'insolvabilité pourrait aussi traiter de la résolution rapide des conflits entre les différents représentants de l'insolvabilité qui ont été nommés. On pourrait se demander si, dans le contexte d'un groupe où différents représentants ont été nommés pour administrer la société mère et les différentes filiales, le représentant nommé pour la société mère devrait avoir un rôle de coordination supplémentaire par rapport aux autres représentants de l'insolvabilité ou des pouvoirs supplémentaires pour résoudre les différends ou les conflits.

Recommandations

Nomination d'un représentant de l'insolvabilité unique

9) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsque des procédures d'insolvabilité à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe de sociétés sont administrées de manière conjointe, un représentant de l'insolvabilité unique peut être nommé pour conduire cette administration conjointe.

10) La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir des mesures pour régler les conflits d'intérêts qui risquent de se poser dans une administration conjointe lorsqu'un seul

représentant de l'insolvabilité a été nommé initialement. Ces mesures pourraient inclure la nomination d'un représentant de l'insolvabilité supplémentaire.

Nomination de plusieurs représentants de l'insolvabilité

11) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsque des procédures d'insolvabilité ont été ouvertes à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe de sociétés et que plusieurs représentants de l'insolvabilité ont été nommés, les représentants devraient coopérer dans toute la mesure possible pour faciliter la coordination de l'administration des procédures.

Notes sur les recommandations

38. La recommandation 9 autorise la désignation d'un représentant de l'insolvabilité unique en cas d'administration conjointe des procédures d'insolvabilité à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe de sociétés.

39. La recommandation 10, qui vient compléter les recommandations 116 et 117 du Guide législatif, traite de la question des conflits qui risquent de se poser dans une administration conjointe et propose une manière possible de les résoudre. Les autres moyens envisageables qui pourraient figurer dans la recommandation sont mentionnés dans le commentaire, au paragraphe 35 ci-dessus.

40. La recommandation 11 souligne l'importance de faciliter la coordination des procédures lorsque plusieurs représentants de l'insolvabilité ont été nommés dans le cadre d'une administration conjointe. Elle reprend les termes des articles 25 et 26 de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, à savoir "coopérer dans toute la mesure possible". La nature et les modalités de cette coopération, telles qu'elles sont examinées au paragraphe 36 du commentaire, pourraient être incluses dans la recommandation à titre d'exemple.

2. Application de l'arrêt des poursuites

41. Le Guide législatif note[6] que de nombreuses lois sur l'insolvabilité prévoient un mécanisme de protection de la valeur de la masse de l'insolvabilité qui non seulement interdit aux créanciers d'engager des actions pour faire exécuter leurs droits en se prévalant des moyens prévus par la loi pendant tout ou partie de la procédure d'insolvabilité, mais qui suspend également les actions déjà engagées contre le débiteur. Les dispositions du Guide législatif relatives à l'application de ce mécanisme, appelé "arrêt des poursuites", s'appliqueraient, de manière générale, en cas de procédures d'insolvabilité à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe de sociétés (voir recommandations 39 à 51).

42. Une question qui peut se poser dans le contexte de l'insolvabilité de groupes de sociétés est l'extension de l'arrêt des poursuites à un membre solvable qui n'est pas soumis à la procédure d'insolvabilité (la question ne se posera pas lorsque la loi sur l'insolvabilité autorise un membre solvable d'un groupe à être inclus dans la procédure, comme mentionné plus haut). Une telle extension pourrait par exemple être nécessaire pour protéger une garantie intragroupe fondée sur les actifs du membre solvable garant. Elle peut avoir une incidence sur les activités

[6] Guide législatif de la CNUDCI, deuxième partie, chap. II, par. 26.

commerciales du membre solvable et les intérêts de ses créanciers, selon la nature de ce membre et sa fonction au sein du groupe. Les activités quotidiennes d'un membre réalisant des opérations commerciales, par exemple, risquent d'être plus touchées que celles d'une filiale établie pour détenir certains actifs ou obligations.

43. Dans certains pays, il ne sera peut-être pas possible d'ordonner des mesures liées à la procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un membre solvable d'un groupe (non inclus dans la procédure), car elles risquent d'être incompatibles avec, par exemple, la protection des droits réels ou de soulever des questions de droits constitutionnels. Néanmoins, il serait possible d'obtenir le même résultat si un tribunal pouvait, dans certains cas, notamment dans le cas d'une garantie intragroupe, ordonner des mesures provisoires au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité à l'encontre d'autres membres du groupe. Les mesures seraient laissées à l'appréciation du tribunal, sous réserve des conditions qu'il juge appropriées.

44. De telles mesures pourraient être couvertes par la recommandation 48 du Guide législatif, qui prévoit que le tribunal peut prononcer des mesures en sus des mesures applicables automatiquement à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (comme celles prévues dans la recommandation 46). Comme le souligne la note de bas de page relative à la recommandation 48, les mesures supplémentaires pouvant être prononcées seraient fonction des types de mesures prévues dans une loi particulière et des mesures qui pourraient être appropriées dans une procédure d'insolvabilité donnée.

45. La protection des intérêts des créanciers, garantis ou chirographaires, du membre solvable du groupe est traitée dans les dispositions pertinentes du Guide législatif. La recommandation 51, par exemple, traite expressément de la question de la protection des créanciers garantis et des motifs d'aménagement de l'arrêt des poursuites applicable à l'ouverture, et pourrait être étendue aux créanciers garantis du membre solvable du groupe. D'autres motifs d'aménagement de l'arrêt des poursuites pourraient être liés à la situation financière du membre solvable et aux conséquences durables de l'arrêt des poursuites pour ses opérations courantes et, éventuellement, pour sa solvabilité.

46. Lorsqu'un créancier garanti est un autre membre du même groupe, une approche différente de la question de la protection pourrait être requise, surtout lorsque la loi sur l'insolvabilité autorise le regroupement ou le déclassement des créances des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur (voir ci-dessous).

Recommandations

12) La loi devrait spécifier que, lorsqu'une procédure d'insolvabilité a été ouverte à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe de sociétés, le tribunal peut prononcer, à la demande [d'un membre du groupe] [du représentant de l'insolvabilité], des mesures, lorsque celles-ci sont nécessaires pour protéger et préserver la valeur des actifs d'un membre du groupe non soumis à la procédure. Ces mesures peuvent notamment être les suivantes:

a) Interdire l'engagement d'actions ou de procédures individuelles visant les actifs, les droits ou les obligations du membre du groupe non soumis à la procédure d'insolvabilité ou suspendre lesdites actions ou procédures;

b) Interdire ou suspendre les mesures d'exécution ou autres voies de droit contre les actifs du membre du groupe non soumis à la procédure d'insolvabilité;

c) Suspendre le droit d'un cocontractant de mettre fin à tout contrat conclu avec le membre du groupe non soumis à la procédure d'insolvabilité; et

d) Suspendre le droit de transférer tout actif du membre du groupe non soumis à la procédure d'insolvabilité, de le grever ou d'en disposer autrement.

Notes sur les recommandations

47. À sa trente et unième session, le Groupe de travail est convenu que les effets d'un arrêt des poursuites ne devraient pas être automatiquement étendus aux membres solvables d'un groupe, mais que, dans certains cas, la possibilité d'étendre ces effets pourrait être laissée à l'appréciation des tribunaux et être subordonnée à certaines conditions[7].

48. La recommandation 12 présente les types de mesures susceptibles de s'appliquer dans de telles circonstances, en s'appuyant sur la recommandation 39 du Guide législatif. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les circonstances particulières dans lesquelles ces mesures pourraient être appropriées et les conditions auxquelles elles pourraient être subordonnées.

49. Le Groupe de travail a aussi noté[8] que la recommandation 51 du Guide législatif, qui traite de l'aménagement des mesures applicables à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, pourrait éventuellement s'appliquer à des créanciers autres que les créanciers garantis lorsque l'arrêt des poursuites a été prononcé à l'encontre d'un membre du groupe qui n'est pas soumis à la procédure d'insolvabilité. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner, dans le contexte de la recommandation 51, les motifs d'aménagement de l'arrêt des poursuites mentionné dans la recommandation 12 et leur application aux créanciers garantis ou chirographaires.

3. Utilisation et disposition des actifs

50. Le Guide législatif indique que[9] bien qu'en règle générale il soit souhaitable qu'une loi sur l'insolvabilité ne lèse pas indûment les droits de propriété des tiers ou les droits réels des créanciers garantis, il sera souvent nécessaire, pour que l'objectif de la procédure puisse être atteint, de continuer à utiliser des actifs de la masse et des actifs en la possession du débiteur dont se sert l'entreprise ou à en disposer (y compris en les grevant).

51. Lorsque la procédure d'insolvabilité concerne deux membres ou plus d'un groupe de sociétés, des questions risquent de se poser à propos de l'utilisation des actifs appartenant à un membre solvable du même groupe pour financer la poursuite de l'activité des membres insolvables en attendant le règlement de la procédure. Lorsque ces actifs sont en la possession de l'un des membres insolvables du groupe, la recommandation 54 du Guide législatif, qui traite de l'utilisation d'actifs

---

[7] Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente et unième session, A/CN.9/618, par. 31.

[8] Ibid., par. 30.

[9] Guide législatif de la CNUDCI, deuxième partie, chap. II, par. 74.

appartenant à des tiers et se trouvant en la possession du débiteur, pourrait être suffisante. Elle est libellée comme suit:

"*Utilisation d'actifs appartenant à des tiers*

54. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que le représentant de l'insolvabilité peut utiliser des actifs appartenant à des tiers et se trouvant en possession du débiteur sous réserve que soient remplies certaines conditions, notamment:

a) Que les droits des tiers soient protégés contre la diminution de la valeur des actifs; et

b) Que les frais, prévus au contrat, qui sont liés à la poursuite de l'exécution de ce dernier et à l'utilisation des actifs soient assimilés à une dépense afférente à l'administration de la procédure."

52. Lorsque ces actifs ne sont pas en possession de l'un des membres insolvables du groupe, la recommandation 54 ne s'appliquera pas de manière générale. Toutefois, dans certains cas, le membre solvable du groupe sera inclus dans la procédure d'insolvabilité et les dispositions d'un plan de redressement du groupe couvrira les actifs. Lorsque le membre solvable n'est pas inclus dans la procédure, il s'agira de savoir si ces actifs peuvent être utilisés pour soutenir les membres insolvables du groupe et, dans l'affirmative, les conditions auxquelles une telle utilisation serait subordonnée. L'utilisation de ces actifs risque de soulever des questions d'annulation, surtout lorsque le membre qui apporte le soutien devient ensuite insolvable, et constitue aussi une sorte d'inquiétude pour les créanciers du membre solvable.

53. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les circonstances dans lesquelles les actifs d'un membre solvable du même groupe pourraient être utilisés pour soutenir le redressement des membres insolvables du même groupe, lorsque le membre solvable en question n'est pas soumis à la procédure d'insolvabilité.

4. Financement postérieur à l'ouverture

54. Le Guide législatif[10] reconnaît que l'exploitation continue de l'entreprise du débiteur après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est essentielle pour un redressement et, dans une moindre mesure, pour une liquidation dans laquelle l'entreprise doit être cédée en vue de la poursuite de l'activité. Elle exige que le débiteur ait accès à des fonds pour pouvoir continuer à payer les biens et les services qui lui sont indispensables, notamment les salaires, les assurances, le loyer, la continuation des contrats et d'autres dépenses d'exploitation, ainsi que les coûts liés à la préservation de la valeur des actifs. Le Guide note, cependant, que de nombreuses lois limitent la fourniture d'argent frais en cas d'insolvabilité ou n'abordent pas expressément la question d'un nouveau financement ou de la priorité de son remboursement. Les lois qui abordent expressément la question dans le contexte des groupes de sociétés sont rares, voire inexistantes.

55. Les recommandations 63 à 68 du Guide législatif tendent à faciliter l'obtention d'un financement pour la poursuite de l'exploitation ou la survie de l'entreprise du

---

[10] Guide législatif de la CNUDCI, deuxième partie, chap. II, section D, par. 94, Objet des dispositions législatives précédant la recommandation 63.

débiteur, à assurer une protection appropriée à ceux qui fournissent un financement postérieurement à l'ouverture de la procédure, et à assurer une protection appropriée aux parties sur les droits desquelles l'octroi d'un tel financement peut avoir une incidence.

56. Si le financement postérieur à l'ouverture est important dans le contexte d'une procédure individuelle, comme le relève le Guide législatif, il l'est plus encore dans le contexte des groupes de sociétés. En effet, sans un financement continu, les perspectives de redresser un groupe insolvable sont très minces. L'une des questions qui se posent en relation avec le financement postérieur à l'ouverture dans le contexte d'un groupe de sociétés est celle de savoir si les actifs d'un membre solvable du groupe peuvent être utilisés pour obtenir auprès d'une source externe un financement destiné à un membre insolvable ou pour financer celui-ci directement et, dans l'affirmative, quelles sont les conséquences pour les recommandations du Guide législatif relatives à la priorité et aux sûretés. Par exemple, une filiale solvable serait-elle prioritaire conformément à la recommandation 64 si elle accordait un financement à sa maison mère insolvable ou bien cette opération aurait-elle un rang inférieur car considérée comme prêt intragroupe? L'utilisation des actifs du groupe pour obtenir un financement peut en général être possible lorsque tous les membres du groupe sont soumis à la procédure d'insolvabilité; les recommandations du Guide s'appliqueraient dans ce cas. Des difficultés risquent toutefois de se poser lorsqu'il est proposé d'utiliser les actifs d'un membre solvable pour financer un membre insolvable ou pour obtenir un financement externe. En général, comme il est mentionné plus haut, il est peu probable qu'une loi sur l'insolvabilité l'autorise, bien que, dans certaines situations, un financement puisse être octroyé si les créanciers du membre solvable étaient d'accord.

57. En plus des recommandations figurant ci-dessous, la recommandation 68 du Guide législatif sera utile lorsqu'une procédure de redressement est convertie en liquidation.

Recommandations

Attirer et autoriser un financement postérieur à l'ouverture de la procédure pour un groupe de sociétés

13) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'un groupe de sociétés ou un membre quelconque d'un groupe de sociétés peut obtenir un financement postérieur à l'ouverture de la procédure dans les conditions et suivant les règles définies dans les recommandation 15 à 18 ci-dessous.

14) La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir des mesures de facilitation et d'incitation pour permettre [au représentant de l'insolvabilité d'un groupe de sociétés] [à un représentant de l'insolvabilité d'un membre quelconque d'un groupe de sociétés] d'obtenir un financement postérieur à l'ouverture de la procédure lorsqu'il juge un tel financement nécessaire pour la poursuite de l'exploitation ou la survie de l'activité du [groupe de sociétés [ou de l'un quelconque de ses membres]], ou pour préserver ou augmenter la valeur des masses d'un ou de plusieurs membres du groupe. La loi sur l'insolvabilité peut exiger que le tribunal autorise ou que les créanciers d'un membre concerné du groupe approuvent l'octroi de ce financement pour le groupe [ou un membre quelconque du groupe], comme prévu dans les recommandations 18 et 19 ci-dessous.

Garanties ou autres mécanismes garantissant le remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure destinée à un groupe de sociétés

15) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'un membre d'un [groupe de sociétés [qui est débiteur]] peut constituer une garantie ou un autre mécanisme garantissant le remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure obtenu par un autre membre du groupe, à condition que le tribunal constate que:

a) [La masse du] débiteur-garant obtiendrait d'un tel financement des avantages comparables à ceux obtenus par le destinataire du financement; ou

b) [Les créanciers] [Le représentant de l'insolvabilité] du débiteur-garant consent[ent] à la constitution de cette garantie ou de cet autre mécanisme garantissant le remboursement; ou

c) Les créanciers du débiteur-garant ne subiraient aucun préjudice économique en conséquence de cette garantie ou de cet autre mécanisme garantissant le remboursement.

Priorité accordée au financement postérieur à l'ouverture de la procédure destiné à un groupe de sociétés

16) La loi sur l'insolvabilité devrait établir la priorité pouvant être accordée au financement postérieur à l'ouverture de la procédure octroyé à [un groupe de sociétés] [ou à un membre d'un groupe de sociétés], de sorte au moins que la personne fournissant ce financement soit remboursée avant les créanciers chirographaires ordinaires de chaque membre du groupe, y compris les créanciers chirographaires titulaires d'une créance prioritaire afférente à l'administration de la procédure.

Sûreté réelle en garantie d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure destiné à un groupe de sociétés

17) La loi sur l'insolvabilité devrait permettre à un membre d'un groupe de sociétés de constituer une sûreté réelle en garantie du remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure octroyé au groupe [ou à un membre du groupe], notamment une sûreté sur des actifs non grevés, y compris des actifs acquis après l'ouverture de la procédure, ou une sûreté de rang inférieur sur des actifs de la masse déjà grevés de ce membre du groupe.

18) La loi[11] devrait spécifier qu'une sûreté réelle constituée sur des actifs de la masse d'un membre quelconque du groupe de sociétés afin de garantir le remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure pour [un autre membre du] [le] groupe ne prime pas une sûreté réelle antérieure sur les mêmes actifs, sauf si le représentant de l'insolvabilité [de chaque membre concerné du groupe] obtient l'accord du ou des créanciers garantis antérieurs ou s'il applique la procédure décrite dans la recommandation 19.

19) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsqu'un créancier garanti antérieur ne consent pas [à ce qu'un financement postérieur à l'ouverture de la

---

[11] Cette règle peut figurer dans une loi autre que la loi sur l'insolvabilité, auquel cas cette dernière devrait en mentionner l'existence.

procédure prime sa sûreté réelle], le tribunal peut autoriser la constitution d'une sûreté réelle primant les sûretés réelles antérieures, sous réserve que soient remplies certaines conditions, notamment:

a) Que la possibilité ait été donnée au créancier garanti antérieur d'être entendu par le tribunal;

b) Qu'il puisse être prouvé que le groupe de sociétés ne peut obtenir le financement [par aucun autre moyen] [à des conditions plus favorables]; et

c) Que les droits du créancier garanti antérieur soient protégés.

Notes sur les recommandations

58. À l'exception de la recommandation 15, ces recommandations s'appuient sur les recommandations 63 à 67 du Guide législatif.

59. Les recommandations 13 et 14 se recoupent dans une certaine mesure. La première exige expressément que la loi sur l'insolvabilité comprenne des dispositions autorisant le financement postérieur à l'ouverture de la procédure et précisant les cas et les conditions applicables. La seconde, d'application générale et fondée sur la recommandation 63 du Guide législatif, souligne l'intérêt des mesures d'incitation pour le financement postérieur à l'ouverture et traite de la question du consentement. Elle ne mentionne pas expressément la nécessité de dispositions légales relatives au financement.

60. La recommandation 15 traite de la situation où un financement postérieur à l'ouverture de la procédure peut être obtenu par un membre d'un groupe pour un autre membre, et autorise le premier à garantir son remboursement, sous réserve que certaines conditions soient réunies. En incluant le membre de phrase "[qui est débiteur]", elle laisse ouverte la question de savoir si le membre du groupe qui fournit la garantie peut être un membre du groupe non soumis à la procédure d'insolvabilité.

61. Telles qu'elles sont rédigées, ces recommandations laissent ouvertes les questions suivantes: i) l'administration regroupée des masses des membres du groupe de sociétés; ii) la nomination d'un représentant de l'insolvabilité pour le groupe de sociétés dans son ensemble; et iii) l'inclusion d'un membre solvable d'un groupe de sociétés dans une procédure d'insolvabilité visant les autres membres, insolvables, du groupe.

[*La suite du chapitre III (*Le début de l'insolvabilité: questions internes*) figure dans le document A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.1; le chapitre IV (*Questions internationales*) figure dans le document A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.2.*]

A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.1 [Original: anglais]

Note du Secrétariat sur le traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-deuxième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
III.	Le début de l'insolvabilité: questions internes	1-49
B.	Traitement des actifs à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (*suite*)	1-17
5.	Annulation	1-8
6.	Déclassement	9-17
C.	Voies de droit	18-39
1.	Introduction	18-20
2.	Ordonnances de contribution	21-22
3.	Regroupement des patrimoines ou mise en commun	23-29
D.	Redressement	40-48
E.	Autres questions	49

III. Le début de l'insolvabilité: questions internes

B. Traitement des actifs à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité (*suite*)

5. Annulation

[Référence: Guide législatif, deuxième partie, chap. II, par. 148 à 203 et recommandations 87 à 99]

1. Les recommandations du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité[1] relatives à l'annulation s'appliqueraient, de manière générale, aux opérations effectuées entre membres d'un groupe de sociétés. Toutefois, des considérations supplémentaires peuvent entrer en ligne de compte dans ce type d'opérations. Il faudra parfois dépenser beaucoup de temps et d'argent pour démêler l'écheveau des opérations intragroupe afin de déterminer lesquelles, le cas échéant, sont susceptibles d'annulation. Certaines opérations qui sembleraient préférentielles

[1] Guide législatif de la CNUDCI, recommandations 87 à 99.

ou sous-évaluées entre les parties immédiatement intéressées pourraient être envisagées sous un autre jour lorsqu'elles sont replacées dans le contexte plus vaste d'un groupe étroitement intégré, où les inconvénients et les avantages qu'elles offrent seraient répartis plus largement. De même, certaines opérations réalisées au sein d'un groupe pour des motifs probablement légitimes ne seraient pas effectuées à l'extérieur du groupe si les avantages et les inconvénients étaient analysés sur la base de conditions commerciales normales.

2. Les "opérations intragroupe" peuvent désigner, entre autres, des échanges commerciaux entre des membres du groupe; le transfert de bénéfices de la filiale à la société mère; des prêts d'un membre pour aider le membre emprunteur à poursuivre ses activités; des transferts d'actifs et des garanties entre membres du groupe; des paiements effectués par une société à un créancier d'une société apparentée; une garantie ou une hypothèque consentie par une société du groupe pour un prêt accordé par une partie extérieure à une autre société du groupe. Un groupe peut avoir pour pratique de tirer le meilleur parti sur le plan commercial de tout l'argent et de tous les actifs à sa disposition dans son intérêt général, plutôt qu'au profit du membre auquel ils appartiennent. Il pourrait notamment regrouper les liquidités des filiales auprès du membre qui le finance. Bien que cette pratique ne serve pas toujours au mieux les intérêts des filiales, certaines lois permettent aux administrateurs de filiales détenues à 100 %, par exemple, d'agir ainsi, à condition que ce soit dans l'intérêt supérieur de la société mère.

3. Certaines opérations effectuées dans le cadre d'un groupe peuvent être clairement considérées comme susceptibles d'annulation aux termes de la recommandation 87[2] du Guide législatif. D'autres en revanche n'entrent peut-être pas aussi clairement dans le champ d'application de cette recommandation et peuvent soulever des questions qui ont trait à la mesure dans laquelle le groupe fonctionnait en tant qu'entreprise unique ou dans laquelle les patrimoines respectifs des membres du groupe étaient étroitement imbriqués, ce qui risque d'influer sur la nature des opérations entre les membres eux-mêmes et entre les membres et des créanciers externes. D'autres opérations encore ne seront peut-être pas couvertes par les dispositions d'annulation. Ainsi, certaines lois sur l'insolvabilité peuvent prévoir l'annulation de paiements préférentiels aux créanciers d'un débiteur, mais non aux

---

[2] Recommandation 87 dispose ce qui suit:

Opérations annulables

87. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir des dispositions qui s'appliquent rétroactivement et qui visent à défaire des opérations impliquant le débiteur ou des actifs de la masse et ayant pour effet soit de réduire la valeur de la masse, soit d'enfreindre le principe du traitement équitable des créanciers. Elle devrait spécifier que les types d'opérations ci-après sont annulables:

a) Les opérations visant à faire échouer, à retarder ou à entraver le recouvrement des créances par les créanciers lorsque l'opération a eu pour effet de mettre des actifs hors de portée des créanciers ou des créanciers potentiels ou de léser d'une autre manière les intérêts des créanciers;

b) Les opérations dans lesquelles le débiteur a transféré un droit sur un bien ou a souscrit une obligation à titre gratuit ou pour une contrepartie symbolique, inférieure ou insuffisante et qui sont intervenues à un moment où il était insolvable ou qui l'ont rendu insolvable (opérations à un prix sous-évalué); et

c) Les opérations intervenues à un moment où le débiteur était insolvable, dans lesquelles un créancier a obtenu une part des actifs de ce dernier supérieure à la proportion qui lui revient ou en a reçu le bénéfice (opérations préférentielles).

créanciers d'un membre du groupe ayant des liens privilégiés avec le débiteur, sauf si le paiement est effectué, par exemple, en exécution d'une garantie.

4. Les opérations entre membres d'un groupe pourraient être régies par les dispositions d'une loi sur l'insolvabilité relatives aux opérations entre le débiteur et des personnes ayant des liens privilégiés avec lui. La définition d'une "personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur" dans le Guide législatif inclut les membres d'un groupe de sociétés tels qu'une société mère, une filiale, une société partenaire ou une société apparentée du membre insolvable à l'encontre duquel la procédure d'insolvabilité a été ouverte, ou une personne, y compris une personne morale, qui a ou a eu un pouvoir de contrôle sur l'entreprise du débiteur. La loi sur l'insolvabilité soumet souvent ces opérations à des règles d'annulation plus strictes, en particulier en ce qui concerne la longueur des périodes suspectes, ainsi que les présomptions ou le renversement de la charge de preuve pour faciliter l'action en annulation[3] en supprimant la condition selon laquelle le débiteur devait être insolvable au moment de l'opération, ou l'être devenu à la suite de celle-ci. Un régime plus strict peut se justifier par le fait que ces parties ont plus de chances d'être favorisées ou sont souvent les premières à savoir quand le débiteur est effectivement en difficulté financière.

5. Une approche de la charge de preuve dans le cas d'opérations mettant en jeu des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur pourrait consister à prévoir que l'intention ou la mauvaise foi requise est réputée ou présumée exister lorsque certains types d'opérations sont réalisées pendant la période suspecte, le cocontractant ayant la charge de prouver qu'il en est autrement. Dans le contexte des groupes de sociétés, certaines lois ont établi que les opérations entre membres d'un groupe et entre ces membres et les actionnaires du groupe étaient présumées, sauf preuve contraire, porter préjudice aux créanciers et pouvaient en conséquence être annulées. De plus, les créances de membres du groupe ayant des liens privilégiés avec le débiteur peuvent être soumises à un traitement spécial et les droits de tels membres découlant d'arrangements concernant la dette intragroupe être subordonnés aux droits des créanciers externes du membre insolvable (voir ci-après pour le déclassement).

6. S'agissant de l'ouverture d'actions en annulation, le degré d'intégration du groupe peut aussi avoir un impact considérable sur la capacité des créanciers d'identifier le membre du groupe avec lequel ils ont traité, lorsque la loi sur l'insolvabilité les autorise à engager une telle action.

Recommandations

Annulation

20) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsqu'il examine si une opération du type mentionné dans la recommandation 87 a), b) ou c) du Guide

---

[3] Voir Guide législatif, recommandation 97:

97. La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier les éléments devant être prouvés pour faire annuler une opération donnée, la partie chargée de les prouver, ainsi que les moyens de défense pouvant être invoqués contre l'annulation, par exemple le fait que l'opération a été conclue dans le cours normal des affaires avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. La loi peut aussi établir des présomptions et autoriser le renversement de la charge de la preuve pour faciliter la conduite de l'action en annulation.

législatif, effectuée entre le débiteur et des personnes ayant des liens privilégiés avec lui dans le contexte d'un groupe de sociétés, doit être annulée, le tribunal peut tenir compte des circonstances concernant le groupe dans lequel l'opération a été effectuée. Ces circonstances peuvent être notamment les suivantes: le degré d'intégration entre les membres du groupe qui sont parties à l'opération; l'objet de l'opération; et le fait de savoir si l'opération a procuré aux membres du groupe des avantages que ne s'accorderaient pas normalement des parties n'ayant pas de liens privilégiés entre elles.

21) La loi sur l'insolvabilité peut spécifier que, s'agissant des éléments mentionnés dans la recommandation 97 du Guide législatif et de leur application dans le contexte d'un groupe de sociétés, des dispositions spéciales relatives aux moyens de défense et aux présomptions s'appliquent.

Notes sur les recommandations

7. La recommandation 20 prend note du fait que les opérations intervenant dans un groupe de sociétés soulèvent des questions en plus de celles qui se posent généralement en relation avec les opérations mettant en jeu des parties qui ont des liens privilégiés avec le débiteur. Les dispositions du Guide législatif s'appliqueraient de manière générale. Le Groupe de travail voudra peut-être néanmoins examiner s'il faudrait tenir compte de ces questions supplémentaires dans les recommandations.

8. À sa trente et unième session, le Groupe de travail a noté qu'une application large de présomptions simples aux opérations entre membres d'un groupe et entre ces membres et les actionnaires du groupe pouvait porter préjudice aux créanciers et devait être évitée[4]. La recommandation 21 note qu'il est nécessaire d'envisager l'application de dispositions spéciales concernant la charge de preuve et les présomptions dans le contexte des groupes de sociétés, sans donner de détails.

6. Déclassement

[Référence: Guide législatif, deuxième partie, chap. V, par. 55 à 61]

9. Le Guide législatif note[5] que le déclassement désigne une modification de l'ordre de priorité entre créanciers dans le cadre de l'insolvabilité indépendamment de la validité ou de la légalité de la créance. Une créance, même valable, pourrait être déclassée en raison d'un accord volontaire ou d'une décision judiciaire. Les deux types de créances qui peuvent généralement être déclassées en cas d'insolvabilité sont celles des personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur et celles des propriétaires et des actionnaires du débiteur.

a) Créances de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur

10. Dans le contexte des groupes de sociétés, le déclassement des créances de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur pourrait signifier par exemple que les droits des membres du groupe qui découlent d'arrangements intragroupe

---

[4] Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente et unième session, A/CN.9/618, par. 44.

[5] Guide législatif de la CNUDCI, deuxième partie, chap. V, par. 56.

seraient éventuellement subordonnés aux droits des créanciers externes des membres du groupe qui sont soumis à la procédure d'insolvabilité.

11. Comme mentionné ci-dessus, le terme "personne ayant des liens privilégiés avec le débiteur", tel qu'il est employé dans le Guide législatif, inclurait les membres d'un groupe de sociétés. Le simple fait d'une relation privilégiée avec le débiteur, y compris, dans le contexte d'un groupe, lorsque celui-ci est un autre membre du même groupe, ne suffira peut-être pas toujours, cependant, à justifier un traitement spécial des créances. Parfois, ces dernières seront totalement transparentes et devraient être traitées de la même manière que les créances analogues déclarées par des créanciers n'ayant pas de relation privilégiée avec le débiteur; dans d'autres cas, elles pourront susciter des soupçons et mériteront une attention particulière. Il pourra être nécessaire qu'une loi sur l'insolvabilité comporte un mécanisme permettant de déceler les types de comportement ou de situations dans lesquels des créances mériteront une attention particulière. Comme il est noté plus haut, des considérations similaires valent pour l'annulation d'opérations entre membres d'un groupe de sociétés.

12. Le Guide législatif recense un certain nombre de situations dans lesquelles un traitement spécial pourrait se justifier (par exemple lorsque le débiteur est nettement sous-capitalisé et lorsqu'il y a preuve d'abus de confiance). Dans le contexte d'un groupe, d'autres situations pourraient entrer en ligne de compte, par exemple: dans la relation entre une société mère et une filiale contrôlée, la participation de la première à la gestion de la seconde; le fait que la société mère a cherché à manipuler des opérations intragroupe à son propre avantage aux dépens de créanciers externes; ou le fait que la société mère s'est par ailleurs comportée de manière injuste, au détriment de créanciers et d'actionnaires du membre contrôlé du groupe. Dans certaines lois, l'existence de ces circonstances pourrait entraîner le déclassement des créances de la société mère après celles de créanciers chirographaires n'ayant pas de liens privilégiés avec le débiteur, voire d'actionnaires minoritaires de la société contrôlée.

13. Certaines lois prévoient d'autres approches en matière d'opérations intragroupe, par exemple en permettant que des dettes contractées par un membre du groupe qui a emprunté des fonds dans le cadre d'un arrangement de prêt intragroupe soient subordonnées d'office aux droits des créanciers externes de ce membre; en permettant au tribunal d'examiner les arrangements financiers intragroupe pour déterminer si des fonds particuliers accordés à un membre du groupe devraient être traités comme un apport de capital plutôt que comme un prêt, lorsque les apports de capital sont subordonnés aux droits des créanciers (pour le traitement des participations au capital, voir plus loin); et en autorisant que des créances intragroupe soient subordonnées, de manière volontaire, aux créances externes.

14. Dans le contexte d'un groupe de sociétés, une décision de déclassement pourrait avoir pour conséquence pratique de réduire ou d'éteindre purement et simplement les remboursements aux membres du groupe dont les créances ont été déclassées si le montant des créances garanties et chirographaires externes est important par rapport aux fonds disponibles pour la répartition. Dans certains cas, une telle conséquence risquerait de compromettre la viabilité du membre subordonné et de porter préjudice non seulement à ses propres créanciers, mais aussi à ses actionnaires.

b) Traitement des participations au capital

15. Le Guide législatif note[6] que de nombreuses lois sur l'insolvabilité font une distinction entre les créances de propriétaires et d'actionnaires susceptibles de naître de prêts accordés au débiteur et les créances résultant de leur participation au capital du débiteur. S'agissant des secondes, nombre de ces lois excluent généralement les propriétaires et les actionnaires de la répartition du produit des actifs tant que toutes les autres créances ayant un rang de priorité supérieur n'ont pas été intégralement remboursées (y compris les créances d'intérêts courant à partir de l'ouverture de la procédure). Aussi les actionnaires et les propriétaires recevront-ils rarement quelque chose pour leur participation au capital du débiteur. Lorsqu'une partie du produit leur revient, celle-ci est généralement répartie en fonction du classement des actions spécifié dans le droit des sociétés et dans les statuts de l'entreprise. En revanche, les créances nées de prêts ne sont pas toujours déclassées.

16. Rares sont les lois sur l'insolvabilité qui traitent expressément du déclassement des créances résultant d'une participation au capital dans le contexte des groupes de sociétés. L'une d'entre elles permet aux tribunaux d'examiner les arrangements financiers intragroupe pour déterminer si des fonds particuliers accordés à un membre du groupe soumis à une procédure d'insolvabilité devraient être traités comme un apport de capital, plutôt que comme un prêt intragroupe, ce qui permet de les subordonner aux droits des créanciers. Ces fonds peuvent être traités comme une participation au capital lorsque le ratio d'endettement initial était élevé avant leur apport et qu'il diminuerait après cet apport; si le capital social libéré était insuffisant; s'il est peu probable qu'un créancier externe aurait consenti un prêt dans des circonstances identiques; et si les conditions dans lesquelles l'avance a été consentie n'étaient pas raisonnables et qu'on ne pouvait pas raisonnablement attendre un remboursement.

17. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner s'il est nécessaire d'adopter des recommandations sur le déclassement dans le contexte des groupes de sociétés et sur les circonstances dans lesquelles celui-ci se justifierait.

C. Voies de droit

1. Introduction

18. En raison de la nature des groupes de sociétés et de la façon dont ils opèrent, il se peut qu'existe, comme on l'a noté plus haut, une toile complexe d'opérations financières intragroupe, et que des créanciers aient traité avec différents membres, voire avec le groupe, en tant qu'entité économique unique, plutôt qu'avec plusieurs membres séparément. Pour savoir à qui appartiennent l'actif et le passif et identifier les créanciers de chaque membre du groupe, il faudra peut-être mener une enquête juridique complexe et coûteuse. Cependant comme, du fait de l'application du principe de l'entité distincte, les créanciers de chaque membre du groupe doivent en général s'adresser à celui-ci pour le remboursement de leur créance, il faudra, lorsqu'une procédure d'insolvabilité aura été ouverte à l'encontre d'un ou de plusieurs membres, attribuer la propriété de leurs actifs et de leurs passifs respectifs.

---

[6] Guide législatif de la CNUDCI, deuxième partie, chap. V, par. 76.

19. Lorsqu'on y parvient, le principe de l'entité distincte a pour effet de limiter le recouvrement des créances aux actifs du membre insolvable du groupe. Lorsqu'on ne peut y parvenir ou lorsque existent des raisons précises de traiter le groupe comme une entreprise unique, certaines lois prévoient des voies de droit qui permettent de déroger à ce principe. Historiquement, ces voies de droit ont été mises au point pour remédier à l'impression d'inefficacité et d'iniquité que donne dans certains cas le principe traditionnel de l'entité distincte. Ces voies de droit, qui s'ajoutent à la possibilité d'annuler des opérations intragroupe ou de déclasser des prêts intragroupe, sont notamment les suivantes: étendre aux autres membres solvables du groupe ainsi qu'aux dirigeants et aux actionnaires l'obligation de paiement des dettes externes; et rendre des ordonnances de contribution, de mise en commun ou de regroupement (des patrimoines). Certaines d'entre elles exigent la constatation d'une faute, et d'autres l'établissement de certains faits en relation avec les opérations du groupe. Dans certains cas, notamment en cas de mauvaise gestion, d'autres voies de droit pourraient être plus adéquates, par exemple la révocation des administrateurs incriminés et la limitation de la participation de la direction à la procédure de redressement.

20. En raison de l'iniquité qui peut naître de l'obligation pour un groupe de créanciers de partager l'actif et le passif avec les créanciers d'un autre membre du groupe potentiellement moins solvable, ces voies de droit ne sont pas toujours disponibles, ne couvrent généralement pas toutes les situations et ne s'appliquent que dans des cas limités. Celles qui consistent à étendre l'obligation de paiement des dettes peuvent conduire à "percer" ou à "lever" le "voile de la personnalité juridique", ce qui peut permettre de tenir les actionnaires, généralement exonérés de toute responsabilité pour les activités de la société, responsables de certaines d'entre elles. Ce n'est pas le cas des autres voies de droit examinées ici, même si dans certaines circonstances, l'effet peut sembler similaire.

2. Ordonnances de contribution

21. Une ordonnance de contribution est une ordonnance par laquelle un tribunal peut enjoindre à un membre solvable d'un groupe de verser une contribution spécifique pour couvrir tout ou partie des dettes d'autres membres du groupe qui sont en liquidation. Bien que ce type de mesure ne soit pas très courant dans les lois sur l'insolvabilité, certains pays l'ont adoptée ou envisagent de le faire. Dans les lois qui autorisent effectivement cette mesure, la difficulté évoquée plus haut, de concilier les intérêts des deux ensembles de créanciers chirographaires qui ont traité avec les deux sociétés distinctes fait que le pouvoir de rendre une ordonnance de contribution n'est pas fréquemment exercé. En outre, les tribunaux estiment qu'une ordonnance de contribution pleine et entière peut être inappropriée si elle a pour effet de compromettre la solvabilité de la société apparentée non encore en liquidation, bien qu'il soit possible d'ordonner une contribution partielle limitée à certains actifs, par exemple au solde restant après l'exécution des obligations de bonne foi.

22. Aux termes de l'une des lois qui prévoit des ordonnances de contribution, le tribunal doit tenir compte de certaines circonstances déterminées lorsqu'il examine la possibilité de rendre ou non une telle ordonnance, à savoir notamment la mesure dans laquelle une société apparentée a pris part à la gestion de la société en liquidation; la conduite de la société apparentée vis-à-vis des créanciers de la

société en liquidation, même si l'affirmation, par les créanciers, de l'existence d'une relation entre les sociétés ne suffit pas à motiver une telle ordonnance; la mesure dans laquelle les circonstances qui ont abouti à la liquidation sont imputables aux actions de la société apparentée; la conduite de la société solvable après l'ouverture de la procédure de liquidation de la société apparentée, surtout si elle a des répercussions, directes ou indirectes, sur les créanciers de la société apparentée, par exemple en cas d'inexécution d'un contrat; et tout autre élément que le tribunal juge approprié[7].

3. Regroupement des patrimoines ou mise en commun

a) Introduction

23. Une autre voie de droit est le regroupement des patrimoines ou mise en commun (appelé regroupement). Comme nous l'avons noté plus haut, en cas d'administration conjointe, les actifs et les passifs respectifs des débiteurs restent distincts, les droits fondamentaux des revendiquants demeurant inchangés. Le regroupement, en revanche, permet au tribunal, dans des procédures d'insolvabilité visant deux membres ou plus d'un même groupe, de ne pas tenir compte, dans des circonstances appropriées, de l'identité distincte de chaque membre de ce groupe, de regrouper leurs actifs et passifs respectifs et de les traiter comme s'il s'agissait de l'actif et du passif détenu et contracté par une entité unique. Ce regroupement a pour effet de créer une masse unique au profit général de l'ensemble des créanciers de tous les membres ainsi regroupés. Il concernerait généralement les membres du groupe à l'encontre desquels la procédure d'insolvabilité a été ouverte, mais il pourrait, dans certains cas, s'étendre à un membre solvable du groupe, lorsque ses affaires sont si étroitement liées à celles des autres membres du groupe qu'il serait avantageux de l'inclure. Il peut même s'étendre à des personnes physiques, telles que l'actionnaire contrôlant. S'il doit généralement être ordonné par le tribunal, le regroupement est également possible sur la base d'un consensus des parties intéressées ou d'un plan de redressement qui a été approuvé.

24. Peu de pays disposent de lois autorisant les ordonnances de regroupement[8], et lorsque cette voie de droit existe, elle n'est généralement pas fréquemment utilisée. Malgré l'absence de pouvoir légal exprès ou de norme prescrite sur les circonstances dans lesquelles de telles ordonnances peuvent être rendues, les tribunaux de certains pays ont directement contribué à développer cet outil et à définir les circonstances adéquates. Cette pratique montre que les tribunaux sont davantage conscients du recours fréquent à des structures organisationnelles imbriquées pour des motifs fiscaux et commerciaux. Comme pour les ordonnances de contribution, les circonstances qui justifieraient une ordonnance de regroupement sont très limitées et ce moyen n'est généralement utilisé que lorsque, en raison de l'intégration poussée des membres d'un groupe de sociétés, que ce soit du fait d'une participation ou d'un contrôle, il serait difficile, voire impossible, de démêler l'actif et le passif des différents membres du groupe et d'administrer séparément la masse de chaque débiteur.

---

[7] New Zealand Companies Act 1993 (Loi néo-zélandaise sur les sociétés), sect. 271 1) a) et 272 1).

[8] Ibid. sect. 272.

25. Le regroupement est généralement évoqué dans le contexte d'une liquidation, et les lois qui l'autorisent le font uniquement dans ce contexte. Il existe toutefois des propositions législatives qui autoriseraient le regroupement dans le contexte de différents types de redressement. Dans les pays dépourvus de législation spécifique, il serait possible d'ordonner un regroupement en cas aussi bien de liquidation que de redressement, lorsqu'une telle ordonnance pourrait par exemple faciliter le redressement du groupe.

26. Le regroupement pourrait se justifier lorsqu'il accroît la valeur à répartir entre les créanciers, soit en raison de la relation structurelle entre les membres du groupe et de la manière dont ils réalisent leurs opérations et entretiennent leurs relations financières, soit en raison de la valeur des actifs communs à l'ensemble du groupe, tels que les actifs de propriété intellectuelle dans un processus où interviennent plusieurs membres du groupe et le produit de ce processus. Une autre situation possible serait celle où il n'y a pas de réelle séparation entre les membres, la structure de groupe étant maintenue uniquement à des fins malhonnêtes ou frauduleuses. Les opérations intragroupe étant de plus en plus souvent une norme dans l'activité commerciale, le regroupement permettrait à un représentant de l'insolvabilité de se concentrer sur les dettes externes du groupe après la disparition des dettes intragroupe qui s'ensuivrait (voir ci-dessous).

27. Les principales inquiétudes que suscitent ces ordonnances, outre celles liées au problème fondamental du non-respect du principe de l'entité distincte, tiennent notamment, comme cela a déjà été mentionné, à l'injustice qui peut être faite à un groupe de créanciers lorsqu'il est contraint à un partage *pari passu* avec des créanciers d'un autre membre du groupe potentiellement moins solvable, et au fait de savoir si les économies ou les avantages dont bénéficie la collectivité des créanciers l'emportent sur les inconvénients que chacun d'eux doit accessoirement subir. Les créanciers qui s'opposent à un regroupement pourraient faire valoir que, comme ils comptaient sur les actifs distincts d'un membre précis du groupe lorsqu'ils traitaient avec lui, un paiement intégral ne devrait pas leur être refusé en raison des relations de leur partenaire commercial avec un autre membre du même groupe. Les créanciers qui sont favorables à un regroupement pourraient eux faire valoir le fait qu'ils comptaient sur les actifs du groupe dans son ensemble, et qu'il serait injuste de limiter le recouvrement aux actifs d'un seul membre du groupe.

28. Comme il implique la mise en commun des actifs de différents membres du groupe, le regroupement peut ne pas se traduire par une hausse du recouvrement pour tous les créanciers, mais avoir plutôt pour effet d'équilibrer les recouvrements entre tous les créanciers, en augmentant le montant distribué à certains, au détriment des sommes distribuées à d'autres. De plus, la possibilité d'un regroupement risque de permettre à des créanciers plus solides et plus importants de tirer profit d'actifs qui ne devraient normalement pas leur revenir; d'inciter des créanciers qui désapprouvent une ordonnance de regroupement à en demander la révision, au risque de prolonger la procédure d'insolvabilité; et de compromettre la sécurité et la prévisibilité offertes par les sûretés réelles (lorsque des créances intragroupe disparaissent en raison d'un regroupement, les créanciers qui ont des sûretés en garantie de ces créances perdront leurs droits).

b) Circonstances justifiant un regroupement

29. Un certain nombre d'éléments jugés utiles pour déterminer si un regroupement des patrimoines se justifie ou non ont été recensés, tant dans la législation qui autorise les ordonnances de regroupement que dans la pratique des tribunaux qui ont contribué à développer ces dernières. Chaque fois, il s'agit d'équilibrer les divers éléments: aucun élément n'est nécessairement décisif en soi et les éléments n'ont pas besoin d'être tous réunis dans un cas précis. Ces éléments sont notamment les suivants: la présence ou l'absence d'états financiers consolidés pour le groupe; l'utilisation d'un seul compte bancaire pour tous les membres du groupe; le fait qu'il y ait une communauté d'intérêts entre les membres du groupe et que leur capital soit détenu par la même personne; la difficulté d'isoler l'actif et le passif de chaque membre; le partage des frais indirects, de gestion, de comptabilité et autres frais connexes entre différents membres du groupe; l'existence de prêts intragroupe et de garanties réciproques des prêts; la mesure dans laquelle des actifs ou des fonds ont été transférés d'un membre à l'autre pour des raisons pratiques, sans respecter les formalités appropriées; la suffisance de capital; la confusion d'actifs ou d'opérations commerciales; la nomination d'administrateurs ou de dirigeants communs et la tenue de conseils d'administration communs; un établissement commun; des opérations frauduleuses avec des créanciers; l'habitude d'inciter les créanciers à considérer le groupe de sociétés comme une entité unique, ce qui crée la confusion chez les créanciers qui ne savent pas avec quel membre du groupe ils ont traité et brouille par ailleurs les contours juridiques des sociétés du groupe; et le point de savoir si un regroupement faciliterait un redressement ou sert les intérêts des créanciers. Enfin, le regroupement pourrait se justifier lorsque, en l'absence d'ordonnance en ce sens, la seule façon de déterminer le statut des diverses dettes intragroupe serait d'engager des procédures distinctes, ce qui accroîtrait inévitablement le coût et la durée de la liquidation et épuiserait les fonds revenant normalement aux créanciers.

30. Ces nombreux facteurs conservent leur pertinence, mais certains tribunaux ont commencé à se concentrer sur deux d'entre eux en particulier le fait de savoir si les créanciers ont traité avec le groupe en tant qu'unité économique unique et n'ont pas tenu compte de l'identité distincte des membres du groupe pour octroyer des crédits, et si les affaires des membres du groupe sont tellement imbriquées qu'un regroupement bénéficierait à tous les créanciers.

c) Intérêts concurrents dans le regroupement

31. Outre les intérêts concurrents des créanciers des différents membres d'un groupe de sociétés, les intérêts concurrents de différents types de parties prenantes méritent d'être pris en considération dans le contexte du regroupement, à savoir les créanciers et les actionnaires; les actionnaires des différentes sociétés du groupe, en particulier ceux qui sont actionnaires de certaines sociétés, mais pas d'autres; et les créanciers garantis et prioritaires des différents membres d'un groupe ayant fait l'objet d'un tel regroupement.

i) Propriétaires et actionnaires

32. De nombreuses lois sur l'insolvabilité adoptent la règle générale selon laquelle les droits des créanciers l'emportent sur ceux des propriétaires et des actionnaires, ces derniers ayant un rang inférieur à toutes les autres créances dans l'ordre de

priorité régissant la répartition. Il en résulte généralement que les propriétaires et actionnaires ne reçoivent rien[9]. Dans le contexte d'un groupe de sociétés, les actionnaires de certains membres ayant de nombreux actifs et un passif peu important peuvent recevoir un paiement, alors que les créanciers d'autres membres qui ont moins d'actifs et un passif plus élevé, ne recevront peut-être rien. Si le principe général qui consiste à classer les actionnaires après les créanciers chirographaires était appliqué, en cas de regroupement, au groupe dans son ensemble, tous les créanciers pourraient être payés avant les actionnaires d'un membre quelconque du groupe.

ii) Créanciers garantis

33. S'agissant des créanciers garantis, internes ou externes au groupe, la question se pose de savoir comment leurs droits devraient être traités en cas de regroupement. Le Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité[10] examine la position des créanciers garantis dans la procédure d'insolvabilité et estime que si, en règle générale, l'opposabilité et la priorité d'une sûreté réelle devraient être reconnues et la valeur économique des actifs grevés préservée, une loi sur l'insolvabilité peut modifier les droits de ces créanciers aux fins de politiques commerciales et économiques à condition de prévoir des mesures de protection appropriées.

34. On pourrait se demander, à propos du regroupement notamment: si une sûreté réelle grevant tout ou partie des actifs d'un membre du groupe pourrait être étendue aux actifs d'un autre membre du groupe lorsqu'une ordonnance de regroupement a été prise, ou si cette sûreté devrait être limitée à l'ensemble déterminé d'actifs sur lequel le créancier garanti s'était fondé à l'origine; si des créanciers garantis dont la sûreté n'est pas suffisante pourraient exiger le paiement de la dette restante sur les actifs mis en commun en tant que créanciers chirographaires; et si des créanciers garantis internes (c'est-à-dire des créanciers qui sont d'autres membres du même groupe) devraient être traités différemment des créanciers garantis externes. S'agissant des créanciers garantis externes, une solution pourrait consister à les exclure du regroupement, ce qui reviendrait à effectuer un regroupement partiel. Les créanciers garantis qui ont tenu compte de l'identité distincte des membres du groupe, comme dans les cas où ils se sont fondés sur une garantie intragroupe, devraient peut-être faire l'objet d'une attention particulière. Lorsque des actifs grevés sont nécessaires au redressement, une solution différente pourrait être envisagée, qui consisterait par exemple à autoriser le tribunal à adapter l'ordonnance de regroupement de manière à prévoir des dispositions spécifiques pour ces actifs. Le sort des sûretés des créanciers garantis internes doit également être examiné. Différentes solutions sont possibles: par exemple annuler ces sûretés, les créanciers devenant ainsi chirographaires, ou encore modifier ou déclasser ces sûretés.

---

[9] Guide législatif de la CNUDCI, deuxième partie, chap. V, par. 76.

[10] L'annexe I du Guide législatif de la CNUDCI indique les sections du Guide qui concernent le traitement des créanciers garantis dans la procédure d'insolvabilité.

iii) Créanciers prioritaires

35. Des questions similaires se posent en relation avec le traitement des créanciers prioritaires. Sur le plan pratique, ils pourraient bénéficier ou pâtir de la mise en commun des actifs du groupe de la même manière que les autres créanciers chirographaires. Lorsque les priorités, par exemple celles octroyées aux prestations sociales et aux créances fiscales, reposent sur le principe de l'entité unique, la question se pose de savoir comment elles devraient être traitées à l'échelle du groupe, surtout lorsqu'il y a interaction entre elles. Par exemple, les salariés d'un membre du groupe qui a de nombreux actifs et un passif peu important risquent d'être en concours avec ceux d'un membre qui se trouve dans la situation inverse, en cas de regroupement. Si les créanciers prioritaires sont en général susceptibles d'obtenir un meilleur résultat au détriment des créanciers chirographaires non prioritaires, les différents groupes de créanciers prioritaires devront peut-être revoir les attentes qu'ils ont fondées sur le principe de l'entité unique.

d) Inclusion de membres solvables du groupe dans le regroupement

36. Comme on l'a noté plus haut, le regroupement pourrait être étendu à un membre solvable d'un groupe, soit parce qu'il est attiré dans la procédure d'insolvabilité, soit parce que ses affaires sont si étroitement liées à celles des autres membres du groupe qu'il serait avantageux de l'inclure dans le regroupement. Cette situation peut être jugée particulièrement préoccupante par les créanciers du membre solvable, et une solution limitée pourrait être adoptée de sorte que l'ordonnance de regroupement ne s'applique qu'aux capitaux propres du membre solvable pour protéger les droits de ces créanciers.

e) Notification aux créanciers

37. En raison de l'impact potentiel du regroupement sur les droits des créanciers, les créanciers concernés devraient avoir le droit d'être notifiés de toute demande de regroupement et d'y faire objection. Les intérêts des créanciers qui ont peut-être tenu compte de l'identité distincte de chaque membre dans leurs opérations avec un groupe devraient être mis en balance avec les avantages généraux qui pourraient être retirés d'un regroupement. Il faut notamment se demander si une seule objection suffirait à empêcher le regroupement, ou si ce dernier pourrait quand même être ordonné. Une solution possible serait par exemple d'attribuer aux créanciers qui se sont opposés au regroupement et qui seront fortement désavantagés par celui-ci par rapport à d'autres créanciers, un paiement nettement supérieur aux autres créanciers chirographaires, ce qui reviendrait à s'écarter du principe strict de répartition égale. On peut aussi envisager d'exclure certains groupes de créanciers avec certains types de contrats, par exemple des arrangements de financement de projets à recours limité qui ont été conclus avec des membres clairement identifiés du groupe dans des conditions commerciales normales.

f) Autres questions: choix du moment du prononcé de l'ordonnance et inclusion ultérieure de membres additionnels

38. Les autres questions à examiner en relation avec les ordonnances de regroupement concernent notamment le moment où de telles ordonnances doivent être prises (seulement à un stade précoce de la procédure ou à un stade plus avancé lorsqu'il apparaît que la valeur à répartir entre les créanciers s'en trouverait accrue)

et le fait de savoir si un autre membre du groupe pourrait être ajouté à un regroupement existant. Si l'ordonnance de regroupement a été prise avec le consentement des créanciers, ou si les créanciers se sont vu donner la possibilité de s'y opposer, l'ajout d'un autre membre à une étape ultérieure de la procédure peut modifier le groupe d'actifs par rapport à ce qui avait été convenu ou notifié aux créanciers à l'origine. Dans ce cas, il est souhaitable de donner à nouveau la possibilité aux créanciers d'accepter ou de refuser cet ajout.

Recommandations

Regroupement

21) La loi sur l'insolvabilité peut autoriser le tribunal à ordonner, dans des circonstances appropriées, que les procédures d'insolvabilité à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe de sociétés soient jointes comme si ceux-ci formaient une entité unique. Lorsqu'il détermine si de telles circonstances existent, le tribunal peut prendre en compte:

a) La mesure dans laquelle les actifs des membres du groupe étaient si étroitement imbriqués qu'il était impossible de démêler la propriété de tel ou tel actif;

b) La mesure dans laquelle les créanciers avaient traité avec les membres d'un groupe en tant qu'entité économique unique et ne s'étaient pas fondés sur leur identité distincte pour octroyer des crédits;

c) La mesure dans laquelle le regroupement serait avantageux pour tous les créanciers; et

d) [...].

Notes sur les recommandations

39. À sa trente et unième session, le Groupe de travail est convenu que le regroupement pouvait se justifier dans certaines circonstances limitées et qu'il faudrait établir des critères clairs sur la base desquels les juges pourraient évaluer les circonstances de l'espèce[11]. La recommandation 21 reconnaît qu'un tribunal peut ordonner un regroupement dans des circonstances appropriées et indique certains critères qui pourraient être pris en considération pour déterminer si ces circonstances sont réunies dans un cas précis. Le paragraphe 29 ci-dessus présente un certain nombre d'autres exemples de circonstances susceptibles de justifier un regroupement.

---

[11] Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente et unième session, A/CN.9/618, par. 37 et 42.

D. Redressement

[Référence: Guide législatif, deuxième partie, chap. IV et recommandations 139 à 159]

40. Le Guide législatif traite en détail les questions liées au redressement et à la négociation, l'approbation et l'exécution d'un plan de redressement[12]. Une grande partie des questions examinées et des recommandations s'appliqueront au redressement de deux membres ou plus d'un groupe de sociétés. Par contre, la question de savoir si un plan de redressement unique peut être proposé pour deux membres ou plus d'un groupe n'est pas abordée.

41. Lorsque des procédures d'insolvabilité sont ouvertes à l'encontre de deux membres ou plus d'un groupe, qu'elles puissent ou non être administrées conjointement, la question est de savoir s'il sera possible de redresser les débiteurs en recourant à un plan unique qui permette de réaliser des économies sur l'ensemble des procédures ouvertes contre le groupe, de régler les difficultés financières du groupe de manière coordonnée, et de maximiser la valeur pour les créanciers. Plusieurs lois sur l'insolvabilité autorisent la négociation d'un plan de redressement unique. Dans certaines lois, cette approche est uniquement possible lorsque les procédures sont administrées conjointement ou regroupées. Lorsque cela n'est pas permis, un plan de redressement unifié ne serait généralement possible que lorsque les procédures peuvent être coordonnées en pratique.

42. Si la loi sur l'insolvabilité autorisait un plan de redressement unifié, il faudrait se pencher sur l'application à un groupe de sociétés d'un certain nombre de dispositions du Guide législatif relatives au redressement d'un débiteur unique. Ces dispositions concerneraient notamment la détermination des parties compétentes pour proposer le plan ou participer à sa proposition[13]; la nature et la teneur d'un plan[14]; les garanties accompagnant un plan[15]; la convocation et la conduite des réunions de créanciers concernant le plan; le classement des créances et les catégories de créanciers[16]; le vote des créanciers, l'approbation d'un plan[17], les objections à son approbation (ou à son homologation, si celle-ci est exigée)[18]; et son exécution[19].

43. Un plan de redressement unique devrait prendre en compte les intérêts des différents groupes de créanciers et éventuellement prévoir des taux de remboursement différents pour les créanciers des différents membres du groupe. S'agissant de l'approbation du plan, un juste équilibre devrait aussi être trouvé entre les droits de ces différents groupes de créanciers, y compris des majorités adéquates, aussi bien parmi les créanciers d'un seul membre que parmi les créanciers de différents membres du groupe. Par exemple, on pourrait se demander si le rejet du plan par les créanciers d'un des membres signifierait que le plan ne peut pas aller de

---

[12] Guide législatif de la CNUDCI, deuxième partie, chap. IV.
[13] Ibid., par. 8 à 14.
[14] Ibid., par. 3 à 5 et 17 à 25.
[15] Ibid., par. 54 à 63.
[16] Ibid., par. 27, 36, 37, 41 à 43.
[17] Ibid., par. 27 à 51.
[18] Ibid., par. 53 à 63.
[19] Ibid., par. 69 à 71.

l'avant. Une solution consisterait à s'appuyer sur les dispositions applicables à l'approbation d'un plan de redressement pour un débiteur unique. Une autre consisterait à élaborer des règles de majorité différentes spécialement destinées à faciliter l'approbation dans le contexte d'un groupe. Des garanties similaires à celles prévues dans la recommandation 152 du Guide législatif pourraient également être prévues, avec une exigence supplémentaire, à savoir que le plan soit équitable entre les créanciers des différents membres du groupe.

44. La recommandation 152 du Guide législatif dispose ce qui suit:

Homologation d'un plan approuvé

152. Lorsque la loi sur l'insolvabilité exige qu'un plan approuvé soit homologué par le tribunal, elle devrait exiger que celui-ci homologue ce plan si les conditions suivantes sont remplies:

a) Les approbations requises ont été obtenues et le processus d'approbation a été régulier;

b) Les créanciers recevront au moins autant dans le cadre du plan que ce qu'ils auraient reçu en cas de liquidation, à moins qu'ils n'aient expressément accepté un traitement moins favorable;

c) Le plan ne comporte pas de dispositions contraires à la loi;

d) Les créances et dépenses afférentes à l'administration de la procédure seront intégralement payées, sauf dans la mesure où le créancier concerné accepte un traitement différent; et

e) Sauf dans la mesure où les classes concernées en sont convenues autrement, si une classe de créanciers a voté contre le plan, elle se verra reconnaître pleinement par celui-ci le rang que la loi sur l'insolvabilité lui accorde et la part qui lui revient en vertu du plan devrait être conforme à ce rang.

45. Une loi sur l'insolvabilité pourrait aussi inclure des dispositions relatives aux conséquences du défaut d'approbation d'un tel plan, comme le fait la recommandation 158, surtout lorsque des membres solvables d'un groupe peuvent être inclus dans le plan. Une loi, par exemple, prévoit que le défaut d'approbation d'un plan entraîne la liquidation de tous les membres insolvables du groupe.

46. La recommandation 158 du Guide législatif dispose ce qui suit:

Conversion en liquidation

158. La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir que le tribunal peut convertir la procédure de redressement en liquidation lorsque:

a) Aucun plan n'est proposé dans le délai spécifié par la loi et aucune prorogation de ce délai n'est accordée par le tribunal;

b) Le plan proposé n'est pas approuvé;

c) Le plan approuvé n'est pas homologué (si l'homologation est exigée par la loi sur l'insolvabilité);

d) Le plan approuvé ou homologué est contesté avec succès; ou

e) Le débiteur manque gravement aux stipulations du plan ou ce dernier ne peut pas être exécuté.

Recommandations

Plan de redressement unifié

22) La loi sur l'insolvabilité peut autoriser la proposition d'un plan de redressement unifié pour deux membres ou plus d'un groupe de sociétés qui sont soumis à une procédure d'insolvabilité.

23) La loi sur l'insolvabilité peut prévoir la possibilité d'inclure un membre solvable du groupe qui n'est pas soumis à la procédure d'insolvabilité dans un plan de redressement unifié lorsque le tribunal considère que cette inclusion est dans l'intérêt du groupe.

Notes sur les recommandations

47. Les recommandations 22 et 23 énoncent des principes fondamentaux, à savoir qu'une loi sur l'insolvabilité peut autoriser la proposition d'un plan de redressement unifié concernant deux membres ou plus d'un groupe à l'encontre desquels une procédure d'insolvabilité a été ouverte et qu'un membre solvable du groupe non inclus dans cette procédure peut néanmoins être inclus dans le plan si cette inclusion est dans l'intérêt du groupe.

48. Compte tenu des éléments examinés aux paragraphes 42 à 44 ci-dessus, le Groupe de travail voudra peut-être envisager l'ajout de recommandations supplémentaires sur le contenu, et en particulier sur la question de savoir dans quelle mesure il serait possible ou nécessaire d'autoriser des taux de remboursement différents pour les différents groupes de créanciers; l'approbation; les mesures de protection; le défaut d'exécution; et d'autres aspects inclus abordés dans les recommandations 139 à 159 du Guide législatif.

E. Autres questions

49. En plus des questions mentionnées ci-dessus, le Groupe de travail voudra peut-être examiner les questions suivantes, qui n'ont pas encore fait l'objet d'un débat:

a) L'application des recommandations 69 à 86 du Guide législatif, relatives au traitement des contrats, en cas d'insolvabilité de deux membres ou plus d'un groupe de sociétés, en particulier lorsque ces contrats ont été conclus entre des membres du groupe;

b) Les considérations spéciales qui s'appliqueraient à la participation des créanciers à une procédure d'insolvabilité dans le contexte d'un groupe de sociétés, dans l'hypothèse où un ou plusieurs de ces créanciers seraient membres du même groupe et seraient ou non soumis à la même procédure d'insolvabilité;

c) La possibilité d'instaurer un comité des créanciers unique pour chaque membre du groupe ou chaque type de créancier dans un groupe;

d) S'agissant de la représentation des créanciers, les problèmes particuliers que pourrait poser l'application des recommandations 126 à 136 du Guide législatif, relatives à la participation des créanciers. Les membres d'un groupe qui sont créanciers d'autres membres du groupe seraient probablement considérés comme des parties ayant des liens privilégiés avec le débiteur aux fins de la recommandation 131 et ne seraient donc pas autorisés à participer aux comités de créanciers;

e) L'application à un membre d'un groupe de sociétés des recommandations 137 et 138 du Guide législatif, relatives au droit des parties intéressées d'être entendues et de faire appel: le terme "partie intéressée", comme l'explique le Guide législatif, pourrait s'appliquer de différentes manières à un membre d'un groupe de sociétés, que ce soit en tant que codébiteur dans une procédure conjointe, créancier, actionnaire, ou simplement en tant qu'autre membre du même groupe;

f) Les considérations spéciales qui pourraient s'appliquer à la déclaration de créances par d'autres membres du même groupe, par exemple leur examen approfondi comme dans le cas des créances de personnes ayant des liens privilégiés avec le débiteur, tel que le prévoit la recommandation 184 du Guide législatif.

[*IV. Les questions internationales sont traitées dans le document A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.2*]

A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.2 [Original: anglais]

Note du Secrétariat sur le traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-deuxième session

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
IV.	Questions internationales	1-33
A.	Introduction	1
B.	Compétence pour ouvrir une procédure d'insolvabilité: centre des intérêts principaux	2-17
C.	Traitement des actifs à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité	18-25
1.	Administration conjointe	18-19
2.	Financement postérieur à l'ouverture	20
D.	Recours: regroupement des patrimoines	26-27
E.	Redressement: plans de redressement unifiés	28-32
F.	Autres questions: conflit de lois	33

IV. Questions internationales

A. Introduction

1. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner si les informations générales contenues dans les paragraphes 1 à 4 du document A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.2 pourraient servir de base à une introduction au présent chapitre consacré aux questions internationales.

B. Compétence pour ouvrir une procédure d'insolvabilité: centre des intérêts principaux

2. Le Guide législatif de la CNUDCI note[1] que le débiteur doit avoir un lien suffisant avec l'État pour être soumis à sa loi sur l'insolvabilité. La plupart du temps, le problème de l'applicabilité de celle-ci ne se posera pas, car le débiteur sera un national ou un résident de l'État et y exercera son activité économique par

[1] Guide législatif de la CNUDCI, deuxième partie, chap. I, par. 12.

l'intermédiaire d'une structure juridique immatriculée ou incorporée sur son territoire. Mais, lorsque le lien entre le débiteur et l'État doit être établi, les lois sur l'insolvabilité prévoient différents critères, dont la présence, sur le territoire, du centre des intérêts principaux, d'un établissement ou d'actifs du débiteur.

3. Bien que le Règlement du Conseil européen (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (Règlement CE) et la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (la Loi type) utilisent tous deux le concept de centre des intérêts principaux, en rapport avec le début de la procédure dans le cas du Règlement et en rapport avec la fourniture d'une assistance dans le cas de la Loi type, ce concept n'est défini dans aucun des deux textes. Tous les deux présument cependant que le centre des intérêts principaux du débiteur est le siège statutaire, ou, dans le cas d'un particulier, la résidence habituelle, à moins qu'il puisse être démontré qu'il se situe ailleurs.

4. Bien qu'il soit applicable aux pays soumis au Règlement CE ou à ceux qui ont adopté la Loi type, le concept de centre des intérêts principaux n'est pas universel et là où il est utilisé, il est en évolution. De plus, ni le Règlement ni la Loi type ne traitent expressément de ce concept en ce qu'il s'appliquerait à un groupe de sociétés, même si dans un certain nombre d'affaires on a pris en compte des questions comme l'intégration de sociétés dans un groupe en examinant si la présomption selon laquelle le centre des intérêts principaux du débiteur était son siège statutaire pouvait être écartée dans un cas particulier.

5. Parmi les éléments considérés comme pertinents pour réfuter la présomption on a recensé: le degré d'indépendance d'une filiale par rapport à la prise de décision en matière de finances, de gestion et de politique; les arrangements financiers entre société mère et filiale, y compris la structure du capital, l'emplacement des comptes bancaires et des services de comptabilité; la répartition de la responsabilité pour la fourniture de documents techniques et juridiques et la signature des contrats; le lieu de la conception, de la commercialisation, de l'établissement des prix et de la livraison des produits et de l'exercice des fonctions de direction.

6. Si le critère du centre des intérêts principaux était adopté de manière universelle, dans la pratique, le centre des intérêts principaux de chaque membre d'un groupe de sociétés – chacun d'eux étant considéré comme une entité juridique distincte – pourrait se trouver dans un pays différent et des procédures pourraient donc être ouvertes dans chacun de ces pays. Dans une telle hypothèse, la coordination et la coopération entre les différentes procédures seraient essentielles pour permettre un règlement efficace de l'insolvabilité des groupes.

7. L'obtention d'un résultat coordonné pour l'insolvabilité d'un ou de plusieurs membres d'un groupe de sociétés situés dans des États différents dépend de la possibilité ou non de reconnaître dans les autres pays les différentes procédures engagées contre chaque membre et de la possibilité pour les parties engagées dans les diverses procédures de coopérer entre elles et d'agir en coordination. Dans les États qui ont adopté la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale[2] la

---

[2] Adoptée en Afrique du Sud (2000), en Érythrée, aux États-Unis d'Amérique (2005), en Grande-Bretagne (2006), aux îles Vierges britanniques, territoire d'outremer du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (2005), au Japon (2000), au Mexique (2000), au Monténégro (2002), en Pologne (2003), en Roumanie (2003) et en Serbie (2004).

réponse devrait être relativement simple; une procédure ouverte dans l'État où le débiteur a le centre de ses intérêts principaux pourrait être reconnue en tant que procédure étrangère principale, tandis qu'une procédure ouverte dans un État où le débiteur a un établissement pourrait être reconnue en tant que procédure non principale et les effets de la reconnaissance prévus par la Loi type s'appliqueraient[3]. Là où la Loi type n'a pas été adoptée, en revanche, il faut faire référence aux lois nationales, dont beaucoup ne contiennent pas de dispositions équivalentes à celles de la Loi type en ce qui concerne la reconnaissance, l'assistance, la coopération ou la coordination[4]. Du fait de l'absence de telles dispositions, l'obtention d'un résultat coordonné peut demander du temps, de l'argent, et, dans certains cas, elle est impossible.

8. Pour ces raisons, la coordination des procédures d'insolvabilité internationale a été grandement facilitée ces dernières années par les pratiques et les procédures mises au point par les professionnels de l'insolvabilité et les tribunaux, initialement dans des affaires particulières et pour régler certains problèmes rencontrés par les parties. Des accords ou des "protocoles" ont été négociés par les parties et homologués par les tribunaux des pays concernés. Ces protocoles d'insolvabilité internationale couvrent un certain nombre de questions, et peuvent servir, par exemple, à régler un litige particulier dû à des différences entre les lois dans des procédures internationales concurrentes, à créer un cadre juridique pour la conduite générale d'une procédure ou à coordonner l'administration de différentes masses de l'insolvabilité dans plusieurs États.

9. Le Groupe de travail voudra peut-être prendre note des progrès réalisés par le secrétariat de la CNUDCI, par le biais de consultations informelles avec des juges et des praticiens de l'insolvabilité, dans la compilation de données d'expérience pratique en matière de négociation et d'utilisation des protocoles d'insolvabilité internationale[5]. Un rapport est en cours d'élaboration sur le déroulement de ces travaux (A/CN.9/629) pour examen par la Commission à sa quarantième session en 2007.

10. Pour éviter des procédures multiples il pourrait être possible, dans certains cas, de regrouper les procédures d'insolvabilité engagées contre différents membres du groupe. Les procédures pourraient se dérouler dans un seul pays, ou être coordonnées à partir d'un seul pays, ou encore une certaine forme d'administration conjointe pourrait être envisagée (voir ci-dessous). L'identification du pays le plus central pour un groupe de sociétés pourrait être facilité par la définition d'un concept de "centre des intérêts principaux du groupe de sociétés" ou par l'élaboration d'une règle en vertu de laquelle le centre des intérêts principaux du groupe serait, par exemple, le lieu d'immatriculation de la société mère du groupe ou le lieu où elle mène ses activités commerciales. La mesure dans laquelle on pourrait adopter ce type d'approche serait fonction de l'acceptation générale d'une norme ou règle unique et de l'approbation d'une définition commune du "groupe de sociétés" aux fins d'une telle règle.

---

[3] Voir la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale: art. 17 sur la décision de reconnaître et les articles 20 et 21 sur les effets de la reconnaissance.

[4] Pour une analyse de la loi de 39 pays, voir "Cross-Border Insolvency: A Guide to Recognition and Enforcement", INSOL International, 2003.

[5] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 209, pour la décision de la Commission d'entreprendre ces travaux.

11. Créer la notion de centre des intérêts principaux pour un groupe de sociétés serait particulièrement utile dans les cas où il y a un haut degré d'intégration entre les membres d'un tel groupe et où celui-ci est géré pour l'essentiel comme une entité unique, les activités du groupe étant centralisées au centre des intérêts principaux. Cette notion pourrait être définie par référence, par exemple, aux questions examinées au paragraphe 5 ci-dessus – comment et où sont prises les décisions concernant la politique, la gestion et les finances du groupe – et aux perceptions des tiers, en particulier des créanciers, en ce qui concerne ce lieu. Le centre des intérêts principaux déterminerait dans quel État une procédure d'insolvabilité à l'encontre d'un groupe de sociétés devrait être ouverte, ainsi que la loi qui s'appliquerait à l'ouverture et à l'administration de la procédure.

12. Dans les cas où l'adoption d'une telle approche dépendrait d'une intégration étroite du groupe, il faudrait définir le niveau d'intégration requis. Les créanciers seraient tenus d'examiner la nature des liens d'une société avec laquelle ils traitent pour déterminer si elle fait ou non partie d'un groupe. Une telle approche pourrait provoquer une déconnexion entre l'établissement d'un membre d'un groupe de sociétés et le lieu où la procédure d'insolvabilité pourrait être ouverte à son encontre. Une procédure supplémentaire pourrait encore s'avérer nécessaire dans le pays autre que celui du centre des intérêts principaux où les membres du groupe menaient leurs affaires et détenaient leurs actifs.

13. Si une telle approche se fondait sur la prise en compte de différents facteurs pour déterminer le centre des intérêts principaux du groupe il ne serait pas toujours possible d'établir l'emplacement de ce lieu avant l'ouverture effective de la procédure d'insolvabilité. Une règle en vertu de laquelle ce centre serait situé en un lieu précis créerait une plus grande certitude. Un autre problème cependant serait lié à la reconnaissance et à l'application généralisées d'une telle règle et des décisions prises en conséquence. Même si un tribunal donné estimait que le centre des intérêts principaux d'un groupe de sociétés relevait de sa compétence et qu'il pouvait de ce fait recevoir des demandes relatives à d'autres membres du groupe, les autres tribunaux n'accepteraient pas nécessairement cette décision en l'absence d'une obligation contraignante de le faire. Cette situation pourrait donner lieu à des demandes concurrentes ou qui se recoupent. Les avis pourraient en outre diverger concernant l'inclusion d'une entreprise dans un groupe de sociétés, notamment dans un groupe international; certains tribunaux pourraient par exemple considérer comme une filiale ce que d'autres pourraient considérer comme une entreprise du pays où elle se trouve, malgré son rattachement à un groupe situé ailleurs. Il faudrait par ailleurs déterminer dans quelle mesure le fait d'établir que le centre des intérêts principaux d'un certain nombre de membres du groupe est situé dans un même pays désavantagerait les créanciers, y compris les employés, qui se trouvent dans d'autres pays, par exemple, pour ce qui est de produire leurs créances et de participer aux comités des créanciers et aux audiences.

14. Comme noté ci-dessus, une autre approche pourrait être de présumer que le centre des intérêts principaux du groupe est celui de la société mère, de sorte que tous les autres membres du groupe possèderaient le même centre et que le pays où la procédure serait ouverte ne serait pas lié au lieu d'incorporation ou au siège statutaire, sauf s'il était lié à la société mère lorsque ce critère est déterminant pour localiser le centre des intérêts principaux. Des difficultés pourraient cependant

surgir lorsque la société mère n'est pas insolvable alors que des membres du groupe situés ailleurs le sont.

15. Applicables à un niveau régional, les Principes de coopération entre pays de l'ALENA en matière d'insolvabilité transnationale (*Transnational Insolvency: Principles of Cooperation among NAFTA Countries*)[6] recommandent deux règles concernant les filiales dans le contexte des groupes de sociétés. La première[7] est qu'une filiale devrait être autorisée à demander l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans le pays où la procédure d'insolvabilité de la société mère a été ouverte afin que le redressement puisse être administré à l'échelle du groupe. La possibilité d'engager des procédures parallèles est reconnue, auquel cas la coordination devrait, dans toute la mesure possible, contribuer à procurer les avantages liés à la jonction des procédures. La deuxième recommandation[8] est que le redressement des groupes de sociétés devrait se faire à l'échelle mondiale, sous réserve de la nécessité de répartir la valeur des actifs en tenant compte de la forme sociale. Les principes prévoient une exception lorsque le pays principal ou le pays de la filiale font de l'insolvabilité une condition de la demande d'ouverture de la procédure faute de quoi le tribunal chargé de la procédure principale ne reconnaîtra généralement pas sa compétence à l'égard d'une société qui n'est pas enregistrée et ne fait pas des affaires dans ledit pays, ce qui sera souvent le cas pour la filiale.

16. À sa trente et unième session[9], le Groupe de travail est convenu que la difficulté de parvenir à s'entendre sur une définition de la notion de centre des intérêts principaux laissait supposer qu'il fallait avant tout faciliter la coordination et la coopération entre les différents tribunaux où une procédure d'insolvabilité contre différents membres d'un groupe de sociétés pourrait être ouverte, tout en reconnaissant qu'il était souhaitable d'éviter des procédures multiples dans le contexte d'un groupe.

17. Le Groupe de travail voudra peut-être étudier plus avant la question de l'ouverture des procédures d'insolvabilité dans le contexte d'un groupe à la lumière de l'analyse ci-dessus et de l'examen de la question de l'administration conjointe et du redressement ci-dessous. Il voudra peut-être envisager, par exemple, la possibilité de compléter les dispositions de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale pour traiter expressément de la coordination et de la

---

[6] Élaborés par l'American Law Institute en 2003 dans le cadre de son projet sur l'insolvabilité transnationale; peuvent être consultés à l'adresse www.ali.org.

[7] Principe procédural 23: Coordination avec les filiales. Une filiale devrait être autorisée à demander l'ouverture d'une procédure de faillite dans le pays où se déroule la procédure de faillite de sa société mère et pouvoir obtenir la jonction des procédures ou le regroupement des patrimoines en vertu de la loi applicable, en l'absence d'une procédure la concernant dans le pays où se trouvent ses intérêts principaux. Lorsque la filiale est partie à une procédure parallèle dans le pays où se trouvent ses intérêts principaux, la coordination entre les deux procédures devrait procurer, si possible, les avantages liés à la jonction.

[8] Principe procédural 24: Principes appliqués aux filiales.
Les principes de coordination et de coopération devraient s'appliquer à la procédure parallèle concernant la filiale d'une société mère débitrice étrangère de la même manière qu'ils s'appliquent à la procédure parallèle concernant le débiteur, même si certaines décisions, comme la répartition de la valeur des actifs, peuvent être prises de manière différente en raison de la nécessité de respecter la forme sociale.

[9] Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente et unième session (A/CN.9/618, par. 54).

coopération dans le contexte des groupes de sociétés. Ces dispositions pourraient par exemple porter sur les mesures tendant à faciliter l'administration conjointe et l'approbation des plans de redressement unifiés.

C. Traitement des actifs à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité

1. Administration conjointe

18. Comme noté précédemment au sujet du contexte national[10], l'administration conjointe peut faciliter la conduite d'une procédure d'insolvabilité en réduisant les coûts et les délais. Elle possède également cette faculté dans le contexte international. Toutefois, alors que dans le contexte national il peut y avoir des moyens de regrouper des procédures ouvertes dans différents pays, ces moyens n'existent généralement pas au niveau international, même si une pratique visant à faciliter l'administration conjointe existe bien entre certains pays voisins[11]. Au niveau international, les procédures ouvertes dans différents pays font intervenir différents actifs, créanciers, lois et priorités et soulèvent des questions concernant le choix du pays qui se verrait confier l'administration conjointe, le traitement applicable aux membres solvables dans les différents pays et la possibilité pour les représentants de l'insolvabilité d'opérer dans différents pays, en particulier dans ceux où ils ne sont pas habilités par la loi applicable.

19. Dans certaines situations, des procédures parallèles pourraient être nécessaires pour régler certaines de ces questions. Toutefois, il faudrait d'une manière générale éviter de multiplier les procédures afin de faciliter la coordination et la coopération. L'administration conjointe, qui n'exige pas de décision formelle quant au centre des intérêts principaux d'un groupe, serait facilitée par l'adoption de la Loi type de la CNUDCI, qui fournirait un cadre législatif pour la coopération et la communication internationales, et l'utilisation de protocoles internationaux ou d'autres mécanismes pour traiter les questions procédurales et administratives entre les différents États.

2. Financement postérieur à l'ouverture

20. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si les paragraphes 15 à 22 du document A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.2 pourraient être révisés pour former le commentaire de la présente section sur le financement postérieur à l'ouverture.

Recommandations

Attirer et autoriser un financement postérieur à l'ouverture de la procédure pour un groupe international de sociétés

24) La loi sur l'insolvabilité devrait permettre à un groupe international de sociétés [ou à un membre quelconque de ce groupe] d'obtenir un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, dans les conditions et suivant les règles définies dans les recommandations 26 à 32 ci-dessous.

25) La loi sur l'insolvabilité devrait prévoir des mesures de facilitation et d'incitation pour permettre au représentant de l'insolvabilité d'un membre

---

[10] A/CN.9/WG.V/WP.76, par. 32 à 37.

[11] Par exemple, le Canada et les États-Unis d'Amérique.

quelconque d'un groupe international de sociétés d'obtenir un financement postérieur à l'ouverture de la procédure lorsqu'il juge un tel financement nécessaire pour la poursuite de l'exploitation ou la survie de l'activité du groupe [ou de l'un quelconque de ses membres] ou pour préserver ou augmenter la valeur des masses d'un ou de plusieurs membres du groupe. La loi sur l'insolvabilité peut exiger que le tribunal ayant compétence à l'égard d'un membre concerné du groupe autorise ou que les créanciers d'un membre concerné du groupe approuvent l'octroi de ce financement audit membre, comme prévu dans les recommandations 31 et 32 ci-dessous.

26) La loi sur l'insolvabilité devrait permettre à un débiteur membre d'un groupe international de sociétés de recevoir le produit du financement postérieur à l'ouverture de la procédure obtenu par un autre membre, ou d'autres membres, de ce groupe.

Garanties ou autres mécanismes garantissant le remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure destiné à un groupe international de sociétés

27) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier qu'un membre d'un groupe international de sociétés [qui est débiteur] peut constituer une garantie ou un autre mécanisme garantissant le remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure obtenu par un autre membre du groupe, à condition que le tribunal ayant compétence à l'égard du débiteur-garant constate que:

a) [La masse du] débiteur-garant obtiendrait d'un tel financement des avantages comparables à ceux obtenus par le destinataire du financement; ou

b) [Les créanciers] [Le représentant de l'insolvabilité] du débiteur-garant consent[ent] la constitution de cette garantie ou de cet autre mécanisme garantissant le remboursement; ou

c) Les créanciers du débiteur-garant ne subiraient aucun préjudice économique en conséquence de cette garantie ou de cet autre mécanisme garantissant le remboursement.

Priorité accordée au financement postérieur à l'ouverture de la procédure destiné à un groupe international de sociétés

28) La loi sur l'insolvabilité devrait établir la priorité pouvant être accordée au financement postérieur à l'ouverture de la procédure octroyé à un membre d'un groupe international de sociétés, à condition que le tribunal ayant compétence à l'égard de ce membre fasse en sorte, au moins, que la personne fournissant ce financement soit remboursée avant les créanciers chirographaires ordinaires de ce membre, y compris les créanciers chirographaires titulaires d'une créance prioritaire afférente à l'administration de la procédure.

Sûreté réelle en garantie d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure destiné à un groupe international de sociétés

29) La loi sur l'insolvabilité devrait permettre à un membre d'un groupe international de sociétés de constituer une sûreté réelle en garantie du remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure accordé à

ce membre du groupe, notamment d'une sûreté sur des actifs non grevés, y compris des actifs acquis après l'ouverture de la procédure, ou d'une sûreté de rang inférieur sur des actifs de la masse déjà grevés de ce membre du groupe.

30) La loi sur l'insolvabilité devrait permettre à un membre d'un groupe international de sociétés de constituer une sûreté réelle en garantie du remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure accordé à un autre membre du groupe, notamment d'une sûreté sur des actifs non grevés, y compris des actifs acquis après l'ouverture de la procédure, ou d'une sûreté de rang inférieur sur des actifs de la masse déjà grevés du constituant.

31) La loi[12] devrait spécifier qu'une sûreté réelle constituée sur des actifs de la masse d'un membre quelconque d'un groupe international de sociétés afin de garantir le remboursement d'un financement postérieur à l'ouverture de la procédure pour tout membre du groupe ne prime pas une sûreté réelle antérieure sur les mêmes actifs, sauf si le représentant de l'insolvabilité [de chaque membre concerné du groupe] obtient l'accord du ou des créanciers garantis antérieurs ou s'il applique la procédure décrite dans la recommandation 32.

32) La loi sur l'insolvabilité devrait spécifier que, lorsqu'un créancier garanti antérieur ne donne pas son accord [à ce que le financement postérieur à l'ouverture de la procédure prime sa sûreté réelle], le tribunal ayant compétence à l'égard du membre du groupe qui détient les actifs grevés d'une sûreté réelle antérieure peut autoriser la constitution d'une sûreté réelle primant les sûretés réelles antérieures, sous réserve que soient remplies certaines conditions, notamment:

a) Que la possibilité ait été donnée au créancier garanti antérieur d'être entendu par le tribunal;

b) Qu'il puisse être prouvé que le(s) membre(s) concerné(s) du groupe international de sociétés ne peut (peuvent) obtenir le financement [par aucune autre moyen] [à des conditions plus favorables]; et

c) Que les droits du créancier garanti antérieur soient protégés.

Notes sur les recommandations

21. Ces recommandations sont fondées sur les recommandations 63 à 67 du Guide législatif et les recommandations 13 à 19 du document A/CN.9/WG.V/WP.76 concernant le financement postérieur à l'ouverture de la procédure pour un groupe de sociétés dans un contexte national.

22. Les notes dans les paragraphes 58 à 61 du document A/CN.9/WG.V/WP.76 concernant les projets de recommandations 13 à 19 s'appliqueraient aussi à ces projets de recommandations.

23. La recommandation 26 permet à un membre d'un groupe de sociétés de recevoir un financement postérieur à l'ouverture de la procédure obtenu par un autre membre du même groupe, lorsque ces membres peuvent se trouver dans des pays différents et que le financement ne pourrait pas être accordé dans cette situation sans autorisation législative spécifique.

---

[12] Cette règle peut figurer dans une loi autre que la loi sur l'insolvabilité, auquel cas cette dernière devrait en mentionner l'existence.

24. Les recommandations 29 et 30 sont fondées sur la recommandation 17, mais traitent respectivement d'une sûreté réelle constituée par le membre du groupe qui reçoit le financement et par un membre du groupe autre que celui qui reçoit le financement lorsque ces membres peuvent être situés dans des pays différents.

25. Comme noté ci-dessus s'agissant du financement postérieur à l'ouverture de la procédure dans le contexte national, la recommandation 68 du Guide législatif, qui vise à préserver la priorité accordée à un financement postérieur à l'ouverture de la procédure, concernerait les cas où la procédure de redressement visant un membre ou des membres d'un groupe de sociétés est convertie en liquidation.

D. Recours: regroupement des patrimoines

26. Comme cela a été exposé au sujet du contexte national[13], lorsqu'un groupe est étroitement intégré et que l'actif et le passif appartenant à chacun de ses membres ne peuvent être facilement identifiés, le regroupement international des patrimoines pourrait faciliter l'administration de la procédure collective. Envisager cette mesure dans une affaire internationale est toutefois beaucoup plus complexe que dans un contexte national, car cela soulève des questions telles que: la loi sur l'insolvabilité à appliquer; la mesure dans laquelle les tribunaux pourraient renoncer aux règles qui seraient appliquées dans une affaire nationale; les règles d'annulation à appliquer; la négociation, l'approbation et l'application d'un plan de redressement unique; les règles applicables sur l'admission des créances et la répartition; le traitement des sûretés réelles, etc.

27. Le regroupement dans des affaires internationales n'est pas courant. Il y a cependant eu des affaires dans lesquelles l'insolvabilité d'un groupe étroitement intégré comprenant des filiales dans différents États a été administrée comme s'il s'agissait d'une entité unique avec le consentement des créanciers et aussi des affaires ayant donné lieu à un plan de redressement unifié.

E. Redressement: plans de redressement unifiés

28. Comme noté ci-dessus dans le contexte national[14], la capacité de négocier un plan de redressement unique peut faciliter le redressement d'un groupe de sociétés de plusieurs manières. Il en va de même dans le contexte international bien que des considérations différentes entrent en jeu, notamment la manière dont différentes conditions concernant la proposition et l'approbation d'un plan de redressement dans différents pays pourraient être remplies dans le cas d'un plan unique et la question de savoir si un plan de redressement approuvé dans un pays pourrait être reconnu ou considéré comme obligatoire dans un autre.

29. Un plan de redressement unifié pourrait être envisageable dans les situations où les lois relatives à la négociation et à l'approbation d'un plan dans les pays concernés ne présentent pas de différences significatives ou lorsque les différences peuvent être surmontées à l'aide d'un protocole. Une approche est proposée au

---

[13] A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.1, par. 23 à 39.
[14] A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.1, par. 40 à 43.

niveau régional par les Principes de coopération entre les pays de l'ALENA[15], qui traitent de la possibilité de faire en sorte qu'un plan de redressement approuvé dans une procédure principale ait force obligatoire dans une procédure non principale à condition que certaines garanties soient respectées.

> "Recommandation 5: Force obligatoire des plans
>
> Les pays de l'ALENA devraient adopter des dispositions exigeant des tribunaux chargés de la procédure non principale qu'ils approuvent les plans de redressement découlant de la procédure principale, et ce malgré le non-respect des règles d'approbation de ces plans en vertu du droit national si: a) la répartition conformément au plan prévoit une valeur importante en provenance d'actifs ou de transactions d'un autre pays que le pays d'approbation; b) le plan a été approuvé conformément aux règles de vote de la loi de la procédure principale; c) les créanciers et les autres parties intéressées du pays d'approbation ont eu une occasion équitable et raisonnable de participer à la procédure principale; et d) le plan n'établit pas de discrimination injuste en raison de la nationalité ou du lieu de résidence ou de domicile. Les dispositions devraient aussi rendre ce plan définitif et obligatoire dans le pays d'approbation pour les droits de toutes les parties intéressées par les affaires du débiteur, dans la même mesure que le prévoit la loi régissant la procédure principale."

30. Lorsqu'il n'existe qu'une procédure principale et qu'il n'y a pas de procédure parallèle au sein de l'ALENA, les Principes prévoient, premièrement, que le plan devrait être définitif et obligatoire pour le débiteur et pour chaque créancier qui prend part d'une manière ou d'une autre à la procédure principale. À cette fin, la participation comprend la production d'une créance; le vote; ou l'acceptation de la répartition d'une somme d'argent ou de biens dans le cadre d'un plan[16]. Les Principes prévoient en outre que le plan devrait aussi être définitif et obligatoire s'agissant des créances à l'encontre du débiteur détenues par chaque créancier chirographaire qui a reçu une notification individuelle appropriée de l'affaire, et dont le cas serait examiné dans le cadre de la compétence des tribunaux chargés des affaires commerciales courantes en vertu de la loi du pays de la procédure principale, compte tenu du type de créance que ce créancier fait valoir[17].

31. L'application de ces Principes signifierait que chaque créancier qui a participé à la procédure principale de la manière indiquée pourrait être lié par le plan approuvé en vertu de cette procédure, même s'il n'était pas en faveur du plan, ainsi que tout créancier ayant reçu notification de la procédure et ayant eu des contacts suffisants avec le pays de la procédure principale pour que la compétence de ce dernier à son égard en matière d'insolvabilité soit acceptable.

32. Outre les projets de recommandations 22 et 23 qui s'appliquent dans un contexte national, le Groupe de travail voudra peut-être envisager comment la proposition et l'approbation d'un plan de redressement unifié pourraient être facilitées dans le cadre d'une insolvabilité internationale.

---

[15] Voir note 6 et par. 15 ci-dessus.
[16] Principe procédural 26: Force obligatoire du plan pour le participant.
[17] Principe procédural 27: Force obligatoire du plan: compétence personnelle.

F. Autres questions: conflit de lois

33. Le Groupe de travail se souviendra peut-être de l'examen des questions de conflit de lois dans le cadre du Guide législatif[18] et il voudra peut-être réfléchir à la mesure dans laquelle ces questions, pour autant qu'elles sont liées à l'insolvabilité de groupes internationaux de sociétés, pourraient faire l'objet de travaux futurs sur les groupes de sociétés.

---

[18] Guide législatif de la CNUDCI, deuxième partie, chap. I, par. 80 à 91 et recommandations 30 à 34.

VI. TRAVAUX FUTURS POSSIBLES

A. Note du Secrétariat sur les travaux futurs possibles sur les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle

(A/CN.9/632) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-7
II.	Importance de la propriété intellectuelle pour garantir des crédits et inadaptation des lois en vigueur	8-12
III.	Modification des recommandations spéciales du projet de guide concernant les sûretés grevant la propriété intellectuelle	13-86
	A. Terminologie	13-17
	B. Champ d'application	18-23
	C. Constitution d'une sûreté réelle mobilière	24-39
	1. Approche générale du projet de guide	24-26
	2. Modifications pouvant être apportées aux recommandations spéciales	27-39
	D. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière	40-44
	1. Approche générale du projet de guide	40
	2. Modifications pouvant être apportées aux recommandations spéciales	41-44
	E. Le système de registre	45-54
	1. Approche générale du projet de guide	45-47
	2. Modifications pouvant être apportées aux recommandations spéciales	48-54
	F. Priorité d'une sûreté réelle mobilière	55-65
	1. Approche générale du projet de guide	55
	2. Modifications pouvant être apportées aux recommandations spéciales	56-65
	G. Droits et obligations des tiers débiteurs	66-67
	1. Approche générale du projet de guide	66
	2. Modifications pouvant être apportées aux recommandations spéciales	67
	H. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière	68-73
	1. Approche générale du projet de guide	68-69
	2. Modifications pouvant être apportées aux recommandations spéciales	70-73
	I. Insolvabilité	74-77

1. Approche générale du projet de guide 74
2. Modifications pouvant être apportées aux recommandations spéciales 75-77
J. Financement d'acquisitions. 78-80
1. Approche générale du projet de guide 78
2. Modifications pouvant être apportées aux recommandations spéciales 79-80
K. Loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle. 81-86
1. Approche générale du projet de guide 81-82
2. Modifications pouvant être apportées aux recommandations spéciales 83-86
IV. Conclusions 87-89

I. Introduction

1. À sa trente-neuvième session en 2006, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a approuvé sur le principe le contenu des recommandations du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties ci-après ("le projet de guide")[1]. Elle a noté, à cette occasion, que la propriété intellectuelle (par exemple, les droits d'auteur, les brevets ou les marques) devenait progressivement une source de crédit extrêmement importante et ne devait pas être exclue d'une loi sur les opérations garanties moderne. À cet égard, il a été déclaré que les sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle étaient souvent une composante essentielle et précieuse des opérations de financement de matériel ou de stocks. Il a également été observé que les opérations de financement importantes dans lesquelles l'ensemble des biens d'un constituant était grevé comprenaient habituellement la propriété intellectuelle[2].

2. La Commission a noté aussi que les recommandations du projet de guide s'appliquaient généralement aux sûretés sur la propriété intellectuelle dans la mesure où elles n'étaient pas incompatibles avec le droit de la propriété intellectuelle (voir A/CN.9/631, recommandation 4, alinéa b)). Elle a noté en outre que, les aspects spécifiques du droit de la propriété intellectuelle n'ayant pas été pris en compte pour l'élaboration des recommandations, le projet de guide recommandait d'une manière générale aux États adoptants d'apporter, s'ils le souhaitaient, les modifications nécessaires aux recommandations pour traiter ces aspects[3].

3. De plus, afin de fournir des orientations aux États sur la question, la Commission a prié le secrétariat d'établir, en coopération avec d'autres organisations et en particulier l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 13 à 78.
[2] Ibid., par. 81.
[3] Ibid., par. 82.

(OMPI), une note examinant les travaux qu'elle pourrait entreprendre dans l'avenir au sujet des sûretés réelles mobilières sur la propriété intellectuelle. Elle l'a également prié d'organiser un colloque à ce sujet[4].

4. Le deuxième Colloque international de la CNUDCI sur les opérations garanties consacré aux sûretés réelles mobilières sur les droits de propriété intellectuelle (ci-après le "Colloque") s'est tenu à Vienne les 18 et 19 janvier 2007. Plusieurs questions y ont été soulevées à propos du traitement des sûretés sur la propriété intellectuelle dans le projet de guide[5]. De l'avis général, il était possible d'en régler une partie en clarifiant le texte de certaines définitions et recommandations sans pour autant modifier les décisions de principe prises par la Commission et le Groupe de travail VI (Sûretés), tandis que d'autres exigeaient un travail plus important ainsi qu'une modification des recommandations portant sur des biens particuliers.

5. À sa douzième session (New York, 12-16 février 2007), le Groupe de travail VI a révisé plusieurs recommandations et définitions pour traiter des questions qui pouvaient l'être au moyen de modifications et éclaircissements mineurs (voir A/CN.9/620, par. 111 à 120). À ses onzième et douzième sessions, il a examiné et approuvé les recommandations du projet de guide qui, dans chaque chapitre, se subdivisent, d'une part, en recommandations générales ou principes fondamentaux destinés à tous les États et, de l'autre, en recommandations et principes relatifs à des biens particuliers (ci-après "recommandations spéciales") destinés aux États qui pourraient en avoir besoin (voir A/CN.9/617 et A/CN.9/620).

6. La présente note a pour but d'examiner certaines des questions sur lesquelles la Commission devrait entreprendre des travaux plus poussés et qui exigeraient d'apporter des modifications plus importantes aux recommandations spéciales afin de compléter le projet de guide pour les États qui auraient besoin d'orientations précises sur les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle. Elle ne prétend pas énumérer toutes les questions de manière exhaustive ni les examiner dans les moindres détails. Elle aborde brièvement certaines des principales questions sur lesquelles il faudrait se pencher pour déterminer raisonnablement s'il est souhaitable et possible que la Commission entreprenne des travaux.

7. La note examine tout d'abord succinctement l'importance de la propriété intellectuelle pour garantir des crédits et l'inadaptation des lois en vigueur (chap. II). Elle résume ensuite le traitement actuellement réservé dans le projet de guide aux sûretés grevant la propriété intellectuelle et propose plusieurs modifications nécessaires aux recommandations spéciales (chap. III). En guise de conclusion, elle suggère les travaux qui pourraient être entrepris dans le domaine des sûretés sur la propriété intellectuelle (chap. IV).

---

[4] Ibid., par. 86.

[5] On trouvera les exposés présentés lors du Colloque sur le site Web de la CNUDCI (http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/2secint.html).

II. Importance de la propriété intellectuelle pour garantir des crédits et inadaptation des lois en vigueur

8. Avec l'avènement de l'ère de l'information et l'évolution rapide des techniques, la propriété intellectuelle, par exemple les brevets, les marques, les droits d'auteur, les listes de clients, le savoir-faire et les secrets d'affaires (pour la définition de la "propriété intellectuelle", voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation), représente une part de plus en plus importante de la valeur de nombreuses entreprises. Beaucoup d'entre elles s'occupent de créer, mettre sous licence, distribuer et gérer de la propriété intellectuelle, qui est la composante principale de leur actif. D'autres utilisent la propriété intellectuelle, comme les fabricants, qui ont fréquemment recours à du matériel dont le fonctionnement repose sur des techniques brevetées, et les distributeurs qui vendent généralement des biens meubles corporels dont la valeur découle en grande partie des marques sous lesquelles ils sont désignés ou des éléments protégés par le droit d'auteur qui figurent sur leur emballage. Pour toutes ces entreprises, notamment les entreprises de technologie qui, à l'heure actuelle, se financent uniquement auprès d'investisseurs, de même que pour les sociétés plus traditionnelles dont les activités dépendent de plus en plus de l'utilisation de la propriété intellectuelle, l'accès à des crédits garantis par la valeur de leur propriété intellectuelle ou de leurs droits d'utiliser la propriété intellectuelle d'autrui serait un avantage.

9. La propriété intellectuelle est généralement utilisée pour garantir des prêts de deux principales façons. D'une part, elle constitue souvent un élément intrinsèque de la valeur de biens appartenant au constituant, par exemple des biens meubles corporels qui sont désignés par une marque déposée ou dont l'emballage contient des éléments protégés par le droit d'auteur. Le constituant peut être titulaire de la propriété intellectuelle ou peut l'exploiter sous une licence exclusive ou non exclusive concédée par un tiers. Dans l'un et l'autre cas, il se peut que les biens eux-mêmes aient peu de valeur voire n'en aient aucune pour un prêteur en tant que garantie sauf si la loi applicable permet à ce dernier de réaliser sa sûreté de manière efficace et économique sans porter atteinte aux droits de propriété intellectuelle.

10. D'autre part, la propriété intellectuelle a souvent une valeur propre suffisante pour pouvoir être affectée par le constituant en garantie d'un crédit. Il pourrait s'agir, notamment, du portefeuille de brevets d'une société pharmaceutique ou du nom et du logo déposés d'une célèbre chaîne de magasins. La propriété intellectuelle est ainsi utilisée tout particulièrement par les sociétés du secteur technologique toujours plus nombreuses. Par exemple, le propriétaire d'un logiciel qui concède plusieurs licences pour son exploitation cherchera peut-être à obtenir un prêt garanti par les flux de redevances qu'il compte recevoir. En l'occurrence, le montant du crédit que le prêteur est disposé à accorder, ainsi que les intérêts et autres rémunérations qu'il exigera, dépendront en partie du degré de certitude avec lequel il pourra se rembourser sur la propriété intellectuelle et les redevances escomptées.

11. En tout état de cause, des lois claires et prévisibles sont indispensables pour permettre au prêteur d'évaluer ce degré de certitude. Quel que soit le bien susceptible d'être grevé, sa nature exacte ou son étendue sont régies par une loi autre que celle sur les opérations garanties. Dans le cas de la propriété intellectuelle,

le bien est défini dans le cadre de la loi et la pratique nationales, ainsi que d'un certain nombre de conventions internationales qui déterminent quels types de propriété intellectuelle peuvent être grevés et comment. Il arrive souvent que ce cadre ne soit pas coordonné avec les lois existant en matière d'opérations garanties, qui se fondent souvent sur des principes applicables aux biens meubles corporels, comme les stocks et le matériel, ou à des biens incorporels, comme les créances. Dans certains États, les sûretés grevant des types particuliers de propriété intellectuelle sont régies en partie par la loi sur la propriété intellectuelle (par exemple, l'inscription), alors que dans d'autres, elles sont soumises à des dispositions plus complètes dans la loi sur les opérations garanties. Il s'ensuit généralement que les sûretés sur la propriété intellectuelle relèvent des deux lois à la fois, la relation entre les deux régimes étant souvent quelque peu incertaine.

12. Il est donc nécessaire de coordonner soigneusement les lois régissant les opérations garanties (et, en cas d'insolvabilité du constituant, les lois sur l'insolvabilité) et celles régissant la propriété intellectuelle en général[6]. Pour ce faire, il faut comprendre les principes qui sous-tendent le commerce de la propriété intellectuelle et déterminer dans quelle mesure ils diffèrent éventuellement de ceux qui se trouvent à la base des opérations commerciales sur des biens meubles corporels et des créances[7].

III. Modification des recommandations spéciales du projet de guide concernant les sûretés grevant la propriété intellectuelle

A. Terminologie

13. Le terme "propriété intellectuelle" est défini dans le projet de guide comme désignant les droits d'auteur, les marques de fabrique, de commerce ou de service, les brevets, les secrets d'affaires et les dessins et modèles ainsi que tout autre bien que la loi interne de l'État adoptant ou un accord international auquel il est partie considère comme de la propriété intellectuelle (voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation). Le commentaire mentionne des accords, comme la Convention instituant l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle et l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)[8].

---

[6] Pour plus d'informations sur l'importance de la propriété intellectuelle en tant que garantie pour des crédits et les problèmes découlant des lois en vigueur, voir l'exposé intitulé "Intellectual property issues affecting a secured transactions regime", présenté par la Commercial Finance Association en rapport avec l'élaboration par la CNUDCI d'un guide sur les opérations garanties (août 2004) à l'adresse http://www.uncitral.org/pdf/english/colloquia/2secint/Kohn.pdf.

[7] Pour une analyse de ces questions par un groupe de spécialistes du droit de la propriété intellectuelle, voir le rapport intitulé "Report and analysis of the Ad Hoc Working Group on Intellectual Property Financing regarding the UNCITRAL draft Legislative Guide on Secured Transactions" (janvier 2007) à l'adresse http://www.uncitral.org/pdf/english/colloquia/2secint/Ad%20Hoc%20Working%20Group%20Report.pdf.

[8] Acte final reprenant les résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay, annexe 1C (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1867, n° 31874).

14. En ce qui concerne les autres termes, le projet de guide s'appuie sur la terminologie usuelle de la législation des opérations garanties. Si cette solution convient peut-être dans certains cas, il faudra sans doute l'adapter dans d'autres, car le droit de la propriété intellectuelle a sa propre terminologie, qui ne correspond pas nécessairement en tous points à celle actuellement employée dans le projet de guide.

15. Ainsi, le projet de guide parle de "cession" uniquement pour les créances (voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation). Or, ce terme a une acception plus large dans la pratique de la propriété intellectuelle, car il désigne un transfert de la titularité d'un droit de propriété intellectuelle et non pas simplement le transfert d'une créance. De même, le projet de guide ne définit pas la "licence" et emploie uniquement ce terme dans un sens neutre sans s'arrêter sur les différences entre les licences exclusives et les licences non exclusives. Dans le même ordre d'idée, il parle de "réserve de propriété" uniquement pour les biens meubles corporels, mais non pour les licences, dans lesquelles par définition le concédant reste titulaire du droit de propriété intellectuelle (voir par. 37 ci-dessous). Le projet de guide n'emploie non plus aucune terminologie particulière pour désigner les droits divers des propriétaires, copropriétaires, coauteurs et autres parties participant à la création initiale de la propriété intellectuelle.

16. Le projet de guide, suivant en cela l'approche adoptée par la plupart des systèmes juridiques et retenue dans la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international[9] (ci-après "la Convention des Nations Unies sur la cession''), ne distingue pas non plus les créances commerciales des recettes générées par les accords de licence de propriété intellectuelle. Cette approche étant contestée dans certains milieux de la propriété intellectuelle, il faudra peut-être examiner la question (voir par. 35 ci-dessous).

17. Le projet de guide ne définit pas les biens meubles corporels comportant des éléments de propriété intellectuelle (par exemple des marques ou des logiciels) ni les sûretés sur ces biens et n'en examine pas non plus les différents aspects dans le détail. D'un côté, si une sûreté sur ces biens ne s'étendait pas aux éléments de propriété intellectuelle qu'ils renferment, elle risquerait de perdre toute substance (par exemple, lorsque le bien grevé est un stock d'appareils photographiques numériques fonctionnant à l'aide d'un logiciel sur une puce). D'un autre côté, un tel résultat risque d'être incompatible avec le droit du titulaire des éléments de propriété intellectuelle de contrôler la distribution des copies et des biens incorporant ces éléments et devra probablement être limité conformément aux principes applicables du droit de la propriété intellectuelle (voir par. 38 et 39 ci-dessous).

B. Champ d'application

18. La loi recommandée dans le projet de guide devrait s'appliquer "à tous les types de biens meubles et de biens rattachés, corporels ou incorporels, présents ou futurs, y compris les stocks, le matériel et autres biens meubles corporels, les créances contractuelles et non contractuelles, les créances non monétaires

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

contractuelles, les instruments négociables, les documents négociables, les droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, le produit d'un engagement de garantie indépendant et la propriété intellectuelle" (voir A/CN.9/631, recommandation 2, alinéa a)).

19. Elle devrait disposer toutefois que, nonobstant la recommandation 2 a), elle ne s'applique pas "à la propriété intellectuelle dans la mesure où ses dispositions sont incompatibles avec une loi nationale ou un accord international auquel l'État est partie concernant la propriété intellectuelle" (voir A/CN.9/631, recommandation 4, alinéa b)).

20. Le commentaire explique qu'un État qui adopte une législation sur les opérations garanties conformément au projet de guide devrait examiner s'il conviendrait d'adapter certaines des recommandations quand elles s'appliquent aux sûretés sur la propriété intellectuelle. Ces recommandations sont notamment les suivantes: recommandation 204 sur la loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles incorporels, les recommandations 43 et 83 concernant l'inscription sur un registre spécialisé, et les recommandations dans lesquelles se pose la question de savoir si une sûreté grevant des biens meubles corporels devrait s'étendre à tout droit de propriété intellectuelle attaché à leur utilisation ou fonctionnement (voir A/CN.9/631/Add.1).

21. Le commentaire attire également l'attention des États sur la nécessité d'examiner leurs lois existantes sur la propriété intellectuelle ainsi que leurs obligations découlant de traités, de conventions et d'autres accords internationaux en la matière. Dans les cas où les recommandations du projet de guide seraient incompatibles avec une de ces lois ou obligations, la loi sur les opérations garanties de l'État devrait confirmer expressément que ces lois et obligations régissent la question là où il y a incompatibilité. Le commentaire précise en outre que les États devront peut-être modifier certaines recommandations du projet de guide pour éviter les incompatibilités avec les lois et traités sur la propriété intellectuelle (voir A/CN.9/631/Add.1).

22. Si le commentaire encourage les États à analyser les éventuelles incompatibilités entre le droit de la propriété intellectuelle et le projet de guide, il n'indique pas précisément dans quels cas peuvent exister des incompatibilités ni comment les recommandations du projet de guide devraient être modifiées pour les éviter. Bien que le projet de guide recommande de donner préséance au droit de la propriété intellectuelle sur la loi régissant les opérations garanties là où il y a incompatibilité, certains États hésiteront peut-être à appliquer ses recommandations aux actifs de propriété intellectuelle car ils craignent qu'une application erronée n'ait des conséquences négatives sur le plan interne ou international. Cette hésitation peut à son tour amener les fournisseurs de crédit à conclure que les actifs de propriété intellectuelle ne se prêtent pas à des opérations de financement garanti, ce qui peut avoir des conséquences indésirables compte tenu du rôle de plus en plus important que la propriété intellectuelle joue dans les économies modernes.

23. Dans ses travaux futurs, la Commission donnerait des indications précises aux États sur les modifications qu'il faudrait éventuellement apporter aux recommandations spéciales du projet de guide afin de traiter les questions se posant dans le cadre d'opérations garanties utilisant la propriété intellectuelle et de faciliter ainsi ces opérations.

C. Constitution d'une sûreté réelle mobilière

1. Approche générale du projet de guide

24. Dans le projet de guide, une sûreté est créée par une convention entre le constituant et le créancier garanti (voir A/CN.9/631, recommandation 12). Pour produire effet, une convention constitutive de sûreté doit exprimer la volonté des parties de constituer une sûreté, identifier le créancier garanti et le constituant et décrire l'obligation garantie et les biens grevés (voir A/CN.9/631, recommandation 13). Si elle ne s'accompagne pas d'un transfert de la possession des biens grevés, elle doit être conclue ou constatée par un écrit qui, compte tenu du comportement des parties, exprime la volonté du constituant de consentir une sûreté. En cas de transfert de possession, elle peut même être verbale (voir A/CN.9/631, recommandation 14).

25. Les biens grevés dans la convention constitutive peuvent être décrits par des formules génériques du type "tous les biens présents et futurs " ou "tous les stocks présents et futurs" (voir A/CN.9/631, recommandation 13). La sûreté peut garantir tout type d'obligation, présente ou future, déterminée ou déterminable, ainsi que des obligations conditionnelles et des obligations dont le montant fluctue (voir A/CN.9/631, recommandation 15). Elle peut porter sur tous les types de biens, y compris des biens qui, au moment de la conclusion de la convention, n'existent pas encore ou dont le constituant n'est pas encore propriétaire ou qu'il n'a pas encore le pouvoir de grever (voir A/CN.9/631, recommandation 16). Sauf accord contraire des parties à la convention constitutive de sûreté, la sûreté sur le bien grevé s'étend à son produit identifiable (voir A/CN.9/631, recommandation 18).

26. Lorsque le bien grevé est une créance, une cession a effet entre le cédant et le cessionnaire et à l'égard du débiteur de la créance nonobstant toute convention entre le cédant initial ou tout cédant subséquent et le débiteur de la créance ou tout cessionnaire subséquent, limitant d'une quelconque manière le droit du cédant de céder ses créances (voir A/CN.9/631, recommandation 25).

2. Modifications pouvant être apportées aux recommandations spéciales

27. Les dispositions générales du projet de guide relatives à la constitution d'une sûreté peuvent s'appliquer aux sûretés sur la propriété intellectuelle (voir A/CN.9/631, recommandations 12 à 18). Cependant, certaines dispositions, pour pouvoir s'appliquer à ces dernières, devront sans doute être modifiées, à l'aide de recommandations spéciales.

a) Description générique des biens grevés

28. Par exemple, il faudra peut-être revoir le concept de "description générique" des biens grevés lorsqu'il s'applique à l'inscription de la propriété intellectuelle sur un registre spécialisé. Une formule descriptive du type "tous les droits" pour un bien de propriété intellectuelle déterminé peut être "générique" à cette fin, par exemple "tous les droits sur le brevet B dans le pays X". En revanche, une description qui englobe plusieurs biens de propriété intellectuelle devra peut-être identifier chacun d'eux dans une certaine mesure, par exemple "tous les films dont le Studio A est propriétaire et dont le titre est indiqué dans la liste ci-jointe".

29. Comme on le verra plus bas (voir par. 49), les registres de propriété intellectuelle indexent les avis par bien et non par constituant. Aussi un avis mentionnant uniquement "tous les biens de propriété intellectuelle appartenant au constituant" ne serait-il pas suffisamment descriptif. Il serait nécessaire au contraire d'identifier chaque bien dans l'avis inscrit par son titre ou un autre élément. Pour des raisons d'efficacité, il conviendra peut-être d'exiger que la description des biens grevés dans la convention constitutive de sûreté soit tout aussi précise.

b) Obligations non transférables

30. Le projet de guide dispose par ailleurs qu'une sûreté peut garantir tout type d'obligation (voir A/CN.9/631, recommandation 15) mais que la loi qu'il recommande ne prévaut pas sur les dispositions légales interdisant le transfert de certains types de biens, à l'exception des dispositions interdisant le transfert de créances futures et celles privant d'effet les cessions de créances faites en dépit d'une convention d'incessibilité (voir A/CN.9/631, recommandation 17).

31. Il faudrait, dans le cadre de travaux futurs, indiquer clairement qu'il importe de permettre au créancier de la prestation dans un contrat de service conclu avec un auteur ou un inventeur de constituer une sûreté sur ses droits à obtenir cette prestation, car celle-ci sera souvent nécessaire pour obtenir un financement. Cependant, il se peut qu'une disposition générale autorisant la constitution d'une telle sûreté sans le consentement de la partie débitrice de la prestation soit incompatible avec les lois existantes. Il faudra peut-être étudier plus avant l'impact de ces questions sur la faculté d'une partie de grever son droit à recevoir une prestation dans ce type de contrat.

c) Biens à venir

32. Le projet de guide prévoit aussi qu'une convention constitutive de sûreté peut porter sur des biens qui n'existent pas au moment où elle est conclue ("biens à venir" ou "biens futurs"; voir A/CN.9/631, recommandation 16). D'un côté, il est utile d'un point de vue commercial d'autoriser l'extension d'une sûreté sur la propriété intellectuelle qui sera créée ou acquise ultérieurement. Ainsi, il est possible, dans certains États, de créer une sûreté sur une demande de brevet avant la délivrance du brevet lui-même. De même, le financement de films cinématographiques ou de logiciels devant être produits est une pratique courante. Une loi efficace sur le financement garanti devrait faciliter ces pratiques. D'un autre côté, nombre d'États limitent le transfert de divers biens de propriété intellectuelle futurs. Certains États limitent la faculté de transférer effectivement des droits sur de nouveaux supports ou procédés techniques inconnus au moment du transfert. Il faudra peut-être adapter le projet de guide pour tenir compte de ces règles.

d) Le principe *nemo dat*

33. Le projet de guide dispose que le constituant doit avoir des droits sur le bien grevé (principe selon lequel "personne ne donne ce qu'il n'a pas" – *nemo dat quod non habet* ou *nemo plus juris transferre potest quam ipse habet*), ce qui a une importance particulière pour les sûretés créées par un concessionnaire de licence (voir A/CN.9/631, recommandation 13). Il faudrait, dans le cadre de travaux futurs, clarifier l'application à la propriété intellectuelle du principe *nemo dat*, à savoir qu'un créancier obtenant une sûreté sur un bien de propriété intellectuelle ou le droit

d'utiliser un tel bien n'acquiert pas plus de prérogatives que celles dont le constituant jouit sur ce bien. En particulier, si la sûreté est créée par un licencié, il faudrait confirmer que celui-ci ne peut donner plus de droit que ceux qu'il a lui-même obtenus du concédant. Les travaux futurs devraient donc souligner combien il est nécessaire que le prêteur fasse preuve de la diligence voulue pour déterminer, notamment, l'étendue des droits du concessionnaire, la durée de ces droits et les territoires où ceux-ci peuvent être exercés.

e) Le principe de l'autonomie des parties

34. Un autre exemple de question qui devra peut-être faire l'objet de travaux plus poussés concerne la disposition, dans le projet de guide, qui reconnaît l'autonomie des parties (voir A/CN.9/631, recommandation 8). Les travaux futurs sur les sûretés grevant la propriété intellectuelle devraient préciser que les titulaires de droits de propriété intellectuelle ont la faculté de décider des tiers qui seront autorisés à utiliser ces droits et des conditions dans lesquelles se fera cette utilisation. En particulier, la faculté devrait leur être donnée de transférer leurs droits ou de concéder à un tiers une licence d'utilisation de ces droits.

f) Conventions d'incessibilité

35. À cet égard, les travaux futurs devront confirmer que le concédant est autorisé, conformément à une loi autre que celle régissant les opérations garanties, à limiter par contrat le droit du concessionnaire de transférer la licence ou de concéder une sous-licence à un tiers, ainsi qu'à mettre fin à la licence en cas de contravention au contrat. Il faudrait donc indiquer clairement que la disposition du projet de guide qui se rapporte aux conventions d'incessibilité pour les créances (voir A/CN.9/631, recommandation 25) ne s'applique pas aux droits des concessionnaires découlant de licences de propriété intellectuelle. En revanche, conformément aux lois en vigueur dans la plupart des systèmes juridiques et à la Convention des Nations Unies sur la cession, elle s'applique aux créances nées de droits de propriété intellectuelle (par exemple, les redevances de licence). À cet égard, les spécialistes de la propriété intellectuelle arguent que ce type de créances devrait être considéré comme une partie intégrante de la propriété intellectuelle, en invoquant la jurisprudence, ainsi que les conventions internationales qui autorisent les transferts et les licences de propriété intellectuelle et limitent les pratiques de licences obligatoires. Ils invoquent également les lois nationales, par exemple, qui restreignent la cessibilité des redevances dues aux propriétaires-concédants.

g) Titularité des droits de propriété intellectuelle

36. Une autre question à traiter est celle de savoir qui, du constituant ou du créancier garanti, est titulaire du droit de propriété intellectuelle grevé ou bénéficie des prérogatives conférées par ce droit. En matière de propriété intellectuelle, la titularité détermine des éléments importants de la valeur du bien, comme le droit de traiter avec les autorités publiques à diverses fins, par exemple pour introduire des actions en contrefaçon de brevet, de concéder des licences et de poursuivre les contrevenants. Il importe donc de déterminer qui, du constituant ou du créancier garanti, est titulaire du droit de propriété intellectuelle pendant le financement, cette question étant essentielle aux deux parties pour préserver la valeur du bien grevé. Selon le principe de l'autonomie des parties, la loi devrait autoriser celles-ci à

trancher la question elles-mêmes dans la convention constitutive de sûreté. Dans le silence de cette convention, il sera alors sans doute nécessaire de coordonner la loi sur les opérations garanties avec les règles applicables de la loi sur la propriété intellectuelle pour que le créancier garanti ne soit pas titulaire du droit de propriété intellectuelle en tant que bien grevé (comme c'est le cas pour tout autre bien grevé). Une solution possible serait de prévoir que, sauf convention contraire, il est interdit au créancier garanti d'approuver différents types de licences.

h) Propriété réservée par le concédant dans un accord de licence

37. Le projet de guide contient par ailleurs une disposition qui considère certaines opérations avec réserve de propriété comme étant fonctionnellement équivalentes aux opérations garanties, ce qui permet à un acquéreur de biens meubles corporels de constituer une sûreté sur ces biens même avant d'en avoir réglé l'intégralité du prix et d'en être devenu propriétaire. Un accord de licence autorise, sous certaines conditions qu'il stipule, l'utilisation d'un droit de propriété intellectuelle dont le concédant reste titulaire. Les travaux futurs devraient indiquer clairement que ce type d'opération n'est pas fonctionnellement équivalent à une opération garantie et que le concessionnaire n'a pas droit automatiquement de transférer la licence ou de concéder une sous-licence à un tiers (pour plus de détails sur la question, voir chap. III, sect. J, sur le financement d'acquisitions, par. 78 à 80 ci-après).

i) Biens meubles corporels contenant des éléments de propriété intellectuelle

38. Une autre question sur laquelle il faudrait se pencher concerne les sûretés grevant des biens meubles corporels auxquels sont attachés des droits de propriété intellectuelle (par exemple, des produits pharmaceutiques et des dispositifs mécaniques qui sont le fruit d'inventions brevetées; des DVD, des livres de poche et des lithographies contenant des œuvres protégées par le droit d'auteur; et des étiquettes, des vêtements et des marchandises qui contiennent des marques). La sûreté grevant ces biens meubles corporels serait sans valeur si elle ne conférait pas le droit d'utiliser les éléments de propriété intellectuelle qui s'y rattachent. Elle est toutefois limitée par les droits du titulaire des éléments de propriété intellectuelle en question. Par exemple, l'acquéreur d'un DVD contenant une œuvre musicale protégée par le droit d'auteur ne peut en faire ensuite des milliers de copies pour les vendre sans l'autorisation du titulaire de la propriété intellectuelle.

39. Dans la pratique actuelle, le droit de la propriété intellectuelle traite la question en se fondant sur le principe de l'"épuisement", selon lequel la vente autorisée d'une copie épuise certains droits, comme celui de contrôler les reventes de cette copie. Ainsi, lorsque le constituant est devenu propriétaire de biens meubles corporels dans une opération qui a "épuisé" les droits correspondants de propriété intellectuelle, un créancier garanti pourrait revendre ces biens du moins sur le territoire où la vente est autorisée sans commettre d'infraction. Cependant, le traitement du principe de l'épuisement est complexe, en particulier dans les opérations internationales, et nécessiterait un examen soigneux (voir aussi par. 72 ci-dessous).

D. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière

1. Approche générale du projet de guide

40. La principale méthode d'opposabilité d'une sûreté est l'inscription d'un avis contenant certaines informations sur un registre général des sûretés (voir A/CN.9/631, recommandation 33). D'autres méthodes prévues sont l'inscription sur un registre spécialisé (voir A/CN.9/631, recommandation 43), le transfert de la possession et le contrôle (voir A/CN.9/631, recommandations 38, 50 et 51).

2. Modifications pouvant être apportées aux recommandations spéciales

a) Propriété intellectuelle enregistrable

41. L'inscription d'un avis sur le registre général des sûretés peut être utilisée pour rendre opposable une sûreté grevant la propriété intellectuelle. De même, l'inscription d'une sûreté sur un registre spécialisé est possible dans la loi de nombreux États (le projet de guide la reconnaît simplement si elle existe mais ne l'exige pas), du moins pour certains types de propriété intellectuelle, comme les brevets et les marques (et, dans certaines États, les droits d'auteur). D'autres méthodes, en revanche, comme le transfert de la possession ou le contrôle, ne sont pas envisageables pour la propriété intellectuelle (voir A/CN.9/631, recommandations 38 et 50).

42. Il faudrait étudier la question de la coordination entre le registre général des sûretés et tout registre spécialisé, par exemple de brevets ou de marques, en particulier du fait que:

a) Le registres de propriété intellectuelle peuvent être indexés par bien tandis que le registre des sûretés l'est par le nom du constituant;

b) L'inscription sur les registres de propriété intellectuelle peut se faire par dépôt de certains documents, et non celui d'un avis et avoir pour effet juridique de conférer un droit (droit de propriété, droit d'utilisation ou sûreté), et pas seulement de rendre une sûreté opposable, comme dans le cas d'un registre général des sûretés;

c) Les registres de propriété intellectuelle peuvent servir à inscrire un droit de propriété, un droit d'utilisation ou une sûreté sur un bien de propriété intellectuelle et pas seulement une sûreté comme dans le cas d'un registre général des sûretés;

d) L'inscription d'une sûreté sur un bien à venir ne sera peut-être pas possible dans un registre de propriété intellectuelle, alors qu'elle est possible dans le registre général des sûretés; et

e) L'inscription sur plusieurs registres à la fois entraînerait un surcoût et un surcroît de travail tant pour l'inscription elle-même que pour les recherches (dans le projet de guide, le créancier garanti peut choisir entre le registre général ou le registre spécialisé, si l'inscription des sûretés y est autorisée, l'inscription dans ce dernier conférant toutefois un rang de priorité plus élevé).

b) Propriété intellectuelle non enregistrable

43. Il faudrait aborder, dans le cadre des travaux futurs, la question de l'opposabilité des sûretés sur la propriété intellectuelle pour laquelle il n'existe pas de registre spécialisé (par exemple, les secrets d'affaires ou les droits d'auteur dans de nombreux États). Dans ce cas, une telle sûreté peut devenir opposable automatiquement dès sa constitution ou sur inscription au registre général des sûretés. Une autre solution, conforme à la pratique dans quelques États, serait d'interdire purement et simplement l'utilisation, à titre de garantie d'un crédit, de la propriété intellectuelle qui n'est soumise à aucun système d'enregistrement, ce qui toutefois ne serait pas conforme à l'objectif du projet de guide, qui vise en effet à moderniser la loi afin d'accroître l'accès au crédit garanti.

44. Une autre solution encore serait de prévoir, en l'absence de registre pour le bien de propriété intellectuelle considéré, qu'une sûreté peut devenir opposable par inscription d'un avis dans le registre général des sûretés. Cependant, cette solution (que permettent déjà les recommandations générales du projet de guide) exigerait que les problèmes mis en évidence plus haut (voir par. 42) soient réglés dans de nouvelles recommandations spéciales. En particulier, le fait que le registre général n'indique pas les titulaires successifs de la propriété intellectuelle affectée en garantie et que les créanciers garantis contraints de vérifier cette information en dehors du registre devrait être soigneusement pris en considération (il en va bien entendu de même pour tout autre bien meuble à l'exception des créances, dont même le transfert pur et simple peut faire l'objet d'une inscription), faute de quoi, si le constituant transfère son titre de la propriété intellectuelle puis la grève, la sûreté obtenue par le créancier risquerait d'être sans effet.

E. Le système de registre

1. Approche générale du projet de guide

45. Le projet de guide recommande l'établissement d'un registre général des sûretés (voir A/CN.9/631, recommandations 55 à 73). Le système de registre qu'il prévoit a pour objet de fournir une méthode par laquelle une sûreté sur des biens existants ou futurs peut être rendue opposable, un cadre de référence efficace pour les règles de priorité fondées sur la date d'inscription et une source objective d'information permettant aux tiers réalisant des opérations avec des biens du constituant de savoir si les biens sont grevés.

46. L'inscription se fait dans ce cas par enregistrement d'un avis et non par la présentation de la convention constitutive de sûreté ou d'un autre document (voir A/CN.9/631, recommandation 55, al. b)). Seules les informations suivantes doivent figurer sur l'avis:

a) Un élément identifiant le constituant et le créancier garanti, ainsi que leur adresse;

b) Une description qui identifie suffisamment les biens grevés, celle-ci pouvant être générique;

c) La durée d'effet de l'inscription; et

d) Si l'État adoptant en décide ainsi, une indication du montant maximum garanti (voir A/CN.9/631, recommandation 58).

47. Le projet de guide énonce des règles précises pour identifier le constituant, que celui-ci soit une personne physique ou morale, car les avis sont indexés et peuvent être retrouvés par les utilisateurs à partir du nom du constituant ou de quelque autre élément fiable permettant d'identifier celui-ci (voir A/CN.9/631, recommandations 55, al. h), et 59 à 61). Il contient d'autres règles visant à simplifier le fonctionnement et l'utilisation du registre.

2. Modifications pouvant être apportées aux recommandations spéciales

a) Coordination des registres

48. Comme indiqué plus haut, de nombreux États tiennent des registres pour l'inscription des transferts, y compris les sûretés, concernant la propriété intellectuelle. Dans la plupart des États, des registres de ce type existent pour les brevets et les marques. Certains États disposent de registres similaires pour les droits d'auteur, mais cette pratique n'est pas universelle. Le projet de guide propose un registre où sont inscrits des avis, l'idée étant que ce registre se limite à signaler l'existence d'une sûreté et à identifier suffisamment le bien affecté en garantie, habituellement de manière générique. Ce système fonctionne de manière satisfaisante pour les biens meubles corporels et pour certains biens incorporels (comme les créances).

49. Les registres de propriété intellectuelle reposent quant à eux essentiellement sur des structures d'enregistrement d'actes ou des systèmes "d'enregistrement de documents" dans lesquels il est nécessaire d'inscrire l'intégralité de l'instrument de transfert ou, dans certains cas, un protocole détaillé du transfert, car ne sont souvent transférés que des droits limités. Il est donc essentiel que l'instrument indique précisément le droit transféré pour que les utilisateurs du registre soient bien informés et pour que les biens soient utilisés efficacement. En outre, dans ces systèmes, les inscriptions sont indexées par bien de propriété intellectuelle et non par constituant, car l'élément central est le bien lui-même, qui peut avoir plusieurs coïnventeurs ou coauteurs et peut changer plusieurs fois de titulaire au fil des transferts.

50. La question de la coordination entre le registre général des sûretés et un registre spécialisé de propriété intellectuelle devrait être examinée, comme indiqué plus haut (voir par. 42). Il faudrait se demander aussi si le registre général proposé dans le projet de guide devrait servir pour les sûretés sur la propriété intellectuelle, surtout lorsqu'il existe déjà un registre spécialisé de propriété intellectuelle.

b) Biens à venir

51. Le registre général recommandé par le projet de guide présente une caractéristique essentielle, à savoir qu'il peut s'appliquer aux biens "à venir" du constituant. Une sûreté peut donc grever des biens qui seront acquis ultérieurement par ce dernier (voir A/CN.9/631, recommandation 16). L'avis peut porter également sur des biens décrits de manière générique (voir A/CN.9/631, recommandation 64). Ainsi, lorsque la sûreté porte sur "l'ensemble des stocks existants ou à acquérir", l'avis peut identifier ces stocks en utilisant la même formule générale. La priorité étant déterminée en fonction de la date d'inscription, le prêteur pourra conserver son

rang de priorité sur les stocks acquis par la suite. Les mécanismes de crédit permanent s'en trouvent facilités, car un prêteur octroyant de nouveaux crédits dans ce type de mécanisme sait qu'il restera prioritaire sur les nouveaux biens entrant dans l'assiette du financement.

52. De leur côté, les registres de propriété intellectuelle existants ne s'appliquent pas aisément aux biens à venir. Comme les transferts ou les sûretés s'y trouvent indexés par bien de propriété intellectuelle, ils ne peuvent être effectivement inscrits qu'une fois le bien lui-même inscrit. De ce fait, une inscription générale dans un registre spécialisé concernant des biens de propriété intellectuelle "à venir" serait sans effet; il faut procéder à une nouvelle inscription chaque fois qu'un nouveau bien est acquis.

53. Lors du Colloque, les professionnels de la propriété intellectuelle ont indiqué qu'ils avaient entrepris des travaux considérables sur la question sous les auspices de l'OMPI. Il serait peut-être bon que la Commission examine ces travaux lorsqu'elle abordera la question.

c) Double inscription

54. Le projet de guide autorise l'inscription d'une sûreté sur la propriété intellectuelle soit dans le registre général des sûretés soit dans un registre spécialisé de propriété intellectuelle soit dans les deux. L'utilité de chacune de ces solutions devrait être étudiée de plus près compte tenu des avantages potentiels par rapport aux coûts des inscriptions et des recherches multiples.

F. Priorité d'une sûreté réelle mobilière

1. Approche générale du projet de guide

55. La priorité d'une sûreté est déterminée par la date de son inscription (avant la constitution) ou par la date à laquelle elle a été rendue opposable (après constitution; voir A/CN.9/631, recommandation 78). Cependant, une sûreté rendue opposable par inscription sur un registre spécialisé (qui autorise l'inscription des sûretés) prime une sûreté rendue opposable par inscription d'un avis au registre général des sûretés (voir A/CN.9/631, recommandation 83). De même, une sûreté rendue opposable par transfert de la possession ou par contrôle prend rang devant une sûreté rendue opposable par inscription d'un avis au registre général des sûretés (voir A/CN.9/631, recommandations 99 et 101). Enfin, à quelques exceptions près, les personnes à qui les biens grevés sont transférés prennent ceux-ci grevés de toute sûreté opposable au moment du transfert (voir A/CN.9/631, recommandations 85 à 88).

2. Modifications pouvant être apportées aux recommandations spéciales

a) Identification des réclamants concurrents

56. S'agissant des sûretés portant sur la propriété intellectuelle, les travaux futurs devraient examiner les types de "réclamants concurrents" (pour une définition de ce terme, voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B. Terminologie et règles d'interprétation). Les réclamants concurrents peuvent différer selon que la propriété

intellectuelle fait l'objet d'un transfert, d'une licence exclusive ou non exclusive ou d'une sûreté.

57. En cas de transfert ou de licence exclusive d'un bien de propriété intellectuelle non soumis à inscription, les principaux réclamants concurrents sont les bénéficiaires du transfert, la règle de base étant que le premier transfert, dans l'ordre chronologique, prévaut. Dans le cas d'un bien de propriété intellectuelle pouvant être inscrit, la règle principale veut que le premier bénéficiaire ayant procédé à l'inscription sur le registre de propriété intellectuelle ait la priorité. Dans certains États, un bénéficiaire ultérieur qui a obtenu son droit de bonne foi (autrement dit sans avoir eu connaissance du transfert antérieur) peut avoir la priorité. Dans le cas d'une licence non exclusive, les principaux réclamants concurrents seraient le concédant, les concessionnaires concurrents et les créanciers des concessionnaires. En effet, ces derniers ne seront peut-être pas en droit d'empêcher les réclamants concurrents d'utiliser la propriété intellectuelle et auront besoin de la coopération du concédant.

b) Importance de la connaissance de transferts ou de sûretés antérieurs

58. Il faudra peut-être, en ce qui concerne les sûretés sur la propriété intellectuelle, revoir la règle selon laquelle la connaissance de la part d'un réclamant concurrent de l'existence d'un droit est sans importance pour déterminer la priorité (voir A/CN.9/631, recommandation 75). Comme il a été indiqué, de nombreux registres de propriété intellectuelle prévoient qu'un transfert postérieur concurrent ne peut l'emporter que s'il est inscrit en premier et si le bénéficiaire n'a pas eu connaissance d'un transfert antérieur concurrent. Cette règle s'applique à la fois aux sûretés et aux transferts de propriété inscrits sur le registre. Des problèmes pourraient se poser si les sûretés bénéficiaient d'un traitement différent de celui des transferts de propriété. Cette question devrait faire l'objet d'une étude plus approfondie.

c) Priorité d'un droit inscrit sur un registre de propriété intellectuelle

59. La règle attribuant la priorité à une inscription sur un registre spécialisé (y compris un registre de propriété intellectuelle) par rapport à une inscription au registre général des sûretés convient aussi aux sûretés sur la propriété intellectuelle (voir A/CN.9/631, recommandation 83). À cet égard, il serait bon d'étudier comment le fonctionnement des registres de propriété intellectuelle diffère de celui du registre général des sûretés proposé dans le projet de guide (voir par. 42 ci-dessus).

d) Priorité d'un droit non inscriptible sur un registre de propriété intellectuelle

60. Une autre question est la règle de priorité concernant les sûretés sur la propriété intellectuelle pour laquelle il n'existe pas de registre spécialisé. Une solution serait de prévoir que, dans ce cas, la priorité des sûretés est déterminée en fonction de l'ordre d'inscription dans le registre général recommandé par le projet de guide. Cependant, comme on l'a vu plus haut, les transferts de droits de propriété intellectuelle ne peuvent être inscrits sur ce registre général. Par conséquent, à moins que de tels transferts ne soient inscriptibles sur ledit registre, un transfert antérieur aurait évidemment la priorité sur une sûreté inscrite, ce qui obligerait un créancier à effectuer des recherches en dehors du registre pour s'enquérir des transferts antérieurs, comme dans le cas des biens meubles en général.

e) Droits des personnes auxquelles est transférée la propriété intellectuelle grevée

61. Les règles du projet de guide suffisent lorsque la sûreté a été constituée et rendue opposable et que le droit de propriété intellectuelle a été transféré par la suite. La règle de base voudrait que le bénéficiaire de ce transfert prenne la propriété intellectuelle grevée de la sûreté (voir A/CN.9/631, recommandation 85). La première exception serait applicable lorsque le bien vendu ou mis sous licence est un bien de propriété intellectuelle. L'acheteur ou le concessionnaire acquerrait ce bien libre de la sûreté si le créancier garanti autorise le constituant à le vendre ou à le mettre sous licence (voir A/CN.9/631, recommandation 86). Des doutes ont été émis toutefois dans les milieux de la propriété intellectuelle quant à savoir si la deuxième exception devrait aussi s'appliquer, autrement dit si le preneur d'une licence non exclusive dans le cours normal des affaires (qui se soumet aux conditions de la licence et aux instructions de payer un créancier garanti du concédant qui détient une sûreté sur les redevances dues) devrait prendre le bien de propriété intellectuelle libre de la sûreté constituée par le concédant (voir A/CN.9/631, recommandation 87, al. c); voir aussi par. 62 et 63 ci-dessous).

f) Droits des preneurs de licence de propriété intellectuelle grevée

62. La propriété intellectuelle est fréquemment mise sous licence. Les droits que se réserve le concédant, par exemple celui de recevoir des redevances, comme les droits du concessionnaire, peuvent être grevés en garantie d'un crédit. Dans chaque cas, il est nécessaire d'examiner les règles de priorité applicables lorsque les réclamants concurrents sont le prêteur du concédant et le concessionnaire ou le concédant et le prêteur du concessionnaire. Il ne devrait généralement pas y avoir de concours entre le prêteur du concédant et le prêteur du concessionnaire, car chacun aura un bien grevé différent. Le premier détiendrait normalement une sûreté sur les redevances dues au concédant par le concessionnaire, tandis que le second aurait une sûreté sur les redevances dues au concessionnaire par un sous-licencié. En tout état de cause, le second n'aurait pas plus de droits que le concessionnaire lui-même, de sorte que, en cas de défaillance de ce dernier dans le cadre de la licence, le concédant pourrait mettre fin à la licence, si celle-ci en dispose ainsi.

63. Dans le premier cas, le prêteur du concédant aurait besoin de savoir que, dans l'hypothèse d'une réalisation, le concessionnaire continuerait d'exécuter ses obligations et lui paierait les redevances, tandis que le concessionnaire devrait savoir que, s'il continue d'exécuter ses obligations, il ne sera pas mis fin à sa licence. Dans le deuxième cas, le concédant aurait besoin de savoir qu'il dispose de moyens pour avoir priorité sur le prêteur du concessionnaire et d'autres créanciers concernant les redevances dues au titre de la licence. Lors de l'examen de ces questions, il conviendrait de préserver l'autonomie des parties de sorte que celles-ci puissent adapter leurs droits et obligations respectifs par convention. Les dispositions du projet de guide relatives à l'autonomie des parties, en particulier celles qui concernent la priorité, sont utiles à cet égard et devront sans doute être modifiées ou complétées par un commentaire approprié (voir A/CN.9/631, recommandations 8 et 77).

g) Droits des preneurs de licence non exclusive "dans le cours normal des affaires"

64. Une question particulièrement importante est celle de savoir si un preneur de licence non exclusive dans le "cours normal des affaires" du concédant devrait

prendre la propriété intellectuelle libre de toute sûreté constituée par ce dernier (autrement dit si la recommandation 87, al. c), devrait s'appliquer aux sûretés sur la propriété intellectuelle). La notion d'opération réalisée dans le "cours normal des affaires" est issue de la pratique concernant les biens meubles corporels. Aucun client n'achèterait des biens meubles corporels à un commerçant s'il pensait qu'un prêteur pourrait prendre possession desdits biens en cas de non-remboursement du prêt par ce commerçant. Aussi, pour faciliter les pratiques commerciales, le projet de guide autorise-t-il un acheteur " dans le cours normal des affaires" à prendre le bien libre de toute sûreté antérieure. Cependant, dans le projet de guide, la sûreté se reporte sur le produit de la vente (voir A/CN.9/631, recommandations 18, 40 et 41). En conséquence, le prêteur perd sa sûreté sur les biens face à l'acheteur de ces biens dans le cours normal des affaires, mais en échange il obtient une sûreté sur le produit de leur vente ou disposition.

65. Ce concept de "cours normal des affaires", estime-t-on, ne convient pas à la propriété intellectuelle. Conformément au principe *nemo dat*, un concessionnaire de licence de propriété intellectuelle ne prend que le droit effectif transféré qui est soumis à l'ensemble des transferts antérieurs, y compris les sûretés. D'après ce point de vue, l'application d'une exception fondée sur ce concept serait donc incompatible avec le principe précité et la faculté des propriétaires-concédants de contrôler l'utilisation de leur propriété intellectuelle. De plus, si un sous-licencié pouvait prendre la propriété intellectuelle "libre" de toute sûreté antérieure, la possibilité pour les prêteurs de contrôler la concession de sous-licences par un licencié imprévoyant (pour déterminer si celles-ci ont en fait été concédées dans le cours normal de ses affaires) pourrait s'en trouver limitée. Cette question devrait être étudiée plus avant.

G. Droits et obligations des tiers débiteurs

1. Approche générale du projet de guide

66. Le projet de guide examine les droits et obligations des débiteurs autres que celui qui consent une sûreté sur un bien en garantie du paiement ou d'une autre forme d'exécution d'une obligation. Ces "tiers débiteurs" (appelés ainsi pour les distinguer du débiteur-constituant) sont le débiteur d'une créance cédée, le débiteur dans le cadre d'un instrument négociable, le garant/émetteur, le confirmateur ou la personne désignée lorsque le bien grevé prend la forme du "produit d'un engagement de garantie indépendant" (pour la définition de ce terme, voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation), la banque dépositaire lorsque le bien grevé est le "droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire" (pour la définition de ce terme, voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation) et l'émetteur d'un document négociable.

2. Modifications pouvant être apportées aux recommandations spéciales

67. Les éventuels travaux futurs sur les sûretés grevant la propriété intellectuelle devraient examiner les droits et obligations de tiers, comme le concédant lorsque le licencié a grevé sa licence. De même qu'une banque dépositaire est protégée lorsque le bien grevé est un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, le

concédant devra peut-être bénéficier d'une protection. Par exemple, un concédant peut faciliter l'obtention d'un financement par le licencié en convenant avec le prêteur d'exécuter diverses clauses de la licence si celui-ci ne rembourse pas son prêt, notamment en s'abstenant d'exécuter ses propres obligations ou en mettant fin à la licence. Dans ces cas, il faudra que les concédants soient en mesure de préserver l'intégrité de leur propriété intellectuelle et de leurs relations contractuelles.

H. Réalisation d'une sûreté réelle mobilière

1. Approche générale du projet de guide

68. Le projet de guide prévoit qu'après défaillance, le créancier garanti est en droit (voir A/CN.9/631, recommandation 134):

a) D'obtenir la possession d'un bien meuble corporel grevé;

b) De vendre un bien grevé ou d'en disposer d'une autre manière, de le louer ou de le mettre sous licence;

c) De proposer au constituant de se faire attribuer un bien grevé à titre d'exécution intégrale ou partielle de l'obligation garantie;

d) D'obtenir paiement ou de réaliser d'une autre manière une sûreté sur un bien grevé qui revêt la forme d'une créance, d'un instrument négociable, d'un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire ou du produit d'un engagement de garantie indépendant;

e) D'exercer des droits en vertu d'un document négociable;

f) De réaliser sa sûreté sur un bien rattaché à un immeuble; et

g) D'exercer tout autre droit prévu dans la convention constitutive de sûreté (sauf s'il est contraire aux dispositions de la loi recommandée dans le projet de guide) ou dans une autre loi.

69. Lorsqu'il exerce ses droits, le créancier garanti doit agir de bonne foi et de manière commercialement raisonnable (voir A/CN.9/631, recommandation 128). En particulier s'il opte pour la réalisation extrajudiciaire, il doit respecter cette règle de conduite et exercer ses voies de droit sous réserve de certaines notifications et mesures de protection supplémentaires (voir A/CN.9/631, recommandations 141 à 144).

2. Modifications pouvant être apportées aux recommandations spéciales

70. La réalisation d'une sûreté grevant la propriété intellectuelle pose des problèmes particuliers qu'il faudrait traiter. Par exemple, le droit du créancier garanti de prendre possession du bien grevé est inapplicable dans le cas de la propriété intellectuelle (voir A/CN.9/631, recommandations 142 à 143). La question est de savoir ici (pour tous les types de propriété intellectuelle) si un droit équivalent permettant au créancier de prendre le contrôle devrait être établi et comment ce droit s'articulerait avec chaque type de propriété intellectuelle considéré.

71. Une autre question à traiter éventuellement concerne le droit du créancier garanti de disposer de la propriété intellectuelle, de la mettre sous licence, de se la faire attribuer ou encore de recouvrer des redevances, surtout lorsque la propriété intellectuelle est inséparable d'un autre bien (par exemple, des biens meubles corporels comportant une marque déposée ou un logiciel; voir par. 38 et 39 ci-dessus) ou lorsqu'elle a fait l'objet d'une concession de licence et que les droits du concédant doivent être pris en compte. Une autre question encore concerne l'obligation du créancier garanti devenant titulaire d'une marque ou d'un autre droit de propriété intellectuelle de renouveler et de préserver cette marque ou d'en protéger l'utilisation contre toute atteinte.

72. Une autre question, qu'il faudrait aborder, se pose à propos des biens meubles corporels grevés qui incorporent des éléments de propriété intellectuelle. Il s'agit principalement de savoir dans quelle mesure une sûreté qui porte uniquement sur lesdits biens autorise le créancier garanti à prendre tout acte de disposition concernant ces biens qui soit compatible avec le droit de propriété intellectuelle, en tenant compte des principes de la loi sur la propriété intellectuelle qui permettraient un transfert des biens avec le droit de propriété intellectuelle qui s'y rattache (voir par. 38 et 39 ci-dessus).

73. Toutes ces questions devraient être traitées également dans les cas où la sûreté porte non pas sur la propriété intellectuelle elle-même mais sur les droits d'un licencié découlant d'une licence d'utilisation de la propriété intellectuelle. Il se peut que dans ces cas les droits du créancier garanti soient limités. Par exemple, si le licencié-constituant a consenti une sûreté de rang inférieur sur la même licence, la réalisation d'une sûreté de rang supérieur éliminerait généralement la sûreté de rang inférieur (voir A/CN.9/631, recommandations 158 et 159). Toutefois, quand le bien grevé n'est autre qu'une licence, le créancier garanti ne fait que subroger le licencié dans ses droits. Un simple licencié ne peut exercer le droit de propriété intellectuelle à l'encontre d'un autre licencié ou d'un créancier garanti de rang inférieur. Seul le concédant (ou titulaire du droit approprié) peut le faire (dans certains États, les preneurs de licences exclusives peuvent se joindre au concédant dans la procédure). Il se peut donc que le créancier garanti réalisant sa sûreté à l'encontre d'un licencié ait des droits limités contre les autres parties. Cette question mérite d'être étudiée plus avant, en particulier s'agissant de déterminer qui sont les "réclamants concurrents" dans le cas d'une sûreté grevant une licence de propriété intellectuelle.

I. Insolvabilité

1. Approche générale du projet de guide

74. En cas d'insolvabilité du constituant, la sûreté continue de produire effet sous réserve des actions en annulation et d'un arrêt des poursuites éventuels (voir A/CN.9/631, recommandations du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*[10] (ci-après Le "*Guide de la CNUDCI sur l'Insolvabilité*"), chap. XI, recommandations 35, 39 et 46). Une sûreté conserve également sa priorité sous réserve des créances privilégiées (voir A/CN.9/631, recommandations 178 à 180). Le financement postérieur à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ne prime pas

[10] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.10.

les sûretés antérieures, mais le tribunal de l'insolvabilité peut autoriser la constitution, après l'ouverture de la procédure, de sûretés qui auront la priorité sur les sûretés antérieures dans certains cas (voir A/CN.9/631, recommandations 66 et 67 du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*). Les créanciers garantis ont le droit de participer à la procédure d'insolvabilité et de voter sur le plan de redressement, qui peut leur être imposé même sans leur approbation si certaines conditions sont remplies (voir A/CN.9/631, recommandations 126, 151 et 152 du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*).

2. Modifications pouvant être apportées aux recommandations spéciales

75. Les dispositions du projet de guide concernant l'application générale de la loi sur l'insolvabilité, notamment l'arrêt des poursuites et d'autres restrictions similaires, vaudraient également pour les sûretés sur la propriété intellectuelle (voir A/CN.9/631, recommandations 35, 39, 46 et 49 du *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*).

76. Il faudrait néanmoins traiter certaines questions particulières, par exemple, l'effet du rejet d'une licence lorsque le débiteur insolvable est le concédant. Dans une telle situation, il se peut qu'un licencié ait investi des sommes considérables pour perfectionner encore ou commercialiser la propriété intellectuelle et risquerait donc de subir d'importantes pertes financières en cas de rejet de la licence. D'un autre côté, les concédants insolvables ont besoin d'être protégés contre une obligation continue de maintenir des licences constituant une charge trop lourde (pour le traitement des contrats dans le *Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité*, voir deuxième partie, chap. II, sect. E).

77. Un autre exemple est le traitement de la propriété intellectuelle en tant qu'actif appartenant à un tiers lorsque le débiteur insolvable est le licencié. Se pose alors la question de savoir si les droits du licencié découlant de la licence devraient entrer dans la masse de l'insolvabilité lorsqu'une autre loi, par exemple celle régissant la propriété intellectuelle, limite la cession d'une telle licence sans le consentement du concédant. Lorsque les droits du licencié entrent effectivement dans la masse, des questions se posent à propos de l'obligation de la masse de l'insolvabilité de s'acquitter de charges continues, comme le paiement de redevances, et la faculté du représentant de l'insolvabilité de disposer de la licence conformément à ses clauses. Il est à noter également que le traitement de ces questions varie considérablement d'une loi sur l'insolvabilité à l'autre, ce qui exigera une étude approfondie pour trouver une solution harmonisée.

J. Financement d'acquisitions

1. Approche générale du projet de guide

78. Le projet de guide traite du financement de l'acquisition de biens meubles corporels. Il prévoit une approche unitaire, dans laquelle tous les droits garantissant le paiement du prix d'achat entrent dans une notion unitaire de "sûreté réelle mobilière", en conséquence de quoi, à quelques exceptions près, les dispositions applicables aux sûretés réelles mobilières en général le sont également aux "sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions" (pour la définition de ce terme, voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles

d'interprétation). Le projet de guide propose également une approche non unitaire, dans laquelle la terminologie concernant divers types de droits garantissant le paiement du prix d'achat est maintenue, tandis que certaines dispositions particulières ont été introduites pour que les droits liés au financement d'acquisitions (pour la définition de ce terme, voir A/CN.9/631/Add.1, Introduction, sect. B, Terminologie et règles d'interprétation) soient considérés comme fonctionnellement équivalents aux sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions.

2. Modifications pouvant être apportées aux recommandations spéciales

79. Les dispositions du projet de guide relatives au financement d'acquisitions ne s'appliquent qu'aux biens meubles corporels. Il en découle notamment que les licences classiques de propriété intellectuelle, dans lesquelles le concédant par définition conserve la propriété, et les cessions de propriété intellectuelle assorties d'un droit de résiliation ne sont pas assimilées à des sûretés réelles mobilières. Ce résultat est généralement jugé approprié. Toutefois, il s'ensuit aussi involontairement que le projet de guide n'aborde pas la question du financement de l'acquisition de la propriété intellectuelle. Compte tenu de l'importance de ce type de financement, le projet de guide devrait s'y intéresser.

80. Voici un exemple qui illustrera cette question. Un constituant consent à un prêteur une sûreté sur l'ensemble de sa propriété intellectuelle présente et future. Le prêteur inscrit un avis au registre général des sûretés. Un concédant octroie ensuite au constituant une licence de propriété intellectuelle. Il souhaiterait disposer d'un moyen lui permettant d'avoir la priorité sur la sûreté antérieure du prêteur, par exemple pour garantir son droit aux redevances. D'après les règles de priorité du projet de guide, du fait que la priorité est déterminée principalement en fonction de l'ordre d'inscription, le concédant n'a aucun moyen d'y parvenir sans sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'acquisitions. Pour assurer la parité entre les vendeurs de meubles corporels et les concédants de licences de propriété intellectuelle, il semblerait donc qu'un droit lié au financement d'acquisitions soit approprié. D'un autre côté, si la priorité est déterminée par les règles d'un registre spécialisé de propriété intellectuelle, un droit lié au financement d'acquisitions est inutile (du moins dans les systèmes juridiques où un tel registre existe et, en tout état de cause, uniquement pour les droits de propriété intellectuelle susceptibles d'y être inscrits). En effet, le prêteur ne peut être prioritaire que s'il procède à une nouvelle inscription identifiant le bien de propriété intellectuelle considéré et le concédant peut toujours inscrire la licence dès qu'elle est octroyée et avant que le prêteur ne s'inscrive. Il sera nécessaire d'étudier dans quelles situations un droit lié au financement d'acquisitions convient pour la propriété intellectuelle.

K. Loi applicable à une sûreté réelle mobilière sur la propriété intellectuelle

1. Approche générale du projet de guide

81. Dans le projet de guide, la constitution d'une sûreté sur des biens meubles incorporels, son opposabilité, sa priorité et sa réalisation sont régies par la loi de l'État dans lequel se trouve le constituant (voir A/CN.9/631, recommandation 204).

Le constituant est situé dans l'État où il a son établissement. S'il a des établissements dans plus d'un État, l'établissement pertinent est celui où s'exerce son administration centrale (voir A/CN.9/631, recommandation 207).

82. Les droits et obligations réciproques du constituant et du créancier garanti concernant la sûreté sont régis par la loi qu'ils ont choisie et, en l'absence de choix, par la loi régissant la convention constitutive de sûreté (voir A/CN.9/631, recommandation 212).

2. Modifications pouvant être apportées aux recommandations spéciales

83. Il faudra peut-être introduire une nouvelle recommandation spéciale concernant la loi applicable à la constitution d'une sûreté sur la propriété intellectuelle, à son opposabilité, à sa priorité et à sa réalisation. Les conventions sur la propriété intellectuelle adoptent le principe de la territorialité. Il en découle que toutes les questions se rapportant aux sûretés sur la propriété intellectuelle relèvent de la loi du lieu où le créancier garanti fait valoir sa sûreté (*lex protectionis*).

84. De plus, conformément au principe des droits minimums, tous les États parties à ces conventions accordent un niveau minimum de protection aux titulaires de propriété intellectuelle et à leurs successeurs. Enfin, suivant le principe du traitement national, chaque État doit accorder aux nationaux d'un autre État un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres nationaux. Les nationaux d'un État savent donc qu'ils se verront accorder dans un autre État au moins certains droits minimums, ainsi que tous les droits supplémentaires dont jouissent éventuellement les locaux. L'expérience a démontré les bienfaits de ce système, y compris la facilité d'administration et l'équité dans l'application.

85. D'autres solutions possibles se fondent sur le principe de la "réciprocité matérielle" ou du "pays d'origine", suivant lequel les droits d'une personne dans État d'"origine" déterminent l'étendue de ses droits dans un autre État. Une autre solution encore serait de soumettre l'opposabilité et la priorité d'une sûreté grevant la propriété intellectuelle à la loi du lieu où se trouve le constituant, à l'exception des conflits de priorité entre un créancier garanti et une personne à laquelle un droit de propriété intellectuelle a été purement et simplement transféré, qui serait régi par la loi de l'État où ce droit est utilisé ou protégé.

86. Du point de vue des prêteurs, il serait plus efficace de se reporter à une seule et même loi nationale, comme le recommande le projet de guide (à savoir la loi du lieu de situation du constituant), pour les questions de constitution, d'opposabilité, de priorité et de réalisation d'une sûreté, indépendamment de l'État où se posent ces questions. En revanche, du point de vue des titulaires de droits de propriété intellectuelle, ces questions en soulèvent d'autres concernant la titularité et l'exercice des droits, en particulier dans le contexte des droits minimums et du traitement national, lesquelles questions sont tranchées conformément au principe de territorialité. Des travaux plus poussés sont donc nécessaires sur la loi applicable aux sûretés grevant la propriété intellectuelle.

IV. Conclusions

87. Le projet de guide contient, d'une part, une partie générale, et une partie spéciale, d'autre part, dont tous les États n'auront peut-être pas besoin. La partie générale s'applique aux sûretés grevant la propriété intellectuelle. En revanche, la partie spéciale ne contient pas de dispositions (commentaire ou recommandations) sur ce type de sûreté. C'est pourquoi le projet de guide donne préséance au droit de la propriété intellectuelle en cas d'incompatibilité entre ses recommandations générales et ce droit. Il attire en outre l'attention des États sur la nécessité d'adapter leurs lois pour éviter ainsi ces incompatibilités sans pour autant donner d'indications précises sur la question.

88. La Commission considérera peut-être qu'il serait utile de fournir de telles indications dans une annexe spéciale au projet de guide, compte tenu de l'importance – largement admise – de la propriété intellectuelle pour garantir des crédits et des effets préjudiciables que pourrait entraîner une mauvaise coordination entre la loi sur les opérations garanties et la loi sur la propriété intellectuelle. Elle voudra peut-être en outre considérer que ce travail serait réalisable dans la mesure où il impliquerait l'élaboration de commentaires et de recommandations spéciaux, comme ceux mentionnés plus haut. Comme cela a été indiqué lors du Colloque, la faisabilité de ces travaux dépendrait dans une large mesure de la participation équilibrée de représentants d'organisations internationales spécialisées dans la propriété intellectuelle, comme l'OMPI, d'associations internationales de praticiens du domaine, ainsi que d'organisations internationales et d'associations internationales d'experts du financement garanti, afin de tenir compte comme il se doit des différentes pratiques et des divers systèmes juridiques dans le monde.

89. La Commission voudra peut-être confier au Groupe de travail VI l'élaboration du texte sur les sûretés grevant la propriété intellectuelle, qui compléterait utilement ses travaux sur le projet de guide en offrant des indications précises sur la question. Elle voudra peut-être aussi envisager d'inviter à participer activement aux travaux des organisations internationales spécialisées dans la propriété intellectuelle, comme l'OMPI, et des associations internationales de praticiens de la propriété intellectuelle et du financement garanti.

B. Note du Secrétariat sur les travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique

(A/CN.9/630 et Add.1 à 5) [Original: anglais]

Document de référence général sur les éléments requis pour créer un cadre juridique favorable pour le commerce électronique: spécimen de chapitre sur l'utilisation internationale des méthodes d'authentification et de signature électroniques

1. En 2004, ayant achevé ses travaux sur la Convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, le Groupe de travail IV (Commerce électronique) de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a prié le Secrétariat de continuer à suivre diverses questions liées au commerce électronique, notamment les questions liées à la reconnaissance internationale des signatures électroniques, et de publier les résultats de ses recherches en vue de faire des recommandations à la Commission sur le point de savoir s'il serait possible d'entreprendre des travaux dans ces domaines (voir A/CN.9/571, par. 12).

2. En 2005, la Commission a pris note des travaux entrepris par d'autres organisations dans divers domaines liés au commerce électronique et prié le secrétariat de réaliser une étude plus détaillée, qui devrait contenir des propositions sur la forme et la nature d'un document de référence général examinant les divers éléments requis pour créer un cadre juridique favorable au commerce électronique, que la Commission pourrait envisager d'élaborer dans l'avenir afin d'aider les législateurs et les responsables politiques du monde entier[1]. En 2006, la CNUDCI a examiné une note établie par son secrétariat conformément à cette demande (A/CN.9/604). Cette note identifiait les domaines suivants comme éléments possibles d'un document de référence général: a) authentification et reconnaissance internationale des signatures électroniques; b) responsabilité et normes de conduite pour les fournisseurs d'accès à Internet; c) facturation électronique et questions juridiques liées aux chaînes logistiques dans le commerce électronique; d) transfert de droits sur des biens meubles corporels et d'autres droits par des communications électroniques; e) concurrence déloyale et pratiques commerciales trompeuses dans le commerce électronique; et f) vie privée et protection des données dans le commerce électronique. La note indiquait aussi d'autres questions qui, bien que de façon abrégée, pourraient être traitées dans un tel document: a) protection des droits de propriété intellectuelle; b) communications électroniques non sollicitées (*spams*); et c) cybercriminalité.

3. Selon un avis, qui a été appuyé, la tâche des législateurs et des responsables politiques, en particulier dans les pays en développement, se trouverait considérablement facilitée si la Commission élaborait un document de référence général traitant des questions mises en évidence par le secrétariat. Un tel document, a-t-on ajouté, pourrait aussi aider la Commission à identifier des domaines dans

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, Soixantième session, Supplément n° 17* (A/60/17), par. 214.

lesquels elle pourrait entreprendre elle-même des travaux d'harmonisation dans l'avenir. Selon un autre point de vue, cependant, l'éventail des questions proposées était trop large et il faudrait peut-être réduire la portée du document de référence général. La Commission est finalement convenue de demander à son secrétariat de préparer un spécimen de chapitre du document de référence général traitant spécifiquement de questions liées à l'authentification et à la reconnaissance internationale des signatures électroniques, pour examen à sa quarantième session, en 2007[2].

4. L'annexe de la présente note contient la partie introductive d'un spécimen de chapitre traitant des questions juridiques liées à l'utilisation internationale de méthodes d'authentification et de signature électroniques (ci-après "le spécimen de chapitre"). Les additifs à la présente note examinent le traitement juridique de l'authentification et des signatures électroniques ainsi que des problèmes juridiques découlant de leur utilisation internationale.

5. La Commission voudra peut-être examiner la structure, le niveau de détail, la nature de la discussion et le type de conseils donnés dans le spécimen de chapitre et se demander s'il serait souhaitable et utile que le secrétariat rédige d'autres chapitres sur le même modèle, pour traiter d'autres questions que la Commission pourrait choisir parmi celles qui ont été proposées antérieurement (voir par. 2 ci-dessus). Une alternative serait que la Commission demande au secrétariat de continuer à suivre de près les développements juridiques dans les domaines pertinents en vue de faire des suggestions appropriées en temps utile. Dans ce cas, elle souhaitera peut-être se demander s'il faudrait prier le secrétariat de publier le spécimen de chapitre, avec toutes modifications qu'elle pourrait juger appropriées, comme publication indépendante.

---

[2] Ibid., *Soixantième et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 216.

Annexe

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

Avant-propos . . . . . .

Introduction 1-14

Première partie Méthodes de signature et d'authentification électroniques. . . . . 15-[...]

I. Définition et méthodes de signature et d'authentification électroniques. . . . . 15-[...]

A. Remarques générales sur la terminologie 15-23

Avant-propos

Le présent document analyse les principales questions juridiques découlant de l'utilisation de méthodes de signatures et d'authentification électroniques dans les opérations internationales. La première partie donne un aperçu d'ensemble de ces méthodes et leur traitement juridique dans divers pays (voir ci-dessous, par. […] à [...])*. La deuxième partie examine leur utilisation dans les opérations internationales et indique les principales questions juridiques liées à leur reconnaissance internationale (voir ci-dessous, par. […] à [...]).

On a fait observer que, sur le plan international, les difficultés juridiques seront sans doute liées davantage à l'utilisation internationale des méthodes de signature et d'authentification électroniques qui demandent l'intervention de tiers dans le processus de signature ou d'authentification. C'est le cas par exemple des méthodes étayées par des certificats émis par un tiers de confiance prestataire de services de certification, en particulier les signatures numériques dans une infrastructure à clef publique. C'est pour cette raison qu'une attention spéciale est accordée dans la deuxième partie du document à l'utilisation internationale des signatures numériques dans une infrastructure à clef publique. Il ne faudrait pas y voir pour autant l'expression d'une préférence ou d'une prise de position en faveur d'un type particulier de méthode ou technologie d'authentification.

Introduction

1. L'informatique et la technologie de l'information ont mis au point divers moyens pour relier l'information sous forme électronique à des personnes ou à des entités particulières, pour assurer l'intégrité de ces informations ou pour permettre à ces personnes de démontrer qu'elles ont le droit ou l'autorisation d'accéder à un certain service ou à une certaine source d'information. On parle parfois de façon générique, à propos de ces fonctions, de méthodes d'"authentification" électronique ou de "signature" électronique. Parfois, cependant, des distinctions sont faites entre "authentification" électronique et "signature" électronique. L'usage de la terminologie non seulement est incohérent, mais aussi, dans une certaine mesure, source de méprises. Dans un environnement papier, les mots "authentification" et "signature" ainsi que les actions d'"authentifier" et de "signer" n'ont pas exactement la même connotation selon les systèmes juridiques et ont des fonctionnalités qui ne correspondent pas toujours nécessairement à l'objet et à la fonction de ce que l'on appelle les méthodes d'"authentification" et de "signature" électroniques. De plus, le mot "authentification" est parfois utilisé de manière générique en liaison avec l'assurance à la fois de la qualité d'auteur et de l'intégrité de l'information, mais certains systèmes juridiques peuvent faire une distinction entre ces éléments. Il est donc nécessaire de passer brièvement en revue les différences de terminologie et d'interprétation juridique afin d'établir le champ d'application du présent document.

2. Dans les pays de *common law*, pour la preuve civile, un enregistrement ou un document est considéré comme "authentique" s'il y a la preuve "qu'il est ce que son

---

* Tous les renvois dans le présent document et ses additifs, ainsi que tous les renvois dans leurs notes, seront finalisés lorsque le document final sera publié sous forme consolidée.

auteur prétend”[1]. La notion de “document” en tant que telle est très large et englobe généralement “toute chose dans laquelle des informations de toute nature sont enregistrées”[2]. Elle engloberait, par exemple, des choses telles que des photographies de tombes et de maisons[3], des livres comptables[4] et des dessins et plans[5]. On établit la pertinence d’un document comme élément de preuve en le reliant à une personne, à un endroit ou à une chose, processus qui dans certains pays de *common law* est connu sous le nom d’”authentification”[6]. La signature d’un document est un moyen courant – mais non exclusif – d’”authentification” et, selon le contexte, les mots “signer” et “authentifier” peuvent être synonymes[7].

3. Une “signature, quant à elle, est “tout nom ou symbole utilisé par une partie avec l’intention d’en faire sa signature”[8]. Il est entendu que l’objet de lois qui exigent qu’un document particulier soit signé par une personne particulière est de confirmer la sincérité du document[9]. Le cas paradigmatique de la signature est le nom du signataire, écrit de sa propre main, sur un document papier (signature “manuscrite”)[10]. Toutefois, la signature manuscrite n’est pas le seul type concevable de signature. Du fait que les tribunaux considèrent les signatures comme “une simple marque”, à moins que la loi en question exige qu’elle soit autographe, “le nom imprimé de la partie qui est tenue de signer le document suffit”, ou la signature “peut être imprimée sur le document au moyen d’un cachet où est gravé un fac-similé de la signature ordinaire du signataire”, à condition que la preuve soit fournie dans de tels cas “que le nom imprimé sur le cachet a été apposé par le signataire,” ou que cette signature “a été reconnue et que le signataire a été informé qu’elle avait été faite sous son autorité pour être appropriée à l’instrument particulier”[11].

---

[1] États-Unis d’Amérique, Federal Rules of Evidence, article 901, subdivision a) (“L’exigence d’authentification ou d’identification comme condition préalable à la recevabilité est satisfaite par un témoignage suffisant pour appuyer la constatation que le contenu du document est ce que prétend son auteur.”).

[2] Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d’Irlande du Nord, Civil Evidence Act 1995, chapitre 38, section 13.

[3] *Lyell v. Kennedy (n° 3)* (1884) 27 Ch.D.1 (Royaume-Uni, Chancery Division).

[4] *Hayes v. Brown* [1920] 1 K.B. 250 (Royaume-Uni, Law Reports, King’s Bench).

[5] *J. H. Tucker & Co., Ltd. v. Board of Trade* [1955] 2 All ER 522 (Royaume-Uni, All England Law Reports).

[6] *Farm Credit Bank of St. Paul v. William G. Huether*, 12 avril 1990 (454 N.W.2d 710, 713) (États-Unis, Supreme Court of North Dakota, North Western Reporter).

[7] Dans le contexte de l’article 9 révisé du Code de commerce uniforme des États-Unis, par exemple, “authentifier” est défini comme “(A) signer”; ou ”(B) exécuter ou adopter d’une autre manière un symbole, ou coder ou traiter de façon similaire un enregistrement en totalité ou en partie, avec l’intention présente de la personne authentifiante d’identifier la personne et d’adopter ou d’accepter un enregistrement”.

[8] *Alfred E. Weber v. Dante De Cecco*, 14 octobre 1948 (1 N.J. Super. 353, 358) (États-Unis, New Jersey Superior Court Reports).

[9] *Lobb v Stanley* (1844), 5 Q.B. 574, 114 E.R. 1366 (Royaume-Uni, Law Reports, Queen’s Bench).

[10] Lord Denning in *Goodman v. Eban* [1954] Q.B.D. 550 at 56; “Dans l’usage anglais moderne, lorsqu’un document doit être signé par une personne, cela signifie que cette personne doit écrire son nom de sa propre main.” (Royaume-Uni, Queen’s Bench Division).

[11] *R. v. Moore: ex parte Myers* (1884) 10 V.L.R. 322 at 324 (Royaume-Uni, Victorian Law Reports).

4. Dans les pays de *common law*, c'est généralement dans le "British Statute of Frauds" (loi britannique sur les fraudes)[12] et ses versions dans d'autres pays[13] que l'on trouve des prescriptions légales en matière de signature comme condition de la validité de certains actes. Avec le temps, les tribunaux ont eu tendance à interpréter cette loi de façon libérale, en reconnaissant que ses prescriptions rigoureuses concernant la forme avaient été conçues dans des circonstances particulières[14] et que l'observation stricte de ses règles risquait inutilement de priver les contrats d'effets juridiques[15]. Ainsi, au cours des 150 dernières années, les pays de *common law* ont vu évoluer le concept de "signature", avec un déplacement d'accent de la forme à la fonction[16]. Des variations sur ce thème ont été envisagées épisodiquement par les tribunaux anglais, allant de simples modifications telles que des croix[17] ou des initiales[18], l'usage de pseudonymes[19] et de formules d'identification[20], aux noms imprimés[21], à la signature par des tiers[22] et des

---

[12] Le "Statute of Frauds" (loi sur les fraudes) a été adopté initialement en Grande-Bretagne en 1677 "pour prévenir de nombreuses pratiques frauduleuses dont on essaie souvent de défendre la validité par faux témoignage ou incitation au faux témoignage." La plupart de ses dispositions ont été abrogées au Royaume-Uni au XXe siècle.

[13] Par exemple, l'article 2-201, alinéa 1 du Code de commerce uniforme des États-Unis, qui a exprimé le Statute of Frauds comme suit: "Sauf dispositions contraires contenues dans cet article, un contrat de vente de marchandises d'un montant égal ou supérieur à 500 dollars, ne peut être invoqué par voie d'action ou d'exception, à moins qu'il n'existe un écrit suffisant pour prouver qu'un contrat de vente a été conclu entre les parties, signé par la partie contre laquelle l'exécution est demandée, ou par son mandataire ou son courtier."

[14] "Le Statute of Frauds a été adopté en un temps où le corps législatif était enclin à considérer que les affaires devraient être jugées selon des règles fixes, au lieu de laisser le jury examiner l'effet de la preuve dans chaque cas. Cette conception a sans aucun doute son origine, dans une certaine mesure, dans le fait qu'à cette époque le demandeur et le défendeur n'étaient pas des témoins compétents." (J. Roxborough, in *Leeman v. Stocks* (1951) 1 Ch 941 at 947-8) (Royaume-Uni, Law Reports, Chancery Division citing approval for the views of J. Cave in *Evans v. Hoare* [1892] 1 QB 593 at 597) (Royaume-Uni, Law Reports, Queen's Bench).

[15] Comme l'a expliqué Lord Bingham of Cornhill "Il est rapidement devenu évident que si la solution adoptée au dix-septième siècle réglait un problème, elle pouvait en créer un autre, à savoir qu'une partie, concluant ce qu'elle pensait être une convention verbale contraignante et agissant en conséquence, voyait ses attentes commerciales déçues quand, au moment de l'exécution, l'autre partie invoquait avec succès l'absence de note écrite de la convention." (*Actionstrength Limited v. International Glass Engineering*, 3 avril 2003, [2003] UKHL 17) (Royaume-Uni, House of Lords).

[16] Chris Reed, "What is a Signature?", *The Journal of Information, Law and Technology*, vol. 3 (2000), et la référence à la jurisprudence qui y figure (http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2000_3/reed/, consulté le 7 février 2007).

[17] *Baker v. Dening* (1838) 8 A. & E. 94 (Royaume-Uni, Adolphus and Ellis' Queen's Bench Reports).

[18] *Hill v. Hill* [1947] Ch 231 (Royaume-Uni, Chancery Division).

[19] *Redding, in re* (1850) 14 Jur. 1052, 2 Rob. Ecc. 339 (Royaume-Uni, Jurist Reports and Robertson's Ecclesiastical Reports).

[20] *Cook, In the Estate of (Deceased) Murison v. Cook and Another* [1960] 1 All ER 689 (Royaume-Uni, All England Law Reports).

[21] *Brydges v. Dicks* (1891) 7 TLR 215 (cité dans *Brennan v. Kinjella Pty Ltd.*, Supreme Court of New South Wales, 24 juin 1993, 1993 NSW LEXIS 7543, 10). Typewriting has also been considered in *Newborne v. Sensolid (Great Britain), Ltd.* [1954] 1 QB 45 (Royaume-Uni, Law Reports, Queen's Bench).

[22] *France v. Dutton*, 24 avril 1891 [1891] 2 QB 208 (Royaume-Uni, Law Reports, Queen's Bench).

tampons en caoutchouc[23]. Dans tous ces cas les tribunaux ont été capables de régler la question de savoir si la signature était valable en faisant une analogie avec une signature manuscrite. On pourrait donc dire que dans un contexte caractérisé par quelques exigences générales de forme rigides, les tribunaux des pays de *common law* ont eu tendance à développer une interprétation assez large des notions d'"authentification" et de "signature", en s'intéressant plus à l'intention des parties qu'à la forme de leurs actes.

5. Les pays de droit romano-germanique ont une approche de l'"authentification" et de la "signature" qui diffère à certains égards de celle des pays de *common law*. Ils suivent pour la plupart la règle de la liberté de la forme pour les engagements contractuels dans les matières de droit privé, expressément[24] ou implicitement[25], sous réserve toutefois d'un catalogue plus ou moins long d'exceptions selon les pays. Cela signifie qu'il n'est pas nécessaire en règle générale que les contrats soient "écrits" ou "signés" pour être valides et exécutoires. Certains de ces pays, toutefois, exigent en général un écrit pour prouver le contenu des contrats, sauf en matière commerciale[26]. Contrairement aux pays de *common law*, les pays de droit romano-germanique tendent à interpréter les règles de la preuve de manière assez stricte. Le plus souvent, les règles de preuve civile établissent une hiérarchie des preuves pour prouver le contenu des contrats civils et commerciaux. Occupent le rang le plus élevé les documents délivrés par des autorités publiques, suivis par les actes (originaux) sous seing privé. Souvent, cette hiérarchie est conçue de manière que les notions de "document" et de "signature", bien que formellement distinctes, puissent devenir presque indissociables[27]. D'autres pays de droit romano-

---

[23] *Goodman v. J. Eban Ltd.*, [1954] 1 QB 550, cited in *Lazarus Estates, Ltd. v. Beasley*, Court of Appeal, 24 janvier 1956 ([1956] 1 QB 702); *London County Council v. Vitamins, Ltd., London County Council v. Agricultural Food Products, Ltd.*, Court of Appeal, 31 mars 1955 [1955] 2 QB 218 (Royaume-Uni, Law Reports, Queen's Bench).

[24] Cela est reconnu, par exemple, à l'article 11, paragraphe 1, du Code suisse des obligations. De même, le § 215 du code civil allemand dispose que les accords ne sont invalidés que lorsqu'ils ne respectent pas une forme *prescrite* par la loi ou convenue par les parties. Sauf dans de tels cas, il est généralement entendu que les contrats de droit privé ne sont pas soumis à des exigences de forme particulières. Lorsque la loi prescrit expressément une forme particulière, cette exigence doit être interprétée de façon stricte.

[25] En France, par exemple, la liberté de la forme est une conséquence des règles de base applicables à la formation des contrats en vertu du Code civil. Selon l'article 1108 du Code civil français, la validité d'une convention exige le consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité de contracter, un objet certain et une cause licite. Aux termes de l'article 1134, lorsque ces conditions sont remplies, les conventions "tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites". C'est également la règle en Espagne en vertu des articles 1258 et 1278 du Code civil. L'Italie suit elle aussi la même règle, mais de manière moins explicite (voir le Code civil, articles 1326 et 1350).

[26] L'article 1341 du Code civil français exige un écrit pour la preuve de contrats excédant une certaine valeur, mais l'article 109 du Code de commerce admet divers types de preuve, sans hiérarchie particulière. Cela a conduit la Cour de Cassation en 1892 à reconnaître le principe général de la liberté de la preuve en matière commerciale (Cass. civ. 17 mai 1892, DP 1892.1.604; cité dans Luc Grynbaum, "Preuve", *Répertoire de droit commercial Dalloz*, juin 2002, sect. 6 et 11)).

[27] Ainsi, en droit allemand, par exemple, une signature n'est pas un élément essentiel de la notion de "document" (*Urkunde*) (Gerhard Lüke et Alfred Walchshöfer, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung* (Munich, Beck, 1992), § 415, n° 6). Néanmoins, la hiérarchie des preuves documentaires établie par les § 415, 416 et 419 du code de procédure civile allemand lie clairement la signature au document. En fait, le § 416, sur la valeur probante des actes sous

germanique, en revanche, relient de façon positive la notion de "document" à l'existence d'une "signature"[28]. Cela ne signifie pas qu'un document non signé est nécessairement dépourvu de toute valeur probante, mais il ne bénéficiera pas d'une présomption particulière et n'est généralement pas considéré comme un "commencement de preuve"[29]. La plupart des pays de tradition romano-germanique interprètent le concept d'"authentification" de façon assez étroite comme signifiant que l'authenticité d'un document a été vérifiée et certifiée par une autorité publique compétente ou un officier public. En procédure civile il est courant de se référer plutôt à la notion d'"originalité" des documents.

6. Comme dans les pays de *common law*, le paradigme de la signature, dans les pays de droit romano-germanique, est la signature manuscrite. Certains pays tendent à admettre divers équivalents, y compris des reproductions mécaniques, malgré une approche généralement formaliste de la preuve[30]. D'autres pays, cependant, admettent des signatures mécaniques pour les opérations commerciales[31], mais continuaient, jusqu'à l'avènement des technologies informatiques, à exiger une signature manuscrite pour la preuve d'autres types de contrats[32]. On pourrait donc dire, compte tenu de ce principe général de liberté de la forme pour les contrats commerciaux, que les pays de droit romano-germanique tendent à appliquer des normes strictes pour évaluer la valeur probante des actes sous seing privé, et peuvent faire peu de cas des documents dont l'authenticité n'est pas immédiatement reconnaissable sur le fondement d'une signature.

7. Les considérations ci-dessus montrent non seulement que les notions de signature et d'authentification ne font pas l'objet d'une interprétation uniforme, mais aussi que les fonctions qu'elles remplissent varient selon les systèmes juridiques. Malgré ces divergences, il existe quelques éléments généraux communs. Les notions d'"authentification" et d'"authenticité" sont généralement interprétées en droit comme renvoyant à la sincérité d'un document ou d'un enregistrement, c'est-à-dire que le document est le support "original" des renseignements qu'il contient, sous la forme où il a été enregistré et sans altération. Les signatures, pour leur part, remplissent trois fonctions principales dans l'environnement papier: elles permettent d'identifier le signataire (fonction d'identification); elles apportent une certitude quant à la participation en personne de l'intéressé à l'acte de signature (fonction de preuve); et elles associent cette personne avec la teneur d'un document

---

seing privé (*Privaturkunden*) dispose que ces derniers constituent une "preuve complète" pour l'information qu'ils contiennent tant qu'ils sont signés par l'auteur ou par une signature légalisée (ZPO § 416). Du fait que rien n'est prévu pour les actes sans signature, il semble qu'ils partagent le sort des documents défectueux (c'est-à-dire altérés, endommagés), dont la valeur probante est "établie librement" par les tribunaux (ZPO § 419).

[28] Ainsi, en France, la signature est un "élément essentiel" des actes sous seing privé (*"actes sous seing privé"*) (voir *Recueil Dalloz*, "Preuve", n° 638).

[29] C'est la situation en France, par exemple (voir *Recueil Dalloz*, "Preuve", n° 657-658).

[30] Les commentateurs du code de procédure civile allemand (*Zivilprozeßordnung – ZPO*) font observer que l'exigence d'une signature manuscrite reviendrait à exclure toutes les formes de signes obtenus mécaniquement, ce qui irait à l'encontre de la pratique ordinaire et du progrès technologique (voir Gerhard Lüke et Alfred Walchshöfer, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung* (Munich, Beck, 1992), § 416, n° 5).

[31] Par exemple, la France (voir *Recueil Dalloz*, "Preuve", n° 662).

[32] En France, par exemple, la signature ne pouvait être remplacée par une croix ou d'autres signes, par un sceau ou des empreintes digitales (voir *Recueil Dalloz*, "Preuve", n° 665).

(fonction d'attribution)[33]. On peut dire des signatures qu'elles remplissent diverses fonctions également, selon la nature du document qui a été signé. Par exemple, une signature pourrait témoigner de l'intention d'une partie d'être liée par la teneur d'un contrat signé; de l'intention d'une personne de revendiquer la paternité d'un texte (montrant ainsi qu'elle a conscience du fait que l'acte de signature peut avoir éventuellement des conséquences juridiques); de l'intention d'une personne de s'associer à la teneur d'un document rédigé par quelqu'un d'autre; et du fait que, et du moment où, une personne se trouvait en un lieu donné[34].

8. Il convient toutefois de noter que même si l'authenticité est souvent présumée par l'existence d'une signature, une signature à elle seule n'"authentifie" pas un document. Les deux éléments peuvent même être séparables, selon les circonstances. Une signature peut conserver son "authenticité" même si le document sur lequel elle est apposée est altéré par la suite. De la même façon, un document peut encore être "authentique" même si une signature qu'il contient a été contrefaite. Qui plus est, le pouvoir d'intervenir dans une opération et l'identité réelle de la personne en question, éléments pourtant importants pour assurer l'authenticité d'un document ou d'une signature, ne sont pas entièrement démontrés par la signature seule, et ne constituent pas non plus une garantie suffisante de l'authenticité des documents ou de la signature.

9. Cette observation débouche sur un autre aspect de la question examinée ici. Quelle que soit la tradition juridique, une signature, à très peu d'exceptions près, n'est pas autonome. Son effet juridique dépend du lien entre elle et la personne à laquelle elle est attribuable. Dans la pratique, diverses mesures peuvent être prises pour vérifier l'identité du signataire. Lorsque les parties sont toutes présentes au même endroit en même temps, elles peuvent simplement se reconnaître en se voyant; si elles négocient par téléphone, elles peuvent reconnaître leurs voix, etc. Ce sont là des situations courantes qui ne donnent pas lieu à des règles juridiques spécifiques. En revanche, lorsque les parties négocient par correspondance, ou lorsque des documents signés sont expédiés le long d'une chaîne de contrats, il est possible qu'il y ait peu de moyens d'établir que les signes apparaissant sur un document donné y ont bien été apposés par la personne au nom de laquelle ils semblent être liés et de déterminer si seule la personne dûment autorisée a effectivement été celle qui a produit la signature censée lier une personne particulière.

10. Bien qu'une signature manuelle soit une forme familière d'"authentification" et remplisse bien sa fonction pour des documents relatifs à des opérations transmis entre deux parties connues, dans de nombreuses situations commerciales et administratives, une signature est relativement peu sûre. Souvent, la personne qui se fie au document ne connaît pas les noms des personnes autorisées à signer et ne

---

[33] *Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques et Guide pour son incorporation, 2001*, publication des Nations Unies, numéro de vente: F.02.V.8, deuxième partie, par. 29, disponible à http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/ml-elecsign-f.pdf. Cette analyse avait déjà servi de base pour les critères de l'équivalence fonctionnelle à l'article 7 de la *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation*, *1996* avec article 5 *bis* tel qu'ajouté en 1998 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4, disponible à http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/ml-elecsign-f.pdf.

[34] Ibid.

dispose pas non plus de spécimens de signatures à des fins de comparaison[35]. Cela est particulièrement vrai pour de nombreux documents auxquels se fient des pays étrangers dans les opérations commerciales internationales. Même lorsqu'un spécimen de la signature autorisée est disponible à des fins de comparaison, seul un expert peut être capable de détecter un faux bien imité. Lorsque de très nombreux documents sont traités, les signatures, parfois, ne sont même pas comparées, sauf pour les opérations les plus importantes. La confiance est l'un des principaux piliers des relations d'affaires internationales.

11. La plupart des systèmes juridiques ont des procédures ou des exigences spéciales destinées à accroître la fiabilité des signatures manuscrites. Certaines procédures peuvent être impératives pour que certains documents produisent des effets juridiques. Elles peuvent aussi être facultatives et à la disposition des parties qui souhaitent agir de manière à éviter d'éventuelles controverses concernant l'authenticité de certains documents. On peut citer comme exemples typiques:

a) **La légalisation**. Dans certaines circonstances, l'acte de signature a une importance formelle particulière en raison de la confiance renforcée que l'on associe à une cérémonie spéciale. C'est le cas par exemple avec la légalisation, c'est-à-dire la certification par un notaire afin d'établir l'authenticité d'une signature sur un acte juridique;

b) **L'attestation** est l'acte qui consiste à assister à la signature d'un acte juridique puis à signer son propre nom comme témoin. Le but de l'attestation est de conserver la preuve de la signature. En attestant, le témoin déclare et confirme que la personne qu'il a regardée signer l'acte l'a effectivement signé. Attester ne signifie pas se porter garant de l'exactitude ou de la sincérité du document. Le témoin peut être appelé à déposer sur les circonstances entourant la signature[36];

c) **Les sceaux**. L'utilisation de sceaux, en plus ou à la place de signatures, n'est pas rare, en particulier dans certaines régions du monde[37]. La signature ou l'apposition d'un sceau peuvent par exemple prouver l'identité du signataire; que le signataire a accepté d'être lié par l'accord et qu'il l'a fait volontairement; que l'acte est définitif et complet; ou que les renseignements n'ont pas été modifiés après la signature[38]. Elle peut aussi mettre en garde le signataire et indiquer l'intention d'agir d'une manière juridiquement contraignante.

---

[35] Certains domaines du droit reconnaissent à la fois l'insécurité inhérente aux signatures manuscrites et l'impossibilité pratique d'insister sur des conditions de forme strictes pour la validité des actes juridiques, et admettent que dans certains cas même la falsification d'une signature ne priverait pas un document de son effet juridique. Ainsi, par exemple, l'article 7 de la loi uniforme sur les lettres de change et billets à ordre annexée à la Convention portant loi uniforme sur les lettres de change et billets à ordre, conclue à Genève le 7 juin 1930, dispose que "si la lettre de change porte des signatures de personnes incapables de s'obliger par lettre de change, des signatures fausses ou des signatures de personnes imaginaires, ou des signatures qui, pour toute autre raison, ne sauraient obliger les personnes qui ont signé la lettre de change, ou au nom desquelles elle a été signée, les obligations des autres signataires n'en sont pas moins valables." (*Recueil de traités de la Société des Nations,* vol. CXLIII, n° 3313).

[36] Adrian McCullagh, Peter Little et William Caelli, "Electronic signatures: understand the past to develop the future", *University of New South Wales Law Journal*, vol. 21, n° 2 (1998), voir en particulier la section III.D sur le concept de témoin.

[37] On utilise des sceaux dans plusieurs pays d'Asie orientale, comme la Chine et le Japon.

[38] Mark Sneddon, "Legislating to facilitate electronic signatures and records: exceptions, standards

12. En dehors de ces situations spéciales, les signatures manuscrites sont utilisées dans les opérations commerciales, nationales et internationales, depuis des siècles sans cadre législatif ou opérationnel particulier. Les destinataires ou les détenteurs des documents signés ont évalué la fiabilité des signatures au cas par cas en fonction du niveau de confiance dont jouit le signataire. En fait, dans leur grande majorité, les contrats internationaux écrits – si tant est qu'il y ait un "écrit" – ne donnent pas nécessairement lieu à des formalités ou à une procédure d'authentification spéciales.

13. L'utilisation transfrontalière de documents signés devient plus compliquée lorsque des autorités publiques interviennent, car les autorités destinataires dans un pays étranger ont généralement besoin de preuves de l'identité et du pouvoir du signataire. Ces exigences sont traditionnellement satisfaites par les procédures dites de "légalisation", où les signatures figurent dans des documents nationaux, authentifiés par les autorités diplomatiques pour être utilisés à l'étranger. Inversement, les représentants consulaires ou diplomatiques du pays dans lequel il est prévu d'utiliser les documents peuvent eux aussi authentifier les signatures d'autorités publiques étrangères dans le pays d'origine. Souvent, les autorités consulaires et diplomatiques n'authentifient que les signatures de certaines autorités de haut rang dans les pays émetteurs, ce qui demande par conséquent plusieurs niveaux de reconnaissance des signatures, lorsque le document a été délivré au départ par un agent de rang inférieur, ou bien la légalisation préalable des signatures par un notaire dans le pays émetteur. Dans la plupart des cas la légalisation est une procédure lourde, longue et coûteuse. C'est pourquoi a été négociée la Convention supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers[39], conclue à La Haye le 5 octobre 1961, pour remplacer les exigences existantes par un formulaire simplifié et normalisé (l'"apostille"), qui est utilisé pour fournir une certification de certains actes publics dans les États Parties à la convention[40]. Seule une autorité compétente désignée par l'État dont émane l'acte public peut délivrer une apostille. Les apostilles attestent la véracité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont cet acte est revêtu, mais ne concernent pas la teneur de l'acte lui-même.

14. Comme il a été indiqué ci-dessus, dans de nombreux systèmes juridiques, il n'est pas toujours nécessaire que les contrats commerciaux figurent dans un document ou soient attestés par un écrit pour être valables. Même lorsqu'un écrit existe, une signature n'est pas nécessairement impérative pour que le contrat soit contraignant pour les parties. Naturellement, lorsque la loi exige qu'un contrat soit écrit et signé, le non-respect de ces conditions l'invaliderait. Les conditions de forme à des fins de preuve sont peut-être plus importantes que les conditions de forme à des fins de validité des contrats. La difficulté de prouver les conventions

---

and the impact of the statute book", *University of New South Wales Law Journal*, vol. 21, n° 2 (1998), voir en particulier la deuxième partie, chapitre II sur les objectifs de l'écrit et les prescriptions relatives à la signature.

[39] Nations Unies, *Recueil des* Traités, vol. 527, n° 7625. Voir l'espace apostille sur le site Web de la Conférence de La Haye de droit international privé (http://hcch.e-vision.nl/index_en.php?act=text.display&tid=37, 7 février 2007).

[40] Ces actes comprennent: les documents qui émanent d'une autorité ou d'un fonctionnaire relevant d'une juridiction de l'État (y compris ceux qui émanent d'un tribunal administratif, constitutionnel ou ecclésiastique, du ministère public, d'un greffier ou d'un huissier de justice); les documents administratifs; les actes notariés; et les déclarations officielles apposées sur un acte sous seing privé.

verbales est une des principales raisons pour lesquelles les contrats commerciaux sont reproduits dans des documents écrits ou documentés par correspondance, même si une convention verbale serait autrement valable. Les parties dont les obligations sont documentées dans des écrits signés ont peu de chances de réussir dans les tentatives de contester la teneur de leurs obligations. Des règles strictes sur les preuves documentaires visent généralement à accorder un degré élevé de fiabilité aux documents qui y satisfont, ce qui, estime-t-on généralement, accroît la sécurité juridique. En même temps, cependant, plus les conditions en matière de preuve sont élaborées, plus grande est la possibilité pour une partie d'invoquer des vices de forme pour invalider ou refuser la force exécutoire d'obligations qu'elle n'a plus l'intention d'exécuter, par exemple parce que le contrat est devenu commercialement désavantageux. Il faut donc trouver un équilibre entre l'intérêt de promouvoir la sécurité dans l'échange de communications électroniques et le risque de donner un moyen facile aux négociants de mauvaise foi de refuser d'honorer leurs obligations juridiques librement assumées. Y parvenir par des règles et des normes internationalement reconnues et applicables dans différents pays est une tâche importante pour les décideurs dans le domaine du commerce électronique. L'objet du présent rapport est d'aider les législateurs et les décideurs à identifier les principales questions juridiques en cause dans l'utilisation internationale de méthodes d'authentification et de signature électroniques et d'envisager des solutions possibles.

Première partie

Méthodes de signature et d'authentification électroniques

I. Définition et méthodes de signature et d'authentification électroniques

A. Remarques générales sur la terminologie

15. Les termes "authentification électronique" ou "signature électronique" désignent diverses techniques actuellement disponibles sur le marché ou encore en développement pour reproduire dans un environnement électronique certaines ou la totalité des fonctions identifiées comme caractéristiques des signatures manuscrites ou d'autres méthodes traditionnelles d'authentification.

16. Diverses méthodes de signature électronique ont été mises au point au fil des années. Chacune vise à satisfaire des besoins différents et à conférer des niveaux de sécurité différents, et donne lieu à des exigences techniques différentes. Les méthodes d'authentification et de signature électroniques peuvent être classées en trois catégories: celles qui sont fondées sur la connaissance de l'utilisateur ou du destinataire (par exemple mot de passe, numéro d'identification personnel), celles qui sont fondées sur les caractéristiques physiques de l'utilisateur (par exemple la biométrie) et celles qui sont fondées sur la possession d'un objet par l'utilisateur (par exemple codes ou autres renseignements stockés sur une carte magnétique)[41].

---

[41] Voir le Rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-

On pourrait envisager une quatrième catégorie, comprenant divers types de méthodes qui, sans ressortir à l'une quelconque des catégories précédentes, pourrait aussi être utilisée pour indiquer l'auteur d'une communication électronique (comme le fac-similé d'une signature manuscrite, ou un nom dactylographié au bas d'un message électronique). Les technologies actuellement utilisées comprennent: les signatures numériques dans le cadre d'une infrastructure à clef publique (PKI), les dispositifs biométriques, les numéros d'identification personnels (PIN), les mots de passe définis par l'utilisateur ou attribués, les signatures manuscrites scannées, la signature au moyen d'un stylo numérique, et le fait de cliquer sur une case "valider"[42]. Des solutions hybrides, fondées sur la combinaison de différentes technologies, se répandent de plus en plus, comme c'est le cas par exemple de l'utilisation combinée de mots de passe et des protocoles TLS/SSL (transport layer security/secure socket layer), qui est une technologie mêlant chiffrement à clef publique et à clef symétrique. Les caractéristiques des principales techniques actuellement en usage sont décrites ci-dessous (voir par. [...] à [...]).

17. Comme c'est souvent le cas, la technologie s'est développée bien avant que la loi s'intéresse au sujet. Il en résulte un écart, qui entraîne non seulement des niveaux variables de connaissance des experts, mais aussi des incohérences sur le plan de la terminologie. Des expressions qui étaient traditionnellement employées avec une connotation particulière dans les droits nationaux ont commencé à être utilisées pour décrire des techniques électroniques dont la fonctionnalité ne coïncidait pas nécessairement avec les fonctions ou caractéristiques du concept correspondant dans l'usage juridique. Comme on l'a vu ci-dessus (voir par. [...] à [...]), les notions d'"authentification", d'"authenticité", de "signature" et d'"identité", bien qu'elles soient étroitement liées dans certains contextes, ne sont pas identiques ou interchangeables. L'usage dans le secteur de la technologie de l'information, qui s'est constitué pour l'essentiel autour des considérations de sécurité des réseaux, n'applique cependant pas nécessairement les mêmes catégories que les écrits juridiques.

18. Dans certains cas, l'expression "authentification électronique" désigne des techniques qui, selon le contexte dans lequel elles sont utilisées, peuvent comporter divers éléments, tels que l'identification d'individus, la confirmation du pouvoir d'une personne (généralement d'agir au nom d'une autre personne ou entité) ou des prérogatives (par exemple, l'appartenance à une institution, l'abonnement à un service) ou l'assurance de l'intégrité de l'information. Dans d'autres cas, l'accent est mis sur la seule identité[43], mais il s'étend parfois au pouvoir[44], ou à une combinaison de plusieurs de ces éléments[45].

---

deuxième session, tenue à Vienne du 19 au 30 janvier 1998 (A/CN.9/446), par. 91 sq, disponible à http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working_groups/4Electronic_Commerce.html.

[42] *Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques et Guide pour son incorporation*, *2001*, (voir note [33]), deuxième partie, par. 33.

[43] L'Administration de la technologie du Département du commerce des États-Unis, par exemple, définit l'authentification électronique comme "le processus consistant à établir la confiance dans les identités des utilisateurs présentées dans un système d'information" (Département du commerce des États-Unis, *Electronic Authentication Guideline: Recommendations of the National Institute of Standards and Technology,* NIST Special Publication 800-63, version 1.0.2 (Gaithersburg, Maryland, avril 2006)), disponible à http://csrc.nist.gov/publications/nistpubs/800-63/SP800-63V1_0_2.pdf, visité le 4 avril 2007).

19. Ni la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique[46], ni la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques[47] n'emploie le terme d'"authentification électronique", en raison du sens différent du mot "authentification" dans divers systèmes juridiques et de la confusion possible avec des procédures ou des exigences de forme particulières (voir par. [...] à [...] ci-dessus). La Loi type sur le commerce électronique utilise à la place la notion de "forme originale" comme critère de l'équivalence fonctionnelle de l'information électronique "authentique". D'après son article 8, lorsque la loi exige qu'une information soit présentée ou conservée sous sa forme originale, un message de données satisfait à cette exigence:

a) S'il existe "une garantie fiable quant à l'intégrité de l'information à compter du moment où elle a été créée pour la première fois sous sa forme définitive en tant que message de données ou autre"; et

b) Si, lorsqu'il est exigé qu'une information soit présentée, cette information "peut être montrée à la personne à laquelle elle doit être présentée".

20. En conformité avec la distinction faite dans la plupart des systèmes juridiques entre signature (ou sceaux, lorsqu'ils sont utilisés à la place) comme moyen d'"authentification", d'une part, et "authenticité" en tant que qualité d'un document ou enregistrement, d'autre part, les deux lois types complètent la notion d'"originalité" par celle de "signature". L'alinéa a) de l'article 2 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques définit la signature électronique comme: des données sous forme électronique contenues dans un message de données ou jointes ou logiquement associées audit message, pouvant être utilisées pour "identifier le signataire" dans le cadre du message de données et "indiquer qu'il approuve l'information qui y est contenue".

21. La définition de "signature électronique" dans les textes de la CNUDCI est délibérément large, de manière à englober toutes les méthodes de "signature électronique" existantes et futures. Tant que la fiabilité des méthodes utilisées est "suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou

---

[44] Par exemple, le gouvernement australien a mis au point un cadre d'authentification électronique qui définit celle-ci comme "le processus consistant à établir un niveau de confiance sur le point de savoir si une déclaration est sincère ou valide lors d'une transaction s'effectuant en ligne ou par téléphone. Il aide à renforcer la confiance dans une transaction en ligne en donnant aux parties concernées une certaine assurance que leurs rapports sont légitimes. Ces déclarations peuvent comprendre: des détails sur l'identité; les qualifications professionnelles, ou le pouvoir délégué de mener la transaction" (Australie, Department of Finance and Administration, *Australian Government e-Authentication Framework: An Overview* (Commonwealth of Australia, 2005), disponible à (http://www.agimo.gov.au/infrastructure/authentication/agaf_b/overview/introduction#e-authentication, visité le 4 avril 2007).

[45] Les Principes d'authentification électroniques élaborés par le gouvernement du Canada, par exemple, définissent l'"authentification" comme un "processus qui atteste des attributs des parties prenantes à une communication électronique ou de l'intégrité de la communication". Le terme "attributs" à son tour est défini comme une "information concernant l'identité, les privilèges ou les droits d'une partie prenante ou d'une autre entité identifiée." (Canada, Industrie Canada, *Principes d'authentification électronique – Cadre canadien*, mai 2004, http://strategis.ic.gc.ca/epic/site/ecic-ceac.nsf/fr/gv00242f.html, consulté le 4 avril 2007).

[46] *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation* (voir note [33]).

[47] *Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques* (voir note [33]).

communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris de tout accord en la matière"[48], elles devraient être considérées comme satisfaisant aux prescriptions légales en matière de signature. Les textes de la CNUDCI relatifs au commerce électronique, ainsi que beaucoup d'autres textes législatifs, reposent sur le principe de la neutralité technologique et visent par conséquent à prendre en compte toutes les formes de signature électronique. Ainsi, la définition de signature électronique de la CNUDCI couvrirait l'ensemble des techniques de "signature électronique", de la sécurité de haut niveau, telle que les systèmes de garantie de la signature fondés sur la cryptographie associés à une infrastructure à clef publique (forme courante de "signature numérique" (voir par. [...] à [...]) aux niveaux inférieurs, tels que les codes ou mots de passe non chiffrés. La simple dactylographie du nom de l'auteur à la fin d'un message électronique, qui est la forme la plus courante de "signature" électronique, par exemple, remplirait la fonction consistant à identifier correctement l'auteur du message toutes les fois qu'il n'est pas déraisonnable d'appliquer un niveau de sécurité aussi bas.

22. Les lois types de la CNUDCI n'abordent pas autrement les questions liées au contrôle de l'accès ou à la vérification de l'identité. Cela tient aussi au fait que, dans un environnement papier, si les signatures peuvent être des signes de l'identité, elles sont nécessairement attributives de l'identité (voir par. [...] à [...]). La Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique traite toutefois des conditions dans lesquelles le destinataire d'un message de données est fondé à supposer que le message émanait effectivement de son expéditeur présumé. De fait, son article 13 indique qu'en ce qui concerne la relation entre l'expéditeur et le destinataire, un message de données est réputé émaner de l'expéditeur s'il a été envoyé: par une personne "autorisée à agir à cet effet au nom de l'expéditeur"; ou par un "système d'information programmé par l'expéditeur ou en son nom pour fonctionner automatiquement". S'agissant du destinataire, il est fondé à considérer qu'un message de données émane de l'expéditeur et à agir en conséquence a) si, pour s'assurer que le message de données émanait de l'expéditeur, il a "correctement appliqué une procédure que l'expéditeur avait précédemment acceptée à cette fin"; ou b) si le message de données tel qu'il l'a reçu résulte des actes d'une personne qui, de par ses relations avec l'expéditeur ou un agent de celui-ci, a eu accès à une méthode que l'expéditeur utilise pour identifier comme étant de lui les messages de données. Dans l'ensemble, ces règles permettent à une partie de déduire l'identité de quelqu'un d'autre, que le message ait été ou non "signé" électroniquement et que la méthode utilisée pour l'attribuer à l'expéditeur ait été ou non utilisée valablement à des fins de "signature". Cela est conforme à la pratique actuelle dans l'environnement papier. Vérifier la voix, l'apparence physique ou les papiers d'identité (par exemple un passeport national) d'une personne peut suffire pour conclure que cette personne est celle qu'elle prétend être aux fins de communication, mais ne tiendrait pas lieu de "signature" de cette personne dans la plupart des systèmes juridiques.

23. Outre la confusion due au fait que l'usage technique et juridique des termes dans l'environnement papier et dans l'environnement électronique ne coïncident pas, les diverses techniques mentionnées précédemment (voir ci-dessus, par. 16 et l'analyse plus détaillée dans les paragraphes [...] à [...] ci-dessous) peuvent être

---

[48] *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation* (voir note [33]), art. 7, par. 1 b).

utilisées à des fins différentes et fournir une fonctionnalité différente, selon le contexte. Des mots de passe ou des codes, par exemple, peuvent être utilisés pour "signer" un document électronique, mais aussi pour accéder à un réseau, à une base de données ou à un autre service électronique, de la même façon qu'une clef peut servir à déverrouiller un coffre ou à ouvrir une porte. Toutefois, alors que dans le premier cas le mot de passe est une preuve d'**identité**, dans le second c'est un **pouvoir**, qui, bien que lié d'ordinaire à une personne particulière, peut également être transféré à une autre. Dans le cas des signatures numériques, l'inadéquation de la terminologie actuelle est encore plus patente. La signature numérique est largement considérée comme une technologie particulière pour "signer" des documents électroniques. Il n'est toutefois pas du tout certain que l'on puisse, d'un point de vue juridique, dire de l'application de la cryptographie asymétrique à des fins d'authentification qu'elle est une "signature" numérique, car ses fonctions vont au-delà des fonctions typiques d'une signature manuscrite. La signature numérique offre le moyen à la fois de "vérifier l'authenticité de messages électroniques" et de "garantir l'intégrité du contenu"[49]. En outre, la technologie de la signature numérique "n'établit pas simplement l'origine ou l'intégrité pour ce qui est des individus, comme cela est exigé à des fins de signature, mais elle peut aussi authentifier, par exemple, des serveurs, des sites Web, des logiciels informatiques, ou toutes autres données distribuées ou stockées numériquement", ce qui confère aux signatures numériques "une utilisation beaucoup plus vaste qu'un substitut électronique à des signatures manuscrites[50].

---

[49] Babette Aalberts et Simone van der Hof, *Digital Signature Blindness: Analysis of Legislative Approaches to Electronic Authentication*, novembre 1999 (http://rechten.uvt.nl/simone/Digsigbl.pdf, consulté le 4 avril 2007), p. 8.

[50] Ibid.

A/CN.9/630/Add.1 [Original: anglais]

Document de référence général sur les éléments nécessaires à l'élaboration d'un cadre juridique favorable au commerce électronique: chapitre type sur l'utilisation internationale des méthodes d'authentification et de signature électroniques

ADDITIF

L'annexe de la présente note contient une partie (première partie, chapitre premier, sections B et C) d'un chapitre type d'un document de référence général qui traite des aspects juridiques de l'utilisation internationale des méthodes d'authentification et de signature électroniques.

Annexe

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

B. Principales méthodes de signature et d'authentification électroniques 1-44

1. Signatures numériques fondées sur la cryptographie à clef publique 2-29

2. Biométrie 30-40

3. Mots de passe et méthodes hybrides 41-42

4. Signatures scannées et noms saisis au clavier 43-44

C. Gestion de l'identité électronique. 45-54

Première partie

Méthodes de signature et d'authentification électroniques

[...]

I. Définition et méthodes de signature et d'authentification électroniques

[...]

B. Principales méthodes d'authentification et de signature électroniques

1. Aux fins du présent document, quatre méthodes principales d'authentification et de signature électroniques seront examinées: les signatures numériques, les méthodes biométriques, les mots de passe et les méthodes hybrides, et les signatures scannées ou saisies au clavier.

1. Signatures numériques fondées sur la cryptographie à clef publique

2. La "signature numérique" désigne des applications technologiques qui utilisent la cryptographie asymétrique, autrement dit un système de chiffrement à clef publique, pour garantir l'authenticité de messages électroniques et l'intégrité de leur contenu. La signature numérique peut prendre de multiples formes, telles que la signature avec arrêt sur défaillance, la signature aveugle et la signature indéniable.

a) Notions et terminologie techniques

i) Cryptographie

3. Les signatures numériques sont créées et vérifiées grâce à la cryptographie, branche des mathématiques appliquées qui s'occupe de la transformation de messages en des formes apparemment inintelligibles et de leur restitution dans leur forme initiale. Les signatures numériques utilisent ce que l'on appelle la "cryptographie à clef publique", qui est souvent basée sur l'utilisation de fonctions algorithmiques pour créer deux "clefs" (c'est-à-dire des nombres de plusieurs chiffres générés à l'aide d'une série de formules mathématiques appliquées aux nombres premiers) différentes mais mathématiquement liées entre elles[1]. L'une de ces clefs est utilisée pour créer une signature numérique ou pour transformer des données en une forme apparemment inintelligible, et l'autre pour vérifier une signature numérique ou restituer le message dans sa forme initiale[2]. Le matériel et le logiciel informatiques utilisant deux clefs de ce type sont souvent appelés collectivement "cryptosystèmes" ou, plus précisément, "cryptosystèmes asymétriques" lorsqu'ils utilisent des algorithmes asymétriques.

---

[1] On notera, cependant, que le concept de cryptographie à clef publique, tel qu'il est examiné ici, ne nécessite pas forcément l'utilisation d'algorithmes fondés sur des nombres premiers. On utilise ou l'on met au point actuellement d'autres techniques mathématiques telles que des systèmes de cryptographie fondés sur des courbes elliptiques, souvent décrits comme offrant un niveau élevé de sécurité grâce à l'utilisation de longueurs de clefs considérablement réduites.

[2] Bien que le recours à la cryptographie soit l'une des principales caractéristiques des signatures numériques, le simple fait qu'une signature numérique soit utilisée pour authentifier un message contenant des données sous forme numérique ne doit pas être assimilé à l'utilisation plus générale de la cryptographie à des fins de confidentialité. Le codage pour raison de confidentialité est une méthode utilisée pour coder une communication électronique de manière que seuls l'initiateur et le destinataire du message seront en mesure de le lire. Dans un certain nombre de pays, la loi restreint l'utilisation de la cryptographie à cette fin pour des raisons d'ordre public qui peuvent comporter des considérations de défense nationale. Cependant, l'utilisation de la cryptographie aux fins d'authentification par la création d'une signature numérique n'implique pas nécessairement le recours au codage pour garantir le caractère confidentiel d'une communication, étant donné que la signature numérique codée peut être tout simplement jointe à un message non codé.

ii) Clefs publiques et privées

4. Une clef complémentaire utilisée pour les signatures numériques est appelée la "clef privée", qui n'est utilisée que par le signataire pour créer la signature numérique et qui doit être tenue secrète, tandis que la "clef publique" est d'ordinaire plus largement connue et est utilisée par une partie se fiant à la signature pour vérifier la signature numérique. La clef privée est normalement conservée sur une carte à mémoire, ou est accessible grâce à un numéro d'identification personnel (NIP) ou grâce à un dispositif d'identification biométrique, par exemple un dispositif de reconnaissance d'empreinte de pouce. Si plusieurs personnes ont besoin de vérifier les signatures numériques du signataire, il faut rendre la clef publique accessible ou la distribuer à l'ensemble de ces personnes, en attachant, par exemple, les certificats à la signature ou par d'autres moyens permettant de s'assurer que les parties se fiant aux signatures, et uniquement celles qui doivent vérifier les signatures, aient accès aux certificats correspondants. Bien que les clefs de la paire soient mathématiquement liées, si un système de cryptographie asymétrique a été conçu et mis en œuvre de façon sécurisée, il est pratiquement impossible, connaissant la clef publique, de déduire la clef privée. Les algorithmes les plus courants de chiffrement par utilisation de clefs publiques et privées reposent sur une caractéristique importante des grands nombres premiers: une fois multipliés ensemble pour produire un nouveau nombre, il est particulièrement difficile et long de déterminer les deux nombres premiers qui ont créé ce nouveau nombre plus important[3]. Ainsi, bien que de nombreuses personnes connaissent la clef publique d'un signataire donné et l'utilisent pour vérifier les signatures de ce signataire, elles ne peuvent découvrir la clef privée de ce signataire et l'utiliser pour falsifier des signatures numériques.

iii) Fonction de hachage

5. Outre la production de paires de clefs, un autre processus fondamental, généralement appelé "fonction de hachage", est utilisé à la fois pour créer et pour vérifier une signature numérique. Une fonction de hachage est un processus mathématique fondé sur un algorithme, qui crée une représentation numérique, ou forme comprimée du message, souvent appelée "abrégé" ou "empreinte digitale", et qui prend la forme d'une "valeur de hachage" ou d'un "résultat de hachage" d'une longueur normalisée généralement bien plus courte que le message lui-même mais qui lui est néanmoins unique. Toute modification apportée au message produit inévitablement un résultat de hachage différent lorsqu'on utilise la même fonction de hachage. Dans le cas d'une fonction de hachage sécurisée, parfois appelée "fonction de hachage unidirectionnelle", il est pratiquement impossible, connaissant la valeur de hachage, de déduire le message initial. Une autre caractéristique

---

[3] Certaines normes existantes contiennent la notion d'"irréalisabilité informatique" pour décrire l'irréversibilité escomptée du processus, c'est-à-dire l'espoir qu'il sera impossible de déduire la clef privée secrète d'un utilisateur à partir de sa clef publique. "Irréalisable par des moyens informatiques" est un concept relatif fondé sur la valeur des données protégées, l'infrastructure informatique requise pour les protéger, le temps nécessaire pour les protéger, ainsi que le coût et le temps nécessaires pour attaquer les données, ces facteurs étant évalués tant en fonction de la situation actuelle que des futurs progrès technologiques." (American Bar Association, *Digital Signature Guidelines: Legal Infrastructure for Certification Authorities and Secure Electronic Commerce* (Chicago, Association du barreau américain, 1er août 1996), p. 9, note 23, disponible à http://www.abanet.org/scitech/ec/isc/dsgfree.html, visité le 5 avril 2007).

fondamentale des fonctions de hachage est qu'il est également pratiquement impossible de trouver un autre objet binaire (c'est-à-dire différent de celui qui a produit l'abrégé à l'origine) qui produira le même abrégé. Les fonctions de hachage permettent donc au programme de création de signatures numériques d'opérer sur des volumes de données limités et plus prévisibles tout en établissant une solide corrélation avec la teneur du message initial, ce qui lui permet d'assurer qu'aucune modification n'a été apportée au message depuis que ce dernier a été signé sous forme numérique.

iv) Signature numérique

6. Pour signer un document ou toute autre information, le signataire commence par définir précisément les limites de ce qu'il doit signer. Ensuite, une fonction de hachage opérant dans le programme du signataire calcule un résultat de hachage propre (à toutes fins pratiques) à l'information qui doit être signée. Le programme du signataire transforme ensuite le résultat de hachage en une signature numérique à l'aide de la clef privée du signataire. La signature numérique résultante est par conséquent propre à la fois à l'information signée et à la clef privée utilisée pour créer la signature numérique. Généralement, une signature numérique (chiffrement, avec la clef privée du signataire, du résultat de hachage du message) est attachée au message et stockée ou transmise avec ce message. Cependant, elle peut également être envoyée ou stockée comme élément de données distinct, aussi longtemps qu'elle maintient une association fiable avec le message correspondant. Étant donné qu'une signature numérique est propre à son message, elle est inutilisable si on la dissocie de façon permanente dudit message.

v) Vérification de la signature numérique

7. La vérification de la signature numérique consiste à vérifier la signature numérique par rapport au message initial et à une clef publique donnée, et à déterminer de cette façon si la signature numérique a été créée pour ce même message à l'aide de la clef privée correspondant à la clef publique référencée. La vérification d'une signature numérique s'effectue en calculant un nouveau résultat de hachage du message initial au moyen de la fonction de hachage utilisée pour créer la signature numérique. Ensuite, à l'aide de la clef publique et du nouveau résultat de hachage, le contrôleur vérifie si la signature numérique a été créée à l'aide de la clef privée correspondante et si le résultat de hachage nouvellement calculé correspond au résultat de hachage initial qui a été transformé en signature numérique au cours du processus de signature.

8. Le programme de vérification confirmera la signature numérique comme étant "vérifiée" du point de vue cryptographique: a) si la clef privée du signataire a été utilisée pour signer numériquement le message, ce qui est avéré si la clef publique du signataire a été utilisée pour vérifier la signature étant donné que la clef publique du signataire permettra de vérifier uniquement une signature numérique créée à l'aide de la clef privée du signataire; et b) si le message ne subit aucune modification, ce qui est avéré si le résultat de hachage calculé par la personne chargée de la vérification est identique au résultat de hachage extrait de la signature numérique lors du processus de vérification.

vi) Autres utilisations de la technologie des signatures numériques

9. Comme indiqué plus haut, l'utilisation de la technologie des signatures numériques va bien au-delà de la simple "signature" de communications électroniques à la façon des signatures manuscrites utilisées pour signer des documents (voir par. [...]). Ainsi, des certificats signés numériquement sont souvent utilisés, par exemple, pour "authentifier" des serveurs ou des sites Internet, afin de garantir à leurs utilisateurs que le serveur ou le site en question est bien celui qu'il prétend être, ou est bien relié à la société qui prétend le gérer. Cette technologie peut aussi être utilisée pour "authentifier" des logiciels informatiques, par exemple pour garantir l'authenticité d'un logiciel téléchargé d'un site Internet, ou garantir qu'un serveur donné utilise une technologie largement reconnue comme offrant un certain niveau de sécurité de connexion, ou pour "authentifier" toute autre donnée qui est diffusée ou sauvegardée sous forme numérique.

b) Infrastructure à clef publique et prestataires de services de certification

10. Pour vérifier une signature numérique, le vérificateur doit avoir accès à la clef publique du signataire et s'assurer que celle-ci correspond bien à la clef privée du signataire. Cependant, une paire de clefs publique et privée n'a aucune association intrinsèque avec une personne quelconque; il s'agit simplement d'une paire de nombres. Un mécanisme supplémentaire est nécessaire pour associer de manière fiable une personne ou une entité particulière à la paire de clefs. Cela est très important, car il se peut qu'il n'y ait aucune relation de confiance préexistante entre le signataire et les destinataires de communications signées numériquement. Pour ce faire, les parties concernées doivent avoir confiance dans les clefs publiques et privées émises.

11. Le degré requis de confiance peut exister entre deux parties qui se font confiance, qui ont traité l'une avec l'autre sur une certaine durée, qui communiquent sur des systèmes fermés, qui fonctionnent à l'intérieur d'un groupe fermé, ou dont les relations sont régies par contrat – par exemple dans le cadre d'un accord entre partenaires commerciaux. Si une transaction ne fait intervenir que deux parties, chaque partie peut simplement communiquer (par un moyen relativement sûr tel qu'un coursier ou un téléphone) la clef publique de la paire de clefs que chaque partie va utiliser. Cependant, il se peut que le même degré de confiance soit absent lorsque les parties ont peu affaire l'une à l'autre, communiquent sur des systèmes ouverts (par exemple Internet), ne font pas partie d'un groupe fermé, n'ont pas conclu d'accord entre partenaires commerciaux ou lorsque leur relation n'est pas régie par un droit particulier. De plus, il faudrait tenir compte du fait que, si des différends doivent être réglés par un tribunal ou par arbitrage, il pourrait être difficile de prouver qu'une certaine clef publique avait, ou n'avait pas, été effectivement donnée au destinataire par son propriétaire.

12. Un signataire éventuel pourrait faire une déclaration publique indiquant que les signatures vérifiables au moyen d'une clef publique donnée devraient être considérées comme provenant de lui. La forme et l'efficacité juridique d'une telle déclaration seraient régies par la loi de l'État adoptant. Par exemple, une présomption d'attribution de signatures électroniques à un signataire particulier pourrait être établie par la publication de la déclaration dans un bulletin officiel ou dans un document reconnu comme "authentique" par les autorités publiques. Cependant, d'autres parties pourraient refuser d'accepter cette déclaration, en

particulier lorsqu'il n'existe aucun contrat préalable établissant avec certitude l'effet juridique de ladite déclaration. Une partie se fiant à une telle déclaration non étayée publiée dans un système ouvert courrait alors un risque important de faire confiance, à son insu, à un imposteur ou d'avoir à établir qu'il n'y a pas eu refus de signature numérique (question souvent évoquée à propos de la "non-répudiation" des signatures numériques) dans les cas où une transaction s'avérerait défavorable pour le signataire supposé.

13. Une solution à certains de ces problèmes consiste à recourir à un ou plusieurs tiers de confiance pour associer un signataire identifié ou le nom de ce signataire à une clef publique spécifique. Ce tiers de confiance est généralement appelé, dans la plupart des normes et directives techniques, "autorité de certification" ou "prestataire de services de certification" (dans la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques[4], c'est l'expression "prestataire de services de certification" qui a été retenue). Dans plusieurs pays, ces autorités de certification s'organisent de façon hiérarchique en ce que l'on appelle souvent une infrastructure à clef publique (ICP), dans laquelle certaines autorités de certification ne font qu'en certifier d'autres, qui fournissent directement des services aux utilisateurs. Dans une telle structure, certaines autorités de certification sont donc subordonnées à d'autres, mais on peut aussi concevoir des structures dans lesquelles toutes sont sur un pied d'égalité. Dans une grande ICP, il est probable qu'il y aura à la fois des autorités de certification subordonnées et supérieures. D'autres solutions comprennent, par exemple, les certificats délivrés par les parties se fiant à la signature.

i) Infrastructure à clef publique

14. La création d'une ICP est un moyen d'inspirer confiance dans le fait que: a) la clef publique de l'utilisateur n'a pas été falsifiée et correspond effectivement à sa clef privée; b) les techniques de cryptologie utilisées sont bonnes. Pour inspirer cette confiance, une ICP peut offrir un certain nombre de services, dont les suivants: a) gérer les clefs cryptographiques utilisées pour les signatures numériques; b) certifier qu'une clef publique correspond bien à une clef privée; c) fournir des clefs aux utilisateurs finaux; d) publier des informations relatives à la révocation des clefs publiques ou des certificats; e) gérer des objets personnalisés (par exemple des cartes à puce) capables d'identifier l'utilisateur au moyen d'éléments d'identification qui lui sont spécifiques ou capables de créer et de garder en mémoire les clefs privées d'un individu; f) vérifier l'identité des utilisateurs finaux et leur offrir des services; g) offrir des services d'horodatage; et h) gérer les clefs cryptographiques utilisées pour le chiffrement de confidentialité lorsque le recours à cette technique est autorisé.

15. Une ICP peut s'appuyer sur divers niveaux d'autorité. Par exemple, les modèles envisagés dans certains pays pour établir ce type d'infrastructure se réfèrent notamment aux niveaux suivants: a) une autorité principale ("autorité racine") unique, qui certifierait la technologie et les pratiques de toutes les parties autorisées à produire les paires de clefs cryptographiques ou les certificats concernant l'utilisation de ces paires de clefs, et qui enregistrerait les autorités de certification inférieures[5]; b) diverses autorités de certification, situées en dessous de

---

[4] Voir note [...] [publication des Nations Unies, numéro de vente: F.02.V.8].

[5] La question de savoir si un gouvernement devrait avoir la capacité technique de conserver ou de

"l'autorité racine", qui certifieraient que la clef publique d'un utilisateur correspond effectivement à sa clef privée (autrement dit, que la clef n'a pas été manipulée); et c) diverses autorités locales d'enregistrement, placées en dessous des autorités de certification, qui recevraient les demandes de paires de clefs cryptographiques ou de certificats relatifs à l'utilisation de ces paires de clefs adressées par des utilisateurs, exigeant une preuve d'identification et vérifiant l'identité des utilisateurs éventuels. Dans certains pays, il est envisagé de confier à des officiers publics la fonction d'autorité locale d'enregistrement, ou tout au moins de leur demander d'apporter leur concours à cette fonction.

16. Les ICP structurées de manière hiérarchique sont modulables, en ce sens qu'elles peuvent incorporer de nouvelles "communautés" ICP entières en chargeant simplement l'"autorité racine" d'établir une relation de confiance avec la "racine" de la nouvelle communauté[6]. L'autorité racine de la nouvelle communauté peut être incorporée directement sous la "racine" de l'ICP réceptrice et devenir un prestataire de services de certification subordonné au sein de cette ICP. Elle peut aussi devenir un prestataire de services de certification subordonné à l'un des prestataires de services de certification dans l'ICP existante. Une autre caractéristique attrayante des ICP hiérarchiques est qu'elles facilitent le développement de chemins de certification, parce qu'elles fonctionnent uniquement dans un sens, du certificat de l'utilisateur au point de confiance. De plus, les chemins de certification au sein d'une ICP hiérarchique sont relativement courts, et les utilisateurs savent implicitement, à partir de la position occupée par le prestataire de services de certification, pour quelles applications un certificat peut être utilisé. Toutefois, les ICP hiérarchiques ont également des inconvénients, du fait surtout qu'elles s'appuient sur un seul point de confiance. Si l'autorité racine est compromise, c'est toute l'ICP qui l'est. En outre, certains pays ont eu des difficultés à choisir une seule entité en tant qu'autorité racine et à imposer cette hiérarchie à tous les autres prestataires de services de certification[7].

17. L'ICP dite "maillée" est une alternative à l'ICP hiérarchique. Dans ce modèle, les prestataires de services de certification sont liés par une relation de pair à pair. Tous peuvent être des points de confiance. En général, les utilisateurs feront confiance à ceux qui ont émis leur certificat. Les prestataires de services de certification s'adressent mutuellement des certificats. La paire de certificats représente leur relation de confiance mutuelle. Du fait de l'absence de hiérarchie dans un tel système, les prestataires de services de certification ne peuvent imposer les conditions régissant les types de certificats émis par d'autres prestataires. Si un prestataire souhaite limiter la confiance accordée à d'autres prestataires, il doit préciser ces limites dans les certificats émis pour ses pairs[8]. Toutefois, il peut être très difficile d'harmoniser les conditions et les limites de la reconnaissance mutuelle.

---

recréer des clefs de confidentialité privées peut être traitée au niveau de l'autorité racine.

[6] William T. Polk et Nelson E. Hastings, *Bridge Certification Authorities: Connecting B2B Public Key Infrastructures*, Institut national américain des normes et de la technologie (septembre 2000), peut être consulté à http://csrc.nist.gov/pki/documents/B2B-article.pdf, visité le 30 mars 2007.

[7] Polk et Hastings (voir note [6]) notent qu'aux États-Unis, il a été très difficile de choisir une agence du gouvernement fédéral pour assumer l'autorité générale de l'ICP fédérale.

[8] Polk et Hastings, *Bridge Certification Authorities* ... (voir note [5]).

18. Une troisième structure est l'architecture de l'autorité de certification dite en "pont". Elle peut être particulièrement utile pour permettre à plusieurs communautés ICP existantes de se fier aux certificats les unes des autres. Contrairement à une autorité de certification dans une ICP "maillée", une autorité de certification "pont" n'émet pas directement de certificats aux utilisateurs. Elle n'a pas non plus pour vocation de servir de point de confiance aux utilisateurs de l'ICP, comme c'est le cas d'une autorité "racine". En revanche, une autorité de certification "pont" établit des relations de confiance de pair à pair avec les différentes communautés d'utilisateurs, ce qui permet à ces derniers de conserver leurs points de confiance naturels au sein de leur ICP respective. Si une communauté d'utilisateurs instaure un domaine de confiance sous la forme d'une ICP hiérarchique, l'autorité de certification "pont" établira une relation avec l'autorité racine de cette ICP. Par contre, si elle instaure un domaine de confiance sous la forme d'une ICP "maillée", l'autorité de certification "pont" devra uniquement établir une relation avec l'une des autorités de certification de l'ICP, qui deviendra alors l'autorité "principale" de certification au sein de cette ICP en vue de l'établissement du "pont de confiance" avec l'autre ICP. Le "pont de confiance" qui relie deux ICP ou plus par le biais de leur relation mutuelle avec une autorité de certification "pont" permet aux membres des différentes communautés d'utilisateurs d'interagir les uns avec les autres pour un niveau de confiance donné[9].

ii) Prestataires de services de certification

19. Pour associer une paire de clefs à un signataire éventuel, un prestataire de services de certification (ou autorité de certification) délivre un certificat, enregistrement électronique qui indique la clef publique ainsi que le nom du titulaire du certificat identifié comme "sujet" de ce certificat et qui peut confirmer que le signataire éventuel identifié dans le certificat détient la clef privée correspondante. La fonction essentielle d'un certificat est d'associer une clef publique à un signataire précis. Un "destinataire" du certificat souhaitant se fier à une signature numérique créée par le signataire indiqué dans le certificat peut utiliser la clef publique figurant dans le certificat pour vérifier que la signature numérique a bien été créée avec la clef privée correspondante. Si cette vérification est positive, le destinataire est dans une certaine mesure techniquement assuré que le signataire a créé la signature numérique et que la portion du message utilisé pour la fonction de hachage (et, par conséquent, le message de données correspondant) n'a pas été modifiée depuis qu'on y a apposé la signature numérique.

20. Pour assurer l'authenticité du certificat (pour ce qui est tant de son contenu que de sa source), le prestataire de services de certification y appose une signature numérique. Celle-ci peut être vérifiée au moyen de la clef publique de ce prestataire figurant sur un autre certificat délivré par un autre prestataire (qui peut, mais ne doit pas nécessairement, être une autorité hiérarchiquement supérieure), et cet autre certificat peut à son tour être authentifié par la clef publique figurant sur un autre certificat encore, et ainsi de suite, jusqu'à ce que la personne devant se fier à la signature numérique soit convaincue de son authenticité. Un autre moyen possible de vérifier une signature numérique consiste à enregistrer cette signature numérique

---

[9] L'autorité de certification "pont" est la structure qui a finalement été retenue pour le système ICP du Gouvernement fédéral des États-Unis (Polk et Hastings, voir note [6]). C'est également le modèle suivi pour développer le système ICP du Gouvernement japonais.

sur un certificat délivré par le prestataire de services de certification (parfois appelé "certificat source")[10].

21. Dans chaque cas, le prestataire de services de certification délivrant le certificat doit apposer une signature numérique sur son propre certificat pendant la période de validité de l'autre certificat utilisé pour vérifier sa signature numérique. Selon la législation de certains États, on pourrait inspirer la confiance dans la signature numérique du prestataire de services de certification en publiant dans un bulletin officiel la clef publique de celui-ci ou certaines données se rapportant au certificat source (par exemple une "empreinte digitale numérique").

22. Une signature numérique correspondant à un message, qu'elle soit créée par le signataire pour authentifier un message ou par le prestataire de services de certification pour authentifier son certificat, devrait généralement être horodatée de manière fiable pour permettre au vérificateur de déterminer si elle a bien été créée pendant la "période de validité" indiquée dans le certificat, et avant tout si le certificat était valable (par exemple ne figurait pas sur une liste de révocation) au moment considéré, ce qui est l'une des conditions de la vérifiabilité d'une signature numérique.

23. Pour qu'une clef publique et son association à un signataire spécifique soient aisément vérifiables, le certificat peut être publié dans un répertoire ("repository") ou mis à disposition par d'autres moyens. Généralement, les répertoires sont des bases de données en ligne regroupant des certificats et d'autres informations pouvant être appelés et utilisés pour vérifier les signatures numériques.

24. Une fois délivré, un certificat peut se révéler sujet à caution, par exemple si le signataire a donné une fausse identité au prestataire de services de certification. Dans d'autres cas, un certificat peut être fiable au moment où il est délivré, mais devenir sujet à caution par la suite. Si la clef privée est "compromise", par exemple parce que son signataire en a perdu le contrôle, le certificat peut perdre sa fiabilité. Le prestataire de services de certification (à la demande du signataire ou même sans son consentement, selon les circonstances) peut alors suspendre (interrompre provisoirement la période de validité) ou révoquer (annuler définitivement) le certificat. On peut attendre du prestataire de services de certification que, peu après cette suspension ou cette révocation, il publie une notification ou en avise les personnes qui l'interrogent ou dont il sait qu'elles ont reçu une signature numérique vérifiable par référence à un certificat qui n'est pas fiable. De même, le cas échéant, on devrait également examiner s'il y a eu révocation du certificat du prestataire de services de certification, ainsi que du certificat émis pour la vérification de la signature de l'autorité d'horodatage et du certificat du prestataire de services de certification qui a émis le certificat de l'autorité d'horodatage.

25. Les autorités de certification pourraient être des organismes relevant de l'État ou des prestataires de services privés. Dans quelques pays, on envisage, pour des raisons d'ordre public, que seuls des organismes publics soient autorisés à assurer la fonction de certification. Toutefois, dans la plupart des pays, ou bien les services de certification sont entièrement laissés au secteur privé, ou bien les organismes gérés par l'État coexistent avec des prestataires de services privés. Il y a aussi des

---

[10] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17* et rectificatif (A/56/17 et Corr.3), par. 279.

systèmes de certification fermés, dans lesquels de petits groupes établissent leur propre prestataire de services de certification. Dans certains pays, les organismes relevant de l'État émettent uniquement des certificats à l'appui des signatures numériques utilisées par l'administration publique. Quelle que soit l'option retenue, et que les autorités de certification aient ou non besoin d'une licence pour fonctionner, une infrastructure à clef publique comprend généralement plusieurs prestataires de services de certification. Ce qui est particulièrement important est la relation entre les différentes autorités de certification (voir par. [15] à [18] ci-dessus).

26. Il peut incomber au prestataire de services de certification ou à l'autorité racine de veiller à ce que ses prescriptions soient systématiquement respectées. Si la sélection des autorités de certification peut se faire sur la base d'un certain nombre de facteurs, dont la solidité de la clef publique utilisée et l'identité de l'utilisateur, la fiabilité d'un prestataire de services de certification peut également dépendre de la façon dont il applique les normes de délivrance de certificats et de la fiabilité de son évaluation des données communiquées par les utilisateurs qui demandent des certificats. D'une importance toute particulière est le régime de responsabilité qui s'applique concernant le respect des prescriptions en matière de politique générale et de sécurité édictées par l'autorité racine ou par le prestataire de services de certification supérieur, ou de toute autre prescription applicable, et ce, de manière permanente. L'obligation du prestataire de services de certification d'agir en conformité avec les déclarations qu'il a faites en ce qui concerne ses politiques et pratiques, comme prévu à l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 9 de la Loi type sur les signatures électroniques, est tout aussi importante.

c) Problèmes pratiques dans la mise en œuvre de l'infrastructure à clef publique

27. En dépit des connaissances considérables sur les technologies de signature numérique et leur mode de fonctionnement, la mise en œuvre des systèmes d'infrastructure à clef publique et de signature numérique a, dans la pratique, connu quelques problèmes qui ont modéré l'utilisation des signatures numériques, restée en deçà des attentes.

28. Les signatures numériques fonctionnent bien lorsqu'il s'agit de vérifier des signatures créées pendant la période de validité d'un certificat. Mais, une fois que le certificat a expiré ou été révoqué, la clef publique correspondante perd sa validité, même si la paire de clefs n'était pas compromise. Par conséquent, il faudrait un système de gestion des signatures numériques pour les systèmes d'ICP afin de garantir la disponibilité de la signature dans le temps. La principale difficulté provient du risque que le document électronique "original" (c'est-à-dire les chiffres binaires ou "bits" qui constituent le fichier informatique dans lequel l'information est enregistrée), y compris la signature numérique, devienne illisible ou peu fiable avec le temps, en raison principalement de l'obsolescence du logiciel, du matériel ou des deux. En fait, la signature numérique peut devenir peu sûre en raison des progrès scientifiques en matière d'analyse cryptographique, le logiciel de vérification des signatures peut ne pas être disponible sur de longues périodes ou le document peut perdre son intégrité[11]. Il en résulte que la conservation à long terme

---

[11] Jean-François Blanchette, "Defining electronic authenticity: an interdisciplinary journey", peut être consulté à http://polaris.gseis.ucla.edu/blanchette/papers/dsn.pdf, visité le 5 avril 2007

des signatures électroniques est généralement problématique. Même si on a cru pendant un certain temps que les signatures numériques étaient indispensables à des fins d'archivage, l'expérience a montré qu'elles n'étaient pas à l'abri des risques à long terme. Comme toute altération du document, après la création de la signature, entraînera l'échec de la vérification de cette dernière, les opérations de reformatage destinées à préserver la lisibilité d'un document (comme la "migration" ou la "conversion") peuvent affecter la durabilité de la signature[12]. En fait, les signatures numériques ont été conçues davantage pour assurer la sécurité de la communication d'informations que pour préserver les informations dans le temps[13]. Les initiatives visant à résoudre ce problème n'ont pas encore débouché sur une solution durable[14].

(document publié dans un volume supplémentaire de la Conférence internationale sur la sûreté de fonctionnement des systèmes et des réseaux (DSN 2004), Florence (Italie), 28 juin-1er juillet 2004), p. 228 à 232.

12 "En fin de compte, tout ce que nous pouvons préserver dans un contexte électronique sont les bits. Toutefois, nous savons depuis longtemps qu'il est très difficile de conserver une série de bits indéfiniment. Avec le temps, elle devient illisible (pour l'ordinateur et, partant, pour l'homme) en raison de l'obsolescence technologique du logiciel d'application et/ou du matériel (par exemple le lecteur). Jusqu'à présent, le problème de la durabilité des signatures numériques fondées sur une ICP a été mal étudié en raison de sa complexité... Bien que les outils d'authentification utilisés dans le passé, comme les signatures manuscrites, les sceaux, les tampons, les empreintes digitales, etc. soient également sujets au reformatage (par exemple le microfilm) en raison de l'obsolescence du support papier, ils ne deviennent jamais complètement inutilisables après une telle opération. Il y a toujours au moins une copie qui peut être comparée avec d'autres outils d'authentification d'origine." (Jos Dumortier et Sofie Van den Eynde, *Electronic Signatures and Trusted Archival Services*, p. 5, peut être consulté à http://www.law.kuleuven.ac.be/icri/publications/172DLM2002.pdf?where=, visité le 5 avril 2007.

13 En 1999, des archivistes de différents pays ont lancé le projet InterPARES (Recherche Internationale sur les Documents Authentiques Permanents dans les Systèmes Électroniques) pour "accroître les connaissances théoriques et méthodologiques essentielles à la conservation à long terme de documents authentiques créés et/ou conservés sous forme numérique" (voir http://www.interpares.org, visité le 5 avril 2007). Le projet de rapport du groupe de travail sur l'authenticité, qui faisait partie de la première phase du projet (InterPARES 1, achevée en 2001) concluait que "les signatures numériques et les infrastructures à clef publique (ICP) étaient des exemples de technologies développées et mises en œuvre pour authentifier des documents électroniques transmis **d'un endroit à un autre**. Même si les archivistes et les informaticiens ont confiance dans les technologies d'authentification pour garantir l'authenticité des documents, ces technologies n'ont jamais été destinées, et n'en ont pas l'aptitude à l'heure actuelle, à assurer l'authenticité de documents électroniques **dans la durée**" (non souligné dans le texte), peut être consulté à http://www.interpares.org/documents/atf_draft_final_report.pdf, visité le 5 avril 2007. Le rapport final d'InterPARES 1 peut être consulté à http://www.interpares.org/book/index.htm. La suite du projet (InterPARES 2) a pour objectif de développer et d'élaborer des concepts, des principes, des critères et des méthodes pour la création et la préservation de documents exacts et fiables et la conservation à long terme de documents authentiques dans le contexte des activités artistiques, scientifiques et gouvernementales menées entre 1999 et 2001.

14 L'Initiative européenne de normalisation des signatures électroniques (EESSI), par exemple, a été créée en 1999 par le Conseil de normalisation des TIC, groupe d'organisations s'occupant conjointement de la normalisation et des activités connexes dans les technologies de l'information et de la communication, établi afin de coordonner les activités de normalisation à l'appui de la mise en œuvre de la directive de l'Union européenne sur les signatures électroniques (voir note [...] [Journal officiel des communautés européennes, L 13/12]). Le consortium EESSI (initiative de normalisation qui s'emploie à traduire les exigences de la

29. Un autre domaine dans lequel les systèmes de signature numérique et d'ICP peuvent poser des problèmes pratiques est celui de la sécurité des données et de la protection de la vie privée. Les prestataires de services de certification doivent garder en sécurité les clefs utilisées pour signer les certificats émis en faveur de leurs clients et risquent d'être exposés à des tentatives de tiers visant à obtenir un accès non autorisé à ces clefs (voir également la deuxième partie, par. [...] à [...] ci-dessous). De plus, ils doivent obtenir une série de données personnelles et d'informations commerciales des personnes qui demandent un certificat. Ces informations doivent être conservées en vue d'une utilisation ultérieure. Les prestataires de services de certification doivent prendre les mesures nécessaires pour que l'accès à ces informations soit conforme aux lois applicables en matière de protection des données[15]. Malgré tout, la menace d'un accès non autorisé reste bien réelle.

---

directive européenne sur les signatures électroniques en normes européennes) a cherché à répondre au besoin de la conservation à long terme de documents à signature cryptographique au moyen de sa norme sur le "format de signature électronique" (norme TS 101 733, ETSI, 2000). Le format distingue des étapes dans la validation de la signature, la validation initiale et une validation ultérieure. Le format de cette dernière réunit toutes les informations qui peuvent être utilisées dans le processus de validation, comme les informations relatives à la révocation, l'horodatage, les politiques de signature, etc. Ces informations sont réunies lors de l'étape de la validation initiale. Les concepteurs de ce format de signature électronique étaient préoccupés par la menace que faisait peser le déclin de la force cryptographique sur la validité de la signature. Pour lutter contre cette menace, les signatures EESSI sont régulièrement horodatées à nouveau, avec des algorithmes de signature et des tailles de clef adaptées aux méthodes d'analyse cryptographique les plus récentes. Le problème de la longévité des logiciels a été traité dans un rapport de l'EESSI datant de 2000, qui introduisait les "opérateurs fiables de services d'archivage", nouveau type de service commercial qui serait proposé par des professions et des organes compétents qui restent à définir, afin de garantir la conservation à long terme de documents à signature cryptographique. Le rapport énumère un certain nombre d'exigences techniques auxquelles ces opérateurs devraient satisfaire, dont la "compatibilité rétroactive" avec les logiciels et le matériel informatiques, par la conservation de l'équipement et/ou par l'émulation (voir Blanchette, "Defining electronic authenticity ..." (voir note [12])). Une étude complémentaire sur la recommandation de l'EESSI relative aux opérateurs fiables de services d'archivage réalisée par le Centre interdisciplinaire pour le droit et les technologies de l'information de l'Université catholique de Louvain, Belgique, intitulée *European Electronic Signature Standardization Initiative: Trusted Archival Services* (phase 3, rapport final, 28 août 2000), peut être consultée à http://www.law.kuleuven.ac.be/icri/publications/91TAS-Report.pdf?where=, visité le 12 avril 2007. L'EESSI a été arrêtée en octobre 2004. Les systèmes permettant d'appliquer ces recommandations ne semblent pas être opérationnels à l'heure actuelle (voir Dumortier et Van den Eynde, *Electronic Signatures and Trusted Archival Services* (voir note [13]).

[15] Voir les Lignes directrices de l'OCDE régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel (Paris, 1980), disponibles à http://www.oecd.org/document/0,2340,fr_2649_34255_1815225_1_1_1_1,00.html, visité le 7 février 2007; la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (Conseil de l'Europe, *Série des traités européens* n° 108), disponible à http://conventions.coe.int/treaty/FR/Treaties/Html/108.htm, visité le 7 février 2007; les Principes directeurs pour la réglementation des fichiers informatisés contenant des données à caractère personnel (résolution 45/95 de l'Assemblée générale), disponibles à http://www.unhchr.ch/french/html/menu3/b/71_fr.htm, visité le 7 février 2007; et la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et

2. Biométrie

30. Un identificateur biométrique est une mesure utilisée pour identifier une personne par ses caractéristiques physiques ou comportementales. Les caractéristiques susceptibles d'être utilisées pour la reconnaissance biométrique sont l'ADN, les empreintes digitales, l'iris, la rétine, la forme de la main ou du visage, la thermographie faciale, la forme de l'oreille, la voix, l'odeur corporelle, le dessin des vaisseaux sanguins, l'écriture, la démarche et la dynamique de frappe.

31. Le recours à des dispositifs biométriques implique en général de prélever un échantillon biométrique d'une caractéristique biologique d'une personne. Cet échantillon est numérisé, puis des données biométriques en sont extraites pour créer un modèle de référence. Par la suite, les données enregistrées dans ce modèle sont comparées avec celles qui proviennent de l'utilisateur final à des fins de vérification, ce qui permet d'indiquer si une identification ou une vérification d'identité a été possible[16].

32. Les dispositifs biométriques ont par nature des propriétés uniques qui doivent être prises en considération. L'existence de ces propriétés qui peuvent, dans une certaine mesure, différer de la caractéristique choisie comme référence, a des incidences importantes sur l'adéquation de la technologie à l'utilisation envisagée.

33. La conservation des données biométriques comporte un certain nombre de risques, car, en général, les caractéristiques biométriques ne peuvent être contestées. Lorsque des systèmes biométriques ont été compromis, l'utilisateur légitime n'a pas d'autre choix que d'abandonner les données d'identification et d'en adopter un autre ensemble, non compromis. Des règles spéciales sont donc nécessaires pour empêcher l'utilisation abusive des bases de données biométriques.

34. L'exactitude des techniques biométriques ne peut être absolue, car les caractéristiques biologiques tendent par essence à être variables, et toute mesure peut comporter un écart. À cet égard, les données biométriques ne sont pas considérées comme des identificateurs uniques, mais plutôt semi-uniques. Pour tenir compte de ces variations, on peut jouer sur l'exactitude des données en fixant le seuil de correspondance entre le modèle de référence et l'échantillon prélevé. Toutefois, un seuil bas risque d'introduire une distorsion dans le sens de fausses acceptations et un seuil élevé de favoriser les faux rejets. Cela dit, l'exactitude de l'authentification fournie par la biométrie peut être suffisante dans la majorité des applications commerciales.

35. D'autre part, la conservation et la divulgation des données biométriques suscitent des questions concernant la protection des données et les droits de l'homme. Bien qu'elles ne se réfèrent peut-être pas expressément à la biométrie, les

---

à la libre circulation de ces données (*Journal officiel des communautés européennes*, L 281, 23 novembre 1995), disponible à http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:FR:HTML, visité le 7 février 2007.

[16] *Glossaire de termes biométriques* (1999) de l'International Association for Biometrics (Association internationale de biométrie) et de l'International Computer Security Association (Association internationale de sécurité informatique), peut être consulté à http://www.afb.org.uk/docs/glossary.htm, visité le 7 février 2007.

lois sur la protection des données[17] ont pour objectif de protéger les données des personnes physiques dont le traitement, qu'il s'agisse des données brutes ou de modèles, est au cœur de la technologie biométrique[18]. De plus, des mesures peuvent être requises pour protéger les consommateurs contre les risques découlant de l'utilisation privée des données biométriques, ainsi qu'en cas de vol d'identité. D'autres domaines juridiques, notamment le droit du travail et de la santé, peuvent également entrer en ligne de compte[19].

36. Des solutions techniques pourraient aider à répondre à certaines préoccupations. Par exemple, la conservation de données biométriques sur des cartes à puce ou des jetons peut prévenir un accès non autorisé, qui pourrait se produire si les données sont stockées dans un système informatique centralisé. De plus, des pratiques optimales ont été mises au point pour réduire les risques dans différents domaines tels que le champ d'application et les capacités, la protection des données, le contrôle de l'utilisation des données personnelles, et la divulgation, la vérification, la responsabilité et la surveillance[20].

37. On considère généralement que les dispositifs biométriques offrent un niveau élevé de sécurité. Bien qu'ils soient compatibles avec de nombreuses applications, ils sont surtout utilisés actuellement par les gouvernements, en particulier dans le domaine de la sécurité, notamment pour les vérifications en matière d'immigration et les contrôles d'accès.

38. Des applications commerciales ont aussi vu le jour, où la biométrie est souvent utilisée dans le contexte d'un processus d'authentification à double facteur, qui exige la fourniture d'un élément en possession de la personne (identificateur biométrique) et d'un élément en sa connaissance (généralement un mot de passe ou un PIN). En outre, des applications ont été mises au point pour enregistrer et comparer les caractéristiques d'une signature manuscrite. Des tablettes graphiques basées sur la technologie numérique enregistrent la pression du stylet et la durée du processus de signature. Ces données sont ensuite conservées sous la forme d'un algorithme utilisé pour comparer les signatures futures. Toutefois, en raison des caractéristiques inhérentes à la biométrie, la prudence est de mise face aux dangers d'un renforcement progressif et non contrôlé de son utilisation dans les opérations commerciales courantes.

39. Le remplacement des signatures manuscrites par des signatures biométriques risque de poser un problème de preuve. Comme il a été indiqué plus haut, la fiabilité

---

[17] Voir note [15].

[18] Paul de Hert, *Biométrie: questions et incidences juridiques* – document d'information pour l'Institute for Prospective Technological Studies de la Commission européenne (Communautés européennes, Direction générale du Centre commun de recherche, 2005), p. 13, peut être consulté à http://cybersecurity.jrc.es/docs/LIBE%20Biometrics%20March%2005/LegalImplications_Paul_de_Hert.pdf.

[19] Au Canada, par exemple, l'utilisation de la biométrie a été examinée en relation avec la mise en œuvre de la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques (2000, ch. 5) sur le lieu de travail (voir *Turner c. TELUS Communications Inc.*, 2005 CF 1601, 29 novembre 2005 (Cour fédérale du Canada)).

[20] Pour un exemple de pratiques optimales, voir l'initiative de l'International Biometric Group sur la biométrie et la vie privée, "Best practices for privacy-sympathetic biometric deployment", disponible à http://www.bioprivacy.org.

des preuves biométriques varie en fonction de la technologie utilisée et du taux de fausses acceptations choisi. De plus, il est possible de manipuler ou de falsifier les données biométriques enregistrées sous forme numérique.

40. Les critères généraux de fiabilité prévus dans les Lois types de la CNUDCI sur les signatures électroniques[21] et sur le commerce électronique[22], de même que dans la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux[23], plus récente, peuvent s'appliquer à l'utilisation des signatures biométriques. Dans un souci d'uniformité, il pourrait également être utile d'élaborer des lignes directrices internationales relatives à l'utilisation et à la gestion des méthodes biométriques[24]. Il faut toutefois examiner avec soin si de telles normes seraient ou non prématurées, compte tenu de l'état d'avancement actuel des technologies biométriques, et si elles risqueraient ou non d'en compromettre le développement continu.

3. Mots de passe et méthodes hybrides

41. Mots de passe et codes sont utilisés à la fois pour contrôler l'accès à des informations ou à des services et pour "signer" des communications électroniques. Dans la pratique, cette deuxième utilisation est moins fréquente que la première, en raison du risque de compromettre le code s'il est transmis dans un message non codé. Toutefois, les mots de passe et les codes sont la méthode d'authentification la plus utilisée pour les contrôles d'accès et la vérification de l'identité dans de nombreuses opérations, y compris pour la plupart des opérations bancaires en ligne, les retraits d'espèces aux guichets automatiques et les transactions par carte de crédit.

42. Il faut savoir que de multiples technologies peuvent être utilisées pour "authentifier" une transaction électronique. On peut recourir à plusieurs technologies ou à plusieurs utilisations d'une même technologie pour une seule transaction. Par exemple, la dynamique de la signature à des fins d'authentification peut être combinée avec la cryptographie pour garantir l'intégrité du message. Une autre possibilité consiste à communiquer des mots de passe sur Internet au moyen de la cryptographie (par exemple SSL dans les navigateurs) pour les protéger, et à utiliser en même temps la biométrie pour déclencher une signature numérique (cryptographie asymétrique) qui, à réception, génère un ticket Kerberos (cryptographie symétrique). L'élaboration de cadres généraux et juridiques pour traiter ces technologies devrait tenir compte du rôle des technologies multiples. Pour ce qui est de l'authentification électronique, de tels cadres devront être assez souples pour couvrir les solutions fondées sur des technologies hybrides, car des

---

[21] Voir note [...] [publication des Nations Unies, numéro de vente: F.02.V.8].

[22] Voir note [...] [publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4].

[23] La version finale de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux a été établie par la CNUDCI à sa trente-huitième session (Vienne, 4-15 juillet 2005) et officiellement adoptée par l'Assemblée générale le 23 novembre 2005 (résolution 60/21 de l'Assemblée générale, annexe). Elle peut être consultée à l'adresse http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention.html.

[24] Celles-ci pourraient être comparées aux critères de fiabilité présentés dans le Guide pour l'incorporation de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (voir note [...] publication des Nations Unies, numéro de vente: F.02.V.8), par. 75).

cadres axés sur des technologies spécifiques pourraient entraver l'utilisation de technologies multiples[25]. Des dispositions technologiquement neutres faciliteraient l'acceptation de telles solutions.

4. Signatures scannées et noms saisis au clavier

43. Le droit privé s'est surtout intéressé au commerce électronique en raison de l'influence que pourraient avoir les nouvelles technologies sur l'application de règles de droit conçues pour d'autres moyens de communication. Cet intérêt pour la technologie a souvent conduit, délibérément ou non, à mettre l'accent sur des technologies perfectionnées offrant un niveau élevé de sécurité pour les méthodes d'authentification et de signature électroniques. Dans ce contexte, on oublie souvent qu'une grande partie, sinon la majorité, des communications commerciales échangées dans le monde ne font appel à aucune technologie particulière d'authentification ou de signature.

44. Dans la pratique quotidienne, les entreprises du monde entier se contentent souvent, par exemple, d'échanges de courriers électroniques sans autre forme d'authentification ou de signature que le nom saisi au clavier, le titre et l'adresse des parties figurant à la fin du message. Parfois, elles recourent à une présentation plus formelle au moyen de fac-similés ou d'images scannées de signatures manuscrites qui, cela va de soi, ne sont qu'une copie numérisée d'un original manuscrit. Ni des noms saisis dans un courrier électronique non chiffré ni des signatures scannées n'offrent un niveau élevé de sécurité ou ne peuvent prouver avec certitude l'identité de l'auteur des communications électroniques dans lesquelles ils apparaissent. Néanmoins, les entités commerciales choisissent librement d'utiliser ces formes d'authentification pour des raisons de facilité, de rapidité et d'économie des communications. Il est important que les législateurs et les responsables politiques aient à l'esprit ces pratiques commerciales répandues lorsqu'ils envisagent de réglementer les méthodes d'authentification et de signature électroniques. Des exigences strictes en la matière, notamment l'imposition d'une méthode ou technologie particulière, pourraient par inadvertance jeter des doutes sur la validité et la force obligatoire d'un nombre important de transactions réalisées tous les jours sans l'utilisation d'une méthode particulière d'authentification ou de signature. Cela risque, par conséquent, d'inciter les parties de mauvaise foi à éviter les conséquences d'obligations qu'elles ont librement contractées en remettant en cause l'authenticité de leurs propres communications électroniques. Il n'est pas réaliste de penser que l'imposition d'un niveau élevé d'exigences en matière d'authentification et de signature, conduirait, à terme, toutes les parties à les utiliser au quotidien. Des expériences menées récemment avec des méthodes sophistiquées, telles que les signatures numériques, ont montré que les préoccupations de coût et de complexité mettaient souvent un frein à l'utilisation, dans la pratique, de techniques d'authentification et de signature.

---

[25] Foundation for Information Policy Research, *Signature Directive Consultation Compilation*, 28 octobre 1998, document qui fournit une compilation des réponses apportées au cours des consultations sur le projet de directive de l'Union européenne sur les signatures électroniques, établi à la demande de la Commission européenne. Peut être consulté à www.fipr.org/publications/sigdirecon.html, visité le 12 avril 2007.

C. Gestion de l'identité électronique*

45. À l'ère de l'électronique, les personnes physiques ou morales peuvent accéder aux services d'un certain nombre de fournisseurs. Chaque fois qu'une personne s'inscrit à cette fin auprès de l'un d'entre eux, une "identité" électronique est créée. Par ailleurs, une identité unique peut être reliée à un certain nombre de comptes pour chaque application ou plate-forme. La multiplication des identités et de leurs comptes peut en compliquer la gestion, pour l'utilisateur comme pour le prestataire de services. Ces difficultés pourraient être évitées si chaque personne avait une seule identité électronique.

46. L'inscription d'une personne auprès d'un prestataire de services et la création d'une identité électronique entraînent l'établissement d'une relation de confiance mutuelle entre cette personne et le prestataire. La création d'une identité électronique unique suppose que l'on regroupe toutes ces relations bilatérales dans un cadre plus large où elles pourraient être gérées globalement, dans ce que l'on appelle un système de gestion de l'identité. Les avantages de la gestion de l'identité peuvent être, pour le fournisseur, une sécurité accrue, une plus grande facilité de respecter les règlements et une plus grande souplesse commerciale et, pour l'utilisateur, un accès facilité à l'information.

47. La gestion de l'identité peut donner lieu à deux approches: le paradigme traditionnel de l'accès utilisateur (connexion), qui repose sur une carte à puce avec des données que le client utilise pour se connecter à un service, et le paradigme de services, plus novateur, qui fournit des services personnalisés aux utilisateurs et à leurs dispositifs.

48. La première approche se concentre sur l'administration de l'authentification de l'utilisateur, les droits et restrictions d'accès, les profils des comptes, les mots de passe et autres attributs dans un ou plusieurs systèmes ou applications. Elle vise à faciliter et contrôler l'accès aux applications et aux ressources tout en protégeant les données personnelles et commerciales confidentielles vis-à-vis d'utilisateurs non autorisés.

49. Avec la seconde, la gestion de l'identité a une portée plus vaste et comprend toutes les ressources de l'entreprise servant à fournir des services en ligne, comme l'équipement réseau, les serveurs, les portails, le contenu, les applications et les produits, de même que le justificatif d'identité, les carnets d'adresses, les préférences et les droits d'un utilisateur. Dans la pratique, elle pourrait inclure par exemple des informations sur les paramètres du contrôle parental et la participation à des programmes de fidélité.

50. On s'emploie actuellement à développer la gestion de l'identité à la fois dans le monde des affaires et au niveau gouvernemental. Il faut toutefois noter que les grands choix, dans les deux scénarios, peuvent différer considérablement. L'approche gouvernementale visera peut-être plutôt à mieux répondre aux besoins des citoyens et penchera davantage vers l'interaction avec des personnes physiques, alors que les applications commerciales doivent tenir compte de l'utilisation croissante de machines automatisées dans les transactions commerciales et

---

* Cette section serait développée dans une version finale du document de référence général.

choisiront peut-être des caractéristiques destinées à répondre aux besoins spécifiques de ces machines.

51. Parmi les difficultés liées aux systèmes de gestion de l'identité figurent les questions de confidentialité, en raison des risques associés à l'utilisation abusive d'identificateurs uniques. En outre, des questions peuvent également se poser du fait des différences entre les règlements juridiques applicables, notamment pour ce qui est de la possibilité de déléguer le pouvoir d'agir pour le compte d'autrui. On a suggéré des solutions reposant sur une coopération commerciale volontaire fondée sur ce que l'on appelle le cercle de confiance, où les participants doivent se fier à l'exactitude et à la précision des informations qui leur sont fournies par d'autres membres du cercle. Cette approche ne suffira toutefois peut-être pas pour réglementer toutes les questions connexes et l'adoption d'un cadre juridique pourra rester nécessaire[26]. Des lignes directrices ont également été élaborées, qui prévoient des prescriptions juridiques pour les cercles d'infrastructures de confiance[27].

52. S'agissant de l'interopérabilité technique, l'Union internationale des télécommunications a établi un groupe spécialisé sur la gestion de l'identité, pour faciliter et promouvoir l'établissement d'un cadre générique pour la gestion de l'identité et les moyens d'identifier des identités distribuées de façon autonome et des fédérations d'identités[28].

53. Des solutions de gestion de l'identité sont également apportées dans le contexte de l'administration en ligne. Ainsi, dans le cadre de la stratégie de l'Union européenne "i2010: une société de l'information pour la croissance et l'emploi", une étude sur la gestion de l'identité dans l'administration en ligne a été lancée pour encourager les progrès vers l'adoption d'une approche cohérente en la matière dans l'Union européenne, sur la base des connaissances et des initiatives existantes dans les États membres de l'Union européenne[29].

54. La distribution de dispositifs de signature électronique, qui prennent souvent la forme de cartes à puce, se répand de plus en plus dans le contexte du gouvernement en ligne. Des opérations de distribution à l'échelle nationale de cartes à puce ont été lancées, entre autres, en Belgique[30] et en Estonie. Avec ces initiatives, un très grand nombre de citoyens reçoivent des dispositifs permettant notamment de sécuriser des signatures électroniques à un coût faible. Bien que

---

[26] Voir *Modinis Study on Identity Management in eGovernment: Identity Management Issue Report* (Commission européenne, Direction générale société de l'information et médias, juin 2006), p. 9 à 12, disponible à https://www.cosic.esat.kuleuven.be/modinis-idm/twiki/pub/Main/ProjectDocs/modinis.D3.9_Identity_Management_Issue_Interim_Report_II1.pdf.

[27] Le Liberty Alliance Project (voir www.projectliberty.org) est une alliance mondiale qui regroupe plus de 150 entreprises, organisations à but non lucratif et agences gouvernementales. Le consortium tente de développer une norme ouverte d'identité de réseau fédéré prenant en charge tous les périphériques de réseau actuels et futurs. L'identité fédérée offre aux entreprises, aux gouvernements, aux employés et aux consommateurs un moyen plus pratique et plus sécurisé de contrôler les paramètres d'identité dans l'économie numérique d'aujourd'hui, ce qui en fait un élément essentiel dans la mise en œuvre du cybercommerce, de services de données personnalisés et de services Web. L'adhésion est ouverte à toutes les organisations commerciales et non commerciales.

[28] Voir http://www.itu.int/ITU-T/studygroups/com17/fgidm/index.html.

[29] Voir https://www.cosic.esat.kuleuven.be/modinis-idm/twiki/bin/view.cgi.

[30] Voir http://eid.belgium.be/en/navigation/12000/index.html.

l'objectif premier de ces initiatives ne soit peut-être pas commercial, de tels dispositifs peuvent également être utilisés dans un environnement commercial. On reconnaît de plus en plus la convergence de ces deux domaines d'application[31].

[31] Voir, par exemple, le *Livre blanc coréen sur Internet* (Séoul, Agence nationale coréenne de développement d'Internet, 2006), p. 81, qui se réfère à la double utilisation, dans le gouvernement en ligne et dans le commerce électronique, de la loi sur les signatures électroniques de la République de Corée, disponible à http://www.ecommerce.or.kr/activities/documents_view.asp?bNo=642&Page=1.

A/CN.9/630/Add.2 [Original: anglais]

Document de référence général sur les éléments nécessaires à l'élaboration d'un cadre juridique favorable au commerce électronique: exemple de chapitre sur l'utilisation internationale des méthodes d'authentification et de signature électroniques

ADDITIF

On trouvera en annexe à la présente note une partie d'un exemple de chapitre (première partie, chapitre II, sections A et B) d'un document de référence général consacré aux aspects juridiques de l'utilisation internationale des méthodes d'authentification et de signature électroniques.

Annexe

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

Première partie Méthodes de signature et d'authentification électroniques (*suite*)

II. Régime juridique applicable à l'authentification et aux signatures électroniques 1-46

A. Approche technologique des textes législatifs 5-19

1. Approche minimaliste 6-12

2. Approche technospécifique 13-15

3. Approche dualiste 16-19

B. Valeur probante des signatures électroniques et des méthodes authentification 20-46

1. "Authentification" et attribution des enregistrements électroniques 21-29

2. Satisfaction des exigences prévues par la loi concernant les signatures 30-35

3. Efforts visant à établir des équivalents électroniques de formes spéciales de signatures 36-46

Première partie

Méthodes de signature et d'authentification électroniques

[…]

II. Régime juridique applicable à l'authentification et aux signatures électroniques

1. Le commerce électronique ne peut se développer que dans un climat de confiance et des règles spéciales peuvent être nécessaires pour que son utilisation soit plus certaine et plus sûre. Ces règles peuvent revêtir la forme de textes législatifs très divers: instruments juridiques internationaux (traités et conventions), lois-types transnationales, législations nationales (fréquemment fondées sur les lois types), instruments d'autorégulation[1] ou accords contractuels[2].

2. Pour une large part, les opérations relevant du commerce électronique se font par des circuits fermés, c'est-à-dire par l'intermédiaire de groupes qui ne comportent qu'un nombre limité de participants et auxquels n'ont accès que les personnes ou entreprises préalablement autorisées. Les réseaux fermés sont utilisés dans le cadre des opérations d'une seule et même entité ou bien d'un groupe restreint d'usagers préexistants, comme une institution financière participant à un système de compensation interbancaire, les bourses des valeurs et des produits ou une association de compagnies aériennes et d'agences de voyage. En pareils cas, la participation au réseau est habituellement restreinte aux institutions et sociétés préalablement admises à l'intérieur du groupe. La plupart de ces systèmes existent depuis plusieurs décennies, ont recours à des technologies perfectionnées et fonctionnement avec beaucoup de compétence. Le développement rapide du commerce électronique enregistré au cours des dix dernières années a débouché sur la mise au point d'autres modèles de réseaux, comme les chaînes d'approvisionnement ou les plateformes commerciales.

3. Bien que, dans un premier temps, ces nouveaux groupes aient été articulés autour de connexions directes d'ordinateur à ordinateur, comme la plupart des réseaux fermés qui existaient déjà, l'on constate une tendance croissante à l'utilisation de moyens de raccordement communs accessibles à tous, comme l'Internet. Même dans le cas de ces modèles les plus récents, un réseau fermé

---

[1] Voir par exemple Commission économique pour l'Europe, Centre des Nations Unies pour la facilitation du commerce et les transactions électroniques, recommandation n° 32 – "Instruments d'autorégulation du commerce électronique (codes de conduite)", (ECE/TRADE/277) disponible à l'adresse: http://www.unece.org/cefact/recommendations/rec_index.htm, consulté le mars 2007.

[2] Beaucoup d'initiatives, aux échelons aussi bien national qu'international, visent à élaborer des contrats-types. Voir par exemple Commission économique pour l'Europe, Groupe de travail sur la facilitation des procédures du commerce international, recommandation n° 26 – "Utilisation commerciale d'accords d'échange aux fins de l'échange de données informatisé" (TRADE/WP.4/R.1133/Rev.1), et recommandation n° 31 – "Accords de commerce électronique" (ECE/TRADE/257), disponibles à l'adresse: http://www.unece.org/cefact/recommendations/rec_index.htm, consulté le 28 mars 2007.

conserve son caractère exclusif. Habituellement, ils opèrent sur la base de normes contractuelles, d'accords, de procédures et de règles préétablies qualifiés d'appellations diverses comme "règles du système", "règles de fonctionnement" ou "accords entre partenaires commerciaux", conçus de manière à fournir et garantir la fonctionnalité, la fiabilité et la sécurité opérationnelles nécessaires aux membres du groupe. Ces règles et accords traitent fréquemment de question comme la reconnaissance de la valeur juridique des communications électroniques, la date et le lieu d'expédition et de réception des messages de données, les procédures de sécurité à suivre pour avoir accès au réseau ou les méthodes d'authentification devant être employées par les parties[3]. Dans les limites de la liberté contractuelle reconnues par le droit applicable, ces règles et accords sont habituellement d'application directe.

4. En l'absence de règles contractuelles, toutefois, ou dans la mesure où le droit applicable peut limiter leur application, la valeur juridique des méthodes d'authentification de signatures électroniques utilisées par les parties sera déterminée par les règles de droit applicables, sous forme de règles supplétives ou obligatoires. Les différentes formules utilisées par divers pays pour mettre en place un cadre juridique de réglementation des méthodes d'authentification de signatures électroniques sont examinées dans le présent chapitre.

A. Approche technologique des textes législatifs

5. Les lois et règlements relatifs aux méthodes d'authentification électroniques élaborés aux plans national et international ont revêtu de nombreuses formes différentes. L'on peut distinguer essentiellement trois approches des méthodes d'authentification et de signature: a) l'**approche minimaliste**; b) l'**approche technospécifique***;* et c) l'**approche dualiste**[4]**.**

1. Approche minimaliste

6. Quelques pays[5], suivant une politique de neutralité technologique, reconnaissent toutes les méthodes de signature électronique. Cette approche est également appelée minimaliste car elle ne confère qu'un statut juridique minimum aux différentes formes de signature électronique. Selon cette approche minimaliste, les signatures électroniques sont considérées comme l'équivalent fonctionnel de signatures manuscrites à condition que la technologie employée soit conçue de manière à aboutir à certains résultats spécifiés et, par ailleurs, réponde à certaines exigences de fiabilité sans rapport avec la méthode employée.

---

[3] Pour un examen des questions qui font habituellement l'objet des accords entre partenaires commerciaux, voir Amelia H. Boss, "Electronic data interchange agreements: private contracting toward a global environment", *Northwestern Journal of International Law and Business*, vol. 13, n° 1 (1992), p. 45.

[4] Susanna F. Fischer, "Saving Rosencrantz and Guildenstern in a virtual world? A comparative look at recent global electronic signature legislation," *Journal of Science and Technology Law*, vol. 7, n° 2 (2001), pp. 234 et suivantes.

[5] Par exemple, l'Australie et la Nouvelle-Zélande.

7. La Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique[6] contient la série de critères législatifs la plus largement utilisée aux fins de l'établissement d'une équivalence fonctionnelle générique entre les signatures électroniques et manuscrites. Le paragraphe 1 de son article 7 dispose ce qui suit:

> "1. Lorsque la loi exige la signature d'une certaine personne, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données:
>
> a) si une méthode est utilisée pour identifier la personne en question pour indiquer qu'elle approuve l'information contenue dans le message de données; et
>
> b) si la fiabilité de cette méthode est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris de tout accord en la matière."

8. Cette disposition reflète les deux principales fonctions des signatures manuscrites: identifier le signataire et indiquer l'intention de celui-ci en ce qui concerne l'information signée. Aux termes de la Loi type sur le commerce électronique, toute technologie pouvant jouer ce double rôle sous forme électronique peut être considérée comme satisfaisant aux conditions que doit réunir une signature pour avoir valeur juridique. La Loi type est donc neutre du point de vue technologique: autrement dit, elle ne dépend pas de l'utilisation d'un type de technologie déterminé ni ne présuppose l'emploi d'une méthode spécifique et elle peut être appliquée à la communication et au stockage de tous types d'informations. Cette neutralité technologique est particulièrement importante étant donné la rapidité de l'innovation technique et aide à garantir que la législation puisse s'accommoder des progrès futurs sans devenir obsolète trop rapidement. Aussi la Loi type évite-t-elle soigneusement toute mention d'une méthode technique spécifique de transmission ou de stockage de l'information.

9. Ce principe général a été reflété dans la législation de beaucoup de pays. Le principe de neutralité technologique permet également d'accommoder l'évolution future de la technologie. En outre, cette approche privilégie la liberté des parties de choisir la technologie la mieux adaptée à leurs besoins. Il appartient alors aux parties de déterminer le degré de sécurité qu'elles jugent suffisant pour leurs communications. Cela permet d'éviter une complexité technologique excessive et les surcroîts de coûts que cela entraîne[7].

10. Sauf en Europe, où la législation a été influencée surtout par les directives de l'Union européenne[8], la plupart des pays qui ont promulgué des textes concernant le commerce électronique ont utilisé la Loi type sur le commerce électronique comme

---

[6] Voir note […] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F. 99.V.4.

[7] Mason, "Electronic signatures in practice", *Journal of High Technology Law,* vol. VI, n° 2 (2006), p. 153.

[8] En particulier la Directive CE/1999/93 du Parlement européen et du Conseil relative à l'établissement d'un cadre communautaire pour les signatures électroniques, (voir note […]) [*Journal officiel des Communautés européennes*, L 13]. La Directive relative aux signatures électroniques a été suivie d'un texte plus général, Directive CE/2000/31 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, en particulier le commerce électronique, sur le marché interne, qui a trait à des divers aspects de la fourniture de services informatiques et des contrats électroniques, (*Journal officiel des Communautés européennes*, n° L 178, 17 juillet 2000).

un modèle[9]. La Loi type a également servi de base à l'harmonisation au plan national des lois relatives au commerce électronique des États fédéraux comme le Canada[10] et les États-Unis[11]. À quelques rares exceptions près[12], les pays qui ont

---

[9] Fin janvier 2007, des lois d'application des dispositions de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique avaient été adoptées par au moins les pays suivants: Afrique du Sud *(Loi de 2002 relative aux communications et aux transactions électroniques)*; Australie (*Loi de 1999 relative aux transactions électroniques)*; Chine *(Loi de 2004 relative aux signatures électroniques*); Colombie (*Loi relative au commerce électronique);* Équateur (*Loi de 2002 relative au commerce électronique, aux signatures électroniques et aux messages de données);* France (*Loi No 2000-230 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique*); Inde *(Loi* n° *21 de 2000 relative aux technologies de l'information);* Irlande *(Loi de 2000 relative au commerce électronique);* Jordanie *(Loi* n° *85 de 2001 relative aux transactions électroniques);* Maurice (*Loi de 2000 relative aux transactions électroniques*); Mexique (*Décret de 2000 portant réforme de différentes dispositions du Code civil du District fédéral en matière fédérale, du Code fédérakl de procédure civile et de la loi fédérale relative à la protection du consommateur)*; Nouvelle-Zélande (*Loi de 2002 relatives aux transactions électroniques*); Pakistan (*Ordonnance de 2002 relative aux transactions électroniques*); Panama (*Loi de 2001 relative aux signatures numérique*); Philippines (*Loi de 2000 relative au commerce électronique*); République de Corée (*Loi-cadre de 2001 relative au commerce électronique*); République dominicaine (*Loi de 2002 relative au commerce électronique et aux documents et signatures numériques*); Singapour (*Loi de 1998 relative aux transactions électroniques*)*;* Slovénie (*Loi de 2000 relative au commerce et aux signatures électroniques*); Sri Lanka (*Loi de 2006 relative auxx transactions électroniques*); Thaïlande (*Accord relatif aux transactions électroniques*); Venezuela (République bolivarienne du) (*Décret de 2001 relatif aux messages de données et aux signatures électroniques*) et Viet Nam (*Loi de 2006 relative aux transactions électroniques*). La Loi type a également été adoptée par Guernsey (*Electronic Transactions (Guernsey) Law 2000),* Jersey (*Electronic Communications (Jersey) Law 2000)* et l'île de Man (*Electronic Transactions Act 2000)*, dépendances de la Couronne britannique; dans le territoire britannique d'outre-mer des Bermudes (*Electronic Transactions Act 1999*); les îles Cayman (*Electronic Transactions Act 2000*); les îles Turques-et-Caïques (*Electronic Transactions Ordinance 2000*); et la Région administrative spéciale chinoise de Hong Kong (*Ordonnance* n° *1 de 2000 relative aux transactions électroniques*). Sauf indication contraire, les références qui sont faites ci-après à la législation des pays indiqués se rapporte aux dispositions des textes énumérés ci-dessus.

[10] Au Canada, le texte d'application de la Loi type est la *Loi uniforme relative au commerce électronique* (UECA), adoptée en 1999 par la Conférence canadienne sur l'uniformalisation du droit (disponible, avec un commentaire officiel, à l'adresse http://www.chlc.ca/en/poam2/index.cfm?sec=1999&sub=1999ia, consulté le 12 avril 2007). L'UECA a depuis lors été promulguée par plusieurs provinces et territoires, dont l'Alberta, la Colombie britannique, le Manitoba, le Nouveau Brunswick, Terre-Neuve, le Labrador, la Nouvelle-Écosse, l'Ontario, l'île du Prince Edward, Saskatchewan et le Yukon. La Province du Québec a adopté une loi spécifique (*Loi de 2001 portant création d'un cadre juridique pour les technologies de l'information*) qui, bien que de portée plus générale et de libellé très différent, répond à bien des égards aux mêmes objectifs que l'UECA et est généralement conforme à la Loi type de la CNUDCI. L'on trouvera les dernières informations disponibles concernant la promulgation de l'UECA à l'adresse http://www.chlc.ca/en/cls/index.cfm?sec=4&sub=4b> (consulté le 7 février 2007).

[11] Aux États-Unis d'Amérique, la National Conference of Commissioners on Uniform State Law s'est fondée sur la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique pour élaborer la Loi uniforme relative aux transactions électroniques (UETA), qu'elle a adoptée en 1999 (le texte de l'UETA, avec le commentaire officiel, est disponible à l'adresse http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/uecicta/eta1299.htm, consulté le 7 février 2007). L'UETA a depuis lors été promulguée par le District de Columbia et les 46 États suivants: Alabama, Alaska, Arizona, Arkansas, Californie, Caroline du Nord, Caroline du Sud, Colorado, Connecticut, Dakota du Nord, Dakota du Sud, Delaware, Floride, Hawaï, Idaho, Indiana, Iowa,

promulgué des textes d'application de la Loi type ont préservé son approche technologiquement neutre et n'ont ni prescrit, ni privilégié l'utilisation d'une méthode spécifique. Aussi bien la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques[13], qui a été adoptée en 2001, que la plus récente Convention des Nations Unies sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux[14] (qui a été adoptée par l'Assemblée des Nations Unies le 23 novembre 2005 et a été ouverte à la signature le 16 janvier 2006) suivent la même approche, bien que la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques contienne quelques dispositions supplémentaires (voir ci-dessous par. […] à […]).

11. Lorsque la loi suit l'approche minimaliste, la question de savoir si l'équivalence de la signature électronique a été prouvée relève habituellement du pouvoir d'appréciation du juge, de l'arbitre ou de l'autorité publique, agissant généralement sur la base du principe dit de la "fiabilité appropriée". Selon ce principe, tous les types de signatures électroniques qui satisfont aux conditions fixées sont considérés comme valables; ce principe reflète par conséquent le principe de neutralité technologique.

12. Une très large gamme de facteurs juridiques, techniques et commerciaux peuvent intervenir lorsqu'il s'agit de déterminer si, dans les circonstances, telle ou telle méthode d'authentification offre un degré de fiabilité approprié, et notamment: a) le degré de perfectionnement du matériel utilisé par chacune des parties; b) la nature de leur activité commerciale; c) la fréquence avec laquelle les parties réalisent des opérations commerciales; d) la nature et l'importance de la transaction; e) les conditions auxquelles doit répondre la signature à l'application de la législation ou de la réglementation applicable; f) la capacité des systèmes de communication; g) le respect des procédures d'authentification imposées par les intermédiaires; h) la gamme de procédures d'authentification offertes par un intermédiaire; i) le respect des pratiques et des usages commerciaux; j) l'existence de mécanismes d'assurance couvrant les messages non autorisés; k) l'importance et la valeur de l'information contenue dans le message de données; l) la disponibilité d'autres méthodes d'identification et leur coût; m) le degré d'acceptation ou de non acceptation de la méthode d'identification employée dans secteur considéré à la fois au moment où la méthode a été convenue et au moment où le message de données a été communiqué.

Kansas, Kentucky, Louisiane, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, Nebraska, Nevada, New Hampshire, New Jersey, Nouveau Mexique, Ohio, Oklahoma, Oregon, Pennsylvanie, Rhodes Island, Tennessee, Texas, Utah, Vermont, Virginie, Virginie occidentale, Wisconsin et Wyoming. Les autres États adopteront probablement des textes d'application dans un proche avenir, dont l'Illinois, qui a déjà incorporé les dispositions de la Loi type de la CNUDCI par le biais de la loi de 1998 relative à la sécurité du commerce électronique. L'on trouvera les dernières informations disponibles sur l'application de l'UETA à l'adresse http://www.nccusl.org/nccusl/uniformact_factsheets/uniformacts-fs-ueta.asp, consulté le 7 février 2007.

[12] Afrique du Sud, Colombie, Équateur, Inde, Maurice, Panama et République dominicaine.

[13] Voir note […] (Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.02.V.8).

[14] Voir note […] (résolution 60/21 de l'Assemblée générale, annexe).

2. Approche technospécifique

13. Le souci de promouvoir la neutralité technologique soulève d'autres questions importantes. L'impossibilité de garantir une sécurité absolue contre la fraude et les erreurs de transmission n'est pas limitée au monde du commerce électronique et s'applique aussi au monde des documents sur support papier. Lorsqu'ils sont appelés à formuler des règles en matière de commerce électronique, les législateurs sont fréquemment enclins à rechercher le degré de sécurité le plus élevé qu'offre la technologie existante[15]. Il n'est pas douteux que, dans la pratique, il faut appliquer les mesures de sécurité les plus rigoureuses possibles pour éviter tout accès non autorisé aux données, assurer l'intégrité des communications et protéger les systèmes informatiques et l'information. Toutefois, du point de vue du droit privé des affaires, il peut être mieux approprié de graduer les normes de sécurité par étape, comme cela est fait dans le monde des documents sur support papier. Dans ce dernier cas, en effet, les hommes d'affaires sont généralement libres de choisir parmi une large gamme de méthodes pour garantir l'intégrité et l'authenticité de leur communication (on peut en citer comme exemple les degrés différents d'authentification des signatures manuscrites selon qu'il s'agit d'un seing contrat privé ou d'un acte notarié). Selon une approche technospécifique, la réglementation applicable indiquerait quelle est la technologie à utiliser pour qu'une signature électronique soit juridiquement valable. Tel est le cas, par exemple, lorsque la loi, dans le but d'assurer une plus grande sécurité, exige des applications ICP. Les approches qui imposent l'utilisation d'une technologie spécifique sont également appelées "prescriptives".

14. Les inconvénients de l'approche technospécifique sont qu'en privilégiant des types déterminés de signatures électroniques, elle "risque d'exclure d'autres technologies pouvant être meilleures"[16]. Plutôt que de faciliter le développement du

---

[15] L'un des premiers exemples a été la Loi relative aux signatures numériques promulguée par l'État de l'Utah, adoptée en 1995, mais abrogée à compter de mai 2006 par le projet de loi n° 20 disponible à l'adresse: http://www.le.state.ut.us/~2006/htmdoc/sbillhtm/sb0020.htm, consulté le 28 mars 2007. L'orientation technologique de la loi de l'Utah se retrouve dans un certain nombre de pays dont la législation ne reconnaît que les signatures numériques créées au moyen d'une infrastructure à clef publique (IPC) comme seul moyen valable d'authentification électronique, ce qui est le cas, par exemple, en Allemagne (Loi de 1997 relative aux signatures numériques, promulguée comme article 3 de la Loi relative aux services d'information et de communication du 13 juin 1997); en Argentine (Loi n° 25.506 relative aux signatures numériques et Décret n° 2628/2002 relatif aux signatures numériques portant application de la loi n° 25.506); en Estonie (Loi de 2000 relative aux signatures numériques); en Fédération de Russie (Loi fédérale n° 1-FZ) du 10 janvier 2002) relative aux signatures numériques électroniques); en Israël (Loi de 2001relative aux signatures électroniques); en Inde (Loi de 2000 relative à l'information technologique); au Japon (Loi de 2001 relative aux signatures électroniques et aux services de certification); en Lituanie (Loi de 2000 relative aux signatures électroniques); en Malaisie (Loi de 1997 relative aux signatures numériques); et en Pologne (Loi de 2001 relative aux signatures électroniques).

[16] Stewart Baker et Matthew Yeo, document d'information "Background and Issues Concerning authentication and the ITU" en collaboration avec le Secrétariat de l'Union internationale des télécommunications, présenté à la réunion d'experts de l'Union internationale des télécommunications sur les signatures électroniques et les autorités de certification: incidences pour l'Union internationale des télécommunications, Genève, 9 et 10 décembre 1999, document n° 2 www.itu.int/osg/spu/ni/esca/meetingdec9-101999/briefingpaper.html, consulté le 12 avril 2007.

commerce électronique et l'utilisation de techniques d'authentification électronique, une telle approche pourrait ainsi avoir l'effet opposé. En outre, en imposant une technologie déterminée, la législation risque de cristalliser les règles applicables avant qu'une technologie déterminée ne parvienne à son état de pleine maturité[17]. Il se peut alors que la législation empêche l'évolution ultérieure de cette technologie ou condamne rapidement celle-ci à l'obsolescence par suite de l'évolution de la technique. Un autre aspect est que toutes les applications n'exigent peut-être pas le même degré de sécurité que celui qu'offrent certaines techniques spécifiées, comme les signatures numériques. Il se peut également que la rapidité et la facilité des communications ou d'autres considérations soient plus importantes pour les parties que la nécessité de garantir l'intégrité de l'information électronique communiquée par tel ou tel moyen. Imposer l'utilisation de moyens d'authentification inutilement sûrs pourrait entraîner des gaspillages d'argent et d'efforts et ainsi entraver la diffusion du commerce électronique.

15. Les législations qui reposent sur l'approche technospécifique privilégient habituellement l'utilisation de signatures numériques à l'intérieur d'une infrastructure à clef publique (IPC). La façon dont les IPC sont structurées, à son tour, varie d'un pays à l'autre selon le degré d'intervention des pouvoirs publics. Dans ce cas également, on peut identifier essentiellement trois modèles:

a) **Autorégulation**. Selon ce modèle, les moyens d'authentification sont laissés totalement libres. Il se peut que l'État adopte pour sa propre administration plusieurs systèmes d'authentification, mais le secteur privé reste libre d'adopter les mécanismes d'authentification, commerciaux ou autres, qu'il juge appropriés. Il n'est pas désigné d'autorité supérieure investie d'une autorité obligatoire, et les prestataires de services d'authentification sont ceux qui ont la responsabilité d'assurer l'interopérabilité avec les autres prestataires de services nationaux et internationaux, selon les objectifs du système d'authentification. En outre, les technologies et les prestataires de service d'authentification n'ont pas à être agréés (sous réserve, le cas échéant, de l'application des dispositions relatives à la protection des consommateurs[18].

b) **Intervention limitée des pouvoirs publics**. L'État peut décider d'établir une autorité supérieure d'authentification, de compétence volontaire ou obligatoire. Dans pareil cas, il pourra être nécessaire pour les prestataires de service d'authentification de se tenir en rapport avec ladite autorité pour que leurs marques d'authentification soient acceptées en dehors de leurs propres systèmes. Les spécifications techniques et les modalités de gestion des prestataires de service d'authentification devront alors être publiées aussi rapidement que possible de sorte qu'aussi bien les services publics que le secteur privé puissent s'organiser en conséquence. Les prestataires de services d'authentification peuvent également être sujets à agrément[19].

---

[17] Étant donné cependant que l'IPC est aujourd'hui une technologie assez mûre et bien établie, certaines de ces craintes ne s'appliqueraient sans doute pas avec la même force.

[18] Asia-Pacific Economic Cooperation. *Assessment Report on Paperless Trading of APEC Economies* (Beijing, Secrétariat de l'APEC, 2005), p. 63 et 64, où les États-Unis sont cités comme exemple d'application de ce modèle.

[19] Singapour est cité comme exemple.

c) **Mécanisme public**. Il se peut que l'État décide de créer au plan central un prestataire de services d'authentification à compétence exclusive. Des prestataires de service d'authentification à des fins spéciales peuvent également être établis avec l'autorisation de l'État[20]. Les systèmes de gestion de l'identité (voir ci-dessus les paragraphes […] à […] constituent pour l'État un autre moyen de diriger indirectement le processus de signature numérique. Quelques pays ont déjà lancé des programmes en vue de délivrer à la population des documents d'identité à lecture machine équipés de signatures numériques.

3. Approche dualiste

16. Selon cette approche, la loi fixe un seuil minimum de conditions auxquelles doivent répondre les méthodes d'authentification électronique pour avoir un certain statut juridique minimum et accorde un effet juridique plus large à certaines méthodes d'authentification électronique (parfois appelées signatures électroniques sécurisées, avancées ou renforcées ou certificats qualifiés)[21]. Au niveau le plus élémentaire, les législations qui reposent sur une approche dualiste reconnaissent généralement aux signatures électroniques l'équivalence fonctionnelle des signatures manuscrites sur la base de critères technologiquement neutres. Des signatures reflétant un niveau de sécurité plus élevé, auquel s'appliquent certaines présomptions valables jusqu'à preuve du contraire, sont requises dans des conditions spécifiques liées à l'utilisation d'une technologie déterminée. À l'heure actuelle, les législations de ce type définissent habituellement de telles signatures sécurisées sur la base des technologies IPC.

17. Cette approche est habituellement celle qui est retenue par les pays qui considèrent que leur législation doit fixer un certain nombre de normes technologiques tout en laissant libre cours aux progrès de la technologie. Elle peut offrir un moyen terme entre flexibilité et certitude dans le contexte des signatures électroniques en laissant aux parties le soin de décider, à la lumière de leurs usages commerciaux, si le coût et la gêne que suppose l'utilisation d'une méthode plus sûre sont justifiés par leurs besoins. Ces textes donnent également des indications concernant les critères de reconnaissance des signatures électroniques dans le contexte du modèle d'autorité de certification retenu. Il est généralement possible de combiner l'approche dualiste et n'importe quel type de modèle de certification (autorégulation, accréditation volontaire ou mécanisme public), comme c'est essentiellement le cas pour l'approche technospécifique (voir plus haut, par. ...). Ainsi, si certaines règles peuvent être suffisamment flexibles pour rendre possible l'utilisation de différents modèles de certification des signatures électroniques, certains systèmes ne reconnaissent que les prestataires de services de certification agréés comme émetteurs possibles de certificats "sécurisés" ou "qualifiés".

18. Les premiers à adopter des textes reposant sur l'approche dualiste ont notamment été Singapour[22] et l'Union européenne[23], qui ont été suivis par plusieurs

---

[20] La Chine et la Malaisie sont citées comme exemples.

[21] Babette Aalberts et Simone van der Hof, Digital Signature Blindness – Analysis of Legislative Approaches to Electronic Authentication, novembre 1999, http://rechten.uvt.nl/simone/Digsigbl.pdf>, 3.2.2.

[22] L'article 8 de la loi de 1998 relative aux transactions électroniques reconnaît toute forme de signature électronique, mais les présomptions énumérées à l'article 18 (à savoir, entre autres, que la signature est celle de la personne à laquelle elle se rapporte et que la signature a été

autres pays[24]. La Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques permet à l'État ayant décidé d'appliquer ce texte de mettre en place un système dualiste, même si elle ne l'encourage pas activement[25].

19. S'agissant du deuxième niveau, il a été proposé que les pays n'exigent pas l'utilisation de signatures du deuxième niveau dans le cas des conditions de forme des transactions commerciales internationales et que les signatures électroniques "sécurisées" soient limitées aux domaines d'application du droit qui n'ont guère d'impact sur le commerce international (par exemple fiducie, droit de la famille, transactions immobilières, etc.)[26]. Il a été suggéré en outre que les lois envisageant deux niveaux de signatures reconnaissent expressément effet aux accords contractuels touchant l'utilisation de la reconnaissance des signatures électroniques,

---

apposée par ladite personne dans l'intention de signer ou d'approuver le contenu électronique du message) ne s'appliquent qu'aux "signatures électroniques sécurisées" qui répondent aux conditions de l'article 17 (autrement dit, la signature doit: a) être propre à la personne qui l'utilise, b) pouvoir identifier ladite personne, c) avoir été créée par l'utilisation d'un moyen soumis au contrôle exclusif de la personne qui l'a employée, et d) être liée au document électronique auquel elle se rapporte de sorte que la signature serait privée de validité si le document était modifié. Les signatures numériques étayées par un certificat fiable conforme à l'article 20 sont automatiquement considérées comme des "signatures électroniques sécurisées" aux fins de la loi.

[23] Comme la loi singapourienne relative aux transactions électroniques, la Directive de l'Union européenne sur les signatures électroniques (voir supra, note 1) établit une distinction entre la "signature électronique" (définie au paragraphe 1 de l'article 2 comme étant "une donnée sous forme électronique qui est jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et qui sert de méthode d'authentification") et la "signature électronique avancée" (définie au paragraphe 2 dudit article comme étant une signature électronique satisfaisante aux exigences suivantes: "a) être liée uniquement au signataire, b) permettre d'identifier le signataire, c) être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif, et d) être liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable". Aux termes du paragraphe 2 de l'article 5 de la Directive, les États Membres de l'UE doivent veiller à ce que "l'efficacité juridique et la recevabilité comme preuve en justice ne soient pas refusées à une signature électronique au seul motif que la signature se présente sous forme électronique, ou qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié, ou qu'elle ne repose pas sur un certificat qualifié délivré par un prestataire accrédité de service de certification, ou qu'elle n'est pas créée par un dispositif sécurisé de création de signature. Cependant, seules les signatures électroniques avancées "basées sur un certificat qualifié et créées par un dispositif sécurisé de création de signature" sont considérées comme répondant "aux exigences légales d'une signature à l'égard de données électroniques de la même manière qu'une signature manuscrite répond à ces exigences à l'égard de données manuscrites imprimées "sur papier" et étant "recevables comme preuves en justice".

[24] Par exemple Maurice et Pakistan (ibid.). Pour plus amples détails sur les législations respectives, voir la note [9] ci-dessus.

[25] Le paragraphe 3 de l'Article 6 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (voir note [...]) stipule qu'une signature électronique est considérée comme fiable si; a) les données afférentes à la création de signature sont, dans le contexte dans lequel elles sont utilisées, liées exclusivement au signataire, b) les données afférentes à la création de signature étaient, au moment de la signature, sous le contrôle exclusif du signataire, c) toute modification apportée à la signature électronique après le moment de la signature est décelable, et d) dans le cas où l'exigence légale de signature a pour but de garantir l'intégrité de l'information à laquelle elle se rapporte, toute modification apportée à cette information après le moment de la signature est décelable.

[26] Baker et Yeo, "Background and Issues Concerning Authentication and the ITU", voir note 16.

pour que les modèles mondiaux d'authentification de type contractuel n'aillent pas à l'encontre des réglementations nationales.

B. Valeur probante des signatures électroniques et des méthodes d'authentification

20. L'un des principaux objectifs de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques était d'éviter le manque de cohérence et le risque de sur-régulation en proposant des critères généraux en vue d'établir une équivalence fonctionnelle entre les signatures et les méthodes d'authentification électroniques et sur support papier. La Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique a été très largement acceptée et de plus en plus d'États l'ont utilisée comme modèle pour promulguer leurs lois relatives au commerce électronique, mais l'on ne peut pas encore tenir pour acquis que les principes reflétés dans la Loi type sont d'application universelle. L'attitude adoptée par divers pays en ce qui concerne les signatures électroniques et l'authentification reflète habituellement l'approche suivie pour ce qui est de l'exigence d'un écrit et de la valeur probante des documents électroniques.

1. "Authentification" et attribution des enregistrements électroniques

21. L'utilisation de méthodes électroniques d'identification soulève deux questions qui méritent d'être examinées dans le présent contexte. La première a trait à celle, générale, de l'attribution d'un message à son expéditeur supposé et la deuxième est de savoir si la méthode d'identification utilisée par les parties est propre à satisfaire aux conditions légales de forme, en particulier en ce qui concerne l'exigence d'une signature. Une attention particulière doit également être accordée aux notions juridiques qui impliquent l'existence d'une signature manuscrite, par exemple la notion de "document" dans certains systèmes juridiques. Même si ces deux questions sont souvent imbriquées voire, selon les circonstances, impossibles à dissocier complètement, il peut être utile de tenter de les analyser séparément car les juridictions parviennent apparemment à des conclusions différentes suivant la fonction attribuée à la méthode d'authentification.

22. La Loi type sur le commerce électronique traite de l'attribution des messages de données dans son article 13, lequel tire son origine de l'article 5 de la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux[27], définit les obligations de l'expéditeur d'un ordre de paiement. L'article 13 est censé s'appliquer lorsque se pose la question de savoir si un message de données a réellement été envoyé par la personne qui est désignée comme l'expéditeur. Dans le cas d'une communication sur papier, le problème se poserait lorsque la signature de l'expéditeur présumé semble avoir été contrefaite. Dans un environnement électronique, il se peut qu'une personne non autorisée ait envoyé le message, l'authentification par codage, cryptage ou toute autre méthode étant néanmoins correcte. L'article 13 n'a pas pour objet d'attribuer la paternité d'un message de données ou d'établir l'identité des parties mais plutôt de traiter la question de l'attribution des messages de données en

---

[27] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.11 disponible à l'adresse: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/payments/transfers/ml-credittrans.pdf>.

établissant une présomption selon laquelle, dans certains cas, un message de données est considéré comme émanant de l'expéditeur.

23. Le paragraphe 1 de l'article 13 de la Loi type rappelle le principe selon lequel l'expéditeur est lié par un message de données s'il l'a effectivement envoyé. Le paragraphe 2 se réfère au cas où le message n'a pas été envoyé par l'expéditeur mais par une personne autorisée à agir en son nom. Le paragraphe 3 traite de deux types de situations dans lesquelles le destinataire pourrait considérer qu'un message de données émane de l'expéditeur: d'une part, lorsqu'il a correctement appliqué une procédure d'authentification que l'expéditeur avait précédemment acceptée; et, d'autre part, lorsque le message de données résulte des actes d'une personne qui, de par ses relations avec l'expéditeur, a eu accès aux procédures d'authentification utilisées par ce dernier.

24. Un certain nombre de pays ont adopté la règle énoncée à l'article 13 de la Loi type, y compris la présomption d'attribution établie au paragraphe 3 de cet article[28]. La législation de certains pays considère expressément l'utilisation de codes, de mots de passe ou d'autres moyens d'identification comme des facteurs créant une présomption d'attribution du message[29]. Il existe également des versions plus générales de l'article 13, dans lesquelles la vérification correcte à l'aide d'une procédure précédemment convenue ne crée pas une présomption mais indique les éléments pouvant être utilisés à des fins d'attribution du message[30].

25. D'autres pays, en revanche, n'ont adopté que les règles générales de l'article 13 selon lesquelles un message de données émane de l'expéditeur s'il a été envoyé par l'expéditeur lui-même ou par une personne agissant en son nom ou encore par un système programmé par l'expéditeur ou en son nom pour fonctionner automatiquement[31]. Enfin, quelques pays qui ont incorporé la Loi type sur le commerce électronique dans leur droit interne n'ont pas prévu de dispositions particulières fondées sur l'article 13[32]. Ces pays sont partis du principe qu'aucune règle particulière n'était nécessaire et qu'il valait mieux utiliser les mêmes moyens

---

[28] Colombie (art. 17); Équateur (art. 10); Jordanie (art. 15); Maurice (par. 2 de l'article 12); Philippines (par. 3 de l'article 18); République de Corée (par. 2 de l'article 7); Singapour (par. 3 de l'article 13); Thaïlande (art. 16) et Venezuela (art. 9). L'on trouve des règles semblables dans la législation de Jersey (Dépendance de la Couronne britannique) (art. 8) et des territoires britanniques d'outre-mer des Bermudes (par. 2 de l'article 16) et des îles Turques-et-Caïques (art. 14). Pour plus amples détails, voir note 9 ci-dessus.

[29] Mexique (voir note 9 ci-dessus) par. I de l'article 90.

[30] Par exemple, la Loi uniforme des États-Unis sur les opérations électroniques (UETA) (voir note 10) prévoit à son article 9 a) qu'un enregistrement électronique ou une signature électronique "peut être attribué à une personne si cet enregistrement ou cette signature était l'acte de cette personne. L'acte de la personne peut être prouvé par tout moyen, y compris par la démonstration de l'efficacité de toute procédure de sécurité appliquée pour déterminer à qui l'enregistrement électronique ou la signature électronique était imputable". L'article 9 b) dispose en outre que l'effet d'un enregistrement électronique ou d'une signature électronique attribué à une personne en vertu de l'alinéa a) "est déterminé à partir du contexte et des circonstances entourant sa création, son exécution ou son adoption, y compris toute convention éventuelle des parties, et toute autre manière prévue par la loi ".

[31] Australie (par. 1 de l'article 15); des règles essentiellement identiques sont prévues dans la législation des pays suivants: Inde (art. 11); Pakistan (2002, par. 2 de l'article 13); Slovénie (art. 5); île de Man (Dépendance de la Couronne britannique) (art. 2) et Région administrative spéciale chinoise de Hong Kong (art. 18).

[32] Par exemple, Afrique du Sud, Canada, France, Irlande et Nouvelle-Zélande.

de preuve ordinaire pour l'attribution des messages que pour l'attribution de documents sur papier: "Celui qui désire invoquer une signature s'expose toujours à ce que celle-ci soit invalide. La règle demeure la même dans le cas des signatures électroniques"[33].

26. D'autres pays ont néanmoins préféré séparer les dispositions de la Loi type concernant l'attribution et celles qui ont trait aux signatures électroniques. Cette approche est basée sur l'idée que, dans un contexte documentaire, l'attribution a essentiellement pour objectif de constituer une présomption et peut reposer sur des moyens plus larges que ceux qui servent exclusivement à identifier une personne. Les législations de certains pays, comme la loi uniforme des États-Unis relative aux transactions électroniques, mettent en relief ce principe en stipulant par exemple qu'"un enregistrement électronique ou une signature électronique peut être attribué à une personne si cet enregistrement ou cette signature était l'acte de cette personne", ce qui "peut être prouvé par tout moyen, y compris par la démonstration de l'efficacité de toute procédure de sécurité appliquée pour déterminer à qui l'enregistrement électronique ou la signature électronique était attribuable"[34]. Cette règle générale d'attribution n'affecte pas l'utilisation d'une signature comme moyen d'attribuer un enregistrement à une personne mais est fondée sur la reconnaissance du fait que "une signature n'est pas la seule méthode d'attribution"[35]. Selon le commentaire officiel de cette loi, par conséquent,

> "4. Un environnement électronique peut contenir certaines informations qui ne semblent pas attribuer un enregistrement particulier à une personne ou qui lient clairement les deux. Les codes numériques, les numéros d'identification personnels et les paires de clefs publique et privée servent à établir la part à laquelle un enregistrement électronique devrait être attribué. Bien évidemment, les procédures de sécurité seront un autre élément de preuve dont on dispose pour établir l'attribution.

---

[33] Canada, *Loi uniforme annotée sur le commerce électronique (*voir note 10*),* commentaire officiel de l'article 10.

[34] États-Unis, Loi uniforme 1999 relative aux transactions électroniques) (voir note 11, article 9). Le paragraphe 1 du commentaire officiel de l'article 9 offre les exemples suivants d'attribution aussi bien de l'enregistrement que d'une signature électronique: la personne "tape son nom dans une commande par courrier électronique"; "l'employé de la personne, conformément au pouvoir qui lui a été donné, tape le nom de la personne dans une commande par courrier électronique"; ou "l'ordinateur de la personne, programmé pour commander des biens sur réception d'informations concernant les stocks suivant des paramètres particuliers, émet une commande dans laquelle figure le nom de la personne ou d'autres informations identifiantes".

[35] Ibid.: Le paragraphe 3 du commentaire officiel de l'article 9 se lit comme suit: "L'utilisation de la transmission par télécopie fournit plusieurs exemples d'attribution à partir d'informations autres qu'une signature. Un fax peut être attribué à une personne en raison des informations imprimées en haut de la page qui indique la machine à partir de laquelle il été envoyé. De même, le document transmis peut contenir l'en-tête qui identifie l'expéditeur. Dans certaines décisions, cet en-tête a été considéré comme constituant effectivement une signature parce qu'il s'agissait d'un symbole adopté par l'expéditeur dans l'intention d'identifier le fax. Toutefois, la détermination de la signature découlait de la nécessité d'établir l'intention en l'espèce. Dans d'autres décisions, les en-têtes de fax n'ont PAS été considérés comme des signatures car l'intention requise était absente. L'important est qu'avec ou sans signature, l'information contenue dans l'enregistrement électronique sera très probablement suffisante pour fournir les éléments conduisant à l'attribution d'un enregistrement électronique à une partie déterminée."

La mention expresse des procédures de sécurité en tant que moyens de prouver l'attribution d'un enregistrement est salutaire en raison de l'importance capitale de ce type de procédure dans l'environnement électronique. Dans certains cas, une procédure technique et technologique de sécurité peut être le meilleur moyen de convaincre un juge que tel ou tel enregistrement ou signature électronique est le fait d'une personne déterminée. Dans certaines circonstances, l'utilisation d'une procédure de sécurité pour établir qu'un enregistrement et la signature s'y rattachant proviennent de l'entreprise de la personne sera peut-être nécessaire pour réfuter une allégation de piratage informatique. La mention des procédures de sécurité ne veut pas dire que d'autres formes de preuves devraient se voir attribuer un effet persuasif moindre. Il importe aussi de rappeler que la valeur particulière d'une procédure donnée n'a pas d'incidence sur son caractère même de procédure de sécurité mais influe seulement sur le poids à lui accorder en tant que preuve tendant à établir l'attribution[36]."

27. Il semble également important de ne pas perdre de vue qu'une présomption d'attribution ne se substituerait pas à l'application des règles de droit sur les signatures lorsqu'une signature est nécessaire pour valider ou prouver un acte. Lorsqu'il est établi qu'un enregistrement ou une signature est attribuable à une partie, "l'effet d'un enregistrement ou d'une signature doit être déterminé à la lumière du contexte et des circonstances, y compris toute convention éventuelle des parties" ainsi qu'en fonction "d'autres conditions légales envisagées à la lumière de ce contexte"[37].

28. Selon cette conception flexible de l'attribution, les tribunaux des États-Unis d'Amérique semblent faire preuve de souplesse en ce qui concerne la recevabilité des enregistrements électroniques, y compris des messages électroniques, comme élément de preuve en matière civile[38]. Des tribunaux américains ont rejeté les arguments selon lesquels les messages électroniques n'étaient pas recevables du fait qu'ils n'étaient pas authentifiés et constituaient une preuve testimoniale[39]. Ils ont estimé au contraire que les messages électroniques obtenus du demandeur pendant la procédure de divulgation des pièces s'authentifiaient eux-mêmes car "la production pendant la procédure de divulgation de documents détenus par les parties est un motif suffisant pour considérer ces documents comme s'auto-authentifiant"[40]. Les tribunaux prennent généralement en considération tous les éléments de preuve disponibles et ne rejettent pas les enregistrements électroniques comme étant en principe irrecevables.

---

[36] Ibid. commentaire officiel de l'article 9.

[37] Ibid. paragraphe 6 du commentaire officiel de l'article 9.

[38] *Commonwealth Aluminum Corporation v. Stanley Metal Associates*, United States District Court for the Western District of Kentucky, 9 août 2001, Federal Supplement, 2nd series, vol. 186, p. 770; and *Central Illinois Light Company (CILCO) v. Consolidation Coal Company (Consol)*, United States District Court for the Central District of Illinois, 30 décembre 2002, Federal Supplement, 2nd series, vol. 235, p. 916.

[39] *Sea-Land Service, Inc. v. Lozen International, LLC.*, United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 3 avril 2002, Federal Reporter, 3rd series, vol. 285, p. 808.

[40] *Superhighway Consulting, Inc. v. Techwave, Inc.*, United States District Court for the Northern District of Illinois, Eastern Division, 16 novembre 1999, U.S. Dist. LEXIS 17910.

29. Dans les pays qui ont adopté la Loi type sur le commerce électronique, la législation ne contient apparemment pas de dispositions particulières traitant de l'attribution des messages d'une manière similaire. Dans ces pays, l'attribution dépend généralement de la reconnaissance juridique des signatures électroniques et des présomptions associées aux enregistrements authentifiés par des types particuliers de signatures électroniques. Les craintes exprimées au sujet du risque de manipulation des enregistrements électroniques, par exemple, ont conduit les tribunaux de certains de ces pays à refuser de considérer des courriels comme élément de preuve recevable, faisant valoir que les courriels ne comportent de garanties adéquates d'intégrité[41]. Il existe aussi d'autres exemples de cette approche plus restrictive, dont plusieurs récentes affaires de ventes aux enchères sur Internet, dans lesquelles les tribunaux ont appliqué une règle stricte pour l'attribution de messages de données. Ces affaires concernaient le plus souvent des allégations de contravention au contrat fondées sur le défaut de paiement de biens prétendument achetés aux enchères sur Internet, le demandeur soutenant chaque fois que le défendeur était l'acheteur, étant donné que l'offre la plus élevée avait été authentifiée par le mot de passe du défendeur et avait été envoyée depuis l'adresse électronique de ce dernier. Les tribunaux ont estimé que ces éléments n'étaient pas suffisants pour conclure avec certitude que le défendeur avait bien participé à la vente aux enchères et soumis l'offre retenue. Ils ont invoqué divers arguments pour justifier cette position. Par exemple, les mots de passe n'étaient pas fiables car toute personne connaissant le mot de passe du défendeur aurait pu utiliser l'adresse électronique de ce dernier depuis n'importe où et participer à la vente aux enchères en se servant de son nom[42]. Ce risque a été jugé "très élevé" par certains tribunaux au vu des avis d'experts concernant des menaces d'atteinte à la sécurité des réseaux de communication par Internet, en particulier par l'utilisation de "chevaux de Troie" permettant de "voler" le mot de passe d'une personne[43]. Le risque d'une utilisation non autorisée d'un mode d'identification (mot de passe) devait être supporté par la partie qui offrait les biens ou services par un moyen particulier, faute de présomption légale selon laquelle les messages envoyés par l'intermédiaire d'un site Web sur Internet à l'aide du mot de passe d'une personne permettant d'accéder à ce site étaient attribuables à cette personne[44]. Une telle présomption pouvait éventuellement être attachée à une "signature électronique avancée", telle que

---

[41] Amtsgericht (Tribunal de district) Bonn, Affaire n° 3 C 193/01, 25 octobre 2001, *JurPC—Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 332/2002 (http://www.jurpc.de/rechtspr/20020332.htm, consulté le 11 septembre 2003).

[42] Amtsgericht (Tribunal de district) Erfurt, Affaire n° 28 C 2354/01, 14 septembre 2001, *JurPC—Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 71/2002 (www.jurpc.de/rechtspr/20020071.htm>; 25 août 2003); see also Landgericht (Tribunal du Land) Bonn, Affaire n° 2 O 472/03, 19 décembre 2003, *JurPC—Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik,* JurPC Web-Dok. 74/2004, (http://www.jurpc.de/rechtspr/20040074.htm, consulté le 2 février 2007).

[43] Landgericht (Tribunal du Land) Konstanz, Affaire n° 2 O 141/01 A, 19 avril 2002, *JurPC—Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 291/2002 (http://www.jurpc.de/rechtspr/20020291.htm, consulté le 25 août 2003).

[44] Landgericht (Tribunal du Land) Bonn, Affaire n° 2 O 450/00, 7 août 2001, *JurPC—Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 136/2002 (http://www.jurpc.de/rechtspr/20020136.htm, consulté le 25 août 2003).

définie par la loi, mais le détenteur d'un "mot de passe" ne devait pas assumer le risque que celui-ci soit détourné par des personnes non autorisées[45].

2. Satisfaction des exigences prévues par la loi concernant les signatures

30. Dans certains pays, les tribunaux ont été enclins à interpréter de façon souple les exigences légales en matière de signature. Comme indiqué plus haut (voir introduction, par. (…) à (…), tel a habituellement été le cas, dans certains pays de tradition romaniste, dans le contexte des dispositions des lois antifraude qui stipulent que certaines transactions, pour être valables, doivent être établies par écrit et porter une signature. Aux États-Unis, les tribunaux ont également accueilli favorablement la reconnaissance par le législateur des signatures électroniques, admettant leur utilisation dans des situations qui n'étaient pas expressément prévues dans la loi d'habilitation, par exemple dans le cas des mandats judiciaires[46]. Fait plus important, dans le domaine contractuel, les tribunaux ont également déterminé si l'identification était adéquate en tenant compte des transactions entre les parties plutôt qu'en recourant à une règle stricte pour toutes les situations. Ainsi, lorsque les parties avaient régulièrement utilisé des messages électroniques dans leurs négociations, les tribunaux ont estimé que le nom dactylographié de l'expéditeur figurant dans un message électronique satisfaisait à l'exigence légale de signature[47]. Le "choix délibéré" d'une personne "de dactylographier son nom à la fin de tous ses messages électroniques" a été considéré comme une authentification valable[48]. Le fait que les tribunaux américains se montrent disposés à considérer que les courriels et les noms qui y sont dactylographiés peuvent satisfaire aux exigences de l'écrit[49] reflète une interprétation extensive de la notion de "signature" qui est entendue comme englobant "tout symbole apposé ou adopté par une partie dans l'intention d'authentifier un écrit" de sorte que, dans certains cas, "un nom dactylographié ou un en-tête sur un document suffit à satisfaire à l'exigence de signature"[50]. Lorsque les parties ne contestent pas avoir expédié ou reçu des communications par courriel, les exigences légales de signature se trouveraient satisfaites étant donné que les tribunaux reconnaissent depuis longtemps "qu'une signature liant son auteur peut

---

[45] Oberlandesgericht (Cour d'appel) Cologne, Affaire n° 19 U 16/02, 6 septembre 2002, *JurPC—Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 364/2002 (http://www.jurpc.de/rechtspr/20020364.htm, consulté le 25 août 2003).

[46] *Department of Agriculture & Consumer Services c. Haire*, Fourth Distrcit, Court of Appeal of Florida, Affaire Nos. 4D02-2584 & 4D02-3315, 15 janvier 2003 (http://www.4dca.org/Jan2003/01-15-03/4D02-2584op.pdf, consulté le 12 septembre 2003).

[47] *Cloud Corporation v. Hasbro, Inc.*, United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, 26 décembre 2002, Federal Reporter, 3rd series, vol. 314, p. 296.

[48] *Jonathan P. Shattuck c. David K. Klotzbach*, Superior Court of Massachusetts, 11 décembre 2001, 2001 Mass. Super. LEXIS 642.

[49] *Central Illinois Light Company v. Consolidation Coal Company*, United States District Court for the Central District of Illinois, Peoria Division, 30 décembre 2002, Federal Supplement, 2nd Series, vol. 235, p. 916.

[50] Ibid., p. 919. "Des documents internes, factures et courriels peuvent être utilisés comme éléments de preuve aux fins de l'application de la Loi relative à la fraude de l'Illinois. En l'espèce, cependant, le tribunal a considéré que le contrat allégué ne répondait pas aux conditions prévues par la Loi relative à la fraude, non pas parce que les courriels en tant que tels ne pouvaient pas valablement documenter les conditions d'un contrat, mais plutôt parce que rien n'indiquait que les auteurs des courriels et les personnes qui y étaient mentionnées étaient des employés du défendeur.

revêtir la forme de toute marque ou désignation jugée appropriée par la partie qui entend être liée", aussi longtemps que celle-ci "a l'intention de s'engager"[51].

31. Les tribunaux britanniques ont suivi une démarche semblable, considérant généralement la forme d'une signature comme moins importante que sa fonction. Ainsi, les tribunaux tiennent compte habituellement de l'adéquation du moyen utilisé aussi bien s'agissant d'attribuer un message à une personne déterminée ainsi que d'indiquer l'intention de la personne en ce qui concerne le message. Un courriel peut par conséquent constituer un "document" et le nom dactylographié sur un courriel une "signature"[52]. Quelques tribunaux ont déclaré n'avoir "aucun doute que si une partie crée et expédie un message électronique, elle sera considérée comme l'ayant signé tout comme si elle avait apposé sa signature manuscrite sur le même document sur papier" et que "le fait que le document est créé électroniquement plutôt que sur un support papier ne peut faire aucune différence"[53]. À l'occasion, les tribunaux ont refusé d'admettre, dans le contexte de la législation antifraude, qu'un courriel constituait un contrat signé, essentiellement parce que l'intention des parties d'être liées par la signature faisait défaut. Cependant, il ne paraît pas y avoir de cas dans lequel les tribunaux ont refusé *a priori* de considérer qu'un courriel et les noms qui y étaient dactylographiés pouvaient satisfaire aux exigences légales en matière d'écrit et de signature. Dans certains cas, les tribunaux ont considéré que les conditions fixées par la législation antifraude n'étaient pas satisfaites car les courriels en question reflétaient simplement les négociations en cours et non un accord final, par exemple parce que, lors des négociations, l'intention de l'une des parties était qu'un contrat liant l'une et l'autre serait conclu après la signature d'un "mémorandum d'accord" et non avant[54]. Dans d'autres cas, les tribunaux ont fait savoir qu'ils auraient peut-être été enclins à admettre comme signature "le nom ou les initiales" de son auteur "à la fin du courriel" ou "en tout autre endroit dans le corps même du courriel", considérant cependant que "l'insertion automatique de l'adresse électronique d'une personne après que le document a été transmis par le prestataire de services Internet d'expédition et/ou de réception" n'était pas "censée constituer une signature"[55]. Bien que les tribunaux britanniques paraissent interpréter les dispositions de la législation antifraude concernant l'exigence d'un écrit plus rigoureusement que leurs homologues américains, ils tendent généralement à admettre l'utilisation de tout type de signature électronique ou de méthode d'authentification, même en l'absence d'autorisation expresse du législateur, aussi longtemps que la méthode en question remplit les mêmes fonctions qu'une signature manuscrite[56].

---

[51] *Roger Edwards LLC c. Fiddes & Son Ltd*, United States District Court for the District of Maine, 14 février 2003, Federal Supplement, 2nd Series, vol. 245, p. 251.

[52] Hull Industrial Tribunal, *Hall v. Cognos Limited* Affaire No 1803325/97, non publié.

[53] High Court (Chancery Division), *Mehta c. J Pereira Fernandes SA* [2006] EWHC 813 (Ch), [2006] 2 Lloyd's Rep 244.

[54] Queen's Bench Division, *Pretty Pictures Sarl c. Quixote Films Ltd*, 30 janvier 2003 ([2003] EWHC 311 (QB), [2003] All ER (D) 303 (Jan)).

[55] *Mehta c. J Pereira Fernandes SA* (voir note 53).

[56] *Mehta c. J Pereira Fernandes SA* (*supra*, note 55). n° 25 "Il y a lieu de noter, dans le texte de la Directive de l'Union européenne concernant le commerce électronique, que la Commission des lois estime qu'il n'y a pas lieu d'apporter de modifications significatives aux lois qui exigent une signature car la question de savoir si les exigences prévues par lesdites lois ont été satisfaites peut être réglée de manière fonctionnelle en se demandant si la conduite du signataire

32. Dans les pays de tradition romaniste, les tribunaux ont généralement tendance à suivre une approche plus restrictive, sans doute parce que, pour beaucoup de ces pays, la notion de "document" implique d'ordinaire l'usage d'une forme ou d'une autre d'authentification, ce qui le rend difficile à distinguer d'une "signature". Dans des pays comme la France, les juridictions ont hésité à accepter les moyens électroniques d'identification comme équivalant à une signature manuscrite avant l'adoption d'une législation reconnaissant expressément la validité des signatures électroniques[57]. Une approche un peu plus souple, cependant, se reflète dans un certain nombre de décisions judiciaires qui ont accepté le dépôt par voie électronique de plaintes administratives pour respecter un délai fixé par la loi, du moins à condition que ces plaintes soient ensuite confirmées par courrier ordinaire[58].

33. Alors qu'elles ont adopté une approche restrictive pour l'attribution des messages de données dans la formation des contrats, les juridictions allemandes ont fait preuve de souplesse dans la reconnaissance des méthodes d'acceptation comme équivalant aux signatures manuscrites dans le cadre de procédures judiciaires. Le débat en Allemagne a porté sur l'utilisation de plus en plus fréquente d'images numérisées de la signature d'avocats pour identifier des fax contenant des déclarations d'appels transmis directement par modem depuis l'ordinateur à un télécopieur d'un tribunal. Dans les premières affaires jugées, les cours d'appel[59] et la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof*)[60] avaient estimé qu'une image numérisée d'une signature manuscrite ne satisfaisait pas aux exigences en matière de signature et ne prouvait pas l'identité d'une personne. Une fonction d'identification pouvait éventuellement être attribuée à une "signature électronique avancée", telle que définie dans la législation allemande. Toutefois, il incombait généralement au législateur et non au juge d'établir les conditions d'équivalence entre les écrits et communications dématérialisés par transferts de données[61]. Cette interprétation a finalement été infirmée en raison de l'opinion unanime des autres cours fédérales supérieures qui ont accepté la remise de certaines pièces de

---

apparent reflète, pour une personne raisonnable, une intention d'authentifier le message […] Ainsi, comme je l'ai déjà dit, si une partie ou l'agent d'une partie qui expédie un courriel et dactylographie son nom ou le nom de son mandant comme exigé ou autorisé par la jurisprudence dans le corps même d'un courriel, cela constituerait à mon avis une signature suffisante aux fins de la Loi relative à la fraude]".

57 La Cour de Cassation a jugé irrecevable une requête en appel signée électroniquement attendu qu'il existait des doutes sur l'identité de la personne ayant créé la signature et que la requête avait été signée électroniquement avant l'entrée en vigueur de la loi du 13 mars 2000 reconnaissant l'effet juridique des signatures électroniques (Cour de Cassation, Deuxième Chambre civile, 30 avril 2003, *Société Chalets Boisson*, disponible a l'adresse www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=239, consulté le 12 septembre 2003).

58 Conseil d'État, 28 décembre 2001, N° 235784, *Élections municipales d'Entre-Deux-Monts* (disponible à l'adresse www.rajf.org/article.php3?id_article=467, consulté le 12 septembre 2003).

59 Par exemple, Oberlandesgericht Karlsruhe (Cour d'appel), Affaire n° 14 U 202/96, 14 novembre 1997, *JurPC—Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 09/1998 (disponible à l'adresse www.jurpc.de/rechtspr/19980009.htm, consulté le 12 septembre 2003).

60 Allemagne, Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice), Affaire n° XI ZR 367/97, 29 septembre 1998, *JurPC—Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 291/2002 (http://www.jurpc.de/rechtspr/19990005.htm, consulté le 12 septembre 2003).

61 Ibid.

procédure par communication électronique d'un message de données contenant l'image numérisée d'une signature[62].

34. Il est intéressant de noter que les tribunaux, même dans certains pays de tradition romaniste qui ont promulgué une législation reconnaissant l'utilisation de signatures numériques basées sur l'ICP, comme la Colombie[63], ont eux aussi adopté une approche souple et ont confirmé, par exemple, qu'une procédure judiciaire pouvait être menée entièrement au moyen de communications électroniques. Les pièces échangées pendant une telle procédure étaient valables même si elles n'étaient pas revêtues d'une signature numérique étant donné que les communications électroniques utilisaient des méthodes permettant d'identifier les parties[64].

35. La jurisprudence concernant les signatures électroniques demeure rare et les quelques décisions judiciaires rendues jusqu'à présent ne constituent pas une base suffisante pour tirer des conclusions fermes. Néanmoins, un bref examen des précédents existants fait apparaître plusieurs tendances. Il semble que l'approche adoptée par le législateur en matière de signatures électroniques et d'authentification ait influencé l'attitude des tribunaux dans ce domaine. L'accent mis par le législateur sur les "signatures" électroniques, en l'absence de règle générale concomitante d'attribution, a peut-être conduit à accorder une attention excessive à la fonction d'identification des méthodes d'authentification, ce qui, dans certains pays, a suscité une certaine méfiance à l'égard des méthodes d'authentification qui ne répondent pas à la définition légale d'une "signature" électronique. Il n'est pas dit que les considérations justifiant une approche souple dans le cadre de procédures d'appel judiciaire ou administratif puissent être directement transposées dans le contexte de la validité des contrats. En effet, si dans

---

[62] Dans une décision rendue au sujet d'une affaire que lui avait soumise la Bundesgerichtshof de l'Allemagne (Cour fédérale de justice) (voir la note 62 ci-dessus), le Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes (Sénat commun des cours suprêmes de la Fédération) a noté que les conditions de forme dans les procédures judiciaires n'étaient pas une fin en soi. Leur but était d'assurer une détermination suffisamment fiable ("*hinreichend zuverlässig*") du contenu de l'écrit et de l'identité de la personne dont émanait cet écrit. Le Sénat commun a constaté que l'application dans la pratique des conditions de forme avait évolué de manière à tenir compte des récentes innovations technologiques, telles que le télex ou la télécopie. Il a estimé que l'acceptation de la remise de certaines pièces de procédure par communication électronique d'un message de données contenant une image numérisée d'une signature serait conforme à l'esprit de la jurisprudence existante (Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, GmS-OGB 1/98, 5 avril 2000, *JurPC—Internet Zeitschrift für Rechtsinformatik*, JurPC WebDok 160/2000 (http://www.jurpc.de/rechtspr/20000160.htm, consulté le 12 septembre 2003).

[63] La Colombie, par exemple, a adopté la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, y compris les dispositions générales de son article 7, mais a établi une présomption juridique d'authenticité seulement pour les signatures numériques (Article 28 de la Loi relative au commerce électronique).

[64] Colombie, Juzgado Segundo Promiscuo Municipal Rovira Tolima, *Juan Carlos Samper v. Jaime Tapias*, 21 juillet 2003, Rad. 73-624-40-89-002-2003-053-00. Le tribunal a considéré que la procédure menée par les moyens électroniques était valable alors même que les courriels n'étaient pas revêtus d'une signature juridique étant donné: a) que l'expéditeur des messages de données pouvait être pleinement identifié; b) que l'expéditeur des messages de données avait confirmé le contenu du message envoyé; c) que les messages de données étaient conservés en lieu sûr au Tribunal; et d) que les messages pouvaient être consultés à tout moment (disponible à l'adresse http://www.camara-e.net/_upload/80403--0-7-diaz082003.pdf, consulté le 2 février 2007).

un contexte contractuel une partie s'expose au risque de voir l'accord rejeté par l'autre partie, dans une procédure civile, c'est généralement la partie utilisant une signature ou un enregistrement électronique qui souhaite confirmer qu'elle approuve l'enregistrement et son contenu.

3. Efforts visant à établir des équivalents électroniques de formes spéciales de signatures

a) Apostilles*

36. Il a été dit que l'esprit et la lettre de la Convention supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers, faite à La Haye le 5 octobre 1961, ne faisaient pas obstacle à l'usage des technologies modernes[65]. Le Premier Forum international sur la notarisation et l'apostille électroniques a souscrit à cette conclusion et a relevé que l'application et le fonctionnement de la Convention pourraient être améliorés par le recours à de telles technologies.[66] Si la Convention est interprétée à la lumière du principe d'équivalence fonctionnelle, les autorités compétentes pourraient à la fois tenir des registres électroniques et délivrer des apostilles électroniques et faciliter ainsi l'entraide judiciaire et la fourniture de services gouvernementaux.

37. En avril 2006, la Conférence de La Haye de droit international privé et la National Notary Association (NNA) des États-Unis ont lancé le programme pilote d'apostilles électroniques (e-APP), dans le cadre duquel la Conférence de La Haye et la NNA, avec tout État intéressé, s'emploient à mettre au point, promouvoir et faciliter l'application de logiciels pour a) la délivrance et l'utilisation d'apostilles électroniques et b) l'établissement de registres électroniques d'apostilles[67].

b) Sceaux

38. Quelques pays ont déjà éliminé l'exigence du sceau, l'apposition d'un sceau n'apparaissant plus comme pertinente dans le contexte contemporain. Le sceau a été remplacé par une signature attestée (c'est-à-dire donnée en présence d'un témoin)[68]. Les législations d'autres pays considèrent que des signatures électroniques sécurisées répondent aux exigences du sceau. L'Irlande, par exemple, a promulgué

---

* Cette section serait développée davantage dans la version finale du document de référence général.

[65] Conférence de La Haye de droit international privé "Conclusions and recommendations adopted by the Special Commission on the practical operation of The Hague Apostille, Evidence and Service Conventions: 28 octobre au 4 novembre 2003 (La Haye, 2003).

[66] Conclusions adoptées lors du Premier Forum international sur la notarisation et l'apostille électroniques, tenu à Las Vegas (États-Unis les 30 et 31 mai 2005) (disponible à l'adresse http://www.hcch.net/upload/concl_forum.pdf, consulté le 7 février 2007).

[67] Le Programme pilote d'apostilles électroniques (e-APP) est conçu de manière à utiliser les technologies existantes, déjà largement répandues. La technologie suggérée est le support PDF avec XML incorporé. L'on trouvera des informations plus détaillées à l'adresse http://hcch.e-vision.nl/index_en.php?act=text.display&tid=37, sous la rubrique "Deuxième Forum international sur la notarisation et l'apostille électroniques", tenu à Washington (États-Unis) du 27-29 mai 2006).

[68] Au Royaume-Uni, par exemple, la Law of Property Act (Miscellaneous Provisions) Acte de 1989, qui a mis en oeuvre le Rapport de la Commission de réforme des lois sur les "Deeds and Escrows" (Law Com. n° 143, 1987).

des dispositions spécifiques concernant les signatures électroniques sécurisées selon lesquelles celles-ci peuvent, sous réserve d'être certifiées comme il convient, être utilisées en lieu et place d'un sceau, avec l'assentiment de la personne ou de l'organisme public auquel peut ou doit être remis le document revêtu d'un sceau[69]. Au Canada, l'exigence que la signature d'une personne soit accompagnée d'un sceau prévu par certaines lois fédérales se trouve satisfaite par une signature électronique sécurisée identifiant celle-ci comme étant le sceau de l'intéressé[70].

39. Plusieurs pays ont également lancé des initiatives envisageant l'utilisation de documents et de signatures électroniques dans le cadre des transactions faisant intervenir des titres de propriété immobilière. Le modèle utilisé dans l'État de Victoria, en Australie, envisage l'utilisation de signatures numériques sécurisées via Internet au moyen de cartes numériques délivrées par une autorité de certification. Au Royaume-Uni, le modèle prévoit qu'un avocat pourra signer un titre de propriété immobilière au nom de son client via Internet. Dans certains pays, la loi reconnaît la possibilité d'utiliser des "sceaux électroniques", par opposition à des "sceaux manuels", laissant aux règlements d'application le soin de déterminer séparément les aspects techniques de la forme que doit revêtir le sceau électronique[71].

40. Aux États-Unis, la Loi uniforme sur l'enregistrement électronique des biens immobiliers[72] stipule expressément qu'une signature électronique n'a pas à être accompagnée d'un timbre, d'une impression ou d'un sceau physique ou de son image électronique. Essentiellement, ce n'est que l'information figurant sur le sceau, plutôt que celui-ci, qui est requise. Une signature électronique répond à l'exigence d'un timbre, d'une impression ou d'un sceau personnel ou social. Ces indices physiques ne sont pas applicables à un document totalement électronique, mais cette loi stipule que les informations qui figureraient autrement sur le timbre, l'impression ou le sceau doivent être jointes au document ou à la signature électronique ou y être logiquement associées[73]. Ainsi, le timbre ou le sceau notarial

---

[69] Irlande, article 16 de la Loi relative au commerce électronique. Cependant, lorsque le document revêtu d'un sceau peut ou doit être remis à un organisme public ou à une personne agissant en son nom, l'organisme public qui accepte l'utilisation d'une signature électronique peut néanmoins exiger qu'elle soit donnée conformément à une technologie et à des formalités de procédures spécifiques.

[70] Canada, article 39 du Titre de 2 de la Loi de 2000 relative à la protection de l'information personnelle et aux documents électroniques. Les lois fédérales en question sont la Loi relative aux biens immobiliers et fédéraux et son Règlement d'application.

[71] L'on peut en citer comme exemples les règles relatives à la validation de documents par des professionnels agréés ou accrédités; tel est le cas notamment de la Loi du Manitoba relative aux professions techniques et aux géoscientifiques, qui définit un "sceau électronique" comme étant la forme d'identification délivrée par l'association professionnelle aux fins de la validation électronique des documents à lecture machine (voir http://apegm.mb.ca/keydocs/act/index.html; consulté le 4 avril 2007).

[72] La loi uniforme sur l'enregistrement électronique des biens immobiliers (The Uniform Real Property Electronic Recording Act) des États-Unis a été rédigée par la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws et est disponible à l'adresse http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/urpera/URPERA_Final_Apr05-1.htm, consulté le 7 février 2007). La Loi uniforme a été adoptée par les États de l'Arizona, de la Caroline du Nord, du Delaware, du District of Columbia, du Kansas, du Texas, de la Virginie et du Wisconsin (voir http://www.nccusl.org/Update/uniformact_factsheets/uniformacts-fs-urpera.asp, consulté le 7 février 2007).

[73] Ces critères sont semblables à ceux prévus par la Loi uniforme relative aux transactions

qu'exige la législation de certains États n'est pas nécessaire, conformément à cette loi, pour une notarisation électronique. Le timbre ou le sceau de la société qui doit être apposé conformément à la législation de certains États pour authentifier l'acte d'un fondé de pouvoir d'une société n'est pas nécessaire non plus.

c) Notarisation*

41. Aux États-Unis, il existe essentiellement trois lois concernant la notarisation: la Loi uniforme relative aux transactions électroniques, la Loi relative aux signatures électroniques dans le commerce national et international[74] et la Loi uniforme relative à l'enregistrement des biens immobiliers[75]. L'effet combiné desdites lois est que l'exigence légale d'un écrit ou l'exigence d'une signature sur un document devant être notarié ou sur un document sous serment se trouve satisfaite si la signature électronique de la personne autorisée, ainsi que toutes les autres informations requises par la législation applicable, sont jointes au document ou y sont logiquement associées.

42. En Autriche, l'archive de documents électroniques CyberDOC, administré par une société indépendante créée conjointement par la Chambre autrichienne des notaires et Siemens AG, met à la disposition des notaires des archives électroniques qui comportent des fonctions d'authentification[76]. Les notaires autrichiens sont tenus par la loi de verser à ces archives tous les actes notariaux établis après le 1er janvier 2000.

d) Attestation

43. On a fait valoir que les processus classiques de vérification par un témoin, comme les attestations, ne se prêtent pas entièrement à la signature électronique de documents étant donné que nul ne peut avoir l'assurance que l'image qui apparaît sur l'écran est en fait le document sur lequel sera apposée la signature électronique. Tout ce que peuvent voir le signataire et le témoin est une représentation sur l'écran, visible à l'œil nu, de ce qui se trouve prétendument en mémoire. Lorsque le témoin voit le signataire taper des touches sur le clavier, il ne peut pas être certain de ce qui se passe effectivement. Il ne serait par conséquent possible d'avoir la certitude que ce qui apparaît à l'écran correspond au contenu de la mémoire et que les touches utilisées par le signataire correspondent à son intention que si l'ordinateur a été vérifié au moyen de critères d'évaluation fiables[77].

électroniques des États-Unis.

* Cette section serait développée davantage dans la version finale du document de référence général.

[74] Articles 7001 à 7031 du chapitre 96 du Titre 15 du Code des États-Unis.

[75] Voir note 74.

[76] Voir *Österreichische Notariatskammer* (Chambre autrichienne des notaires), disponible à l'adresse http://www.notar.at/de/portal/einrichtungen/cyberdocgmbhcokg/, consulté le 7 février 2007).

[77] C'est ce qui est parfois appelé le problème "What You See Is What You Sign" (WYSIWYS) (Ce que vous voyez est ce que vous signez). Voir V. Liu *et al.*, "Visually sealed and digitally signed documents", Association of Computing Machine, *ACM International Conference Proceeding Series, vol. 56, Proceedings of the Twenty-seventh Australian Conference on Computer Science,* vol. 26 (Dunedin, Nouvelle-Zélande, 2004), p. 287, voir également pour une discussion des Trusted Display Controllers.

44. Toutefois, une signature électronique sécurisée pourrait jouer le même rôle que le témoin en identifiant la personne apparaissant comme l'auteur de la signature de l'acte. En utilisant une signature électronique sécurisée sans témoin humain, l'on peut vérifier l'authenticité de la signature, l'identité de la personne à laquelle appartient la signature, l'intégrité du document et probablement même la date et l'heure de la signature. En ce sens, la signature électronique sécurisée peut même être plus certaine qu'une signature manuscrite ordinaire. L'avantage de faire attester par un témoin une signature numérique sécurisée serait vraisemblablement minime, à moins que le caractère volontaire de la signature ne soit mis en question[78].

45. La législation existante n'est pas allée jusqu'au point de remplacer totalement les règles d'attestation par des signatures électroniques, mais elle permet simplement au témoin d'utiliser une signature électronique. En Nouvelle-Zélande, la Loi relative aux transactions électroniques stipule que la signature électronique d'un témoin répond aux exigences légales de la signature ou du sceau qui doit être attesté. La technologie à employer aux fins de la signature électronique n'est pas spécifiée, aussi longtemps qu'elle "identifie dûment le témoin et indique comme il convient que la signature ou le sceau a été attesté" et qu'elle "est aussi fiable que nécessaire étant donné le but dans lequel et les circonstances dans lesquelles la signature du témoin est requise"[79].

46. La Loi canadienne relative à la protection de l'information personnelle et aux documents électroniques dispose que, lorsque la législation fédérale prévoit qu'une signature doit être attestée par un témoin, cette exigence est satisfaite, dans le cas d'un document électronique, si chaque signataire et chaque témoin signe le document électronique au moyen de sa propre signature électronique sécurisée[80]. Lorsque la législation fédérale exige, comme cela est parfois le cas, qu'un témoin déclare ou certifie que l'information fournie par une personne est véridique, exacte ou complète, cette exigence se trouve satisfaite dès lors que la personne en question appose sa signature électronique sécurisée[81]. Toute déclaration sous serment ou déclaration solennelle exigée par la législation fédérale peut être faite sous forme électronique si son auteur la signe au moyen de sa signature électronique sécurisée et si la personne devant laquelle la déclaration est faite ou qui est habilitée à recevoir des déclarations sous serment ou des déclarations solennelles la signe au moyen de sa signature électronique sécurisée[82]. Une autre formule qui a été suggérée pour donner une assurance supplémentaire est que la signature électronique soit apposée par un professionnel fiable, comme un avocat ou un notaire, ou en sa présence[83].

---

[78] Voir la discussion figurant dans Joint Infocomm Development Authority of Singapore and the Attorney – General's Chambers, *Joint IDA-AGC Review of Electronic Transactions Act* Stage II: *Exclusions under Section 4 of the ETA*, document de travail LRRD n° 2 /2004 (Singapour, 2004), parties 5 et 8, disponible à l'adresse www.agc.gov.sg, sous la rubrique "Publications".

[79] Nouvelle-Zélande, Loi relative aux transactions électroniques (voir la note 9, article 23), disponible à l'adresse http://www.legislation.govt.nz/browse_vw.asp?content-set=pal_statutes, consulté le 4 avril 2007).

[80] Canada, Loi relative à la protection des informations personnelles et aux documents électroniques (voir note 72), partie 2, article 46.

[81] Ibid, article 45.

[82] Ibid, article 44.

[83] Le notaire devra obtenir l'authentification de la signature électronique par une autorité de certification agréée. Il se peut que l'acheteur et le vendeur doivent autoriser le notaire à signer

A/CN.9/630/Add.3 [Original: anglais]

Document de référence général sur les éléments nécessaires à l'élaboration d'un cadre juridique favorable au commerce électronique: chapitre type sur l'utilisation internationale des méthodes d'authentification et de signature électroniques

ADDITIF

L'annexe à la présente note contient une partie (deuxième partie, chap. I, sect. A et B) d'un chapitre type d'un document de référence général qui traite des aspects juridiques de l'utilisation internationale des méthodes d'authentification et de signature électroniques.

Annexe

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
Deuxième partie	Utilisation internationale des méthodes de signature et d'authentification électroniques	
I.	Reconnaissance juridique des méthodes étrangères d'authentification et de signature électroniques	1-23
A.	Incidences internationales des législations internes	2-14
1.	Obstacles internationaux engendrés par des approches internes contradictoires	4-10
2.	Émergence d'un consensus	11-14
B.	Critères pour la reconnaissance des méthodes étrangères d'authentification et de signature électroniques	15-23
1.	Lieu d'origine, réciprocité et validation au niveau local	17-19
2.	Équivalence fonctionnelle	20-23

---

par procuration écrite. Voir E-conveyancing: strategy for the implementation of E–conveyancing in England and Wales (Royaume-Uni, Land Registry, 2005), disponible à l'adresse http://www.landregistry.gov.uk/assets/library/documents/e-conveyancing_strategy_v3.0.doc, consulté le 7 avril 2007). Ce projet doit être discuté par étapes entre 2006 et 2009.

Deuxième partie

Utilisation internationale des méthodes de signature et d'authentification électroniques

I. Reconnaissance juridique des méthodes étrangères d'authentification et de signature électroniques

1. Les incompatibilités juridiques et techniques sont les deux principales sources de difficultés dans l'utilisation internationale des méthodes de signature et d'authentification électroniques, surtout lorsque celles-ci sont destinées à remplacer une signature juridiquement valable. Les incompatibilités techniques affectent l'interopérabilité des systèmes d'authentification. Des incompatibilités juridiques peuvent provenir du fait que les différentes législations imposent des exigences différentes en matière d'utilisation et de validité des méthodes de signature et d'authentification électroniques.

A. Incidences internationales des législations internes

2. Lorsque les législations internes autorisent des équivalents électroniques des méthodes d'authentification sur papier, les critères de validité de ces équivalents peuvent être inconciliables. Par exemple, si la législation ne reconnaît que les signatures numériques, d'autres formes de signatures électroniques ne seront pas acceptées. D'autres incohérences dans les critères de reconnaissance des méthodes d'authentification et de signature électroniques n'empêcheront peut-être pas, en principe, leur utilisation à l'échelle internationale, mais le coût et les difficultés engendrés par la nécessité de respecter les contraintes imposées par divers pays risquent de réduire les gains de rapidité et d'efficacité que l'on attend de l'utilisation des communications électroniques.

3. Les sections suivantes examinent les incidences de diverses approches juridiques de la technologie sur le développement de la reconnaissance internationale. Elles font également brièvement le point sur le consensus international qui se dégage à propos des mesures susceptibles de faciliter l'utilisation internationale des méthodes de signature et d'authentification électroniques.

1. Obstacles internationaux engendrés par des approches internes contradictoires

4. Les approches techniquement neutres, notamment celles qui intègrent un "critère de fiabilité", permettent en général de résoudre les incompatibilités juridiques. La Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, paragraphe 1 b) de l'article 7[84], et la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, paragraphe 3 de l'article 9[85], font partie des instruments juridiques internationaux qui adoptent une

---

[84] Voir note [...] [publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4].
[85] Voir note [...] [résolution 60/21 de l'Assemblée générale, annexe].

telle approche. En vertu de cette dernière, une méthode d'authentification ou de signature électronique qui permet à la fois d'identifier le signataire et d'indiquer la volonté de ce dernier concernant l'information contenue dans la communication électronique satisfait aux exigences de signature, dans la mesure où elle remplit plusieurs critères. Compte tenu de toutes les circonstances, y compris tout accord entre l'expéditeur et le destinataire du message de données, la méthode d'authentification ou de signature doit démontrer qu'elle est aussi fiable qu'il convient au vu de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué. À défaut, elle peut également démontrer qu'elle a rempli ces objectifs, par elle-même ou en conjonction avec d'autres éléments.

5. Certes, l'approche minimaliste facilite l'utilisation internationale des signatures et de l'authentification électroniques, puisque toute méthode d'authentification ou de signature électronique peut être utilisée valablement pour signer ou authentifier un contrat ou une communication, dans la mesure où elle remplit les conditions générales susmentionnées. Cette approche a toutefois pour conséquence que lesdites conditions sont en général uniquement confirmées a posteriori, et il n'est pas garanti qu'un tribunal reconnaisse l'utilisation d'une méthode en particulier.

6. L'utilisation internationale des signatures et de l'authentification électroniques pose véritablement problème dans les systèmes qui prescrivent ou favorisent une technique en particulier. La complexité de la situation s'accroît proportionnellement au niveau de réglementation administrative des signatures et de l'authentification électroniques et au degré de sécurité juridique que la loi confère à telle ou telle méthode ou technique. Les raisons en sont simples: lorsque la loi n'attache aucune valeur ou présomption juridique particulière à certains types de signature ou d'authentification électronique et se contente de prévoir leur équivalence générale aux signatures manuscrites ou à l'authentification sur papier, les risques liés à l'utilisation de la signature électronique sont les mêmes que pour une signature manuscrite en vertu de la législation en vigueur. Par contre, lorsque davantage de présomptions juridiques sont conférées par la loi à une signature électronique particulière (généralement celles qui sont considérées comme "sécurisées" ou "avancées"), le niveau supérieur de risque est déplacé d'une partie à l'autre. Une hypothèse fondamentale de la législation spécifique à une technique est que ce transfert général a priori des risques juridiques peut se justifier par le niveau de fiabilité offert par une technique donnée, lorsque certaines normes et procédures sont respectées. L'inconvénient de cette approche est que, une fois que la fiabilité a priori est liée à l'utilisation (entre autres conditions) d'une technique particulière, toutes les autres techniques – voire la même si elle est utilisée dans des conditions légèrement différentes – deviennent a priori peu fiables, ou du moins sont soupçonnées a priori d'être peu fiables.

7. L'incompatibilité entre les législations nationales spécifique à une technique risque donc d'entraver l'utilisation des signatures électroniques dans le commerce international plutôt que de l'encourager. Cela pourrait se produire de deux manières différentes mais étroitement liées.

8. Premièrement, si les signatures électroniques et les prestataires de services de certification qui les authentifient sont soumis à des exigences techniques et juridiques contradictoires dans différents pays, l'utilisation des signatures électroniques risque d'être entravée ou empêchée dans de nombreuses opérations

internationales si la signature électronique ne peut pas remplir simultanément les diverses conditions.

9. Deuxièmement, une législation spécifique à une technique, notamment si elle favorise les signatures numériques, ce qui est également le cas de l'approche en deux temps, risque d'engendrer un ensemble disparate de normes techniques et de conditions d'autorisation contradictoires qui rendront l'utilisation internationale des signatures électroniques très difficile. Un système dans lequel chaque pays prescrit ses propres normes empêchera peut-être aussi les parties de conclure des accords de reconnaissance mutuelle et de certification croisée[86]. En effet, un problème important non résolu en relation, notamment, avec les signatures numériques, est celui de la reconnaissance internationale. Le Groupe de travail sur la sécurité de l'information et la vie privée de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) (ci-après le GTSIVP de l'OCDE) a noté que, même si l'approche adoptée par la plupart des pays semblait non discriminatoire, les différences entre les exigences nationales continueraient à engendrer des problèmes d'interopérabilité[87]. Pour les besoins de la présente étude, les points faibles ci-après, relevés par le GTSIVP de l'OCDE, peuvent présenter un intérêt:

a) **Interopérabilité**. On a constaté de nombreux obstacles et limitations à l'interopérabilité. Au niveau technique, malgré l'abondance des normes, l'absence de normes de base communes applicables à certaines technologies était considérée comme un problème. Au niveau juridique et administratif, les difficultés des parties prenantes à comprendre leur cadre de confiance respectif et, en particulier, l'attribution des responsabilités juridiques et financières, étaient considérées comme des obstacles au progrès. Selon le GTSIVP de l'OCDE, "il semble que ce secteur requiert un examen plus étroit et minutieux si l'on veut essayer d'élaborer des outils communs pour aider les juridictions à mettre en œuvre le niveau d'interopérabilité souhaité pour une application technologique ou un système particulier";

b) **Reconnaissance des services d'authentification étrangers**. Selon le GTSIVP de l'OCDE, les efforts se sont concentrés sur la mise en place de services d'authentification au niveau national; c'est pourquoi les mécanismes destinés à reconnaître les services d'authentification étrangers "ne sont en général pas encore très développés". Le GTSIVP de l'OCDE laisse donc entendre que c'est "un secteur dans lequel il serait utile de poursuivre les travaux. Étant donné que toute activité dans ce domaine est étroitement liée à la question plus générale de l'interopérabilité, ces thèmes pourraient être traités conjointement";

---

[86] Stewart Baker et Matthew Yeo, en collaboration avec le secrétariat de l'Union internationale des télécommunications, "Background and issues concerning authentication and the ITU", document d'information présenté à la réunion d'experts sur les signatures électroniques et les autorités de certification: enjeux pour les télécommunications, Genève, 9 et 10 décembre 1999, document n° 2.

[87] Organisation de coopération et de développement économiques, Groupe de travail sur la sécurité de l'information et la vie privée, *L'usage transfrontalier de l'authentification dans les pays de l'OCDE* (DSTI/ICCP/REG(2005)4/FINAL), http://www.oecd.org/dataoecd/15/59/35883416.pdf, accès le 2 février 2007.

c) **Acceptation des certificats**[88]. Dans certains cas, l'acceptation des certificats délivrés par d'autres entités a été citée comme un obstacle à l'interopérabilité. Le GTSIVP de l'OCDE suggère par conséquent que l'on examine la possibilité d'élaborer un ensemble de bonnes pratiques ou de lignes directrices pour délivrer des certificats à des fins d'authentification. Des travaux sont peut-être déjà en cours dans plusieurs pays sur ce thème et ils pourraient être utiles à toute initiative du GTSIVP de l'OCDE dans ce domaine;

d) **Une large palette de méthodes d'authentification**. Le GTSIVP de l'OCDE a constaté que, dans presque tous les États membres de l'OCDE, une large palette de méthodes d'authentification était déjà utilisée. Ces méthodes vont des mots de passe, d'une part, aux certificats d'authentification (*token*), à la signature numérique et à la biométrie, d'autre part. Selon la technologie utilisée et les contraintes qu'elle impose, ces méthodes peuvent être utilisées individuellement ou être combinées. Nombreux sont ceux qui pourraient juger cette diversité positive, mais si l'on se réfère aux informations contenues dans les réponses au questionnaire du GTSIVP de l'OCDE, l'éventail des possibilités est tel que fournisseurs et utilisateurs de services d'authentification risquent d'être complètement désorientés lors du choix de la méthode la plus adaptée à leurs besoins. Selon le GTSIVP de l'OCDE, il serait donc peut-être utile d'adopter un outil de référence pour évaluer les différentes méthodes d'authentification et pour définir dans quelle mesure leurs caractéristiques répondent aux attentes des fournisseurs ou des utilisateurs.

10. La confiance dans l'utilisation des méthodes de signature et d'authentification électroniques dans les opérations internationales pourrait être renforcée par une large adoption de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux et la mise en œuvre de son approche techniquement neutre en matière de signatures et d'authentification électroniques. Toutefois, il ne serait pas réaliste de s'attendre à ce que cela rende inutile l'élaboration d'une solution harmonisée pour faire face à des normes techniques et juridiques incompatibles. De nombreux pays continueront peut-être à prescrire l'utilisation de méthodes d'authentification précises pour certains types d'opérations. De plus, certains pays estimeront peut-être que des orientations plus concrètes sont nécessaires pour évaluer la fiabilité des méthodes d'authentification et de signature, en particulier les méthodes étrangères, et leur équivalence avec celles qu'ils utilisent, ou du moins qu'ils connaissent.

2. Émergence d'un consensus

11. Les divergences entre politiques relevées au plan international s'expliquent probablement par une combinaison de facteurs à des degrés divers. Comme on l'a

---

[88] Un certificat sert à prouver qu'un particulier ou un dispositif précis est passé par un processus d'authentification. Les certificats liés à l'utilisateur sont essentiels à des fins d'identification. Les certificats au porteur peuvent être suffisants pour certaines formes d'autorisation. On mentionnera comme exemple un permis de conduire valable, un numéro de sécurité sociale ou un autre numéro d'identification, ou une carte à puce. Centre pour la démocratie et la technologie, "Privacy principles for authentication systems", http://tprc.org/papers/2003/183/CDTauthenticationTPRC.pdf, accès le 12 avril 2007; voir aussi Centre pour la démocratie et la technologie, groupe de travail sur l'authentification et les principes de confidentialité, "Interim report on privacy principles for authentication systems", http://www.cdt.org/privacy/authentication/030513interim.pdf, accès le 12 avril 2007.

vu plus haut (voir par. [...] à [...] ci-dessus), certains pays ont tendance à avoir des exigences de forme plus sévères et spécifiques en ce qui concerne les signatures et les documents, alors que d'autres se concentrent sur l'intention du signataire, et autorisent un large éventail de moyens pour prouver la validité de la signature. Ces différences d'ordre général transparaissent habituellement dans la législation qui traite des méthodes d'authentification et de signature électroniques (voir par. [...] à [...] ci-dessus). Une autre source de disparités résulte du degré variable d'intervention des pouvoirs publics dans les aspects techniques de ces méthodes. Certains pays ont tendance à jouer un rôle direct dans la définition des normes applicables aux nouvelles technologies, dans l'idée, peut-être, que cela conférera un avantage concurrentiel à leur industrie[89].

12. Il est également possible que les différentes politiques reflètent différentes hypothèses quant à l'évolution des techniques d'authentification. Un scénario, le système d'authentification universelle[90], suppose que l'objectif principal des techniques d'authentification sera de vérifier l'identité et les caractéristiques de personnes qui n'ont aucune relation préexistante entre elles, et qui utilisent en commun une technique n'ayant pas fait l'objet d'un accord contractuel. Dès lors, la technique d'authentification ou de signature devrait confirmer l'identité ou les autres caractéristiques d'une personne à un nombre potentiellement illimité de personnes et pour un nombre potentiellement illimité d'objets. Ce modèle souligne l'importance des normes techniques et des exigences opérationnelles des prestataires de services de certification lorsque des tiers de confiance sont concernés. Un autre scénario, celui du système de l'authentification liée, recommande que les techniques d'authentification et de signature servent principalement à vérifier l'identité et les caractéristiques de personnes qui utilisent en commun une technique en vertu d'un accord contractuel[91]. La technique d'authentification devrait donc confirmer l'identité ou d'autres caractéristiques du titulaire du certificat uniquement pour un ensemble défini d'objets, au sein d'une communauté définie de parties susceptibles de se fier aux certificats, qui sont soumises à des conditions communes d'utilisation de la technique. Conformément à ce modèle, l'accent est mis sur la reconnaissance juridique des accords contractuels.

13. Malgré ces divergences, qui subsistent en partie, les conclusions du GTSIVP de l'OCDE[92] montrent qu'un consensus international semble se dégager sur les principes fondamentaux qui devraient régir le commerce électronique, en particulier les signatures électroniques. Les conclusions suivantes sont particulièrement intéressantes du point de vue de la présente étude:

a) **Approche non discriminatoire des signatures et des services "étrangers"**. Les cadres législatifs reconnaissent la valeur juridique des signatures certifiées par des services situés dans d'autres pays si celles-ci ont été créées dans les mêmes conditions que les signatures certifiées au niveau national. Dans ces conditions, l'approche est non discriminatoire, tant que les exigences locales ou des exigences équivalentes sont satisfaites. Cette information recoupe les conclusions des examens précédents du GTSIVP de l'OCDE sur l'authentification;

---

[89] Voir note [...] "Background and issues concerning authentication and the ITU".
[90] Ibid.
[91] Ibid.
[92] Voir note [...] [*L'usage transfrontalier de l'authentification dans les pays de l'OCDE*].

b) **Neutralité technologique**. La quasi-totalité des répondants ont indiqué que leur cadre législatif et réglementaire régissant les services d'authentification et les signatures électroniques était technologiquement neutre. Cependant, lorsqu'il s'agit d'applications concernant la cyberadministration ou lorsqu'un niveau maximum de sécurité est requis pour la signature électronique, la majorité des répondants ont indiqué que l'utilisation d'une infrastructure à clef publique (ICP) était spécifiée. À partir de ces éléments d'information, on constate que si les cadres législatifs peuvent être technologiquement neutres, la technologie doit être spécifiée lorsqu'il s'agit de décisions concernant l'administration publique;

c) **Importance de l'ICP**. Selon le GTSIVP de l'OCDE, l'ICP semble la méthode d'authentification privilégiée lorsqu'on recherche une preuve forte de l'identité et un niveau élevé de sécurité juridique pour la signature électronique. Généralement, elle est utilisée par des "communautés d'intérêts" spécifiques dont tous les membres ont eu préalablement des liens professionnels sous une forme ou une autre. L'adoption de cartes à puce à clef publique et l'intégration de fonctions de certification numérique dans les logiciels d'application ont simplifié l'utilisation de cette méthode pour les utilisateurs. Cependant, il est généralement admis que l'ICP n'est pas nécessaire pour toutes les applications et que les méthodes d'authentification devraient être sélectionnées en fonction de leur adéquation aux objectifs poursuivis.

14. De plus, le GTSIVP de l'OCDE a relevé que tous les pays étudiés disposaient, sous une forme ou une autre, d'un cadre législatif ou réglementaire qui conférait des effets juridiques aux signatures électroniques au niveau national. Il a constaté que, même si dans le détail les législations différaient d'un pays à l'autre, une approche cohérente semblait se dessiner, car la plupart d'entre elles s'inspiraient de cadres internationaux ou transnationaux existants (par exemple la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques ou la Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques[93]).

B. Critères pour la reconnaissance des méthodes étrangères d'authentification et de signature électroniques

15. Comme mentionné plus haut, l'un des principaux obstacles à l'utilisation internationale des signatures et de l'authentification électroniques a été le manque d'interopérabilité dû à des normes incompatibles ou divergentes, ou à leur mise en œuvre incohérente. De nombreuses instances ont été établies pour promouvoir une ICP interopérable fondée sur des normes pouvant servir de cadre à des opérations sécurisées dans les applications du commerce électronique. Ces instances comprennent aussi bien des organisations intergouvernementales[94] que des organisations mixtes publiques/privées[95], à l'échelle mondiale[96] ou régionale.

---

[93] *Journal Officiel des Communautés européennes*, n° L 13/12, 19 janvier 2000.

[94] Dans la région Asie-Pacifique, le forum de l'Association de coopération économique Asie-Pacifique a élaboré des principes directeurs applicables aux mécanismes d'émission de certificats pouvant être utilisés dans le commerce électronique transfrontière (groupe spécial sur la sécurité électronique, groupe de travail sur les télécommunications et l'information, décembre 2004), http://www.apectelwg.org/contents/documents/eSTG/PKIGuidelines-Final_2_web.pdf, accès le 12 avril 2007. Ces principes directeurs visent à aider à élaborer des

16. Ces activités techniques visent en partie à élaborer des normes techniques en vue de fournir les informations nécessaires pour répondre à certaines exigences juridiques[97]. Toutefois, elles portent dans une large mesure davantage sur les questions techniques que sur les questions juridiques et n'entrent pas dans le cadre de la présente étude. Les sections suivantes se concentrent donc surtout sur les exigences juridiques de forme et de fond de la reconnaissance internationale des signatures électroniques.

---

mécanismes potentiellement interopérables et à faire le point de l'interopérabilité des mécanismes existants. Ils couvrent des catégories ou types de certificats qui sont uniquement utilisés dans le commerce électronique international. Ils ne s'étendent pas à d'autres certificats et n'ont pas pour objet de limiter les mécanismes à la seule émission des certificats auxquels ils s'appliquent.

95 Au sein de l'Union européenne, l'Initiative européenne de normalisation des signatures électroniques (EESSI) a été créée en 1999 par l'enceinte de coordination des activités de normalisation pour les technologies de l'information et de communication (ICT Standards Board) afin de coordonner les activités de normalisation à l'appui de la mise en œuvre de la Directive 1999/93/CE de l'Union européenne sur les signatures électroniques. Le ICT Standards Board est une initiative du Comité européen de normalisation, lequel a été créé par des organisations nationales de normalisation et par deux organisations à but non lucratif: le Comité européen de normalisation électrotechnique et l'Institut européen des normes de télécommunication. L'EESSI a élaboré diverses normes pour promouvoir l'interopérabilité, mais leur mise en œuvre a été lente, en raison semble-t-il de leur complexité (Paolo Balboni, "Liability of certification service providers towards relying parties and the need for a clear system to enhance the level of trust in electronic communication", *Information and Communications Technology Law*, vol. 13, n° 3, 2004), p. 211 à 242, 214.

96 Par exemple, l'OASIS (Organization for the Advancement of Structured Information Standards), consortium international à but non lucratif fondé en 1993 pour promouvoir l'élaboration, la convergence et l'adoption de normes pour le commerce électronique. L'OASIS a créé un comité technique sur l'ICP constitué d'utilisateurs, de vendeurs et d'experts chargés de traiter de certains aspects de la mise en place de la technologie des certificats numériques. Ce comité a élaboré un plan d'action en vue, notamment, de définir des profils ou des principes directeurs spécifiques décrivant comment les normes devraient être utilisées dans certaines applications pour permettre l'interopérabilité des ICP; de créer de nouvelles normes si nécessaire; et de prévoir des tests d'interopérabilité (OASIS, comité technique sur l'ICP, plan d'action de février 2004), http://www.oasis-open.org/committees/pki/pkiactionplan.pdf; accès le 12 avril 2007).

97 L'Institut européen des normes de télécommunication (ETSI), par exemple, a élaboré une norme (TS 102 231) pour créer une structure non hiérarchisée qui pourra notamment traiter de la reconnaissance croisée des domaines ICP et, partant, de la validité des certificats. En résumé, la spécification technique TS 102 231 prévoit la fourniture d'informations sur le statut des prestataires de services de certification (appelé "prestataires de services de confiance"). Ces informations sont présentées sous la forme d'une liste signée. Cette liste prévue par l'ETSI répond à l'exigence de preuves sur le point de savoir si le prestataire d'un service de confiance opère ou opérait avec l'approbation d'un mécanisme reconnu, au moment où le service a été fourni, ou au moment où une transaction faisant appel à ce service a été effectuée. Pour se conformer à cette exigence, la liste doit contenir des informations permettant de déterminer si le service du prestataire était connu par l'opérateur du mécanisme au moment de la transaction, et dans l'affirmative, quel était le statut de ce service (c'est-à-dire s'il était approuvé, suspendu, supprimé ou annulé). Sur la liste prévue par la spécification technique TS 102 231 doivent donc figurer non seulement le statut actuel du service, mais également son historique. La liste renferme ainsi un ensemble de services valides ("liste blanche") et de services supprimés ou annulés ("liste noire") (voir http://portal.etsi.org/stfs/STF_HomePages/STF290/draft_ts_102231v010201p&RGW.doc, accès le 4 mars 2007).

1. Lieu d'origine, réciprocité et validation au niveau local

17. Le lieu d'origine est un élément généralement lié à l'attribution de la reconnaissance juridique à un document ou à un acte étranger. Cela se fait en général sur la base de la réciprocité, ce qui signifie que les signatures et certificats d'un pays donné se voient reconnaître un effet au plan national dans la mesure où il y a effectivement réciprocité. Un autre élément connexe consiste à soumettre la reconnaissance au niveau national d'une signature ou d'un certificat étranger à une forme quelconque de validation ou de reconnaissance par un prestataire de services de certification, une autorité de certification ou un organisme de réglementation à l'échelle nationale. Certains pays conjuguent tous ces éléments[98].

18. Il est rare que les législations nationales refusent expressément la reconnaissance juridique à des signatures ou certificats étrangers, ce qui peut, en apparence, confirmer leur caractère non discriminatoire. Dans la pratique, toutefois, de nombreux régimes de reconnaissance auront probablement certains effets discriminatoires, même si cela n'est pas intentionnel. La directive de l'Union européenne sur les signatures électroniques, par exemple, interdit de manière générale toute discrimination à l'égard des certificats qualifiés étrangers (c'est-à-dire les signatures numériques fondées sur l'ICP). Toutefois, cela bénéficie surtout aux certificats émis par des prestataires de services de certification établis sur le territoire des États membres de l'Union européenne. Pour les autres, il existe trois options pour obtenir la reconnaissance d'un certificat dans l'Union européenne: remplir les conditions visées dans la directive européenne sur les signatures électroniques et être accrédité dans le cadre d'un régime d'accréditation établi dans un État membre; instaurer une certification croisée avec un prestataire de services de certification établi dans un État membre de l'Union européenne; ou opérer dans le cadre d'une reconnaissance générale en application d'un accord international[99]. Il ressort de la manière dont la directive réglemente les aspects internationaux que l'un des objectifs qu'elle poursuit consiste à garantir l'accès des marchés extérieurs aux prestataires européens de services de certification[100]. En

---

[98] En Argentine, par exemple, les certificats et les signatures électroniques étrangers sont reconnus s'il existe un accord de réciprocité avec le pays d'origine de l'autorité de certification étrangère, ou s'il y a "reconnaissance par une autorité de certification agréée en Argentine et validée par l'organisme chargé d'appliquer la réglementation" (voir *Ley de firma digital* (2001), art. 16).

[99] En fait, en vertu de l'article 7 de la directive, les États membres de l'Union européenne doivent uniquement veiller à ce que les certificats délivrés par un prestataire de service de certification établi dans un pays tiers soient reconnus équivalents, sur le plan juridique, aux certificats délivrés par un prestataire de services de certification établi dans la Communauté: a) si le prestataire de services de certification remplit les conditions visées dans la directive et a été accrédité dans le cadre d'un régime volontaire d'accréditation établi dans un État membre; ou b) si un prestataire de services de certification établi dans la Communauté, qui satisfait aux exigences visées dans la présente directive, garantit le certificat; ou c) si le certificat ou le prestataire de services de certification "est reconnu en application d'un accord bilatéral ou multilatéral entre la Communauté et des pays tiers ou des organisations internationales".

[100] L'objectif tendant à assurer l'accès des marchés étrangers aux prestataires européens de services de certification apparaît clairement dans la formulation du paragraphe 3 de l'article 7 de la directive, qui dispose que: "Lorsque la Commission est informée de l'existence de difficultés rencontrées par des entreprises communautaires pour obtenir l'accès au marché de pays tiers, elle peut, au besoin, soumettre au Conseil des propositions en vue d'obtenir le mandat nécessaire pour négocier des droits comparables pour les entreprises communautaires dans ces pays tiers."

cumulant, d'une part, l'exigence de l'équivalence fonctionnelle avec les normes de l'Union européenne et, d'autre part, l'obligations d'être "accrédité dans le cadre d'un régime volontaire d'accréditation établi dans un État membre", la directive européenne sur les signatures électroniques exige en fait des prestataires de services de certification étrangers qu'ils respectent à la fois leur régime et celui de l'Union européenne, c'est-à-dire plus que ce qui est demandé aux prestataires accrédités dans un État membre de l'Union européenne[101].

19. L'article 7 de la directive européenne sur les signatures électroniques a été mis en œuvre avec quelques variantes[102]. Ainsi, l'Irlande et Malte reconnaissent les signatures numériques étrangères (certificats qualifiés selon la terminologie européenne) en tant qu'équivalent des signatures internes, sous réserve que d'autres exigences juridiques soient remplies. Dans d'autres pays, la reconnaissance est soumise à une vérification interne (Autriche, Luxembourg), ou à la décision d'une autorité nationale (Estonie, Pologne, République tchèque). Cette tendance à exiger une forme quelconque de vérification interne, si elle se justifie en général par un souci légitime quant au niveau de fiabilité des certificats étrangers, entraîne dans les faits une forme de discrimination à l'égard de ces derniers en fonction de leur origine géographique.

2. Équivalence fonctionnelle

20. Fidèle à une tradition de longue date, la CNUDCI n'a pas voulu tenir compte de considérations géographiques lorsqu'elle a proposé des critères pour la reconnaissance des certificats et des signatures électroniques étrangers. En effet, le paragraphe 1 de l'article 12 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques prévoit expressément que, pour déterminer si, ou dans quelle mesure, un certificat ou une signature électronique produit légalement ses effets, il n'est tenu compte ni du lieu dans lequel le certificat est émis ou la signature électronique créée ou utilisée, ni du lieu dans lequel l'émetteur ou le signataire a son établissement.

21. Le paragraphe 1 de l'article 12 de la Loi type vise à traduire le principe fondamental selon lequel le lieu d'origine ne doit, en aucun cas, être par lui-même un facteur permettant de déterminer si et dans quelle mesure des certificats ou des signatures électroniques étrangers devraient être reconnus comme susceptibles de produire légalement des effets. Cette détermination ne doit pas dépendre du lieu dans lequel le certificat ou la signature électronique a été émis, mais de sa fiabilité technique. On trouve également des dispositions non discriminatoires similaires à l'article 12 de la Loi type dans d'autres législations nationales, notamment la loi intitulée "United States Electronic Signatures in Global and National Commerce Act 2000" (loi des États-Unis sur les signatures électroniques dans le commerce mondial et national, 2000)[103]. Ces dispositions prévoient que le lieu d'origine ne doit pas/être par lui-même un facteur permettant de déterminer si et dans quelle mesure des certificats ou des signatures électroniques étrangers devraient être reconnus comme susceptibles de produire légalement des effets dans un État

---

[101] Jos Dumortier *et al.*, "The legal and market aspects of electronic signatures", étude réalisée pour la Direction générale Société de l'information de la Commission européenne (Katholieke Universiteit Leuven, 2003), p. 58.

[102] Ibid., p. 92 à 94.

[103] Voir note [...] [Code des États-Unis, titre 15, chapitre 96, article 7031 (principes régissant l'utilisation des signatures électroniques dans les opérations internationales)].

adoptant. Elles reconnaissent que la valeur légale d'un certificat ou d'une signature électronique doit dépendre de sa fiabilité technique[104].

22. Plutôt que de tenir compte de facteurs géographiques, la Loi type établit un critère d'équivalence substantielle entre les niveaux de fiabilité offerts par les certificats et signatures en question. Si, en conséquence, le certificat étranger offre "un niveau de fiabilité substantiellement équivalent" à celui d'un certificat émis dans l'État adoptant, il a "les mêmes effets juridiques". De la même manière, une signature électronique créée ou utilisée en dehors du pays "a les mêmes effets juridiques" qu'une signature électronique créée ou utilisée dans le pays "à condition qu'elle offre un niveau de fiabilité substantiellement équivalent". L'équivalence entre les niveaux de fiabilité offerts par les certificats et signatures internes et étrangers doit être déterminée en accord avec des normes internationales reconnues et tout autre facteur pertinent, notamment une convention entre les parties portant sur l'utilisation de certains types de certificats ou de signatures électroniques, à moins que cette convention soit invalide ou sans effets en vertu de la loi applicable.

23. La Loi type n'exige ni n'encourage les dispositions relatives à la réciprocité. En fait, elle "ne contient aucune proposition particulière" pour ce qui est des "techniques juridiques que pourrait utiliser un État adoptant pour reconnaître a priori la fiabilité de certificats et de signatures conformes à la loi d'un État étranger (par exemple une déclaration unilatérale ou un traité)"[105]. Parmi les méthodes permettant d'obtenir ce résultat qui ont été mentionnées durant l'élaboration de la Loi type figure, notamment, la reconnaissance automatique des signatures respectant les lois d'un autre État si les lois de l'État étranger exigent un niveau de fiabilité au moins équivalent à celui requis pour des signatures internes équivalentes. D'autres techniques juridiques que pourrait utiliser un État adoptant pour reconnaître a priori la fiabilité de certificats et de signatures étrangers pourraient inclure les déclarations unilatérales ou les traités[106].

---

[104] Voir *Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques et Guide pour son incorporation*, deuxième partie, par. 83.

[105] Ibid., par. 157.

[106] Voir le rapport du Groupe de travail sur le commerce électronique sur les travaux de sa trente-septième session (A/CN.9/483), par. 39 et 42.

A/CN.9/630/Add.4 [Original: anglais]

Document de référence général sur les éléments nécessaires à l'élaboration d'un cadre juridique favorable au commerce électronique: exemple de chapitre sur l'utilisation internationale des méthodes d'authentification et de signature électroniques

ADDITIF

On trouvera en annexe à la présente note une partie d'un exemple de chapitre (deuxième partie, chapitre II, sections A et B1) d'un document de référence général consacré aux aspects juridiques de l'utilisation internationale des méthodes d'authentification et de signature électroniques.

Annexe

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

Deuxième partie Utilisation internationale des méthodes de signature et d'authentification électroniques (*suite*) . . . . . .

II. Méthodes et critères d'établissement de l'équivalence juridique 1-50

A. Types et mécanismes de reconnaissance croisée 3-12

1. Reconnaissance croisée 5-8

2. Certification croisée entre infrastructures à clef publique 9-12

B. Équivalence des normes de conduite et des régimes de responsabilité 13-50

1. Fondement de la responsabilité dans un cadre d'infrastructure à clef publique 17-50

Deuxième partie

Utilisation internationale des méthodes de signature et d'authentification électroniques

[…]

II. Méthodes et critères d'établissement de l'équivalence juridique

1. Comme indiqué ci-dessus, il ressort de l'enquête entreprise par le Groupe de travail sur la sécurité et la confidentialité de l'information (GTSCI) de l'Organisation de coopération et eu développement économiques (OCDE) que la plupart des cadres législatifs étaient, en principe, exempts de discrimination à l'égard des méthodes de signature et d'authentification électroniques étrangères, aussi longtemps que celles-ci répondaient aux normes locales ou à leur équivalent, en ce sens qu'ils ne refusaient pas de reconnaître effet juridique aux signatures relatives à des services provenant de pays étrangers, à condition que lesdites signatures aient été créées dans les mêmes conditions que celle reconnues par la législation interne[1]. Cependant, le GTSCI de l'OCDE a également relevé que les mécanismes mis en place pour faciliter la reconnaissance des services étrangers d'authentification n'étaient généralement pas bien développés et a considéré qu'il s'agissait d'un domaine dans lequel il pourrait être utile de poursuivre les travaux. Étant donné que toute étude à ce sujet serait étroitement liée à la question plus générale de l'interopérabilité, le GTSCI a été d'avis que les deux thèmes pourraient être combinés, il a suggéré de mettre au point une série de pratiques optimales ou de lignes directrices.

2. Les sections ci-après contiennent un exposé des mécanismes et arrangements juridiques établis pour faciliter l'interopérabilité au plan international ainsi que des éléments qui déterminent l'équivalence des régimes de responsabilité. Elles traitent principalement des questions découlant de l'utilisation au plan international de méthodes de signature et d'authentification électroniques étayées par des certificats délivrés par un prestataire de services de certification fiable, et en particulier des signatures numériques créées dans le cadre d'une infrastructure à clef publique (ICP), étant donné que les difficultés juridiques risquent d'être plus nombreuses dans le contexte de l'utilisation internationale de méthodes de signature et d'authentification électroniques qui exigent l'implication de tierces parties dans le processus de signature ou d'authentification.

A. Types et mécanismes de reconnaissance croisée

3. La charge supplémentaire que représente pour les prestataires de services de certification étrangers la nécessité de se conformer à des normes technologiques

---

[1] Voir note […] [*The Use of Authentication across Borders in OECD Countries*].

nationales risque de devenir un obstacle au commerce international[2]. Par exemple, les lois qui réglementent les moyens par lesquels les autorités nationales reconnaissent les signatures électroniques et certificats étrangers risquent d'opérer une discrimination à l'égard des entreprises étrangères. À ce jour, tous les législateurs qui ont évoqué cette question ont inclus dans leur législation interne, sous une forme ou sous une autre, une règle relative aux normes que doit respecter le prestataire de services de certification étrangers de sorte que la question est indissociablement liée à celle, plus générale, des conflits de normes nationales. Simultanément, la législation peut également imposer d'autres limitations géographiques ou de procédure qui empêchent la reconnaissance internationale des signatures électroniques.

4. En l'absence d'ICP internationales, la reconnaissance des certificats émis par des autorités de certification étrangères peut soulever différents problèmes. La reconnaissance des certificats étrangers est fréquemment assurée par une méthode appelée "certification croisée". En pareil cas, il faut que des autorités de certification essentiellement équivalentes (ou bien des autorités de certification disposées à assumer certains risques en ce qui concerne les certificats établis par d'autres autorités de certification) reconnaissent respectivement les services qu'elles fournissent, de sorte que leurs usagers puissent communiquer ensemble plus efficacement et en pouvant mieux se fier à la fiabilité des certificats établis. Des difficultés juridiques peuvent surgir dans le contexte de la certification croisée ou de l'enchaînement des certificats lorsqu'interviennent de multiples politiques de sécurité, par exemple s'agissant de déterminer la partie dont la faute a causé un préjudice et sur les déclarations desquelles l'usager a fait fond.

1. Reconnaissance croisée

5. La reconnaissance croisée est un dispositif d'interopérabilité selon lequel la partie se trouvant dans la zone couverte par une ICP peut utiliser des informations fournies par l'autorité d'une autre ICP pour authentifier une question relevant de la région de cette dernière[3]. Un tel arrangement résulte habituellement d'un processus formel d'agrément ou d'accréditation dans la région de l'autre ICP ou d'un processus formel d'audit du prestataire de services de certification de la région couverte par l'ICP[4]. La question de savoir s'il est possible de se fier à une ICP étrangère relève de la partie intéressée ou du propriétaire de l'application ou du service plutôt que du prestataire de services de certification auquel la partie intéressée s'en remet directement.

---

[2] Voir *Alliance for Global Business, "A discussion paper on trade-related aspects of electronic commerce in response to the WTO's e-commerce work programme"*, avril 1999, http://www.biac.org/statements/iccp/AGBtoWTOavril1999.pdf, consulté le 5 février 2007, p. 29.

[3] Le concept de reconnaissance croisée a été élaboré en 2000 par ce qui était alors le Groupe de travail sur les télécommunications et l'information de l'Asia-Pacific Economic Cooperation, Electronic Authentication Task Group, voir publication n° 202-TC-01.2, *Electronic authentication: issues relating to its selection and use* (APEC, 2002), disponible à l'adresse http://www.apec.org/apec/publications/ all_publications/telecommunications.html, consulté le 7 février 2007.

[4] Définition fondée sur le Groupe de travail sur les télécommunications et l'information de l'APEC, Electronic Authentication Task Group.

6. La reconnaissance croisée intervient habituellement au niveau de l'ICP plutôt qu'à celui du prestataire de services de certification. Ainsi, lorsqu'une ICP reconnaît une autre ICP, elle reconnaît automatiquement tous les prestataires de services de certification agréés par celle-ci. La reconnaissance est fondée sur une évaluation du processus d'agrément de l'autre ICP plutôt que sur une analyse de chaque prestataire de services de certification accrédité par l'autre ICP. Lorsque des ICP délivrent plusieurs catégories de certificats, le processus de reconnaissance croisée exige d'identifier une catégorie de certificats jugée acceptable pour l'utilisation dans les deux régions, sur la base d'une évaluation de cette catégorie de certificats.

7. La reconnaissance croisée soulève des questions d'interopérabilité technique au niveau de l'application seulement: autrement dit, l'application doit pouvoir traiter le certificat étranger et avoir accès au système de répertoire de la région de l'ICP étrangère pour confirmer le statut du certificat étranger. Il y a lieu de noter que, dans la pratique, les prestataires de services de certification délivrent des certificats assortis de divers degrés de fiabilité, selon les fins auxquelles les certificats sont censés être utilisés par leurs clients. Selon leur degré respectif de fiabilité, les certificats et les signatures électroniques peuvent produire des effets juridiques divers, aussi bien au plan interne qu'à l'étranger. Dans certains pays, par exemple, même des certificats parfois appelés certificats de "faible valeur" peuvent dans certaines circonstances (par exemple lorsque les parties sont contractuellement convenues d'utiliser de tels instruments) produire un effet juridique (voir ci-dessous les paragraphes [42 à 50]). L'équivalence qui doit être établie est par conséquent entre certificats fonctionnellement comparables.

8. Comme indiqué ci-dessus, en matière de reconnaissance croisée, c'est à la partie intéressée qu'il incombe de décider si elle peut se fier à un certificat étranger, et non à son prestataire de services de certification. Cela ne suppose pas nécessairement l'existence d'un contrat ou d'un accord entre deux domaines ICP. Il n'est pas nécessaire non plus de recenser en détail les politiques applicables en matière de certificats[5] ni les affirmations faites au sujet des pratiques d'établissement des certificats[6], dans la mesure où c'est la partie intéressée qui détermine si elle acceptera le certificat étranger après s'être attaché à déterminer si celui-ci a été délivré par un prestataire de services de certification étrangers fiable. Le prestataire de services est considéré comme fiable s'il a été agréé ou accrédité par un organe officiel ou s'il a fait l'objet d'un audit de la part d'une tierce partie indépendante réputée. La partie intéressée prend elle-même sa décision à la lumière des politiques stipulées touchant l'établissement des certificats dans le domaine ICP étranger.

2. Certification croisée entre infrastructures à clef publique

9. Par certification croisée, l'on entend la pratique consistant à reconnaître la clef publique d'un autre prestataire de services de certification jusqu'à un degré convenu de fiabilité, normalement par contrat. Elle résulte essentiellement de la fusion totale

---

[5] Les politiques concernant les certificats sont une série déterminé de règles qui indiquent l'applicabilité d'un certificat à une communauté déterminée et/ou une catégorie d'applications caractérisées par des règles de sécurité communes.

[6] Les affirmations en question sont celles que fait un prestataire de services de certification concernant les pratiques qu'il suit lorsqu'il établit un certificat.

ou partielle de deux domaines ICP en un seul domaine plus vaste. Pour les usagers d'un prestataire de services, les usagers de l'autre sont simplement des signataires relevant de l'ICP élargie.

10. Une certification croisée suppose l'interopérabilité technique et l'harmonisation des politiques et pratiques relatives à l'établissement des certificats. L'harmonisation des politiques et pratiques est indispensable pour faire en sorte que les domaines ICP soient compatibles pour ce qui est aussi bien de leurs opérations de gestion des certificats (c'est-à-dire délivrance, suspension et révocation des certificats) que de leur application de normes opérationnelles et de règles de sécurité similaires. L'étendue de la couverture de la responsabilité est pertinente aussi. Il s'agit là d'une question hautement complexe dans la mesure où les documents en question sont habituellement volumineux et traitent de questions extrêmement diverses.

11. La certification croisée se prête le mieux à des modèles commerciaux relativement fermés, par exemple si les deux domaines ICP partagent une série d'applications et de services, comme courriels ou applications financières. Elle peut se trouver considérablement facilitée par l'existence de systèmes techniquement compatibles, de politiques convergentes et de structures juridiques identiques.

12. La certification croisée unilatérale (un domaine ICP se fiant à un autre mais pas inversement) est peu commune. Le domaine ICP qui fait confiance à l'autre doit veiller, de manière unilatérale, à ce que ses politiques soient compatibles avec celles du domaine ICP auquel il se fie. Son utilisation paraît être limitée aux applications et services dans le cas desquels la confiance qu'exige la transaction dont il s'agit est unilatérale, par exemple une application selon laquelle le commerçant doit prouver l'identité du client avant que celui-ci ne soumette des informations confidentielles.

B. Équivalence des normes de conduite et des régimes de responsabilité

13. Lorsque l'utilisation au plan international de méthodes de signature et d'authentification électroniques est fondée sur un système de reconnaissance ou de certification croisée, il faut, pour pouvoir décider de reconnaître l'ensemble d'une ICP ou un ou plusieurs prestataires de services de certification étrangers, ou pour établir des niveaux d'équivalence entre catégories de certificats établis dans le contexte d'ICP différentes, évaluer l'équivalence entre les pratiques de certification et les certificats nationaux et étrangers[7]. Du point de vue juridique, il faut pour cela évaluer l'équivalence entre essentiellement trois éléments: équivalence de valeur juridique; équivalence des obligations juridiques; et équivalence de responsabilité.

14. L'équivalence de valeur juridique signifie qu'il est attribué à une signature et à un certificat étrangers le même effet juridique que leur équivalent national. L'effet

---

[7] Le Certificate Policy Working Group de la Federal Public Key Infrastructure Policy Authority des États-Unis, par exemple, a mis au point une méthode pour porter une appréciation sur l'équivalence des éléments des politiques applicables (sur la base de cadres appelés RFC ("Request for Comments") 2527). Cette méthode peut être utilisée pour l'analyse de différentes ICP ou d'une ICP déterminée au regard des lignes directrices en question (voir http://www.cio.gov/fpkipa, consulté le 20 février 2007).

juridique national qui en résulte sera déterminé essentiellement sur la base de la valeur que le droit interne accorde aux méthodes de signature et d'authentification électroniques, comme on l'a déjà vu (voir ci-dessus par. […] à […]). Pour reconnaître l'équivalence des obligations juridiques et des régimes de responsabilité, il faut déterminer que les obligations imposées sur les parties qui opèrent dans le cadre d'un régime d'ICP correspondent essentiellement à celles que prévoit le régime national et que la responsabilité en cas de violation desdites obligations est essentiellement la même.

15. La responsabilité, dans le contexte des signatures électroniques, peut soulever des questions différentes selon la technologie et l'infrastructure de certification utilisées. Des problèmes complexes peuvent surgir, spécialement lorsque le certificat est fourni par une tierce partie spécialisée, comme un prestataire de services de certification. En pareil cas, il y a essentiellement trois parties en présence, à savoir le prestataire de services de certification, le signataire et la tierce partie qui se fie à la signature. Dans la mesure où leurs actes ou omissions causent un préjudice à une quelconque des autres ou contreviennent à leurs obligations expresses ou tacites, chacune peut voir sa responsabilité engagée ou perdre le droit de se retourner contre une autre partie. Différentes approches législatives ont été adoptées en ce qui concerne la responsabilité liée à l'utilisation de signatures numériques:

a) **Absence de dispositions spécifiques concernant les normes de conduite ou la responsabilité**. La loi peut demeurer muette sur ce point, ce qui peut être une autre formule pouvant être envisagée. Aux États-Unis d'Amérique, la loi de 2000 relative aux signatures électroniques dans le commerce national et international[8] ne contient aucune disposition concernant la responsabilité de l'une quelconque des parties qui interviennent dans le service de certification. Généralement parlant, c'est cette approche qui a été adoptée par la plupart des autres pays qui s'en tiennent à une approche minimaliste des signatures électroniques, comme l'Australie[9];

b) **Normes de conduite et règles de responsabilité applicables uniquement aux prestataires de services de certification**. Une autre approche est celle qui consiste pour la loi à ne réglementer que la responsabilité du prestataire de services de certification. Tel est le cas en vertu de la Directive 1999/93/CE de l'Union européenne portant établissement d'un cadre communautaire pour les signatures électroniques[10], dont le vingt-deuxième alinéa du préambule stipule que "les prestataires de services de certification qui fournissent des services de certification publics sont sujets à la réglementation nationale concernant la

---

[8] Voir note […] [Article 7031 du chapitre 96 du titre 15 du Code des États-Unis (Principes régissant l'utilisation des signatures électroniques dans les transactions internationales)].

[9] Il a été considéré, par exemple, que les mécanismes de droit privé reconnus par le droit australien, comme les dispositions contractuelles relatives aux exclusions, dérogations et dénis de responsabilité, ainsi que les limites imposées à leur fonctionnement par la *common law*, étaient mieux adaptés à la réglementation de la responsabilité que des dispositions légales (voir Mark Sneddon, Legal liability and e-transactions: a scoping study for the National Electronic Authentication Council (National Office for the Information Economy, Canberra, 2000), http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/APCITY/UNPAN014676.pdf, consulté le 7 février 2007, pp. 43-47).

[10] Voir note […] [*Journal officiel des communautés européennes,* L 13/12].

responsabilité", comme l'indique l'article 6 de la Directive. Il y a lieu de noter que l'article 6 ne s'applique qu'aux "signatures qualifiées", ce qui, pour l'instant, signifie des signatures numériques basées sur ICP exclusivement[11];

c) **Normes de conduite et règles de responsabilité applicables aux signataires et aux prestataires de services de certification**. Dans certains pays, la loi stipule qu'aussi bien le signataire que le prestataire de services de certification peuvent voir leur responsabilité engagée, mais n'établit pas de normes de diligence en ce qui concerne la partie qui fait fond sur le certificat. Tel est le cas en Chine en vertu de la loi de 2005 relative aux signatures électroniques. Il en va de même à Singapour conformément à la loi de 1998 relative aux transactions électroniques;

d) **Normes de conduite et règles de responsabilité applicables à toutes les parties**. Enfin, la loi peut prévoir des normes de conduite et un régime de responsabilité pour toutes les parties en cause. C'est cette approche qui a été adoptée par la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques[12], qui définit les obligations en ce qui concerne la conduite du signataire (art. 8), du prestataire de services de certification (art. 9) et de la partie qui fait fond sur le certificat (art. 11). On peut dire que la Loi type a posé les critères au regard desquels peut être évaluée la conduite des parties en question. Toutefois, elle laisse au droit interne le soin de déterminer les conséquences de l'inexécution des différentes obligations et le régime de responsabilité qui peut affecter les différentes parties en présence dans le contexte des systèmes de signatures électroniques.

16. Les différences entre régimes nationaux de responsabilité peuvent constituer un obstacle à la reconnaissance internationale des signatures électroniques. Il y a essentiellement à cela deux raisons. Premièrement, il se peut que les prestataires de services de certification hésitent à reconnaître les certificats étrangers ou les clefs employées par les prestataires de services de certification étrangers, dont la responsabilité ou les normes de diligence peuvent être moins rigoureuses que celles qui leur sont applicables. Deuxièmement, il se peut que les usagers de méthodes de signatures et d'authentification électroniques craignent eux aussi que des limites de responsabilité ou des normes de diligence inférieures, dans le cas d'un prestataire de services de certification étranger, ne restreignent les recours qui leur sont ouverts, par exemple dans le cas de falsifications ou d'informations erronées. Pour les mêmes raisons, lorsque la législation réglemente l'utilisation des méthodes de signature et d'authentification électroniques ou les activités des prestataires de services de certification, elle subordonne habituellement leur reconnaissance des certificats ou l'agrément des prestataires de services de certification étrangers à une évaluation des équivalences, pour ce qui est du fond, de la fiabilité offerte par les certificats et les prestataires de services nationaux. Les normes de diligence et les niveaux de responsabilité auxquels sont soumis les diverses parties constituent, en droit, le principal critère de référence au regard duquel est évaluée l'équivalence. De plus, la possibilité pour un prestataire de services de certification de limiter sa

---

[11] Les législations adoptées dans l'Union européenne suivent cette approche; par exemple, la loi allemande relative aux signatures électroniques (SignaturGesetz – SigG) et l'ordonnance connexe (SigV) de 2001, la Loi fédérale autrichienne sur les signatures électroniques (SigG) et l'article 4 du Décret de 2002 relatif aux signatures électroniques du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.

[12] Voir note […] [publication des Nations Unies, numéro de vente: F.02.V.8].

responsabilité ou de s'en exonérer ne manquera pas non plus d'avoir un impact sur le niveau d'équivalence reconnu à ses certificats.

1. Fondement de la responsabilité dans un cadre d'infrastructure à clef publique

17. L'allocation de responsabilité dans un cadre d'ICP se fait essentiellement de deux façons: par le biais de dispositions contractuelles ou par l'effet de la loi (précédent, loi écrite ou les deux). Les relations entre le prestataire de services de certification et de signataire ont habituellement un caractère contractuel, de sorte que la responsabilité sera généralement fondée sur une violation des obligations contractuelles de l'une ou l'autre des parties. Les relations entre le signataire et la tierce partie dépendront de la nature de la transaction qui les lie. Elles pourront, mais pas nécessairement, être fondées sur un contrat. Enfin, les relations entre le prestataire de services de certification et la tierce partie qui fait fond sur le certificat ne sont généralement pas fondées sur un contrat[13]. Dans la plupart des systèmes juridiques, le fondement de la responsabilité (qu'elle soit contractuelle ou quasi-délictuelle) aura des conséquences significatives pour le régime de responsabilité, en particulier en ce qui concerne les éléments suivants: a) le degré de faute qui pourrait engager la responsabilité d'une partie (autrement dit, quelle est la "norme de négligence" imposée à une partie à l'égard de l'autre); b) les parties qui peuvent réclamer réparation et l'étendue du préjudice dont elles peuvent demander réparation; et c) la question de savoir si une partie défaillante peut ou non limiter ou exclure sa responsabilité.

18. Il découle de ce qui précède non seulement que le régime de responsabilité variera d'un pays à l'autre mais aussi qu'il dépendra, à l'intérieur d'un même pays, de la nature de la relation entre la partie tenue pour responsable et la partie lésée. En outre, différentes règles et théories juridiques peuvent avoir un impact sur tel ou tel aspect de la responsabilité, que celle-ci soit contractuelle, qu'elle soit fondée sur la *common law* ou qu'elle soit régie par la loi, ce qui a parfois pour effet d'atténuer les différences entre les deux régimes. La présente étude ne saurait tenter d'offrir une analyse complète et détaillée de ces questions de caractère général. Elle portera plutôt sur les questions spécifiquement évoquées dans un contexte d'ICP et exposera brièvement comment elles ont été réglées par les législations nationales.

a) Norme de diligence

19. Bien que les divers systèmes juridiques se réfèrent à des systèmes de classement et des théories différents, il a été tenu pour acquis, aux fins de la présente étude, que la responsabilité des parties en présence, dans un cadre d'ICP, aurait essentiellement trois fondements possibles: la négligence ordinaire ou faute;

---

[13] Steffen Hindelang, dans "No remedy for disappointed trust: the liability regime for certification authorities towards third parties outwith the EC Directive in England and Germany compared", *Journal of Information, Law and Technology*, 2002, n° 1, (http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2002_1/hindelang, consulté le 6 février 2007), 4.1.1, a discuté en détail la possibilité de créer une relation contractuelle entre le prestataire de services de certification et la tierce partie au regard du droit anglais, et est parvenu à une conclusion négative. Il y a néanmoins des pays où une relation contractuelle pourrait prendre naissance.

la présomption de négligence (ou faute avec inversion de la charge de la preuve); et la responsabilité objective[14].

i) Négligence ordinaire

20. Selon cette norme générale, une personne est juridiquement tenue de réparer les conséquences négatives de ses actes, à condition que sa relation avec la personne lésée donne naissance, en droit, à une obligation de diligence. En outre, la norme de diligence généralement requise est une "diligence raisonnable", laquelle doit être définie simplement comme le degré de diligence qu'un bon père de famille exercerait dans des circonstances semblables. Dans les pays de *common law*, c'est ce que l'on appelle souvent la norme de la "personne raisonnable" tandis que dans les pays de tradition romaniste, l'on parle souvent de norme de "bon père de famille" (*bonus pater familias*). Envisagée spécifiquement du point de vue des affaires, l'on entend par diligence raisonnable le degré de diligence qu'une personne habituellement prudente et compétente se livrant à la même catégorie d'activité exercerait dans des circonstances similaires. Lorsque la responsabilité, d'une manière générale, est fondée sur la négligence ordinaire, il incombe à la partie lésée d'apporter la preuve que le préjudice subi a été causé par le manquement par l'autre partie à ses obligations.

21. La diligence raisonnable (ou la négligence ordinaire) est la norme générale de diligence exigée par la loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques. Cette norme de diligence s'applique aux prestataires de services de certification en ce qui concerne la délivrance et la révocation de certificats et la divulgation d'informations[15]. On peut avoir recours à plusieurs éléments pour évaluer la mesure dans laquelle le prestataire de services de certification se conforme à cette norme générale de diligence[16]. La même norme s'applique également au signataire, qui doit éviter toute utilisation non autorisée et toute divulgation de ses données

---

[14] Pour une discussion du système de responsabilité dans ce contexte, voir Balboni, "Liability of certification service providers …" (voir note […]), p. 232 et suivantes.

[15] Voir note […] [publication des Nations Unies, numéro de vente: F.02.V.8]. Le paragraphe 1 de l'article 9 de la loi type stipule ce qui suit: "a) Lorsqu'un prestataire de services de certification fournit des services visant à étayer une signature électronique qui peut être utilisée pour produire des effets juridiques en tant que signature, ce prestataire (…) b) prend les dispositions raisonnables pour assurer que toutes les déclarations essentielles qu'il faits concernant le certificat durant tout son cycle de vie ou figurant dans le certificat sont exactes et complètes; (…); "d) fournit à toute partie se fiant au certificat des moyens raisonnablement accessibles de déterminer, s'il y a lieu, à partir de ce certificat ou de toute autre manière (…)".

[16] Voir note […] [*Loi type sur les signatures électroniques et Guide d'application 2001*]. Le paragraphe 146 du Guide se lit notamment comme suit: "Pour évaluer la responsabilité du prestataire de services de certification, il y a lieu de tenir compte, entre autres, des éléments suivants: a) le coût de l'obtention du certificat; b) la nature des informations certifiées; c) l'existence et l'étendue de toute restriction concernant les fins auxquelles le certificat peut être utilisé; d) l'existence de toute affirmation limitant la portée ou l'étendue de la responsabilité du prestataire de services de certification; et e) les actes de la partie se fiant au certificat ayant pu contribuer à la création du préjudice. Lors de la rédaction de la loi type, il a été généralement convenu que, pour déterminer le montant du préjudice pouvant donner lieu à réparation dans l'État adoptant, il convient de tenir compte des règles régissant la limitation de responsabilité dans l'État où est établi le prestataire de services de certification ou dans tout autre État dont la législation serait applicable en vertu des règles pertinentes de conflits de lois."

afférentes à la création de signature[17]. La loi type étend la même norme générale de diligence raisonnable à la partie qui se fie au certificat, laquelle est censée adopter des mesures raisonnables pour vérifier à la fois la fiabilité d'une signature électronique et la validité, la suspension ou la révocation du certificat, ainsi qu'observer toute limitation concernant celui-ci[18].

22. Quelques pays, habituellement des pays ayant incorporé à leur droit interne la loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique[19], ont adopté la norme générale de "diligence raisonnable" pour définir les normes de conduite applicables au prestataire de services de certification[20]. Dans quelques pays, il apparaît que le prestataire de services de certification "soit généralement tenu par une norme générale de diligence raisonnable", bien que le fait que, par leur nature même, les prestataires de services de certification seront des parties dotées de compétences spécialisées en lesquelles les profanes placent une confiance allant au-delà de celle qu'ils accordent aux acteurs qui interviennent normalement sur les marchés "pourra éventuellement déboucher sur l'acquisition d'un statut professionnel ou, de quelque autre manière, les soumettre à une obligation de diligence plus élevée, les prestataires de services devant faire ce qui est raisonnable à la lumière de leurs compétences spécialisées"[21]. En fait, comme indiqué ci-dessous (voir par. 29), telle paraît être la situation dans la plupart des pays.

23. En ce qui concerne le signataire, certains pays qui ont adopté la loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques prévoient une norme générale de "diligence raisonnable"[22]. Dans plusieurs d'entre eux, la législation donne une liste plus ou moins détaillée d'obligations positives, sans pour autant décrire la norme de diligence ou indiquer les conséquences de l'inobservation desdites obligations[23].

---

[17] Voir note […] [publication des Nations Unies, numéro de vente: F.02.V.8]. L'article 8 de la loi type se lit en partie comme suit: "Lorsque des données afférentes à la création de signature peuvent être utilisées pour créer un signature ayant des effets juridiques, chaque signataire: a) prend des dispositions raisonnables pour éviter toute utilisation non autorisée de ses donnés afférentes à la création de signature; b) sans retard injustifié, utilise les moyens fournis par le prestataire de services de certification (…), ou fait d'une autre manière des efforts raisonnables pour aviser toute personne dont il peut raisonnablement penser qu'elle fie à la signature électronique ou qu'elle fournit des services visant à étayer la signature électronique si: i) il sait que les données afférentes à la création de signature ont été compromises; ou ii) il estime, au regard des circonstances connues de lui, qu'il y a un risque important que les données afférentes à la création de signature aient été compromises". En outre, le signataire doit prendre "des dispositions raisonnables pour assurer que toutes les déclarations qu'il fait concernant le certificat durant tout son cycle de vie ou devant figurer dans le certificat sont exactes et complètes".

[18] Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (voir note […]), alinéas a), b) i) et b) ii) de l'article 11.

[19] Voir note […] [publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4].

[20] Par exemple, l'article 28 de la loi de 2000 relative aux transactions électroniques des îles Caïmanes; et l'article 28 de la loi de 2000 sur les transactions électroniques de la Thaïlande.

[21] "Certification authority: liability issues", étude établie pour l'American Bankers Association par Thomas J. Smedinghoff, février 1998 (http://www.bakernet.com/ecommerce/CA-Liability-Analysis.doc), consulté le 5 février 2007, section 1.1.

[22] Par exemple, article 27 de la loi de 2001 sur les transactions électroniques de la Thaïlande.

[23] Par exemple, article 25 de la loi de 2001 sur les signatures numériques de l'Argentine; article 24 de la loi de 2002 sur les documents électroniques, les signatures électroniques et les services de certification desdites signatures du Chili; article 17 de la loi relative au commerce électronique, aux signatures électroniques et aux messages de données de l'Équateur; article 31 de la loi de

Dans certains pays, cependant, la loi complète expressément la liste d'obligations par une règle générale de responsabilité du signataire en cas de violation de ses obligations[24], responsabilité qui peut même, dans un cas, avoir un caractère pénal[25]. Certes, il n'y a peut-être pas de norme de diligence unique, mais un système échelonné, la règle applicable par défaut aux obligations du signataire étant une norme générale de diligence raisonnable, norme qui est cependant relevée pour acquérir le statut de garantie dans le cas de certaines obligations spécifiques, habituellement celles qui ont trait à l'exactitude et à la véracité des affirmations faites[26].

24. La situation de la partie qui se fie au certificat est particulière car il est peu probable qu'un acte ou une omission de sa part puisse causer un préjudice au signataire ou au prestataire de services de certification. Le plus souvent, si la partie qui fait fond sur le certificat manque à exercer la diligence requise, elle supporte les conséquences de ses actes mais n'encourt pas de responsabilité à l'égard du prestataire de services de certification. Il n'est donc pas surprenant que les législations nationales relatives aux signatures électroniques, lorsqu'elles traitent du rôle des parties qui se fient aux certificats, prévoient rarement autre chose qu'une liste générale d'obligations essentielles. Tel est généralement le cas dans les pays qui ont adopté la loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques, qui

---

2000 sur les transactions électroniques des îles Caïmanes; articles 40 à 42 de la loi de 2000 sur les technologies de l'information de l'Inde; articles 33 à 36 de la loi de 2000 relative aux transactions électroniques de Maurice; article 17 de la loi relative aux signatures et certificats numériques du Pérou; article 21 de la loi relative aux échanges et au commerce électroniques de la Tunisie; article 15 de l'Ordonnance relative aux procédures et principes applicables à la mise en œuvre de la loi de 2005 relative aux signatures électroniques de la Turquie; et article 19 de la loi relative aux messages de données et aux signatures électroniques de la République bolivarienne du Venezuela.

[24] Article 27 de la loi relative aux signatures électroniques de la Chine, promulguée en 2004; article 40 de la loi 527 relative au commerce électronique de la Colombie; article 12 de la loi fédérale de 2002 sur les signatures électroniques numériques de la Fédération de Russie; article 99 du Code de commerce du Mexique: décret de 2003 relatif aux signatures électroniques; articles 37 et 39 de la loi de 2001 sur les signatures numériques du Panama; articles 53 et 55 de la loi de 2002 sur le commerce électronique, les documents et les signatures numériques de la République dominicaine; article 19 de la loi sur les messages de données et les signatures électroniques de la République bolivarienne du Venezuela; et article 25 de la loi relative aux transactions électroniques du Viet Nam.

[25] Pakistan, Electronic Transactions Ordinance, 2002, section 34.

[26] Par exemple, chapitre 88 de la Loi relative aux transactions électroniques de Singapour. Le paragraphe 2 de l'article 37 de cette loi stipule qu'en acceptant un certificat, le signataire "certifie à tous ceux qui se fient raisonnablement aux informations contenues dans le certificat que: a) le signataire détient légalement la clef privée correspondant à la clef publique indiquée dans le certificat; b) toutes les affirmations faites par le signataire à l'autorité de certification et qui revêtent de l'importance pour l'exactitude des informations figurant dans le certificat sont véridiques; et c) toutes les informations figurant dans le certificat sont véridiques pour autant que le sache le signataire." Le paragraphe 1 de l'article 39, en revanche, n'envisage qu'une "obligation de faire preuve d'une diligence raisonnable pour conserver le contrôle de la clef privée correspondant à la clef publique indiquée dans ledit certificat et empêcher qu'elle ne soit divulguée à une personne non autorisée à créer la signature numérique du signataire." Tel paraît également être le cas en République bolivarienne du Venezuela, où l'article 19 de la Loi relative aux messages de données et signatures électroniques qualifie expressément de "due diligence" (*"actuar con diligencia"*) l'obligation d'éviter toute utilisation non autorisée du dispositif de création de signature, tandis que les autres obligations sont exprimées en termes catégoriques.

recommandent une norme de "diligence raisonnable" en ce qui concerne la conduite de la partie qui se fie au certificat[27]. Dans certains cas, cependant, cette règle n'est pas prévue expressément[28]. Il y a lieu de noter que les obligations expresses ou tacites de la partie qui se fie au certificat ne sont pas sans importance pour le prestataire de services de certification. En fait, tout manquement de sa part à son obligation de diligence peut permettre au prestataire de services de certification de l'invoquer pour dégager sa responsabilité à l'égard de la partie qui se fie au certificat, par exemple lorsqu'il peut prouver que le préjudice subi par cette dernière aurait pu être évité ou atténué si elle avait pris des mesures raisonnables pour s'assurer de la validité du certificat ou des fins auxquelles il pouvait être utilisé.

ii) Présomption de négligence

25. La deuxième possibilité est un régime fondé sur la faute avec inversion de la charge de la preuve. Selon ce système, une partie est présumée être en faute dès lors qu'un acte qui lui est imputable a causé un préjudice. Le fondement d'un tel système est généralement l'hypothèse que, dans certaines circonstances, il ne peut normalement se produire de préjudice que si une partie a manqué à ses obligations ou ne s'est pas conformée aux normes de conduite attendues d'elle.

26. En droit civil, il peut y avoir présomption de faute en cas de violation du contrat[29], ainsi que dans divers cas de responsabilité quasi-délictuelle. L'on peut en citer comme exemples la responsabilité encourue du fait des actes d'employés, de préposés, d'enfants ou d'animaux, la responsabilité découlant de telle ou telle activité commerciale ou industrielle (dommages environnementaux, dommages à des biens adjacents, accidents de la circulation). Les théories qui justifient l'inversion de la charge de la preuve et les cas spécifiques dans lesquels elle est admise varient d'un pays à l'autre

27. Dans la pratique, un tel système débouche sur un résultat semblable à celui de la norme renforcée de diligence attendue des professionnels en *common law*. Les

---

[27] Article 21 de la Loi de 2000 relative aux transactions électroniques des îles Caïmanes; article 107 du Code de commerce du Mexique: Décret de 2003 relatif aux signatures électroniques; et article 30 de la Loi de 2001 relative aux transactions électroniques de la Thaïlande.

[28] Article 16 de l'Ordonnance de 2005 relative aux procédures et principes applicables à la mise en œuvre de la Loi relative aux signatures électroniques de la Turquie; et article 26 de la Loi relative aux transactions électroniques du Viet Nam.

[29] Le paragraphe 1 de l'article 280, du Code civil allemand, par exemple, considère que le débiteur est responsable de tout préjudice causé par la violation d'une obligation contractuelle, à moins que cette violation ne lui soit pas imputable (*"Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat"*). Le paragraphe 1 de l'article 97 du Code des obligations de la Suisse expose ce principe en termes encore plus clairs: si le créancier n'obtient pas l'exécution en nature, le débiteur doit réparer le préjudice qui en résulte à moins de pouvoir prouver qu'aucune faute ne lui est imputable (*"Lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable"*). Une règle semblable figure à l'article 1218 du Code civil italien. En droit français, la négligence est toujours présumée si le contrat prévoit une obligation de résultat, mais l'existence d'une faute doit être établie si le contrat prévoyait une obligation de moyens plutôt que de résultat (voir Gérard Légier, "Responsabilité contractuelle", *Répertoire de droit civil Dalloz*, août 1989, n° 58 à 68).

professionnels doivent posséder un minimum de connaissances et d'aptitudes spéciales nécessaires pour agir comme membres de la profession et ont l'obligation d'agir comme le ferait dans des circonstances semblables tout membre raisonnable de la profession[30]. Cela ne signifie pas nécessairement que la charge de la preuve est inversée, mais la norme plus élevée de diligence attendue d'un professionnel signifie, en pratique, que celui-ci est réputé être capable d'éviter de causer un préjudice aux personnes qui ont recours à leurs services ou dont le soin leur est confié s'ils agissent conformément auxdites normes. Dans certaines circonstances, cependant, la doctrine dite *res ipsa loquitur* permet aux tribunaux de présumer, jusqu'à preuve du contraire, que la survenance d'un dommage "dans des circonstances normales" n'est possible que si une personne ne fait pas preuve de diligence raisonnable[31].

28. Si cette règle est appliquée aux activités des prestataires de services de certification, cela signifierait que dans tous les cas où une partie qui se fie à un certificat ou à un signataire subit un préjudice pour avoir utilisé une signature électronique ou un certificat et si ledit préjudice peut être imputé au fait que le prestataire de services de certification n'a pas agi conformément à ses obligations contractuelles ou légales, le prestataire de services de certification est présumé fautif.

29. La présomption de négligence paraît être la norme généralement applicable en vertu des législations nationales. Selon la Directive de l'Union européenne relative aux signatures électroniques, par exemple, le prestataire de services de certification peut voir sa responsabilité engagée à l'égard de toute entité qui fait fond sur le certificat qualifié, à moins que le prestataire de services n'apporte la preuve qu'il n'a pas commis de faute[32]. Autrement dit, la responsabilité du prestataire de services de certification est fondée sur la faute avec inversion de la charge de la preuve: il doit prouver que ses actes n'ont pas été négligents, étant donné que c'est lui qui est le mieux placé pour se faire, disposant des compétences techniques nécessaires et ayant accès aux informations pertinentes (qu'aussi bien des signataires que des tierces parties qui se fient au certificat risquent de ne pas avoir).

30. Tel est également le cas en vertu de la législation de divers pays non membres de l'Union européenne qui établit une liste détaillée des obligations des prestataires de services de certification et qui, de manière générale, stipulent qu'ils sont

---

[30] W. Page Keeton *et al.*, *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 5th ed., (Saint Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1984), section 32, p. 187.

[31] "Il faut qu'une négligence soit raisonnablement établie. Lorsque la chose est sous le contrôle du défendeur ou de ses préposés et l'accident est tel que, normalement, il ne surviendrait pas si la personne ayant la garde de la chose faisait preuve d'une diligence raisonnable, il est raisonnablement établi, en l'absence d'explication du défendeur, que l'accident a été imputable à un manque de diligence." (C. J. Erle dans l'affaire *Scott c. The London and St. Katherine's Docks Co.*, Ex. Ch., 3 H & C 596, 601, 159 Eng. Rep. 665, 667 (1865)).

[32] Voir note […] [*Journal officiel des communautés européennes*, L 13/12]. L'article 6 de la Directive pose une norme minimum de responsabilité. Les États ont la latitude de renforcer la responsabilité du prestataire de services de certification, par exemple en introduisant un régime de responsabilité objective ou en étendant leur responsabilité aux certificats non qualifiés. Cependant, tel n'a pas été le cas jusqu'à présent et il est peu probable que cela advienne étant donné que cela placerait les prestataires de services de certification établis dans un pays dans une situation désavantagée par rapport à ceux d'autres pays de l'Union européenne. (Balboni "Liability of certification service providers …" (voir note […]), p. 222).

responsables de tout préjudice causé par tout manquement à leurs obligations légales[33]. Il est difficile de dire si toutes ces lois ont véritablement pour effet d'inverser la charge de la preuve, mais plusieurs d'entre elles le prévoient expressément, soit d'une manière générale[34], soit dans le contexte d'obligations spécifiques[35].

31. La préférence manifestée pour un régime fondé sur la présomption de faute résulte sans doute de la crainte qu'une responsabilité fondée sur la négligence ordinaire ne constitue pas un régime équitable pour la partie qui se fie au certificat, laquelle peut ne pas avoir les connaissances technologiques ni l'accès à l'information nécessaires pour pouvoir prouver la négligence du prestataire de services de certification.

iii) Responsabilité objective

32. La responsabilité objective est une règle utilisée dans divers systèmes juridiques pour fonder la responsabilité d'une personne (habituellement du fait des produits) sans qu'il soit nécessaire d'établir l'existence d'une faute ou d'un manquement à l'obligation de diligence. La personne est réputée responsable simplement pour avoir lancé un produit défectueux sur un marché ou pour avoir fabriqué un matériel dysfonctionnel. Comme la responsabilité est déduite du simple fait qu'il y a eu perte ou dommage, les divers éléments juridiques requis pour qualifier un acte, comme négligence, manquement à une garantie ou conduite délibérée, n'ont pas à être établis.

33. La responsabilité objective constitue une règle exceptionnelle dans la plupart des systèmes juridiques et n'est généralement pas présumée, à moins que la loi ne l'impose. Dans le contexte des méthodes de signature et d'authentification électroniques, la responsabilité objective peut imposer une charge excessive au prestataire de services de certification, ce qui risque à son tour d'entraver la

---

[33] Article 38 de la loi de 2001 relative aux signatures numériques de l'Argentine; article 14 de la loi de 2002 sur les documents électroniques, les signatures électroniques et les services de certification de ces signatures du Chili; l'article 13 de la loi relative au commerce extérieur, aux signatures électroniques et aux messages de données de l'Équateur; l'article 51 de la loi de 2001sur les signatures numériques du Panama; et l'article 22 de la loi relative aux échanges et au commerce électronique de la Tunisie.

[34] Article 28 de la loi relative aux signatures électroniques de la Chine, promulguée en 2004 "Si l'auteur d'une signature électronique ou une personne qui se fie à une signature électronique subit un préjudice pour s'être fiée au service fourni par un prestataire de services électroniques de certification dans le contexte d'une transaction civile, et si ledit prestataire de services n'apporte pas la preuve que le préjudice ne lui est pas imputable, il en est responsable"; voir également l'article 13 de la loi de 2004 sur les signatures électroniques de la Turquie: "Le prestataire de services électroniques de certification est responsable des dommages subis par des tiers du fait de la violation des dispositions de la présente loi ou de son ordonnance d'application. Le prestataire de services électroniques de certification est exonéré de responsabilité s'il apporte la preuve que le dommage n'est pas imputable à une faute de sa part".

[35] L'article 20 du titre 308B de la loi de 1998 relative aux transactions électroniques de la Barbade: "Un prestataire de services de certification agréé n'est pas responsable des erreurs figurant dans un certificat accrédité si a) les informations en question ont été fournies par la personne identifiée dans le certificat accrédité ou en son nom; et b) si le prestataire de services de certification peut apporter la preuve qu'il a pris toutes les mesures raisonnablement possibles pour vérifier cette information."; voir également le paragraphe 2 b) de l'article 23 de la loi de 1999 sur les transactions électroniques des Bermudes.

viabilité commerciale de ce secteur à un stade embryonnaire de son développement. À l'heure actuelle, aucun pays ne paraît imposer une responsabilité objective aux prestataires de services de certification ou autres parties qui interviennent dans le processus de signature électronique. Il est vrai que, dans les pays qui ont établi un répertoire des obligations positives des prestataires de services de certification, la norme de diligence exigée de ces derniers est habituellement très élevée et parfois même proche d'un régime de responsabilité objective, mais le prestataire de services peut néanmoins dégager sa responsabilité s'il peut apporter la preuve qu'il a agi avec la diligence voulue[36].

b) Parties en droit de réclamer réparation et étendue de celle-ci

34. Une question importante, pour déterminer l'étendue de la responsabilité des prestataires de services de certification et des signataires, a trait aux groupes de personnes pouvant être en droit de demander réparation du préjudice subi du fait d'un manquement par une autre partie à ses obligations contractuelles ou légales. Une autre question connexe est celle de savoir quelle est l'étendue de l'obligation de réparer et quels sont les types de préjudices qui doivent donner lieu à réparation.

35. D'une manière générale, la responsabilité contractuelle découle de la contravention à une obligation contractuelle. Dans un contexte d'ICP, il y a habituellement un contrat entre le signataire et le prestataire de services de certification. Les conséquences d'un manquement par une des parties à ses obligations contractuelles à l'égard de l'autre sont déterminées par le libellé du contrat, tel qu'il est régi par le droit contractuel applicable. Dans le cas des signatures et certificats électroniques, une responsabilité sortant du cadre contractuel habituel peut prendre naissance lorsqu'une personne a subi un préjudice pour s'être raisonnablement fiée aux informations fournies par le prestataire de services de certification ou par le signataire si lesdites informations se sont avérées fausses ou inexactes. Normalement, la tierce partie qui a fait fond sur le certificat n'est pas contractuellement liée au prestataire de services de certification et n'a probablement aucun rapport avec celui-ci, sauf à faire fond sur ses services de certification. Cela peut susciter des questions difficiles qui n'ont pas toujours reçu de réponse complète dans certains pays.

36. Dans la plupart des systèmes de tradition romaniste, il y a lieu de supposer que le prestataire de services de certification est responsable du préjudice subi par la partie qui s'est fiée au certificat pour avoir fait fond sur des informations inexactes ou fausses, même si la législation concernant les signatures électroniques ne contient pas de disposition spécifique à cet effet. Dans plusieurs pays, cette responsabilité peut découler de la disposition générale relative à la responsabilité quasi-délictuelle qui a été introduite dans la législation de la plupart des pays de tradition romaniste[37], sous réserve de certaines exceptions[38]. Dans quelques pays,

---

[36] Par exemple, Chili, Équateur et Panama.

[37] L'article 1382 du Code civil de la France stipule que quiconque cause un dommage à autrui est tenu de le réparer. Cette règle générale de responsabilité a inspiré des dispositions semblables dans plusieurs autres pays, comme l'article 2043 du Code civil italien et l'article 483 du Code civil portugais.

[38] Le Code civil allemand contient trois dispositions de caractère général (sections 823 I, 823 II et 826) ainsi qu'un petit nombre de règles spécifiques touchant plusieurs situations quasi-délictuelles définies de manière passablement restrictive. La principale disposition est la section

on peut établir une analogie entre les activités des prestataires de services de certification et des notaires, lesquels sont généralement tenus pour responsables du préjudice causé par toute négligence dans l'accomplissement de leurs obligations.

37. Dans les pays de *common law*, cependant, il se peut que la situation ne soit pas aussi claire. Lorsqu'un acte quasi-délictuel est commis dans le contexte de l'exécution d'un contrat, les pays de *common law* ont traditionnellement requis un élément de proximité contractuelle entre l'auteur de l'acte préjudiciable et la partie lésée. Comme la tierce partie ayant fait fond sur le certificat n'est pas liée par contrat avec le prestataire de services de certification et n'a probablement aucun rapport avec celui-ci, sauf pour ce qui est de faire fond sur le certificat faussement établi, il peut être difficile dans certains pays (faute de dispositions légales expresses) pour la partie lésée d'établir son droit d'agir contre le prestataire de services de certification[39]. En l'absence de proximité contractuelle, il faut pour pouvoir agir en invoquant une responsabilité quasi-délictuelle, en *common law*, établir un manquement à l'obligation de diligence de l'auteur de l'acte préjudiciable à l'égard de la partie lésée. Il est parfois difficile de dire si une telle obligation existe, pour le prestataire de services de certification, à l'égard de toutes les parties pouvant être appelées à faire fond sur ses certificats. Généralement, la *common law* répugne à soumettre une personne à une "responsabilité d'un montant indéterminé, pendant une durée indéterminée, à l'égard d'une catégorie non déterminée de personnes"[40] du fait d'affirmations négligentes, à moins que celles-ci "soient faites directement, sachant qu'elle s'y fiera, à une personne à laquelle l'auteur est lié par une obligation quelconque d'agir avec diligence découlant d'une disposition légale, d'un contrat ou de quelque autre facteur"[41].

38. En l'occurrence, la question en jeu est de déterminer quelle est la gamme de personnes envers lesquelles le prestataire de services de certification (ou d'ailleurs le signataire) a une obligation de diligence. Il existe essentiellement trois normes pouvant être utilisées pour définir la catégorie de personnes qui, en pareille situation, peuvent valablement intenter une réclamation contre le prestataire de services de certification[42]:

a) **Norme de prévisibilité**. Il s'agit de la norme de responsabilité la plus large. Selon ce système, le signataire ou le prestataire de services de certification est

---

823 I, qui s'écarte du Code civil français dans la mesure où elle se réfère expressément aux dommages causés "à la vie, à l'organisme, à la santé, à la liberté, aux biens ou à d'autres droits" d'une autre personne.

[39] Dans le cas de la *common law* anglaise, par exemple, l'auteur est parvenu à la conclusion qu'"en l'absence de législation, la responsabilité du prestataire de services de certification à l'égard de la tierce partie est loin d'être certaine, même s'il est à prévoir que celle-ci subira un préjudice du fait de sa négligence. De plus, l'on voit difficilement comment la tierce partie pourrait se protéger. S'il n'y a pas de responsabilité, l'on se trouve en présence tout au moins d'une lacune, et la négligence de la part du prestataire de services de certification, en particulier, crée une lacune manifeste. La *common law* peut combler des lacunes, mais le processus est incertain et peu sûr" (Paul Todd, *E-Commerce Law* (Abingdon, Oxon, Cavendish Publishing Limited, 2005, p. 149 et 150). Des conclusions similaires ont été tirées en ce qui concerne le droit australien; voir Sneddon, *Legal liability and e-transactions* … (voir note [11]), p. 15.

[40] Les propos du juge Cardozo, dans l'affaire *Ultramares Corporation c. George A. Touche et al*, Cour d'appel de New York, 6 janvier 1931, 174 N.E. 441, p. 445.

[41] Ibid., p. 447.

[42] Smedinghoff, "Certification authority: liability issues" (voir note [23]), sect. 4.3.1.

responsable à l'égard de toute personne dont il était raisonnablement prévisible qu'elle se fierait aux affirmations erronées;

b) **Norme fondée sur l'intention et la connaissance**. Il s'agit ici d'une norme plus étroite qui limite la responsabilité au préjudice subi par un membre du groupe de personnes dans l'intérêt desquelles l'on entend fournir l'information ou l'on sait que l'intéressé a l'intention de la fournir;

c) **Norme de proximité**. Cette norme est la plus limitée et donne naissance à une obligation à l'égard exclusivement du client ou de la personne à laquelle le fournisseur de l'information est spécifiquement lié.

39. La Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques n'essaie pas de circonscrire le groupe de personnes pouvant relever de la catégorie des "parties qui se fient au certificat", laquelle peut comprendre "toute personne ayant ou non une relation contractuelle avec le signataire ou avec le prestataire de services de certification"[43]. De même, selon la Directive de l'Union européenne relative aux signatures électroniques, le prestataire de services de certification est responsable du préjudice causé à toute entité ou toute personne physique ou morale qui se fie raisonnablement au certificat qualifié. La Directive de l'Union européenne est manifestement structurée sur la base d'un système ICP étant donné qu'elle ne s'applique qu'aux signatures numériques (certificats qualifiés). La notion d'entité est habituellement interprétée comme englobant les tierces parties qui se fient au certificat, et c'est ainsi que la Directive a été appliquée par tous les États membres sauf deux[44].

40. Comme la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques, la Directive de l'Union européenne ne rétrécit pas les catégories de personnes pouvant être considérée comme parties ayant fait fond sur un certificat. Aussi a-t-il été suggéré que, même en common law, "il est évident, dans le contexte de la fourniture de services de certification, qu'un prestataire de services est lié par une obligation de diligence à l'égard de quiconque peut être appelé à faire fond sur ses certificats pour déterminer d'accepter une signature électronique déterminée dans une transaction donnée vu que l'objet même de la délivrance du certificat est d'encourager une telle pratique"[45].

41. Une autre question intéressante a trait à la nature du préjudice pouvant donner lieu à réparation par le signataire ou le prestataire de services de certification. Dans certains pays de *common law*, par exemple, les demandes d'indemnisation d'un préjudice purement économique causé par des produits défectueux ne peuvent pas être fondées sur une responsabilité quasi-délictuelle. Cependant, en cas de fraude délibérée, dans certains pays, même des affirmations dont l'inexactitude est due à la négligence sont considérées comme des exceptions à la règle[46]. Il est intéressant de noter à ce propos que le Décret de 2002 sur les signatures électroniques du Royaume-Uni ne reprend pas les dispositions relatives à la responsabilité de la

---

[43] *Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques et Guide d'application 2001*. (Voir note […]), par. 150.

[44] Des exceptions sont le Danemark et la Hongrie (Balboni, "Liability of certification service providers …" (voir note […]), p. 220.

[45] Lorna Brazell, *Electronic Signatures: Law and Regulation* (London, Sweet and Maxwell, 2004), p. 187.

[46] Smedinghoff, "Certification authority: liability issues" (voir note [23]), sect. 4.5.

Directive de l'Union européenne concernant les signatures électroniques. Ce sont par conséquent des règles usuelles de responsabilité qui s'appliquent, lesquelles sont en l'occurrence fondées sur le critère de proximité du préjudice[47]. Le montant du préjudice pouvant donner lieu à réparation est une question réglée par le droit général de la responsabilité contractuelle ou quasi-délictuelle. Certaines législations font aux prestataires de services de certification l'obligation expresse de contracter une assurance pour couvrir leur responsabilité ou d'indiquer à tous les signataires potentiels, entre autres informations, quelles sont les garanties financières existantes visant à couvrir une éventuelle responsabilité[48].

c) Possibilité de limitation ou d'exonération contractuelles de responsabilité

42. Les prestataires de services de certification essaient, aussi systématiquement que possible, de limiter leur responsabilité contractuelle et quasi-délictuelle à l'égard du signataire et des parties qui se fient à leurs certificats. En ce qui concerne le signataire, les clauses de limitation de responsabilité figurent habituellement dans le dossier contractuel, comme l'exposé des pratiques applicables. De telles clauses peuvent imposer un plafond de responsabilité par incident, par série d'incidents ou par période de temps ou d'exclure certaines catégories de dommages. Une autre méthode consiste à indiquer dans les certificats la valeur maximum des transactions pour lesquelles ils peuvent être utilisés, ou à limiter l'utilisation des certificats à certaines fins exclusivement[49].

43. Si la plupart des systèmes juridiques reconnaissent généralement le droit des parties à un contrat de limiter ou d'exclure leur responsabilité par le biais de dispositions contractuelles, ce droit est habituellement soumis à différentes limitations et conditions. Dans la plupart des pays de tradition romaniste, par exemple, il n'est pas possible pour une personne d'exclure totalement sa responsabilité du chef d'actes qui lui sont directement imputables[50], ou bien une telle exclusion est sujette à des limitations clairement stipulées[51]. De plus, si les conditions du contrat ne sont pas librement négociées mais s'il s'agit plutôt d'un contrat d'adhésion, certains types de clauses de limitation et responsabilité peuvent être jugés "abusifs" et par conséquent frappés de nullité.

---

[47] Dumortier *et al.*, "The legal and market aspects of electronic signatures" (voir note [...]), p. 215.

[48] Article 21 a) 1) de la loi de 2001 relative aux signatures numériques de l'Argentine; et article 13 de la loi de 2004 sur les signatures électroniques de la Turquie; voir également l'article 104 (III) du Code de commerce du Mexique: Décret de 2003 relatif aux signatures électroniques.

[49] Voir Smedinghoff, "Certification authority: liability issues" (voir note [23]), section 5.2.5.4; et Hindelang, "No remedy for disappointed trust …" (voir note [15]), section 4.1.1.

[50] En France, il est en principe possible d'exclure la responsabilité découlant d'un manquement au contrat. Dans la pratique, cependant, les tribunaux tendent à annuler de telles clauses d'exonération de responsabilité lorsqu'ils considèrent qu'elles ont eu pour effet de dégager la partie intéressée des conséquences d'un manquement à une obligation contractuelle "fondamentale" (voir Légier, "Responsabilité contractuelle" (voir note […]), n° 262 et 263).

[51] Dans la plupart des pays de tradition romaniste, la loi interdit les clauses d'exonération de responsabilité dans le cas de faute lourde ou de violation d'une obligation imposée par une règle d'ordre public. Certains pays ont promulgué des règles expresses à cet effet, comme le par. II de l'article 100 du Code des obligations de la Suisse et l'article 1229 du Code civil italien. D'autres pays, comme le Portugal, n'ont pas promulgué de règle légale similaire mais parviennent essentiellement au même résultat que l'Italie (voir António Pinto Monteiro, *Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil* (Coimbra, Faculdade de Direito de Coimbra, 1985), p. 217).

44. Dans les pays de *common law*, plusieurs théories peuvent conduire à un résultat semblable. Aux États-Unis, par exemple, les tribunaux ne reconnaissent généralement pas la validité des dispositions contractuelles jugées "inadmissibles". Bien que ce concept dépende habituellement des circonstances de l'espèce, il désigne habituellement des conditions contractuelles "que, d'un côté, aucune personne dotée de raison et en pleine possession de ses facultés n'imposerait, et, d'un autre côté, aucune personne juste et honnête n'accepterait"[52] et qui sont caractérisées par "une absence de choix authentique de la part de l'une des parties et par des conditions léonines en faveur de l'autre"[53]. Comme le concept de droit civil de contrat d'adhésion, cette doctrine a été appliquée pour empêcher les parties se trouvant dans une position de négociation dominante de se livrer à des "pratiques commerciales abusives"[54]. Cependant, les conditions contractuelles de cette catégorie ne sont pas toutes jugées nulles. Bien que, d'une façon générale, les tribunaux reconnaissent la validité des contrats standards ou des contrats d'adhésion dont les conditions ne donnent pas lieu à négociation, il arrive qu'un tribunal, même dans le cas de contrats à la consommation, refuse de reconnaître la validité d'une clause d'un contrat standard si son insertion constitue une surprise injustifiée[55].

45. Enfin, dans les pays aussi bien de tradition romaniste que de *common law*, les règles relatives à la protection du consommateur peuvent beaucoup réduire la possibilité pour un prestataire de services de certification de limiter sa responsabilité à l'égard du signataire lorsque cette limitation de responsabilité aurait dans la pratique pour effet de priver le signataire d'un droit ou d'un recours reconnu par la législation applicable.

46. La possibilité pour le prestataire de services de certification de limiter sa responsabilité potentielle à l'égard de la partie qui se fie au certificat est normalement sujette, le plus souvent, à des restrictions encore plus rigoureuses. Indépendamment des modèles commerciaux fermés dans lesquels la partie faisant fond sur un certificat est tenue d'adhérer à des clauses contractuelles établies[56], il arrive très fréquemment que ladite partie ne soit pas liée par contrat au prestataire de services de certification ni même au signataire. Ainsi, dans la mesure où cette partie peut demander réparation sur la base d'une responsabilité quasi-délictuelle au prestataire de services de certification ou au signataire, ces derniers peuvent n'avoir à leur disposition aucun moyen de limiter leur responsabilité étant donné que, dans la plupart des systèmes juridiques, ils devraient pour cela informer comme il convient la partie qui se fie au certificat de la limitation de leur responsabilité. La

---

[52] *First Financial Ins. Co. c. Purolator Security, Inc.,* 388 N.E.2d 17, 22 (Ill. Ct. App. 1 Dist. 1979), citant *Hume c. U.S.*, 132 U.S. 406, 410 (1975), cité dans Smedinghoff, "Certification authority: liability issues" (voir note [23]), sect. 5.2.5.4.

[53] Ibid., citant l'affaire *Williams c. Walker-Thomas Furniture Co.,* 350 F.2d 315, 320 (D.C. 1965), cité dans in Smedinghoff, "Certification authority: liability issues" (voir note [23]), sect. 5.2.5.4.

[54] *First Financial Ins. Co. c. Purolator Security, Inc.,* 388 N.E.2d 17, 22 (Ill. Ct. App. 1 Dist. 1979), cité dans Smedinghoff, "Certification authority: liability issues" (voir note [23]), sect. 5.2.5.4.

[55] Raymond T. Nimmer, *Information Law*, section 11.12[4][a], p. 11 à 37, cité dans Smedinghoff, "Certification authority: liability issues" (voir note [23]), sect. 5.2.5.4.

[56] Comme envisagé pour la E-Authentication Federation administrée par la Administration of the United States Government (voir E-Authentication Federation, Interim Legal Document Suite, version 4.0.7, disponible à l'adresse http://www.cio.gov/eauthentication/documents/LegalSuite.pdf, consulté le 8 février 2007).

méconnaissance de l'identité de la partie appelée à se fier au certificat avant la survenance du préjudice peut empêcher le prestataire de services de certification (et sans doute encore plus le signataire) de mettre en place un système efficace de limitation de sa responsabilité. Ce problème est typique des systèmes ouverts dans lesquels des inconnus traitent entre eux sans avoir eu de contacts antérieurs et laissent le signataire exposé à des conséquences potentiellement dévastatrices[57]. Beaucoup, en particulier parmi les représentants de l'industrie de la certification, ont considéré qu'il s'agissait là d'un obstacle majeur à une plus large utilisation des méthodes de signature et d'authentification électroniques étant donné la difficulté pour les prestataires de services de certification d'évaluer l'étendue potentielle de leur responsabilité.

47. Le désir d'élucider le droit dans ce domaine a conduit plusieurs pays à reconnaître expressément le droit des prestataires de services de certification de limiter leur responsabilité. La Directive de l'Union européenne sur les signatures électroniques, par exemple, fait aux États membres de l'Union l'obligation de faire en sorte que le prestataire de services de certification indique sur un certificat qualifié les limitations applicables à l'utilisation dudit certificat, aussi longtemps que ces limitations sont reconnaissables par des tiers[58]. Ces limitations peuvent habituellement être rangées en deux catégories: il peut y avoir des limites concernant les types de transactions pour lesquelles peuvent être utilisés des certificats ou catégories de certificats déterminés; et il peut aussi y avoir des limites à la valeur des transactions pour lesquelles le certificat ou la catégorie de certificats en question peut être utilisé. Dans l'une ou l'autre hypothèse, le prestataire de services de certification est expressément exonéré de responsabilité du chef de préjudices découlant de l'utilisation d'un certificat qualifié dépassant les limitations qui lui sont imposée[59]. En outre, la Directive de l'Union européenne relative aux signatures électroniques impose aux États membres de l'Union l'obligation de veiller à ce qu'un prestataire de services de certification puisse indiquer sur le certificat qualifié une limite de la valeur des transactions pour lesquelles le certificat peut être utilisé, aussi longtemps que ladite limite est reconnaissable par des tiers[60]. En pareil cas, la responsabilité du prestataire de services de certification ne dépasse pas cette limite maximum[61].

48. La Directive de l'Union européenne n'établit pas de plafond à la responsabilité que peut encourir le prestataire de services de certification. Elle n'en autorise pas moins ledit prestataire de services à limiter la valeur maximum de la transaction pour laquelle un certificat peut être utilisé, l'exonérant ainsi de responsabilité au-delà de ce plafond de valeur[62]. Il est fréquent aussi, dans la pratique

---

[57] Sneddon, "*Legal liability and e-transactions ...*" (voir note [11]), p. 18.

[58] Directive de l'Union européenne relative aux signatures électroniques (voir note […]), art. 6, par. 2.

[59] Ibid.

[60] Ibid., art. 6, par. 3.

[61] Ibid.

[62] Dumortier *et al.* "The legal and market aspects of electronic signatures" (voir note […]), p. 55, avec une discussion dans Hindelang, "No remedy for disappointed trust …" (voir note [15]), sect. 4.1.1. Balboni, "Liability of certification service providers …" (voir note […]), p. 230, va plus loin et affirme que "… en vertu du paragraphe 4 de l'article 6, il est possible uniquement de limiter la valeur de la transaction (...), ce qui n'a rien à voir avec une limitation de la valeur potentielle du préjudice pouvant résulter de la transaction."

commerciale, que les prestataires de services de certification introduisent par le biais de dispositions contractuelles un plafond global de leur responsabilité.

49. La législation interne de plusieurs autres pays appuie ces pratiques contractuelles en reconnaissant la limite de la responsabilité du prestataire de services de certification à l'égard de toute partie potentiellement lésée. Habituellement, ces pays autorisent les limitations spécifiées dans l'énoncé des pratiques applicables par le prestataire de services de certification et, dans certains cas, exonèrent expressément celui-ci de responsabilité lorsqu'un certificat a été utilisé à une fin autre que celle pour laquelle il a été délivré[63]. En outre, certains pays reconnaissent le droit des prestataires de services de certification d'émettre des certificats de catégories différentes et d'établir des degrés de fiabilité recommandés différents[64], ce qui entraîne habituellement des niveaux différents de limitation (et de sécurité) selon l'honoraire payé. Cependant, la législation de certains pays interdit expressément toute limitation de responsabilité autre que celle résultant d'une limitation de l'utilisation ou de la valeur des certificats[65].

50. Les pays qui ont adopté une approche minimaliste, quant à eux, ont considéré une intervention du législateur comme généralement déconseillable et ont préféré laisser aux parties le soin de régler la question dans leur contrat[66].

---

[63] Article 39 de la loi de 2001 relative aux signatures numériques de l'Argentine, article 20 du titre 308B de la loi de 1998 sur les transactions électroniques de la Barbade; paragraphes 3 et 4 de l'article III de la loi de 1999 sur les transactions électroniques des Bermudes; article 14 de la loi de 2002 sur les documents électroniques, les signatures électroniques et les services de certification de telles signatures du Chili; et paragraphes 7 et 8 (dans ce dernier cas, cependant, sans exonération expresse de responsabilité) de l'article 29 de la loi relative aux transactions électroniques du Viet Nam.

[64] Articles 38 et 39 de la loi de 2000 relative aux transactions électroniques de Maurice, et titre 88 de la loi de 1998 sur les transactions électroniques de Singapour.

[65] Article 13 de la loi de 2004 sur les signatures électroniques de la Turquie.

[66] Voir, pour l'Australie, Sneddon, *Legal liability and e-transactions* (voir note [11]), pp. 44-47; et, pour les États-Unis, Smedinghoff, "Certification authority: liability issues" (voir note [23]), section 5.2.51.

A/CN.9/630/Add.5 [Original: anglais]

Document de référence général sur les éléments nécessaires à l'élaboration d'un cadre juridique favorable au commerce électronique: exemple de chapitre sur l'utilisation internationale des méthodes d'authentification et de signature électroniques

ADDITIF

On trouvera en annexe à la présente note une partie d'un exemple de chapitre (deuxième partie, chap. II, sect. B2) d'un document de référence général consacré aux aspects juridiques de l'utilisation internationale des méthodes d'authentification et de signature électroniques.

Annexe

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

Deuxième partie Utilisation internationale de méthodes de signature et d'authentification électroniques (*suite*) . . . . . .

II. Méthodes et critères d'établissement de l'équivalence juridique 1-22

B. Équivalence des normes de conduite et des régimes de responsabilité 1-22

2. Cas particuliers de responsabilité dans le contexte d'une infrastructure à clef publique 1-22

Conclusion 23-28

Deuxième partie

Utilisation internationale de méthodes de signature et d'authentification électroniques (*suite*)

[…]

II. Méthodes et critères d'établissement de l'équivalence juridique

B. Équivalence des normes de conduite et régimes de responsabilité

2. Cas particuliers de responsabilité dans le contexte d'une infrastructure à clef publique

1. Le débat touchant la responsabilité liée à l'utilisation de méthodes de signature et d'authentification électroniques a porté surtout sur les fondements et les caractéristiques de la responsabilité des prestataires de services de certification. L'on considère généralement que l'obligation principale d'un prestataire de services de certification est d'utiliser des systèmes, des procédures et des ressources humaines fiables et d'agir conformément aux politiques et aux pratiques qu'il a lui-même annoncées[1]. En outre, le prestataire de services de certification est censé faire preuve d'une diligence raisonnable pour assurer l'exactitude et la complétude de toutes les déclarations essentielles faites par lui dans le contexte d'un certificat. Toutes ces activités peuvent exposer le prestataire de services de certification à divers degrés de responsabilité, selon le droit applicable. L'on trouvera dans les paragraphes ci-après une série d'exemples de cas qui risquent d'exposer un prestataire de services de certification à une responsabilité accrue et un résumé du régime appliqué par les législations nationales à ce type de responsabilité.

a) Absence d'émission ou émission tardive d'un certificat

2. Habituellement, un prestataire de services de certification délivre un certificat à la demande du signataire intéressé. Si la demande répond aux critères du prestataire de services, celui-ci peut émettre un certificat. Il est néanmoins concevable que la demande réponde aux critères fixés mais soit néanmoins rejetée ou retardée, soit à la suite d'une simple erreur du prestataire de services de certification, soit parce que, délibérément ou par accident, le mécanisme de demande du prestataire de services n'est pas disponible, soit encore parce que, pour des raisons qui lui sont propres, le prestataire de services souhaite retarder ou refuser l'émission d'un certificat au demandeur. En pareilles circonstances, l'auteur d'une demande refusée ou retardée peut parfois se retourner contre le prestataire de services de certification[2].

---

[1] Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (voir note […]), alinéas a) et b) du paragraphe 1 de l'article 9.

[2] Smedinghoff, "Certification authority: liability issues" (voir note […]), section 3.2.1.

3. S'il existe un marché sur lequel plusieurs prestataires de services se font concurrence, le refus par tel ou tel prestataire de services d'émettre un certificat, que ce soit par accident ou délibérément, peut ne pas entraîner de réel préjudice pour le demandeur. Cependant, en l'absence d'une réelle concurrence, le refus d'émission ou l'émission tardive d'un certificat par un prestataire de services peut causer un sérieux préjudice si le demandeur se voit dans l'impossibilité, en l'absence de certificat, d'entreprendre l'activité envisagée. Même si d'autres prestataires de services sont disponibles, il peut se produire un dommage spécifique lorsqu'un certificat a été demandé pour une transaction déterminée et que, l'émission du certificat ayant été refusée ou celui-ci n'ayant été émis que tardivement, le demandeur n'a pas pu mener à bien la transaction potentiellement rémunératrice pour lui[3].

4. Ce type de situation est peu vraisemblable dans un contexte international étant donné que la plupart des signataires ont généralement recours à des prestataires de services de certification établis dans leurs propres pays.

b) Négligence dans l'émission d'un certificat

5. Un certificat a censément pour objet de lier l'identité du signataire à une clef publique. Aussi le principal devoir d'un prestataire de services de certification est-il de vérifier, conformément à ses pratiques officielles, que le demandeur est effectivement le signataire et contrôle la clef privée correspondant à la clef publique indiquée sur le certificat, faute de quoi le prestataire de services risque de voir sa responsabilité engagée à l'égard du signataire ou d'une tierce partie qui fait fond sur le certificat.

6. Le signataire peut subir un préjudice, par exemple si un certificat est délivré par erreur à un imposteur utilisant une identité usurpée. Il se peut aussi, par exemple, que les employés ou les sous-traitants de prestataires de services eux-mêmes s'entendent pour délivrer de faux certificats en utilisant la clef de signature du prestataire de services pour certifier des demandes injustifiées de l'imposteur. Il se peut en outre que ces personnes établissent par négligence un certificat erroné, soit en ne suivant pas comme il convient les procédures de validation officielle du prestataire de services pour analyser la demande d'un imposteur, soit en utilisant la clef de signature du prestataire de services pour créer un certificat qui n'a pas été approuvé. Enfin, il se peut qu'un malfaiteur usurpe l'identité d'un signataire en utilisant des documents d'identité falsifiés et apparemment authentiques et réussisse à convaincre le prestataire de services de lui délivrer un certificat, et ce dans le plein respect des politiques officielles de l'émetteur et en l'absence de faute quelconque[4].

7. La délivrance erronée d'un certificat à un imposteur peut avoir de très graves conséquences. Les parties qui réalisent des transactions en ligne avec l'imposteur risquent de faire fond sur les données inexactes figurant sur le certificat établi irrégulièrement et, de ce fait, expédier les marchandises, virer des fonds, accorder un crédit ou entreprendre toute autre opération dans la conviction qu'elles traitent avec la partie dont l'identité a été usurpée. Lorsque la fraude est découverte, les parties qui ont fait fond sur le certificat risquent d'avoir subi un préjudice très substantiel. En pareils cas, il y a deux parties lésées: la partie qui a été amenée à

---

[3] Ibid.
[4] Ibid.

faire fond sur le certificat délivré irrégulièrement et la personne dont l'identité a été usurpée. L'une et l'autre pourront se retourner contre le prestataire de services de certification. Une autre situation peut être celle d'un certificat délivré par négligence à une personne fictive, auquel cas seule la partie ayant accordé crédit au certificat subirait un dommage[5].

8. L'article 9 de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques stipule notamment qu'un prestataire de services de certification "prend des dispositions raisonnables pour assurer que toutes les déclarations essentielles qu'il fait concernant le certificat durant tout son cycle de vie ou figurant dans le certificat sont exactes et complètes". Cette obligation de caractère général a été transposée mot pour mot dans la législation interne de plusieurs pays ayant appliqué la Loi type[6] encore que, dans certains pays, la norme fondée sur le caractère "raisonnable" des dispositions à prendre ait été modifiée pour fournir une garantie plus élevée[7].

9. Le régime établi par la Directive de l'Union européenne relative aux signatures électroniques fait aux États membres de l'Union, "au minimum", l'obligation de veiller à ce que les prestataires de services de certification, en délivrant un certificat au public sous forme de certificat qualifié ou en garantissant qu'un tel certificat a un caractère public, soient responsables des dommages causés à toute entité ou à toute personne physique ou morale qui fait raisonnablement fond sur lesdits certificats: a) en ce qui concerne l'exactitude, au moment de son émission, de toutes les informations figurant dans le certificat qualifié et le fait que le certificat contient tous les détails que doit comporter un certificat qualifié; b) le fait qu'à la date d'émission du certificat, le signataire identifié sur le certificat qualifié avait le contrôle des données de création de signature correspondant aux données de vérification de signature indiquées sur le certificat; et c) le fait que les données afférentes à la création de signature et les données de vérification de la signature peuvent être utilisées de manière complémentaire dans les cas où elles sont générées les unes et les autres par le prestataire de services de certification. Cette responsabilité s'entend à moins que le prestataire de services de certification puisse apporter la preuve qu'il n'a pas agi de manière négligente[8].

10. Les législations d'autres pays coïncident généralement en imposant aux prestataires de services de certification l'obligation de vérifier l'exactitude des informations sur la base desquelles un certificat est délivré. Dans certains pays, le prestataire de services est généralement tenu pour responsable à l'égard de toute personne qui a raisonnablement fait fond sur l'exactitude de toutes les informations figurant sur le certificat accrédité, à compter de la date à laquelle celui-ci a été

---

[5] Ibid.

[6] Par exemple le paragraphe 2 de l'article 28 de la Loi thaïlandaise de 2001 sur les transactions électroniques et l'article 28 b) de la Loi de 2000 relative aux transactions électroniques des îles Caïmanes (territoire britannique d'outremer).

[7] Par exemple, l'article 22 de la Loi relative aux signatures électroniques de la Chine: "Les prestataires de services électroniques de certification **doivent veiller** à ce que le contenu des certificats de signature électronique soient complets et exacts pendant tout leur cycle de vie et faire en sorte que les parties qui s'en remettent aux signatures électroniques puissent vérifier ou comprendre l'intégralité du contenu des certificats et les autres questions pertinentes" (les caractères gras sont du secrétariat).

[8] Directive de l'Union européenne relative aux signatures électroniques (voir note […]), art. 6, par. 1.

établi[9], ou de la date à laquelle la véracité de cette information a été garantie[10], bien que, dans certains de ces pays, le prestataire de services puisse limiter sa responsabilité en insérant dans le certificat une mention appropriée[11]. Toutefois, la législation de certains pays exonère expressément le prestataire de services de certification de responsabilité du fait de l'inexactitude des informations fournies par le signataire, sous réserve de vérification conformément aux pratiques applicables aux certificats, aussi longtemps qu'il peut apporter la preuve qu'il a adopté toutes les mesures raisonnables pour vérifier les informations[12].

11. D'autres pays parviennent au même résultat non pas une garantie légale, mais en imposant aux prestataires de services de certification l'obligation générale de vérifier les informations fournies par le signataire avant d'établir un certificat[13] ou d'établir des systèmes permettant de vérifier ces informations[14]. Dans certains cas, le prestataire de services est tenu de révoquer immédiatement le certificat s'il constate que les informations sur la base desquelles celui-ci a été établi étaient inexactes ou fausses[15]. Parfois, cependant, la loi est muette sur la délivrance des certificats, se bornant à stipuler que le prestataire de services de certification doit se conformer à ses pratiques déclarées[16] ou délivrer le certificat comme convenu avec le signataire[17]. Cela ne signifie pas que la loi exonère totalement de responsabilité les prestataires de services de certification. Au contraire, la législation de certains États réglemente expressément la responsabilité des prestataires de services de certification en exigeant de ceux-ci qu'ils contractent une police d'assurance aux tiers adéquate pour couvrir tous les dommages contractuels et quasi délictuels causés à des signataires et à des tiers[18].

---

[9] Paragraphe 1 a) de l'article 20 du Titre 308B de la Loi de 1998 sur les transactions électroniques de la Barbade; article 23 de la Loi de 1999 sur les transactions électronique des Bermudes; article 36 e) de la Loi de 2000 relative aux technologies de l'information de l'Inde; paragraphe 2 d) de l'article 27 de la Loi de 2000 sur les transactions électroniques de Maurice; article 39 de l'Ordonnance relative aux transactions électroniques de la Région administrative spéciale chinoise de Hong Kong; et alinéas a) et c) du paragraphe 2 de l'article 29 et paragraphe 1 de l'article 30 de la Loi relative aux transactions électroniques de Singapour.

[10] Article 18 de la Loi relative aux échanges et au commerce électroniques de la Tunisie; et article 31 d) de la Loi sur les transactions électroniques du Viet Nam.

[11] Par exemple, Barbade, Bermudes, Maurice, RAS de Hong Kong et Singapour.

[12] Article 39 c) de la Loi de 2001 relative aux signatures électroniques de l'Argentine.

[13] Ibid., article 21 o); article 12 e) de la Loi relative aux documents électroniques, aux signatures électroniques et aux services de certification desdites signatures du Chili; paragraphe I) de l'article 104 du Code de commerce du Mexique: Décret de 2003 relatif aux signatures électroniques; et article 35 de la Loi relative aux messages de données et signatures électroniques de la République bolivarienne du Venezuela.

[14] Article 30 d) de la Loi relative au commerce électronique, aux signatures électroniques et aux messages de données de l'Équateur.

[15] Article 19 e) 2) de la Loi de 2001 relative aux signatures numériques de l'Argentine.

[16] Article 29 a) du Décret d'application de la Loi relative aux signatures et certificats numériques du Pérou.

[17] Article 32 a) de la Loi n° 527 relative au commerce électronique de la Colombie; paragraphe 7 de l'article 49 de la Loi de 2001 relative aux signatures numériques du Panama; et l'article 40 a) de la Loi de 2002 relative au commerce électronique, aux documents et aux signatures numériques de la République dominicaine.

[18] Article 32 de la Loi relative aux messages et aux signatures électroniques de la République bolivarienne du Venezuela.

12. L'obligation du prestataire de services de certification de vérifier l'exactitude des informations communiquées est complétée par celle qu'a le signataire "de prendre des mesures raisonnables pour garantir l'exactitude et la complétude de toutes les informations communiquées par lui aux fins du certificat pendant tout son cycle de vie ou des informations figurant dans ledit certificat"[19]. Le signataire pourrait par conséquent être tenu pour responsable à l'égard du prestataire de services de certification et de la partie ayant fait fond sur le certificat s'il fournit des informations fausses ou inexactes au prestataire de services lorsqu'il demande l'émission d'un certificat. Parfois, ce principe est présenté sous forme d'une obligation générale de communiquer des informations exactes au prestataire de services de certification[20], ou de prendre toutes les mesures raisonnables pour garantir l'exactitude des informations fournies[21]; le signataire est dans certains cas expressément tenu pour responsable des dommages résultant de son inobservation de cette obligation spécifique[22].

c) Utilisation non autorisée de dispositifs de création de signature ou utilisation de dispositifs de certification ayant perdu leur fiabilité

13. La question de l'utilisation non autorisée de dispositifs de création de signature et de certificats comporte deux aspects. D'une part, il se peut qu'un dispositif de création de signature ne soit pas conservé en lieu sûr ou perde sa fiabilité, par exemple si un agent du signataire s'en est approprié. D'un autre côté, la hiérarchie de signature effective du prestataire de services de certification peut être devenue peu fiable, par exemple si la clef de signature ou la clef principale du prestataire de services se trouvent perdues, sont divulguées à des personnes non autorisées ou utilisées par de telles personnes ou se trouvent pour d'autres raisons être dépourvues de fiabilité.

14. La sécurité de la hiérarchie de signature peut se trouver compromise de différentes façons. Il se peut que le prestataire de services de certification ou l'un de ses employés ou sous-traitants détruise la clef ou en perde le contrôle par inadvertance, que le centre de données détenant la clef privée soit endommagé par un accident ou que la clef du prestataire de services de certification soit délibérément détruite ou détournée à des fins illicites (par exemple par un pirate). Cette atteinte à l'intégrité de la hiérarchie de signature peut avoir de très graves conséquences. Par exemple, si la clef de signature privée ou les clefs principales tombent entre les mains d'un malfaiteur, celui-ci pourrait générer de faux certificats et les utiliser pour assumer l'identité de signataires réels ou fictifs, au détriment des parties qui croient en l'intégrité de la signature. De plus, une fois les dommages

---

[19] Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (voir note [...]), article 8, paragraphe 1 c).

[20] Article 25 de la Loi de 2001 relative aux signatures numériques de l'Argentine; article 24 de la Loi de 2002 relative aux documents électroniques, aux signatures électroniques et aux services de certification de telles signatures du Chili; et article 99 (III) du Code de commerce du Mexique: Décret de 2003 relatif aux signatures électroniques.

[21] Article 31 c) de la Loi de 2000 relative aux transactions électroniques des îles Caïmanes.

[22] Article 40 de la Loi n° 527 relative au commerce électronique de la Colombie; article 99 (III) du Code de commerce du Mexique: Décret de 2003 relatif aux signatures électroniques; article 39 de la Loi de 2001 relative aux signatures numériques du Panama; et article 55 de la Loi de 2002 relative au commerce électronique, aux documents et aux signatures numériques de la République dominicaine.

découverts, tous les certificats établis par les prestataires de services en question devraient être révoqués, ce qui pourrait entraîner un déluge de réclamations de la part de l'ensemble de la communauté des signataires.

15. Cette question n'est pas traitée en détail dans la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques. Certes, l'obligation générale qu'a le prestataire de services de certification en vertu de la Loi type d'utiliser "des systèmes, des procédures et des ressources humaines fiables pour la prestation de ses services"[23] peut être interprétée comme lui imposant l'obligation de prendre toutes les mesures nécessaires pour empêcher que sa propre clef (et par conséquent l'ensemble de la hiérarchie de signature) se trouve compromise. La législation interne de plusieurs États prévoit expressément une telle obligation, laquelle est fréquemment combinée à celle qui est imposée au prestataire de services de certification d'utiliser des systèmes fiables[24]. Parfois, la législation impose une obligation spécifique d'adopter des mesures pour éviter la falsification des certificats[25]. Le prestataire de services de certification a l'obligation de s'abstenir de créer les données afférentes à la création de signature des signataires ou d'y avoir accès et peut voir sa responsabilité engagée si ses employés le font délibérément[26]. Si ses données afférentes à la création de signature étaient compromises, le prestataire de services de certification aurait l'obligation de demander la révocation de son propre certificat[27].

16. Le signataire, quant à lui, a également l'obligation de prendre toutes les précautions possibles. Aux termes de la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques, par exemple, le signataire doit prendre "des dispositions raisonnables pour éviter toute utilisation non autorisée de ses données afférentes à la création de signature"[28]. Une obligation semblable est imposée par la législation interne de la plupart des États, bien qu'avec certaines variations. Dans certains cas, la loi impose au signataire l'obligation rigoureuse de conserver le contrôle exclusif des dispositifs de création de signature et d'empêcher qu'ils soient utilisés sans autorisation[29], ou

---

[23] Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (voir note [...]), article 9, paragraphe 1 f).

[24] Alinéas c) et d) de l'article 21 de la Loi de 2001 sur les signatures numériques de l'Argentine; article 32 b) de la Loi n° 527 relative au commerce électronique de la Colombie; article 24 de la Loi de 2000 relative aux transactions électroniques de Maurice; paragraphe 5 de l'article 49 de la Loi de 2001 relative aux signatures numériques de Panama; paragraphe 6 de l'article 28 de la Loi de 2001 sur les transactions électroniques de la Thaïlande, et article 13 de la Loi relative aux échanges et au commerce électroniques de la Tunisie.

[25] Article 35 de la Loi relative aux messages de données et signatures électroniques de la République bolivarienne du Venezuela.

[26] Article 21 b) de la Loi de 2001 relative aux signatures numériques de l'Argentine.

[27] Ibid., article 21 p).

[28] Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (voir note [...]), article 8, paragraphe 1 a).

[29] Article 25 a) de la Loi de 2001 relative aux signatures numériques de l'Argentine; paragraphe 3 de l'article 39 de la Loi n° 527 relative au commerce électronique de la Colombie; paragraphe 1 de l'article 12 de la Loi fédérale de 2002 relative aux signatures numériques et électroniques de la Fédération de Russie; paragraphe 4 de l'article 37 de la Loi de 2001 relative aux signatures numériques du Panama; article53 d) de la Loi de 2002 relative au commerce électronique, aux documents et aux signatures numériques de la République dominicaine; et article 15 e) de l'Ordonnance relative aux procédures et principes applicables à la mise en œuvre de la Loi de 2005 relative aux signatures électroniques de la Turquie.

rend le signataire exclusivement responsable de la bonne garde du dispositif de création de signature[30]. Fréquemment, toutefois, cette obligation est nuancée et consiste simplement à maintenir le contrôle adéquat sur le dispositif de création de signature ou à adopter les mesures appropriées pour en conserver le contrôle[31], à faire preuve de diligence pour éviter qu'il soit utilisé sans autorisation[32] ou à prendre les mesures raisonnables pour éviter que son dispositif de signature soit utilisé sans autorisation[33].

d) Non-suspension ou non-révocation d'un certificat

17. Le prestataire de services de certification peut également voir sa responsabilité engagée s'il s'abstient de suspendre ou de révoquer un certificat ayant perdu sa fiabilité. Si l'on veut qu'une infrastructure de signatures numériques fonctionne comme il convient et inspire confiance, il est indispensable qu'il existe un mécanisme permettant de déterminer en temps réel si tel ou tel certificat est valable ou s'il a été suspendu ou révoqué. Lorsqu'une clef privée a perdu son caractère confidentiel, par exemple, la révocation du certificat constitue le principal mécanisme grâce auquel le signataire peut se protéger contre les transactions frauduleuses entreprises par un imposteur pouvant avoir obtenu copie de sa clef privée.

18. De ce fait, la rapidité avec laquelle le prestataire de services de certification peut révoquer ou suspendre un certificat à la demande du signataire revêt une importance critique. Le laps de temps qui s'écoule entre la demande de révocation d'un certificat présentée par un signataire, sa révocation effective et la publication de l'avis de révocation peut permettre à un imposteur de mener à bien sa transaction frauduleuse. En conséquence, si le prestataire de services de certification tarde sans raison à mentionner la révocation sur la liste de certificats révoqués ou omet de le faire, aussi bien le signataire que la partie lésée qui a fait fond sur les signatures risque de subir un sérieux préjudice pour s'être fié à un certificat apparemment valable. En outre, les prestataires de services de certification peuvent, dans le cadre des services qu'ils offrent, proposer de tenir un répertoire et des listes de certificats révoqués auxquels les parties puissent avoir accès en ligne. Cependant, l'administration d'une telle base de données comporte essentiellement un double risque: celui que le répertoire ou la liste de certificats révoqués soient inexacts, ce qui peut conduire la partie qui les consulte à faire fond à ses dépens sur les informations erronées; et celui que le répertoire ou la liste de certificats révoqués ne

---

[30] Article 21 de la Loi relative aux échanges et au commerce électroniques de la Tunisie.

[31] Article 24 de la Loi de 2002 sur les documents électroniques, les signatures électroniques et les services de certification de telles signatures du Chili; et paragraphe 2 a) de l'article 25 de la Loi relative aux transactions électroniques du Viet Nam.

[32] Article 19 de la Loi relative aux messages de données et signatures électroniques de la République bolivarienne du Venezuela.

[33] Article 17 b) de la Loi relative au commerce électronique, aux signatures électroniques et aux messages de données de l'Équateur; article 39 a) de la Loi de 2000 relative aux transactions électroniques des îles Caïmanes; paragraphe 1 de l'article 42 de la Loi de 2000 relative aux technologies de l'information de l'Inde; alinéas a) et b) du paragraphe 1 de l'article 35 de la Loi de 2000 relative aux transactions électroniques de Maurice; article 99 (II) du Code de commerce du Mexique: Décret de 2003 relatif aux signatures électroniques; article 39 (titre 88) de la Loi relative aux transactions électroniques de Singapour; et paragraphe 1 de l'article 27 de la Loi de 2001 sur les transactions électroniques de la Thaïlande.

soient pas disponibles (par exemple par suite d'une panne du système), empêchant ainsi les signataires et leurs cocontractants de mener à bien leurs transactions.

19. Comme indiqué ci-dessus, la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques prend pour hypothèse que le prestataire de services de certification peut émettre des certificats de divers niveaux caractérisés par des degrés divers de fiabilité et de sécurité. En conséquence, la Loi type n'impose pas toujours à un prestataire de services l'obligation de mettre en place un système de révocation, ce qui pourrait ne pas être commercialement viable pour certains types de certificats de faible valeur. La Loi type se borne par conséquent à stipuler que le prestataire de services de certification doit fournir "des moyens raisonnablement accessibles" pour permettre à toute partie se fiant au certificat de déterminer à partir de celui-ci, notamment, "s'il existe des moyens pour le signataire d'adresser une notification" que les données afférentes à la création de signature ont été compromises et "la disponibilité d'un service de révocation en temps utile"[34]. Si tel est le cas, le prestataire de services de certification a l'obligation de veiller à ce qu'il soit disponible[35].

20. Le régime établi par la Directive de l'Union européenne sur les signatures électroniques fait aux États membres de l'Union, "au minimum", l'obligation de veiller à ce que le prestataire de services de certification ayant établi un certificat qualifié au public soit, à charge pour lui de prouver qu'il n'a pas agi par négligence, responsable des dommages causés à toute entité ou à toute personne physique ou morale s'étant raisonnablement fiée au certificat s'il n'a pas publié la révocation de celui-ci[36]. La législation interne de certains États fait au prestataire de services de certification l'obligation d'adopter des mesures pour prévenir la falsification des certificats[37] ou pour révoquer immédiatement un certificat dès qu'il apprend que les informations sur la base desquelles le certificat a été émis étaient inexactes ou fausses[38].

21. Le signataire et les autres personnes autorisées peuvent également être soumis à une obligation semblable. La Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques, par exemple, stipule que chaque signataire "sans retard injustifié, utilise les moyens fournis par le prestataire de services de certification" ou "fait d'une autre manière des efforts raisonnables pour aviser toute personne dont il peut raisonnablement penser qu'elle se fie à la signature électronique ou qu'elle fournit des services visant à étayer la signature électronique" s'il sait "que les données afférentes à la création de signature ont été compromises" ou s'il estime "au regard des circonstances connues de lui, qu'il y a un risque important que les données afférentes à la création de signature aient été compromises"[39].

---

[34] Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (voir note […]), article 9, alinéas d), v) et vi) du paragraphe 1.

[35] Ibid., article 9, paragraphe 1 e).

[36] Directive de l'Union européenne relative aux signatures électroniques (voir note […]), article 6, paragraphe 2; voir également l'alinéa b) de l'annexe II à la Directive.

[37] Paragraphe 6 de l'article 49 de la Loi de 2001 relative aux signatures numériques de Panama.

[38] Article 19 e) 2) de la Loi de 2001 relative aux signatures numériques de l'Argentine.

[39] Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (voir note […]), article 8, alinéas i) et ii) du paragraphe 1 b).

22. Les législations nationales stipulent fréquemment que le signataire a l'obligation de demander la révocation du certificat lorsque la confidentialité des données afférentes à la création de signature risque d'avoir été compromise[40], bien que, dans certains cas, les signataires soient simplement tenus de communiquer ce fait au prestataire de services de certification[41]. Les législations de plusieurs États ont adopté la formulation figurant dans la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques, qui fait au signataire l'obligation d'aviser toute personne dont il peut raisonnablement penser qu'elle se fie à la signature électronique ou qu'elle fournit des services visant à étayer la signature électronique[42]. Bien que, dans un certain nombre de systèmes juridiques, les conséquences d'un manquement à cette obligation ne soient pas expressément réglementées, la loi stipule expressément, dans certains pays, que le signataire peut voir sa responsabilité engagée s'il ne notifie pas la perte de contrôle sur la clef privée ou ne demande pas la révocation du certificat[43].

Conclusion

23. L'utilisation de plus en plus généralisée des méthodes d'authentification et de signature électroniques pourra beaucoup contribuer à réduire la documentation commerciale et les coûts connexes dans le contexte des transactions internationales. Si, dans une très large mesure, le rythme du progrès dans ce domaine dépendra surtout de la qualité et de la sécurité de solutions technologiques, le droit peut beaucoup faciliter l'utilisation des méthodes d'authentification et de signature électroniques.

---

[40] Article 25 c) de la Loi de 2001 sur les signatures numériques de l'Argentine; paragraphe 4 de l'article 39 de la Loi n° 527 relative au commerce électronique de la Colombie; article 17 f) de la Loi relative au commerce électronique, aux signatures électroniques et aux messages de données de l'Équateur; paragraphe 1 de l'article 12 de la Loi fédérale de 2002 relative aux signatures électroniques numériques de la Fédération de Russie; article 36 de la Loi de 2000 relative aux transactions électroniques de Maurice; paragraphe 5 de l'article 37 de la Loi de 2001 relative aux signatures numériques de Panama; articles 49 et 53 e) de la Loi de 2002 sur le commerce électronique, les documents et les signatures numériques de la République dominicaine; et article 40 (titre 88) de la Loi relative aux transactions électroniques de Singapour.

[41] Paragraphe 2 de l'article 42 de la Loi de 2000 relative aux technologies de l'information de l'Inde; et alinéas f) et i) de l'article 15 de l'Ordonnance de 2005 relative aux procédures et principes applicables à l'application de la Loi relative aux signatures électroniques de la Turquie.

[42] Article 15 de la Loi sur les signatures électroniques de la Chine; article 31 b) de la Loi de 2000 relatives aux transactions électroniques des îles Caïmanes; paragraphe 2 de l'article 27 de la Loi de 2001 sur les transactions électroniques de la Thaïlande; et paragraphe 2 b) de l'article 25 de la Loi sur les transactions électroniques du Viet Nam.

[43] Article 27 de la Loi sur les signatures électroniques de la Chine; article 17 e) de la Loi relative au commerce électronique, aux signatures électroniques et aux messages de données de l'Équateur; paragraphe 2 de l'article 12 de la Loi fédérale de 2002 relative aux signatures électroniques numériques de la Fédération de Russie; article 39 de la Loi de 2001 relative aux signatures numériques de Panama; article 40 de la Loi relative aux messages de données et signatures électroniques de la République bolivarienne du Venezuela; et article 55 de la Loi de 2002 sur le commerce électronique, les documents et les signatures numériques de la République dominicaine.

24. Un grand nombre de pays ont déjà adopté des mesures nationales allant dans ce sens en promulguant des lois reconnaissant la valeur juridique des communications électroniques et en définissant les critères de leur équivalence avec les documents sur support papier. Les dispositions réglementant les méthodes électroniques d'authentification de signature constituent fréquemment un élément important de ces lois. La Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique[44] est devenue l'instrument de référence le plus communément utilisé pour la promulgation de législations dans ce domaine et sa large application a contribué à harmoniser les régimes applicables au plan international. Une large ratification de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux[45] encouragerait encore plus le mouvement d'harmonisation en offrant une série déterminée de règles pour les transactions internationales.

25. L'utilisation au plan international des méthodes d'authentification et de signature électroniques pourra se trouver facilitée aussi par l'adoption de ces normes de la CNUDCI. En particulier, la flexibilité des critères d'équivalence fonctionnelle entre signatures électroniques et signatures sur support papier reflétée dans la Convention des Nations Unies sur l'utilisation des signatures électroniques dans les contrats internationaux pourra offrir un cadre international commun permettant aux méthodes d'authentification et de signature électroniques de répondre aux exigences étrangères de forme des signatures. Néanmoins, il se peut que certains problèmes persistent, en particulier pour ce qui est de l'utilisation au plan international de méthodes d'authentification des signatures électroniques qui exigent l'implication de tierces parties fiables dans le processus d'authentification ou de signature.

26. Les problèmes qui se posent dans ce domaine spécifique découlent pour une très large part du manque de cohérence de normes techniques et de la non-compatibilité des matériels ou des logiciels, ce qui se traduit par un manque d'interopérabilité au plan international. Les efforts entrepris pour harmoniser les normes et améliorer la compatibilité technique pourront déboucher sur une solution des difficultés qui existent actuellement. Néanmoins, il y a aussi des difficultés de caractère juridique liées à l'utilisation des méthodes électroniques d'authentification des signatures, en particulier dans le contexte des législations nationales qui soit prescrivent, soit privilégient, l'emploi d'une technologie déterminée pour les signatures électroniques, habituellement les techniques de signature numérique.

27. Les législations qui reconnaissent la valeur juridique des signatures numériques n'attribuent habituellement la même valeur juridique aux signatures étayées par des certificats étrangers que dans la mesure où ceux-ci sont considérés comme équivalant à des certificats nationaux. Il ressort de la présente étude que, pour apprécier comme il convient l'équivalence juridique, il faut comparer non seulement les normes techniques et de sécurité qui caractérisent une technologie de signature déterminée, mais aussi les règles qui régiraient la responsabilité des différentes parties en cause. La Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques contient une série de règles fondamentales communes régissant certaines des obligations des parties qui interviennent dans le processus

---

[44] Voir note […] [publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4].
[45] Voir note […] [Résolution 60/21 de l'Assemblée générale, annexe].

d'authentification des signatures et qui peuvent avoir un impact sur leur responsabilité individuelle. Il existe en outre des textes de caractère régional, comme la Directive de l'Union européenne relative aux signatures électroniques, qui offrent un cadre législatif semblable s'agissant de définir le régime de responsabilité des prestataires de services de certification qui opèrent dans la région. Cependant, aucun de ces deux textes ne se réfère aux questions de responsabilité découlant de l'utilisation au plan international de certaines électroniques d'authentification et de signature méthodes.

28. Il importe pour les législateurs et pour les décideurs de mieux saisir les différences entre les régimes nationaux de responsabilité et les éléments qui leur sont communs de manière à pouvoir établir des méthodes et procédures appropriées en matière de reconnaissance de signatures étayées par des certificats étrangers. La législation nationale des divers pays peut déjà apporter des réponses essentiellement équivalentes aux diverses questions évoquées dans le présent document de référence, par exemple parce qu'elles partagent une tradition juridique commune ou appartiennent à un cadre d'intégration régionale. Il se peut que ces pays aient intérêt à mettre au point des normes communes de responsabilité ou même harmoniser leurs règles nationales, de manière à faciliter l'utilisation internationale des méthodes d'authentification et de signature électroniques.

C. Note du Secrétariat sur les travaux futurs possibles sur les indicateurs de fraude commerciale

(A/CN.9/624 et Add.1 et 2) [Original: anglais]

À sa trente-cinquième session, en 2002, la Commission a tout d'abord voulu déterminer si les pratiques frauduleuses à caractère international avaient des conséquences économiques très graves pour le commerce mondial et portaient atteinte aux institutions commerciales légitimes. À sa trente-sixième session, en 2003, la Commission a examiné la note du Secrétariat (A/CN.9/540). Elle a accueilli favorablement la recommandation d'organiser un colloque international pour permettre un échange d'idées entre les diverses parties intéressées, y compris des gouvernements, des organisations intergouvernementales et des organismes privés compétents, sur les aspects de la fraude commerciale relevant du droit privé. À sa trente-septième session, en 2004, la Commission a examiné le rapport du colloque établi par le Secrétariat de la CNUDCI (A/CN.9/555) et est convenue qu'à des fins de sensibilisation, de formation et de prévention, il pourrait être utile d'élaborer des listes de caractéristiques communes aux pratiques frauduleuses classiques pour sensibiliser les acteurs du commerce international et d'autres cibles potentielles des fraudeurs, afin d'aider ces cibles à se protéger et à ne pas devenir victimes de pratiques frauduleuses. Il a été convenu que le secrétariat de la CNUDCI devrait envisager d'élaborer, en étroite consultation avec des experts, des listes de caractéristiques communes aux pratiques frauduleuses classiques. L'annexe jointe à la présente note est le résultat de ce travail, elle est soumise à la Commission pour examen. En raison de leur longueur, ces documents ont été disjoints en trois parties qui restent cependant indissociables: A/CN.9/624; A/CN.9/624/Add.1 et A/CN.9/624/Add.2.

Compte tenu de l'ensemble de l'ordre du jour de l'actuelle session de la Commission, l'une des options possibles serait que la Commission prenne acte du texte et, après lui avoir adjoint ses commentaires, demande au secrétariat de le diffuser aux gouvernements et à toutes les institutions potentiellement intéressées, en particulier les organisations internationales, intergouvernementales et non gouvernementales, pour observations. Sur la base des observations reçues, la Commission pourra ensuite évaluer toute autre mesure qu'elle souhaiterait prendre.

Annexe

Projet de la CNUDCI relatif à la fraude commerciale

RECONNAÎTRE ET PRÉVENIR LA FRAUDE COMMERCIALE

Indicateurs de fraude commerciale

TABLE DES MATIÈRES

I. Introduction . . . . . .
II. Qu'est-ce que la fraude commerciale? . . . . . .
III. Sujets apparentés . . . . . .
A. Corruption et concussion . . . . . .
B. Blanchiment de capitaux . . . . . .
C. Transparence . . . . . .
D. Meilleures pratiques . . . . . .
Indicateurs de fraude commerciale . . . . . .
Indicateur 1: Irrégularité des documents . . . . . .
Indicateur 2: Emploi abusif de termes techniques . . . . . .
Indicateur 3: Incohérences de la transaction . . . . . .
Indicateur 4: Usurpation de nom . . . . . .
Indicateur 5: Revenus disproportionnés . . . . . .

I. Introduction

Objectif et public visé

Dès 2002, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a tout d'abord voulu déterminer si les pratiques frauduleuses à caractère international avaient des conséquences économiques très graves pour le commerce mondial et portaient atteinte aux institutions commerciales légitimes. Dans le cadre d'une série de consultations d'experts et de représentants de gouvernements qui se rencontrent régulièrement pour lutter contre la fraude commerciale et représentent différentes régions, perspectives et disciplines, la CNUDCI a reconnu l'étendue de la fraude commerciale et de ses graves conséquences pour tous les pays, régions, économies et secteurs d'activité, quel que soit le niveau de développement économique ou le régime politique des pays considérés. Les réflexions sur les

réponses possibles à cette menace ont conduit à penser que la sensibilisation et la formation pouvaient jouer des rôles importants dans la prévention de la fraude, et que l'identification de signes communs précurseurs ou révélateurs et d'indicateurs de fraude commerciale pourrait être particulièrement utile dans la lutte contre la fraude

À cette fin, le secrétariat de la CNUDCI a rencontré au cours des années suivantes, des experts internationaux et des représentants gouvernementaux spécialistes en identification et prévention de la fraude commerciale, et a pu ainsi élaborer la liste ci-après de vingt-trois indicateurs de fraude commerciale. Ce projet visait globalement à appuyer la prévention de la fraude commerciale en mettant au point un document d'un abord simple, largement diffusé, présentant les indicateurs pour aider les victimes potentielles et leurs organisations à identifier les comportements susceptibles d'être associés à une fraude commerciale ou pouvant en être constitutifs. Les gouvernements et autres organes et organisations sont encouragés à diffuser ces matériels le plus largement possible et à inciter à leur utilisation dans la prévention de la fraude.

L'ambition de ce projet antifraude, outre la prévention de la perpétration de fraudes commerciales spécifiques par l'éducation et la sensibilisation, est de servir aussi trois objectifs globaux principaux. Premièrement, ces matériels sont destinés à identifier des modèles et des caractéristiques propres à la fraude commerciale, pour aider le secteur privé à lutter contre elle d'une manière organisée et systématique. Deuxièmement, nous avons l'espoir que les organes gouvernementaux trouveront une aide dans ces matériels qui cherchent à leur faire comprendre comment épauler les secteurs public et privé dans leur approche du problème de la fraude commerciale. Enfin, ces matériels pourront aider le secteur juridique, en lui permettant de mieux saisir comment inviter le plus efficacement possible le secteur privé dans la bataille contre la fraude commerciale.

Ces documents s'adressent aux particuliers, professionnels, gens d'affaire, organismes de surveillance, agents de l'État, parties en litige et, potentiellement, aux tribunaux d'arbitrage ainsi qu'aux juridictions compétentes dans les affaires de fraudes commerciales. Ils ne prétendent pas remplacer un texte législatif ou juridique, mais ont plutôt vocation à offrir un recueil d'orientations, d'éléments directifs et de références utiles à leurs utilisateurs. Les rédacteurs espèrent que des décideurs financiers et les personnes chargées de lutter contre la fraude commerciale pourront en tirer profit et y trouver matière à réflexion, qu'ils soient investisseurs ou acheteurs individuels, présidents directeur généraux, cadres de banques, responsables chargés de l'application des lois ou organismes de surveillance, conseils d'administration de n'importe quelle société, petite ou grande. Même les décideurs chargés de la distribution des aides ou des fonds d'urgence au nom de gouvernements ou d'organisations internationales auraient tout intérêt à valider ces indicateurs de fraude potentiels et rester vigilants à ce qu'ils leur apprennent. De plus, des tiers tels que les employés de banques ou d'autres entités, ou des professionnels contribuant à une opération ou un investissement, doivent être conscients qu'ils peuvent involontairement apporter leur aide à la perpétration d'une fraude en étant simplement aveugles aux indicateurs d'une fraude potentielle.

L'examen des divers indicateurs a révélé leur présence fréquente dans de nombreux cas, différents, de fraude potentielle, indépendamment du degré de complexité auquel le responsable financier place ses décisions, ou du niveau de développement

de l'économie concernée. Afin d'illustrer ce fait, les exemples donnés dans les présents documents pour chacun des indicateurs sont tirés de différents domaines de la pratique juridique et comportent différents types de victimes. Le but est de démontrer que les indicateurs sont conçus pour être applicables de façon universelle dans un contexte commercial ou administratif, indépendamment de l'identité ou du rôle de la victime potentielle, sa valeur nette, son niveau de sophistication ou sa situation géographique. L'unique point commun absolument certain entre ces victimes est leur vulnérabilité à la fraude, qui tient à leur rôle de décideurs financiers.

Il importe cependant de se souvenir que chacun des indicateurs, pris isolément ou en combinaison, n'a pas vocation à indiquer sans erreur possible la présence d'une fraude commerciale. Au contraire, la présence d'un unique signe révélateur devrait alerter quant à l'éventualité d'une fraude commerciale, tandis que la présence de plusieurs indicateurs devrait renforcer cette inquiétude.

Chaque indicateur est présenté de la même manière: l'indicateur est tout d'abord identifié, puis vient une description plus précise, qui a son tour est suivie par des exemples de cet indicateur tel qu'on le rencontre dans toutes sortes de contextes frauduleux. Suivent alors des conseils sur ce qui peut être fait pour éviter ou contrecarrer les répercussions du comportement identifié dans chacun des indicateurs, selon ce qui convient. Enfin, l'identification d'indicateurs discrets ne débouchant pas sur un exercice scientifique comportant des délimitations claires entre ces indicateurs, nombre d'entre eux peuvent, ou devraient, se chevaucher, et les présents documents comportent donc des systèmes de renvois vers d'autres indicateurs apparentés, le cas échéant.

Rappel

À sa trente-cinquième session, en 2002, la Commission a tout d'abord tenté de déterminer si le problème des pratiques frauduleuses à caractère international avaient des conséquences économiques très graves pour le commerce mondial et portaient atteinte aux institutions commerciales légitimes. Le sentiment était que les organismes internationaux n'avaient pas suffisamment abordé la question des pratiques frauduleuses qui portaient atteinte au commerce international, notamment leurs aspects commerciaux. Il a été avancé que la CNUDCI était bien placée pour étudier le phénomène de la fraude commerciale, car elle bénéficiait à la fois des points de vue de gouvernements et de compétences internationalement reconnues dans le domaine du commerce international, et avait une tradition de collaboration avec d'autres organisations internationales[1].

Pour évaluer l'étendue et les conséquences de la fraude commerciale et étudier d'éventuelles recommandations eu égard à des mesures futures, le secrétariat de la CNUDCI a convoqué en décembre 2002 une réunion d'experts représentant différentes régions, perspectives et disciplines, qui se réunissent régulièrement et luttent contre la fraude commerciale. À la suite de cette rencontre, le secrétariat de la CNUDCI a préparé et publié une note sur les travaux futurs possibles sur la fraude commerciale (A/CN.9/540), comme la CNUDCI l'avait demandé à sa trente-cinquième session. La note concluait qu'au vu des éléments rassemblés, la fraude

---

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 17 et rectificatif* (A/57/17 et Corr.3), par. 279 à 290.

commerciale constituait vraisemblablement une menace grave et potentiellement croissante pour le commerce international. Elle prenait également en compte certains facteurs dans la définition ou la description de la fraude commerciale, concluant que si aucune définition précise n'était actuellement disponible, il serait utile d'identifier et préciser les modèles courants de conduites commerciales frauduleuses. Enfin, la note laissait aussi penser qu'il existait une importante dimension commerciale indépendante de la fraude commerciale venant s'ajouter à celle de l'application du droit pénal et a soumis plusieurs recommandations à la CNUDCI eu égard aux travaux futurs.

À sa trente-sixième session, en 2003, la Commission a examiné cette note du secrétariat (A/CN.9/540). Elle a accueilli favorablement la recommandation d'organiser un colloque international pour permettre un échange d'idées entre les diverses parties intéressées, y compris des gouvernements, des organisations intergouvernementales et des organismes privés compétents sur les aspects de la fraude commerciale relevant du droit privé. Elle a aussi noté que ce colloque serait l'occasion de promouvoir un échange de vues avec le secteur du droit pénal et le secteur réglementaire qui combattent la fraude commerciale, et de recenser les activités susceptibles d'être coordonnées ou harmonisées[2].

Un colloque sur la fraude commerciale internationale a été tenu à Vienne du 14 au 16 avril 2004. Les quelque 120 orateurs invités et participants venant de 30 pays étaient des experts des différents domaines examinés et représentaient un éventail aussi large que possible des méthodes de lutte contre la fraude commerciale. De l'avis général, tout doute était dissipé quant à l'étendue de la fraude commerciale et à ses graves conséquences à l'échelle mondiale quel que soit le niveau de développement économique ou le régime politique des pays. Il a également été convenu que la sensibilisation et la formation jouaient un rôle de premier plan dans la prévention de la fraude et qu'il pourrait être particulièrement utile d'identifier des signes communs précurseurs ou révélateurs de la fraude commerciale. Les participants ont en outre estimé que les efforts de coopération au niveau local entre les services de détection et de répression et le secteur privé semblaient particulièrement efficaces et devaient être encouragés (voir A/CN.9/555, par. 3, 4, 25 à 28, et 62 à 71).

À sa trente-septième session, en 2004, la Commission a examiné le rapport du colloque établi par le secrétariat de la CNUDCI (A/CN.9/555) et est convenue qu'à des fins de sensibilisation, de formation et de prévention, il pourrait être utile d'élaborer des listes de caractéristiques communes aux pratiques frauduleuses classiques pour sensibiliser les acteurs du commerce international et d'autres cibles potentielles des fraudeurs. L'idée était que ces matériels aideraient les cibles potentielles à se protéger et à ne pas devenir victimes de pratiques frauduleuses. On a estimé que les organisations nationales et internationales désireuses de lutter contre la fraude commerciale pourraient être invitées à diffuser ces listes parmi leurs membres, pour permettre d'évaluer et d'améliorer celles-ci. Bien qu'il n'ait pas été proposé que la CNUDCI ou ses groupes de travail intergouvernementaux participent directement à cette activité, il a été convenu que le secrétariat de la CNUDCI

---

[2] Ibid., *cinquante-huitième* s*ession, Supplément n° 17* (A/58/17), par. 240 et 241.

devrait envisager d'élaborer, en étroite consultation avec des experts, des listes de caractéristiques communes aux pratiques frauduleuses classiques[3].

À sa trente-huitième session, en 2005, la CNUDCI a réitéré son soutien à ce projet[4], et à sa trente-neuvième session, en 2006, elle a approuvé la démarche générale adoptée pour l'élaboration de ces documents, ainsi que l'indique une note du secrétariat (A/CN.9/600)[5].

Pour de plus amples renseignements, voir le site Internet de la CNUDCI: www.uncitral.org.

II. Qu'est-ce que la fraude commerciale?

Il ne serait pas souhaitable d'énoncer une définition strictement légale de la fraude commerciale à la lumière des buts et objectifs des présents documents, et une telle définition n'autoriserait pas une souplesse suffisante pour l'ample usage auquel ils sont destinés. Pourtant, une définition descriptive, mettant en relief les principaux éléments de la fraude commerciale, pourrait s'avérer utile aux utilisateurs des présents documents.

Les éléments ci-après sont essentiels à l'identification de la fraude commerciale:

1) Le dol ou l'apport d'informations inexactes, incomplète ou équivoques;

2) Le fait de s'être fondé sur le dol ou les informations apportées ou omises entraîne la cible de la fraude à se défaire d'un bien qui lui appartient ou à abandonner un droit légal;

3) La fraude présente une dimension et une échelle économique graves;

4) La fraude utilise les systèmes commerciaux et leurs instruments légitimes, en abuse, les compromet ou les falsifie d'une manière susceptible d'avoir un impact international;

5) Une perte de valeur en résulte.

En outre, le terme de "fraudeur" est utilisé ici pour désigner une personne perpétrant ou tentant de perpétrer une fraude.

III. Sujets apparentés

Dans un souci de concision, les présents documents laissent de côté un certain nombre de questions graves liées à la fraude commerciale, mais aussi parce que ces questions ont été et continuent d'être traitées dans d'autres forums ou par d'autres organisations. On trouvera ci-après une liste non exhaustive des problèmes envisagés et quelques pistes pour des informations plus approfondies. Ces sources d'information se limitent aux organisations internationales mais il importe d'observer que de nombreux organes nationaux officiels et organisations non

---

[3] Ibid., *cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 110 à 112.
[4] Ibid., *soixantième session, Supplément n° 17* (A/60/17), par. 220.
[5] Ibid., *soixantième et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 217.

gouvernementales ont travaillé aussi dans ces domaines, et il est possible de se tourner vers ces entités pour de plus amples informations.

A. Corruption et concussion

L'organisation Transparency International a défini la corruption comme un abus d'une position publique en vue d'un bénéfice personnel. Ont été différenciées aussi des notions telles que la corruption "en vue d'une action légale" et la corruption "en vue d'une action illégale", la première consistant en versements de facilitation, le pot-de-vin servant à obtenir un traitement préférentiel pour une mesure que le bénéficiaire de cet argent est légalement tenu de prendre, tandis que la seconde consiste en pots-de-vin visant à obtenir des services que le bénéficiaire n'a pas le droit légal d'accorder.

Un certain nombre d'organisations internationales ont adopté des instruments, notamment des conventions, visant à lutter contre la corruption et la concussion. Ces organisations sont entre autres: les Nations Unies; l'Union africaine; le Conseil de l'Europe; l'Union européenne; la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest; l'Organisation des États américains; l'Organisation de coopération et de développement économiques.

Il existe une grande quantité d'informations sur la corruption et la concussion, notamment des documents sur la manière de les combattre. Voici quelques-unes de ces nombreuses sources d'information:

- Transparency International; www.transparency.org
- Office des Nations Unies contre la drogue et le crime; www.unodc.org
- Organisation de coopération et de développement économiques; www.oecd.org
- Organisation des États américains; www.oas.org
- Banque Mondiale; www.worldbank.org

B. Blanchiment de capitaux

Le blanchiment de capitaux peut être décrit comme la pratique consistant à s'engager dans des opérations financières spécifiques destinées à dissimuler l'identité, le cheminement, et/ou la destination de l'argent. Un certain nombre de règles nationales et internationales ainsi que des programmes ont été élaborés pour lutter contre le blanchiment de capitaux.

De très nombreuses informations sont disponibles aussi, sur le blanchiment des capitaux, tant aux plans national qu'international. On se référera par exemple à:

- Financial Action Task Force; www.fatf-gafi.org
- International Bar Association Anti-Money-Laundering Forum; www.anti-moneylaundering.org

C. Transparence

La “transparence” est définie sur le site Internet de Transparency International comme un principe qui permet à toute personne touchée par une décision administrative, une opération commerciale ou une action caritative de connaître non seulement les faits et les chiffres fondamentaux, mais aussi les mécanismes et les processus par lesquels les décisions ont été prises et les opérations lancées. Il est précisé en outre que les fonctionnaires, gérants et mandataires ont le devoir d’agir au grand jour, de façon prévisible et compréhensible.

Par principe toute opération est censée se dérouler dans une transparence véritable qui, si elle est réalisée, devrait aboutir à prévenir et éviter la fraude commerciale.

Pour de plus amples renseignements, on pourra se référer à:

- Transparency International; www.transparency.org

D. Meilleures pratiques

Les “meilleures pratiques” sont, en l’occurrence, les techniques, méthodes, processus, moyens d’action ou autres, utilisés par des organisations publiques ou privées de grand renom, qui ont vocation à prévenir ou détecter la fraude commerciale, et qui devraient être adoptés par des entités telles que les sociétés ou les établissements financiers, et utilisés de façon cohérente par leurs employés. Lorsque ces démarches sont respectées et que les processus, contrôles et tests appropriés ont été mis en place, ces systèmes devraient grandement contribuer à la prévention ou à la détection des fraudes. Les entités et organisations devraient veiller à étudier et adopter, parmi les meilleures pratiques, celles les mieux adaptées à leurs opérations, et devraient les faire étudier par leurs organisations professionnelles ou bien consulter des spécialistes du secteur privé.

1) Gouvernement d’entreprise

L’expression “gouvernement d’entreprise” recouvre l’ensemble des mécanismes, lois, politiques et institutions qui influent sur la manière dont une entreprise est dirigée, administrée et contrôlée, et met en jeu l’ensemble des relations entre les gestionnaires de l’entreprise, son conseil d’administration, ses actionnaires et autres parties prenantes. Au centre même du gouvernement d’entreprise apparaissent des questions comme l’honnêteté, la transparence, les obligations fiduciaires et celle de rendre comptes de ses actes.

La mise en place et le respect de ces principes de bon gouvernement d’entreprise devrait grandement aider la prévention de la fraude commerciale relative aux sociétés et à d’autres parties prenantes, ceci avec l’aide des employés.

De nombreux documents ont été publiés sur ce sujet et l’on pourra se référer aussi aux sources suivantes:

- Organisation de coopération et de développement économiques; www.oecd.org

2) Politiques de recours aux informateurs

Un “informateur” est une personne, généralement un initié, qui révèle au public ou à des détenteurs de pouvoir une malversation interne à une organisation. Les politiques de recours aux informateurs font en sorte d’apporter la protection nécessaire à ceux qui souhaitent signaler des écarts par rapport aux normes légales ou éthiques propres aux entreprises. On peut y parvenir, par exemple, au moyen de services d’appels téléphoniques confidentiels ou de sites intranet grâce auxquels les employés et les partenaires d’affaires peuvent faire part de leurs inquiétudes ou transmettre des informations. Pour que de tels services soient efficaces, il faut absolument que les inquiétudes authentiques soient écoutées et débouchent en temps opportun sur des actes du comité responsable.

L’adoption d’une politique adéquate de recours aux informateurs par une organisation, et la sensibilisation des employés à l’existence et à l’anonymat de ces procédés, peut grandement contribuer à la détection de la fraude ou des malversations au sein même de cette organisation.

Ici encore, beaucoup d’écrits existent sur ce sujet, ceux par exemple de:

- Transparency International; www.transparency.org

3) Rôle des auditeurs internes et externes

L’audit interne correspond à une mesure objective de garantie et de conseil destinée à ajouter de la valeur et au fonctionnement d’une organisation et à l’améliorer. Il aide cette organisation à réaliser ses objectifs en lui apportant une démarche systématique et rigoureuse d’évaluation et d’amélioration de l’efficacité de la gestion et de la maîtrise des risques, ainsi que des mécanismes de gouvernance. Les auditeurs internes sont des employés de l’entité et font rapport à un auditeur général ou en chef qui, à son tour, soumet son rapport au comité des audits du Conseil d’administration.

Un audit externe est réalisé par des auditeurs professionnels qui procèdent à l’audit des déclarations financières d’une société, d’un particulier ou d’une autre organisation, sa caractéristique essentielle étant qu’il est indépendant de l’entité contrôlée. L’audit externe fait également rapport auprès du Conseil d’administration d’une organisation, et une législation spécifique peut aussi l’obliger à présenter ses conclusions à des organes officiels.

Les deux types d’audits sont utiles et recommandés pour détecter une activité frauduleuse et pour contribuer à sa prévention.

Ici encore, on consultera:

- Transparency International; www.transparency.org
- Organisation de coopération et de développement économiques; www.oecd.org

Indicateurs de fraude commerciale

Indicateur 1 Irrégularité des documents

Indicateur 2 Emploi abusif de termes techniques

Indicateur 3 Incohérences de la transaction

Indicateur 4	Usurpation de nom
Indicateur 5	Revenus disproportionnés
Indicateur 6	Maintien déraisonnable du secret
Indicateur 7	Complexité ou simplisme excessif des opérations
Indicateur 8	Manquement à la diligence raisonnable
Indicateur 9	Mesures d'incitation viciées
Indicateur 10	Tromperie et incitations psychologiques
Indicateur 11	Dysfonctionnements dans les contrôles préventifs suite à des crises
Indicateur 12	Virement de fonds immédiat, rapide ou irrévocable
Indicateur 13	Source de remboursement douteuse ou inconnue
Indicateur 14	Aspects ou explications irrationnels ou illogiques
Indicateur 15	Fraude fondée sur des alliances ou des relations personnelles
Indicateur 16	Fraude par des employés ou les impliquant
Indicateur 17	Implication ou participation inhabituelle de professionnels
Indicateur 18	Demandes d'information abusives
Indicateur 19	E-mails non sollicités et usage abusif des technologies apparentées
Indicateur 20	Mode de commercialisation pyramidale ou à paliers multiples
Indicateur 21	Fraudes mettant en jeu des biens et des services
Indicateur 22	Fraude sur les titres et usage abusif du marché
Indicateur 23	Usage abusif des procédures sur l'insolvabilité

Indicateur 1: Irrégularité des documents

Les fraudes commerciales entraînent presque toujours la délivrance ou l'utilisation de documents, ou la confiance en des documents qui ne sont pas normalement ou de façon caractéristique utilisés dans le type d'opération auquel ils sont censés se rapporter, ou de documents qui contiennent des irrégularités détectables, soit directement, soit lorsqu'ils sont lus à la lumière de tous les documents présents à l'appui du projet.

Explication:

À l'instar des opérations légitimes, les fraudes commerciales impliquent l'utilisation de nombreux documents qui expliquent, rappellent et reflètent l'opération. Cependant, les documents utilisés dans les fraudes commerciales diffèrent souvent de ceux utilisés dans les opérations légitimes, soit parce qu'ils ne sont pas correctement rédigés, soit parce qu'ils contiennent certains éléments destinés à inciter à l'investissement, à renforcer la crédibilité du fraudeur, à expliquer les revenus extraordinaires qu'annonce ce dernier, ou mettent en place des procédures inhabituelles. Il est souvent possible de déterminer la probabilité ou la présence d'une fraude commerciale en identifiant ces aspects irréguliers. Les documents

utilisés à l'appui d'une fraude commerciale peuvent être authentiques, frauduleux, contrefaits, ou fictifs, et peuvent être délivrés ou authentifiés, convenablement ou non, par des institutions ou des particuliers. Des professionnels peuvent parfois être impliqués dans leur création ou leur authentification.

Exemples:

- Les documents pouvant être utilisés dans le cadre d'une fraude commerciale sont, entre autres des:
  - Documents authentiques;

    Illustration 1-1: Ces documents peuvent être des études d'organisations; des lettres d'introduction; des attestations écrites précisant qu'une personne déterminée détient un compte de l'établissement ou est cliente de l'établissement; un contrat élaboré par un juriste; une télécommunication authentifiée, un virement de fonds, ou par SWIFT.
  - Documents fictifs non utilisés dans le commerce légitime;

    Illustration 1-2: Exemples de tels documents: "irrevocable SWIFT" (SWIFT irrévocable); "UCP500 Forfait Transaction" (transaction forfaitaire UCP500); ou "Grain Warrants" (titre au porteur sur du grain).
  - Documents contrefaits ou frauduleux;

    Illustration 1-3: Un employé imite la signature d'un directeur de banque, sur une lettre fournie par le fraudeur.

    Illustration 1-4: Les documents communément contrefaits ou frauduleux contiennent par exemple une signature contrefaite ou une fausse description des marchandises sur un connaissement; une garantie bancaire; des documents couverts par une lettre de crédit commerciale; des rapports d'audit inexacts.
  - Contrefaçons de documents authentiques.

    Illustration 1-5: Les documents couramment contrefaits peuvent être des certificats d'actions; obligations; billets à ordre; des certificats de dépositaire de métaux précieux; certificats d'entrepôts; contrats de marchés publics; tous, peuvent servir à inciter à l'investissement dans une opération frauduleuse ou hypothéquée, pour obtenir une extension de crédit de la part d'un établissement financier légitime.
- Les établissements légitimes ou leurs employés peuvent, en connaissance de cause ou involontairement, être amenés à délivrer ou vérifier des documents légitimes ou illégitimes qui sont ensuite utilisés pour renforcer le mécanisme frauduleux. Des audits électroniques peuvent aussi être demandés.

  Illustration 1-6: Il est demandé à un employé de délivrer ou authentifier un document que cet employé, ou cet établissement, n'a pas l'habitude de délivrer. Ou encore, le demandeur du document sollicite l'inscription de mentions inusitées telles que "fonds d'origine non illégale", ou demande l'insertion de termes commerciaux légitimes tels que le client est "prêt, volontaire et capable" (RWA) pour l'opération envisagée. L'employé a l'obligeance d'assister le client mais ne comprend pas le document ou les

mentions, et ces documents servent ensuite à renforcer la crédibilité de la fraude.

Illustration 1-7: Un employé authentifie un document préparé par un client sur les formulaires d'une banque ou d'une société. Bien que l'employé ait pour seule intention d'authentifier la signature ou l'identité du client, le document contient des déclarations qui servent à conforter la crédibilité en indiquant que la banque ou la société attestent ce qui est dit dans le document.

- Les irrégularités contenues dans les documents utilisés par la fraude commerciale peuvent être dues ou liées à des gens de métier.

  Illustration 1-8: Un juriste, un comptable ou un autre spécialiste, prépare des documents à la demande d'un client au sujet d'une opération que ce spécialiste ne regarde pas de près ou ne comprend pas, et qui n'a aucun sens économique, ou autre. Le fraudeur a souvent besoin du professionnel pour crédibiliser son projet. Accepter de contresigner ou de confirmer un document présigné peut, tout particulièrement, faciliter une opération frauduleuse.

- On peut suspecter une fraude commerciale dans les cas suivants:
  - Absence de documentation adéquate;

    Illustration 1-9: L'existence de seulement quelques documents mal rédigés pour une transaction importante; ou d'un prêt bancaire sans plan commercial de remboursement.

  - Documents délivrés par une entité commerciale authentique mais contenant des irrégularités liées à leur délivrance;

    Illustration 1-10: Un employé d'affrètement maritime est sollicité pour signer et postdater un document stipulant que des marchandises qui ne sont pas encore arrivées ont été reçues, sur la foi des propos de l'interlocuteur selon lequel les marchandises seront reçues à cette date. Cet interlocuteur utilise ensuite le document pour obtenir un paiement, même en l'absence définitive de livraison.

    Illustration 1-11: Un vendeur d'un bien immobilier ou mobilier est prié d'ajuster le prix d'achat déclaré pour le bien en question de sorte que l'acheteur puisse augmenter le montant susceptible d'être emprunté ou diminuer la charge fiscale afférente à l'opération ou à la propriété.

  - Irrégularités internes et incohérences dans les documents;

    Illustration 1-12: Un document relatif à une opération sophistiquée ou concernant une somme importante contient des fautes d'orthographe ou grammaticales, ou des graphiques d'apparence non professionnelle, ou une présentation non soignée.

    Illustration 1-13: Des mentions ou des termes bizarres dans des documents authentiques, notamment: "NC/ND"; un document qui n'est pas une lettre de crédit est dit être soumis aux pratiques de l'UCP500; l'exécution dans "un an et un jour" ou "un mois et un jour"; la référence aux "jours, heures, secondes bancaires internationaux".

Illustration 1-14: Une opération pour un montant important, disproportionné à la situation ou à la personne concernée, comme une petite banque aux avoirs de 75 millions de Livres Sterling émettant un document de 100 millions de Livres Sterling.

– La présence d'un document qui n'a pas de sens en lui-même ou qui n'en a pas non plus par rapport à d'autres documents mis en jeu dans l'opération;

Illustration 1-15: Dans une transaction censée concerner la vente de garanties indépendantes, un document présenté a trait à l'affacturage.

– La présence d'intitulés incorrects ou inhabituels dans les documents;

Illustration 1-16: Ce qui est censé être une lettre de crédit est intitulé "accord hypothécaire" et contient une promesse de payer des fonds au porteur.

– Des documents absents dans le cours normal des affaires.

– L'apparence inhabituelle ou la texture d'un instrument financier;

Illustration 1-17: Document présentant une typographie manquant de netteté, un papier de mauvaise qualité, des fautes d'orthographe ou un aspect ou des graphiques non professionnels.

– Les documents antidatés ou postdatés;

Illustration 1-18: Un connaissement indiquant que les marchandises sont chargées à bord d'un navire est délivré à une date précédant d'une semaine la date à laquelle les marchandises sont dites avoir été chargées.

– Des modifications dans la documentation existante, qui transforment fondamentalement ou inexplicablement la nature de la transaction.

Illustration 1-19: L'opération est annoncée comme une transaction relative au commerce du sucre et, prétendument en conséquence d'une difficulté, les documents sont soudain basculés pour concerner une vente d'acier.

Illustration 1-20: La documentation, qui était une garantie indépendante, devient soudain un billet à ordre.

Conseils:

- Il convient de rassembler par avance une documentation complète sur l'investissement envisagé et tout élément ou aspect inhabituel qui n'est pas compris quant à la forme, au contenu ou à l'authenticité des documents devrait être examiné, en particulier lorsque l'investissement met en jeu des instruments financiers.
- Lire attentivement les documents présentés à l'appui d'un investissement et se souvenir qu'ils doivent être cohérents avec l'opération dans son ensemble.
- Les documents ne doivent être ni antidatés ni postdatés et les dates qui y apparaissent doivent être cohérentes.

- Les documents présentés à l'appui d'un projet de transaction commerciale ne doivent pas suffire à ce qu'on leur prête foi sans avoir pris en considération leur contenu, leur objectif et leur source.
- Se renseigner pour établir si le document appartient à un modèle couramment délivré.
- Une formule de type général telle que "À qui de droit" devrait susciter une attention toute particulière.
- Ne pas présupposer l'authenticité des en-têtes de lettres de sociétés ou d'organisations célèbres, qui peuvent avoir été reproduits à l'aide d'une imprimante laser.
- Vérifier les signatures.
- S'assurer que les professionnels employés comprennent bien les documents qu'ils sont en train de préparer ou de vérifier.
- Exercer une diligence raisonnable: eu égard aux documents et à leur contenu, consulter des sources d'information indépendantes ou des services juridiques, de gestion des risques ou de sécurité.
- Si, dans une transaction, un document est plus particulièrement désigné comme une pièce maîtresse, il doit être présenté.
- Les précautions les plus grandes doivent être prises si l'on s'engage dans une opération utilisant ou s'appuyant toujours en matière commerciale sur des documents qui, en l'occurrence, sont irréguliers ou incomplets.
- Ne jamais donner procuration à des inconnus.
- Ne pas signer, délivrer ou authentifier des documents inhabituels, non compris, qui ne sont pas signés habituellement par la personne ou l'établissement à qui cette signature est demandée, ou si l'objectif n'est pas compris.
- Ne pas signer un document incomplet ou écrit dans une langue autre que celle comprise.
- Ne jamais signer ou délivrer une déclaration que l'on sait, ou que l'on soupçonne, être mensongère.
- Vérifier si la personne qui demande le service est un client régulier.
- Il peut être prudent d'indiquer dans le corps du document lui-même l'objectif pour lequel le document a été préparé afin de parer si possible à une utilisation abusive ultérieure.
- Être prudent, lors de la délivrance de documents inhabituels, en particulier lorsque le texte en est fourni par le demandeur.
- Utiliser les formulaires agréés par les services juridiques, de gestion des risques ou de sécurité.
- S'il est présenté avec un instrument financier peu courant sur le marché, comme un certificat d'action échangé sur un marché étranger, faire examiner le document par un expert réputé dans le domaine, un agent de change renommé par exemple.

Voir aussi: Indicateur 3 – Incohérences de la transaction; Indicateur 4 - Usurpation de nom; Indicateur 6 – Maintien déraisonnable du secret; Indicateur 8 - Manquement à la diligence raisonnable; Indicateur 17 – Implication ou participation inhabituelle de professionnels; Addendum 1 – Exécution avec la diligence raisonnable.

Indicateur 2: Emploi abusif de termes techniques

Les fraudes commerciales abusent des termes techniques en faisant appel à un terme véridique dans un contexte non approprié ou en inventant un terme pompeux pour acquérir de la crédibilité, voiler les aspects non vraisemblables de l'opération, impressionner ou intimider les victimes ou leurs conseillers.

Explication:

Le commerce et la finance modernes sont complexes et utilisent couramment des termes spécialisés pour une opération ou son financement. Les fraudes commerciales ont fréquemment recours à ces mêmes termes pour donner l'impression que l'opération est authentique, pour impressionner ou intimider les victimes, ou pour couvrir leur incapacité à expliquer les incohérences ou les aspects illégaux de l'opération. Les fraudeurs étant rarement eux-mêmes des experts, ils utilisent souvent ces termes spécialisés mal à propos, trahissant ainsi le caractère non authentique de la transaction. Des opérations légitimes peuvent occasionnellement contenir des erreurs qui ne sont pas vitales pour la transaction et, lorsqu'une utilisation erronée est rare ou qu'une erreur est marginale par rapport à la nature du projet, les risques que cela indique une fraude commerciale sont donc moindres. Cependant, lorsque ce mauvais usage concerne une modalité essentielle au projet, et lorsqu'elle est cohérente et fréquente, l'opération risque de ne pas être légitime.

Exemples:

- Des termes techniques peuvent être utilisés de façon abusive pour:
  - Impressionner ou faire taire la victime;

    Illustration 2-1: Le fraudeur se lance dans un exposé précis mais faussé du contexte macroéconomique afin de renforcer la crédibilité de l'investissement.

    Illustration 2-2: Le fraudeur fait référence à de grands accords ou programmes internationaux tels que les accords de Bretton Woods ou le plan Marshall pour expliquer les grandes lignes du projet.
  - Justifier l'inexplicable en recourant à une terminologie technique;

    Illustration 2-3: Des fonds se trouvant sur un compte sont présentés comme ne courant pas de risque parce qu'ils seront "scannés" par la banque commerciale, mais ne seront affectés d'aucune autre manière.
  - Excuser un manquement à une promesse d'exécution;

    Illustration 2-4: Les règles nationales telles que les lois sur la fiscalité, ou celles relatives aux systèmes électroniques de virements de fonds sont

invoquées pour expliquer pourquoi les “affaires” ou le paiement sont retardés, ou pourquoi le fraudeur réclame des fonds complémentaires.

– Susciter chez la victime une confiance excessive dans les connaissances apparemment supérieures du fraudeur.

Illustration 2-5: Le fraudeur rationnalise les revenus disproportionnés du plan en se fondant sur une analyse économique qui explique comment, d’après lui, les banques font affluer l’argent.

- Les termes techniques utilisés à mauvais escient peuvent soit exister et être utilisés correctement par ailleurs, soit être utilisés abusivement ou dans un contexte inapproprié, soit encore être totalement fantaisistes.

Illustration 2-6: Des termes très réels comme “affacturage” ou “forfait” peuvent être utilisés de manière erronée.

Illustration 2-7: L’investissement est présenté comme impliquant l’échange de garanties indépendantes qui existent véritablement, mais ne sont pas “échangées”.

Illustration 2-8: L’investissement est présenté comme revêtant une forme spécifique, telle que “formulaire CCI 1020”, mais ce formulaire n’existe pas.

Illustration 2-9: Le fraudeur utilise abusivement ou déforme des termes techniques ou scientifiques légitimes, comme par exemple cette fraude réussie dans l’industrie du pétrole et du gaz qui invoquait le procédé fictif de la fracturation “sonique” à l’azote pour augmenter la production pétrolière et gazière.

- Des termes techniques peuvent aussi être abusivement utilisés de différentes manières:

– À différents stades du projet;

Illustration 2-10: Ils peuvent par exemple être utilisés pour persuader l’investisseur, obtenir des fonds, déclencher le transfert du contrôle des biens, pour expliquer pourquoi les paiements sont retardés ou empêcher l’investisseur de prendre contact avec les autorités.

– Au-delà de leur objectif, afin de valider une opération.

Illustration 2-11: Les fraudes commerciales utilisent souvent des termes techniques propres aux virements de fonds pour donner un masque de légitimité à la transaction, alors qu’ils n’ont d’autre but que d’indiquer qu’un message particulier a été envoyé, sans pour autant authentifier son contenu.

Conseils:

- Ne pas être intimidé ou impressionné par l’utilisation de termes techniques et de jargon.
- Insister pour obtenir une explication claire, quel que soit le niveau de sa propre connaissance ou d’expertise.

- Comprendre tous les aspects de l'opération avant de procéder à l'investissement.
- Dans l'exercice d'une diligence raisonnable, ne pas se contenter de l'existence d'un terme technique particulier comme une "lettre de crédit stand-by", mais s'assurer que ce terme technique est utilisé à bon escient ou que son rôle dans la transaction et ce contexte est correct.
- Vérifier l'existence et l'application de toute loi au titre de laquelle des taxes, charges et autres sommes seraient véritablement dues.
- Les employés devraient être instruits des termes et expressions communément utilisés de façon abusive.
- Au sein d'une organisation, l'employé le plus apte devrait être consulté à propos d'une opération spécialisée, ou devrait faire partie de l'équipe de négociation ou d'examen des documents.

Voir aussi: Indicateur 6 – Maintien déraisonnable du secret; Indicateur 8 – Manquement à la diligence raisonnable; Addendum 1 – Exercice de la diligence raisonnable.

Indicateur 3: Incohérences dans la transaction

Dans leurs tentatives de mimer les divers aspects des opérations authentiques, les fraudes commerciales se chargent souvent de fausses déclarations ou de déclarations contradictoires sur des éléments essentiels, omettent des éléments essentiels ou présentent d'autres incohérences graves.

Explication:

Les opérations commerciales se déroulent dans le cadre de systèmes réglementés; de multiples aspects, documents, détails, et déclarations entrent en cohérence les uns avec les autres et, pris dans leur ensemble, reflètent la portée et l'objectif de la transaction. Une incohérence ou des incohérences répétitives ne résultant pas d'une modification convenue de la transaction n'ont aucune place dans le cadre des transactions commerciales légitimes. Les participants à l'opération comprennent les documents et leurs détails et vérifient la cohérence de chaque aspect dans le contexte de la transaction. C'est sur cette base qu'ils peuvent, en confiance, accepter les obligations découlant de la transaction et du contrat.

Dans une fraude sophistiquée, les incohérences peuvent ne pas être évidentes, lorsque, par exemple, des professionnels travaillant dans des cabinets d'avocats, de comptables ou dans des banques d'apparence respectable, peuvent avoir été induits en erreur par un fraudeur, et avoir malgré eux aidé à la création d'une documentation frauduleuse. Cependant, dans un projet classique où ils sont à la recherche d'une victime potentielle, les fraudeurs se soucient généralement peu des réalités des transactions. En fait, ils peuvent même créer intentionnellement des incohérences dans l'espoir que les personnes les mieux informées s'éloigneront, ne laissant que les victimes potentielles les plus vulnérables. De plus, les fraudeurs ne se préoccupent pas de la cohérence d'ensemble de tous les aspects de la transaction. Ils utilisent souvent de vieux schémas de fraudes, élaborés par d'autres, des décennies auparavant, et adaptent simplement ces vieux modèles à l'Internet, ou remplacent des dénominations anciennes par des instruments fictifs inventés mais

d'aspect moderne, tels que des "certificats anti-terrorisme/répression des drogues" et peuvent être ignorants des incohérences internes de la fraude. Il est rare que les fraudeurs soient experts dans les secteurs de l'investissement ou des affaires que visent leurs fraudes et, manquant de ces expertises, ils peuvent constituer involontairement les incohérences de la transaction à l'intérieur de tel ou tel document ou entre les documents, à moins qu'il n'y ait des incohérences entre ce qui est écrit et ce qui est dit, en diverses occasions.

Exemples:

- La nature des marchandises change en fonction du document examiné.

  Illustration 3-1: Dès l'abord, une transaction suppose les envois d'une marchandise mais, sans aucune explication commerciale, les marchandises vendues sont décrites comme une denrée différente dans la documentation ultérieure.

- Ce qui est écrit ou dit est dénué de logique ou de sens commun.

  Illustration 3-2: Les marchandises décrites dans la transaction, ou un instrument financier invoqué dans cette dernière, n'existent pas ou ne font pas l'objet d'une commercialisation.

  Illustration 3-3: Une facture fait état d'un transport océanique, mais le document de transport n'évoque qu'un transport ferroviaire ou routier.

  Illustration 3-4: Le premier document se réfère à la société "ABC" tandis que des documents ultérieurs parlent de la société "XYZ", ou bien une société peut garantir le premier document, tandis qu'une autre garantit le second.

  Illustration 3-5: Les numéros de conteneurs ou de scellés inscrits sur les connaissements ou autres documents de transport sont suspects ou ne correspondent pas aux systèmes corrects de codification en lettres ou en chiffres.

- Certaines commandes sortent du contexte de l'historique global de la transaction.

  Illustration 3-6: Une quantité inhabituelle du même produit est commandée avec demande de livraison pour le lendemain à envoyer à une adresse postale.

Conseils:

- Lire les documents avec un esprit critique, prendre des notes détaillées pour toute affirmation verbale, et exiger que chacune soit intégrée aux documents.
- L'exercice d'une diligence raisonnable consiste à ne pas se fier uniquement aux documents présentés.
- Poser des questions sur les incohérences et ne pas accepter les réponses ou les excuses faciles. Lorsque des incohérences sont pointées, les explications suspectes ou illogiques peuvent indiquer une fraude.

- La présence d'incohérences est inhabituelle; la présence non explicitée d'incohérences est fortement exceptionnelle; les deux situations peuvent signaler une fraude.
- Si une transaction ou une mesure ne tiennent pas à l'analyse du simple "bon sens" d'une personne, cela suffit à estimer que l'affaire est suspecte et à justifier l'exercice d'une diligence raisonnable.

  Voir aussi: Indicateur 1 – Irrégularité des documents; Indicateur 8 – Manquement à la diligence raisonnable; Indicateur 14 – Aspects ou explications irrationnels ou illogiques; Indicateur 21 – Fraudes mettant en jeu des biens et des services; Addendum 1 - Exercice de la diligence raisonnable.

Indicateur 4: Usurpation de nom

Le promoteur d'un projet frauduleux cherche souvent à rehausser sa crédibilité personnelle ou celle du projet en y associant les noms de personnes ou d'organisations connues, ou vraisemblablement connues, de la personne ou de l'entité à laquelle le projet est présenté.

Explication:

Les noms, en particulier les noms réputés ou influents dans le domaine, sont usurpés de plusieurs manières dans les fraudes commerciales. De même, les noms, les logos, les marques de commerce, les accroches publicitaires et les symboles d'une société ou autre entité peuvent servir à perpétrer une fraude. Un fraudeur peut laisser penser que des individus connus dans ce domaine ont examiné et approuvé le projet de transaction, faisant ainsi penser à la victime que le plan frauduleux est crédible, valide et applicable. Un fraudeur peut introduire ou promouvoir un projet en se prévalant de relations fausses ou exagérées avec une personne ou une entité connues de la victime ou de ses conseillers. Il/elle peut s'arroger le nom d'une personne ou d'une entité, ou suggérer qu'il/elle lui est associée, ou peut simplement adopter le nom d'une autre personne ou entité pour cacher sa propre identité.

Exemples:

- Les noms utilisés dans le cadre d'une fraude commerciale peuvent être ceux de:
  - Personnes ou organisations connues;

    Illustration 4-1: Un fraudeur prétend être le protégé du directeur de la Banque centrale d'un pays ou d'un ministère ou autre organe semblable, qui est censé avoir apporté ses conseils au projet, son rôle et/ou son identité n'étant cependant pas révélés.

    Illustration 4-2: Le fraudeur présente la victime potentielle à un parent réel ou prétendu d'une personnalité telle que le Premier ministre ou un Président d'un pays, qui souhaiterait se porter garant du fraudeur ou de la transaction prévue.
  - Particuliers biens connus de la victime potentielle ou de ses conseillers;

    Illustration 4-3: Le fraudeur affirme que le partenaire d'affaires ou l'ami de la victime potentielle a participé à la transaction, ce qui est faux.

– Règles et organisations bien connues.

Illustration 4-4: La documentation fournie par le fraudeur mentionne les Nations Unies, ou le Fonds Monétaire International, ou la Chambre de Commerce Internationale, mais ne donne aucune explication quant à leur relation à la transaction. D'autres références peuvent aussi apparaître, comme les Règles de la CCI, l'UCP500, ou SWIFT lorsque la nature de la transaction ne correspond pas aux règles citées ou, plus généralement, la participation ou l'agrément d'autres autorités, bancaires ou autres, "fédérales", "nationales" ou internationales.

- Il y a peut-être fraude commerciale lorsque:

  – Le porteur de la transaction donne des instructions concernant des particuliers ou des entités avec qui la victime potentielle peut désirer entrer en contact pour vérifier l'authenticité de l'opération:

  Illustration 4-5: Le fraudeur suggère qu'une entité internationale gouvernementale approuve les transactions du type mis en avant. Cependant, le fraudeur avertit la victime potentielle que si elle entre en contact avec cet organisme pour s'informer sur la transaction, l'entité sera contrainte d'en nier la légitimité.

  Illustration 4-6: Le fraudeur laisse penser que le président d'une grande banque a approuvé son opération et propose à la victime potentielle de contacter le président pour discuter de la transaction, allant jusqu'à fournir le numéro de téléphone du président ainsi que son adresse électronique. Cependant, c'est le fraudeur ou un complice qui répond aux questions de la victime potentielle, et qui la rassure quant à la légitimité de l'opération.

  – La victime potentielle ne peut vérifier que les références présentées par le fraudeur viennent effectivement à l'appui de la transaction:

  Illustration 4-7: Le fraudeur affirme qu'une célébrité ou un champion sportif a investi dans la soi-disant opération du fraudeur. La victime ne pouvant pas prendre directement contact avec cette célébrité pour discuter des opérations financières, la référence ne peut être vérifiée.

  – Les numéros de téléphone donnés pour vérifier l'information sont des numéros de téléphone portable, ou ne correspondent pas géographiquement à l'adresse donnée.

Conseils:

- Il convient de mener une étude indépendante quant à ces supposés parrainages. La plupart des organisations connues ont un service d'information du public auprès duquel il est possible de se référer pour comparer ces déclarations et documents, aux fins de comparaison et pour contrôler leur bien-fondé. Noter cependant que des plans élaborés peuvent aussi comporter la création de faux sites Internet, miroirs du site authentique d'une organisation, qui peuvent fournir de fausses informations sur le plan concocté.

- Une occasion valable d'investissement doit être prise en compte pour sa valeur propre et non reposer sur de prétendus liens avec des personnes ou des entités célèbres.
- Ne pas se accorder sa confiance et ne pas faire d'hypothèse à partir du recours à des noms et des réputations de prétendus soutiens ou investisseurs antérieurs, sans enquêter et examiner plus en profondeur.
- Dans les pays ou les situations où il est difficile d'enquêter sur les relations personnelles secrètes de personnes ou d'organisations puissantes, l'investisseur devra mettre en œuvre les précautions des plus extrêmes.
- Ne pas considérer une carte d'affaire comme un moyen d'identification des personnes avec lesquelles une affaire est en train d'être traitée.
- Les intermédiaires professionnels doivent aussi être informés des dangers qu'il peut y avoir à se fier à des noms sans avoir procédé à une vérification indépendante.
- Les organisations devraient défendre leur nom avec vigueur et face au public, faire connaître toute utilisation abusive de leur nom, et expliquer clairement au public leurs fonctions légitimes.

Voir aussi: Indicateur 1 – Irrégularité des documents; Indicateur 6 – Maintien déraisonnable du secret; Indicateur 8 – Manquement à la diligence raisonnable; Indicateur 10 – Tromperie et incitations psychologiques; Indicateur 15 – Fraude fondée sur des alliances ou des relations personnelles; Indicateur 17 – Implication ou participation inhabituelle de professionnels; Addendum 1 – Exercice de la diligence raisonnable.

Indicateur 5: Revenus disproportionnés

Les fraudes commerciales garantissent souvent de forts rendements avec peu ou pas de risque.

Explication:

Tout investisseur souhaite maximaliser ses revenus. Cependant, il faut rappeler que les revenus sont toujours proportionnés au risque perçu, qui varie selon les investissements. Lorsque le risque est élevé, les investisseurs exigent, avant de faire courir un risque à leur capital, des retours plus élevés que ceux qu'ils recevraient dans des investissements moins risqués. Par conséquent, plus le risque est élevé, plus grand est le revenu promis. Les fraudes commerciales déforment ce principe de proportionnalité, en promettant des revenus élevés pour des risques réduits ou nuls, afin de susciter les investissements. Les revenus promis dépassent de beaucoup ce qui pourrait être espéré d'investissements hautement spéculatifs. L'aspect "sans risque" de l'investissement proposé est souligné de différentes façons, notamment par des promesses ou des garanties du fraudeur ou de parties ou entités tierces. Certains projets frauduleux prétendent apporter la preuve que les revenus sont effectivement gagnés ou peuvent même véritablement les verser à partir de l'argent initialement investi ou de sommes investies par d'autres investisseurs.

Exemples:

- Les fraudes commerciales promettent:
  - Un risque faible;

    Illustration 5-1: La documentation venant à l'appui de l'investissement assure que le principal ou le principal et les gains sont "à l'abri de tout risque" ou "sans risque".

    Illustration 5-2: Les fonds sont présentés comme se trouvant sur un compte placé sous le contrôle de l'investisseur et non susceptibles d'être déplacés sans l'autorisation de ce dernier.

    Illustration 5-3: Les fonds sont prétendument placés sur un compte de garantie bloqué d'un professionnel, un avocat par exemple, afin d'amplifier encore la confiance en la sécurité de l'investissement et des fonds. Cependant, le professionnel peut délibérément être en train de donner son aide à la fraude ou se placer sous les ordres du fraudeur plutôt que sous ceux de la personne déposant les fonds.

    Illustration 5-4: Les mentions telles que "principal à l'abri de tout risque" sont utilisées hors contexte.

  - Des garanties sont données ou accordées;

    Illustration 5-5: Le fraudeur apporte sa garantie personnelle ou celle d'un complice, mais cette garantie est sans valeur.

    Illustration 5-6: Le fraudeur promet une garantie d'une grande banque ou d'un grand établissement financier, qui sera fournie lorsque l'investissement sera effectif.

    Illustration 5-7: Le fraudeur indique que les fonds ou l'investissement sont assurés.

    Illustration 5-8: Le fraudeur affirme que les fonds sont garantis par une administration ou un organisme gouvernemental ou international.

  - Des revenus disproportionnés.

    Illustration 5-9: Les retours promis vont souvent de 20 à 50 % par mois dans une devise à faible taux d'inflation.

- Les revenus excessivement disproportionnés sont expliqués de diverses manières.

  Illustration 5-10: Les retours élevés sont justifiés par le volume des "échanges" dans lesquels de petits bénéfices par affaire sont accumulés. Les considérations mathématiques venant étayer les chiffres sont généralement viciées: elles peuvent ne pas prendre en compte les dépenses, ou laisser supposer plus d'échanges qu'il ne s'en produit généralement dans ce type d'investissement.

  Illustration 5-11: Les données de ventes sont souvent manipulées, en particulier en ce qui concerne la chronologie, pour laisser apparaître des revenus très élevés sur une très courte période.

- Note: Même le paiement effectif de revenus élevés ne garantit pas la légitimité de l'investissement.

  Illustration 5-12: Les prétendus revenus peuvent être payés à partir du propre argent de l'investisseur ou celui d'autres investisseurs et non sur la base du moindre véritable retour sur investissement.

  Illustration 5-13: Ces revenus élevés ne sont souvent que des écritures comptables et les investisseurs sont encouragés à "réinvestir" par la promesse de revenus plus élevés encore.

Conseils:

- Si un plan d'investissement semble trop beau pour être vrai, il n'est probablement pas authentique.
- Exercer une diligence raisonnable en comprenant la nature de l'investissement, ses risques et revenus éventuels ou probables ou consulter une personne indépendante et fiable, capable de donner des conseils valables.
- Prendre garde aux incitateurs à la confiance, c'est-à-dire aux petites transactions, insignifiantes, qui semblent réelles et offrent les revenus prévus, pour inciter à aller plus avant et à augmenter largement l'investissement.
- L'insistance excessive du promoteur sur le taux de rentabilité, ou sur le fait qu'un investissement est "sans risque" ou à "faible risque" ou à "rendement élevé", sans aucune, ou très peu de discussion sur la substance de l'investissement, devrait inciter à s'inquiéter.
- Les retours promis sont totalement hors de proportion avec le risque pris et les taux de rendement prévalant sur le marché.

  Voir aussi: Indicateur 8 – Manquement à la diligence raisonnable; Indicateur 9 – Mesures d'incitation viciées; Indicateur 13 – Source de remboursement douteuse ou inconnue; Indicateur 15 – Fraude fondée sur des alliances ou des relations personnelles; Indicateur 20 – Mode de commercialisation pyramidale ou à paliers multiples; Addendum 1 - Exercice de la diligence raisonnable.

A/CN.9/624/Add.1 [Original: anglais]

Indicateurs de fraude commerciale

TABLE DES MATIÈRES

Indicateur 6: Pratique abusive du secret . . . . . .
Indicateur 7: Complexité ou simplicité excessive des opérations . . . . . .
Indicateur 8: Obstacle à l'exercice d'une diligence raisonnable . . . . . .
Indicateur 9: Incitations frauduleuses . . . . . .
Indicateur 10: Duperie et incitations psychologiques . . . . . .
Indicateur 11: Dysfonctionnements dans les contrôles préventifs suite à des crises . . . . . .
Indicateur 12: Transfert de fonds immédiat, rapide ou irrévocable . . . . . .
Indicateur 13: Source de remboursement douteuse ou inconnue . . . . . .
Indicateur 14: Aspects ou explications irrationnels ou illogiques . . . . . .
Indicateur 15: Fraude fondée sur l'abus d'affinités ou de relations personnelles . . . . . .

Indicateur 6: Pratique abusive du secret

Il est fréquent que les auteurs de fraudes commerciales exigent de manière abusive la confidentialité et le secret sur un certain nombre de questions, comme l'existence de la possibilité d'investissement, ainsi que, la nature, les mécanismes, et la source de rendement de cet investissement.

Explication:

La transparence est essentielle au fonctionnement des marchés des capitaux modernes: les informations concernant ces marchés et les investissements sont diffusées à un large public. D'un autre côté, il est vrai que certains investisseurs effectuent des placements à partir d'informations confidentielles ou d'informations dont la portée n'est pas comprise par tout le monde. Dans certains cas, ce type de placements peut être illégal. Dans d'autres activités commerciales, les sociétés cherchent en toute légitimité à empêcher la divulgation, par leurs salariés ou d'autres personnes, d'informations confidentielles ou de techniques industrielles en recourant à divers dispositifs juridiques afin de rester compétitives dans leur secteur. De telles restrictions, en revanche, ne se justifient presque jamais en ce qui concerne les investisseurs et encore moins les moyens de générer des fonds. Le secret est abusif s'il atteint un degré excessif par rapport à l'opération considérée.

L'exigence du secret peut être posée dans des règles ou prescriptions, souvent assorties de "sanctions juridiques" qui sont destinées à engager la responsabilité des investisseurs s'ils viennent à révéler des informations et qui laissent ainsi entendre que le décideur financier serait impliqué si l'opération était divulguée. Ce type de secret vise à occulter l'opération, à entraver l'exercice d'une diligence raisonnable

et à empêcher les investisseurs de contacter des conseillers ou de consulter des sources d'information appropriées qui pourraient les aider à se prémunir contre la fraude.

Exemples:

- Des prétextes multiples sont invoqués pour justifier le secret abusif.

  Illustration 6-1: Les fraudeurs arguent fréquemment que le fait de consulter des personnes ou des organisations compétentes perturbe l'opération, constitue à certains égards une ingérence dans cette dernière et compromet les chances de profit.

  Illustration 6-2: Les fraudeurs affirment généralement que des banques, des marchés de valeurs mobilières, des directeurs généraux, des membres de professions libérales ou des personnalités connues réalisent le type d'investissement considéré régulièrement mais secrètement, afin que le public ne puisse pas bénéficier du même avantage financier.

  Illustration 6-3: Les fraudeurs affirment souvent que les lois en vigueur dans les centres offshore, qui ont un certain lien avec l'investissement en question, exigent un tel secret.

- Pendant le déroulement de l'opération, les fraudeurs déconseillent souvent aux victimes de contacter la police, les organismes de réglementation ou d'autres autorités.

  Illustration 6-4: La victime s'étend souvent dire que l'intervention des organismes de réglementation risque de geler, de retarder ou de compromettre l'opération, ce dont elle sera tenue responsable.

- Les clauses de "non-contournement" ou de "non-divulgation" sont fréquemment utilisées pour préserver le secret. Elles ont cours dans les opérations où une personne intervient en qualité d'intermédiaire entre un acheteur et un vendeur, mais sont complètement injustifiées ou suspectes dans des investissements ordinaires.

  Illustration 6-5: Il est demandé aux victimes de signer un accord CCI (Chambre de commerce internationale) détaillé de non-contournement et de non-divulgation qui, s'il est suivi au pied de la lettre, les empêcherait de discuter de l'investissement avec leur comptable, avocat ou conseiller financier.

- La confidentialité ou le secret sont souvent prétextés pour justifier l'absence d'information publique sur l'investissement.

  Illustration 6-6: Les auteurs de fraudes avancent des arguments illogiques supposés prouver le caractère authentique des opérations – du type "le président de la Réserve fédérale des États-Unis a connaissance de ce genre d'opération mais il le niera si on le lui demande".

- Les éléments suivants sont suspects lorsqu'il s'agit d'une opération financière par opposition à une opération commerciale:

  Illustration 6-7: Les fraudeurs insistent à plusieurs reprises sur le secret absolu.

Illustration 6-8: Les investisseurs sont tenus de signer des accords qui prévoient des sanctions d'une gravité disproportionnée s'ils divulguent des informations.

Conseils:

- Discutez de l'opération proposée avec un conseiller professionnel compétent.
- Demandez si le secret est motivé par des impératifs commerciaux quelconques ou s'il n'a aucun lien avec le concept de base sur lequel repose l'investissement.
- Ne vous laissez pas intimider par la menace d'encourir une responsabilité si vous divulguez certains aspects de l'opération à des conseillers financiers.
- Rappelez-vous que les accords de confidentialité légitimes ne vous empêchent ou ne vous interdisent ni d'exercer une diligence raisonnable en ce qui concerne l'opération ni de contacter les autorités.
- Ne participez pas à des opérations dans lesquelles les fonds sont transférés vers des centres offshore, sauf si vous avez accès à des informations complètes et détaillées sur l'opération pour vérifier la destination des fonds et le caractère irrégulier ou non de leur transfert vers ces centres.

Voir aussi: Indicateur 1 – Documents irréguliers; Indicateur 2 – Emploi abusif de termes techniques; Indicateur 4 –Utilisation abusive de noms; Indicateur 8 – Diligence raisonnable; Indicateur 9 – Incitations frauduleuses; Indicateur 10 – Duperie et incitations psychologiques; Indicateur 12 – Transfert de fonds immédiat, rapide ou irrévocable; Additif 1 – Exercice d'une diligence raisonnable.

Indicateur 7: Complexité ou simplicité excessive des opérations

Les fraudes commerciales se veulent souvent excessivement complexes afin d'occulter les éléments fondamentaux de l'opération et peuvent s'appuyer sur des déclarations illogiques ainsi que sur des documents compliqués, ambigus ou incompréhensibles. D'un autre côté, certaines fraudes commerciales peuvent aussi être excessivement simples ou informelles et s'accompagner d'une documentation ou d'explications très limitées, en dépit de leur lien évident avec une opération financière complexe ou élaborée.

Explication:

Bien que les opérations commerciales, en particulier internationales, soient parfois complexes de par leur nature, la personne appelée à prendre une décision qui aura des conséquences financières devrait avoir un minimum de compréhension de l'opération à laquelle elle est invitée à participer. Les fraudeurs prennent souvent pour modèle des opérations légitimes qui sont extrêmement complexes et qui, de ce fait, ne sont proposées qu'à des investisseurs particulièrement avertis. Ils utilisent ce modèle auprès de personnes moins informées qui ne seront peut-être pas en mesure de comprendre la nature de l'opération ou la nécessité de sa complexité. Les fraudeurs peuvent en outre mettre en place un réseau de sociétés ou d'autres entités pour échapper à toute mise en cause une fois la fraude découverte, pour empêcher le recouvrement des avoirs, pour blanchir le produit de leur crime ou pour pouvoir

continuer à réaliser une série de montages parallèles. La complexité artificielle ou inutile, d'une part, et les simplifications excessives et absurdes, de l'autre, sont deux techniques employées par les fraudeurs pour opacifier les éléments fondamentaux de l'opération, qui en général n'ont aucun sens économique.

Exemples:

- Les fraudeurs utilisent des structures commerciales excessivement complexes, qui offrent une façade à de multiples sociétés sans rôle ni raison d'être apparents, si bien qu'il est difficile de les mettre en cause.

  Illustration 7-1: Six personnes ont créé un certain nombre de sociétés dans le cadre d'un "programme d'autonomisation" et d'un réseau "d'enrichissement", organisant d'importants ateliers pour inciter des investisseurs peu avertis à effectuer des placements en devises étrangères prétendument "très rentables" et "peu risqués".

- Il arrive que très peu de documents soient utilisés pour une opération excessivement simple ou informelle qui exigerait normalement une documentation importante.

  Illustration 7-2: Des propriétaires menacés de voir leur maison saisie ont été convaincus de signer un simple formulaire de transfert "provisoire" de propriété à des "acheteurs de paille". Ces derniers ont ensuite demandé des prêts hypothécaires sur les maisons en utilisant de faux antécédents de crédit. Une fois obtenus, les prêts n'ont pas été remboursés, les propriétaires se trouvant menacés d'expulsion. Les institutions financières n'ont récupéré qu'une petite partie des fonds.

  Illustration 7-3: L'emploi de formules très informelles dans les documents, par exemple "téléphoner au numéro habituel", peut être le signe d'une fraude commerciale.

- La complexité aggrave les problèmes liés à la localisation des fonds déboursés et à leur recouvrement.

  Illustration 7-4: Les fraudeurs ont fréquemment recours à un empilement d'entités commerciales pour effectuer des transferts multiples de fonds ou de fréquents changements de banque dépositaire. Les fraudes transnationales s'appuyant souvent aussi sur des mécanismes de transferts de fonds par Internet, et non sur les circuits bancaires classiques, il est extrêmement difficile de retrouver la trace de ces fonds.

- Les fraudeurs utilisent de plus en plus les technologies, en particulier du transport, de l'information et de la communication, pour accroître la complexité afin de ne pas être découverts et de dissimuler le produit de leur crime.

Conseils:

- Soyez conscient qu'il peut y avoir fraude commerciale lorsque la complexité de l'opération est inexpliquée et dépourvue de but commercial manifeste, lorsque cette complexité semble artificielle, lorsque certaines parties ne jouent apparemment aucun rôle significatif ou lorsqu'il est difficile d'enquêter sur

l'opération en raison de sa structure ou du nombre de transactions ou de transferts.

- Assurez-vous de bien comprendre l'objet de chaque élément de l'opération et n'ayez pas peur de poser des questions, même s'il se peut que les réponses soient évidentes.
- Les opérations légitimes peuvent être complexes, mais, dans ce cas, elles exigent des cocontractants avertis qui sollicitent l'avis indépendant de sources compétentes.
- Le fait que des détails ne peuvent pas être fournis immédiatement ne devrait pas vous dissuader d'obtenir ceux-ci auprès d'autres sources avant d'investir.
- Cherchez à savoir qui a lancé l'opération, qui la recommande, qui en fait la promotion et pourquoi vous avez été sollicité en tant qu'investisseur potentiel. Toute tentative manifeste de vous décourager de poser des questions doit éveiller des soupçons.

Voir aussi: Indicateur 8 – Obstacle à l'exercice d'une diligence raisonnable; Indicateur 10 – Duperie et incitations psychologiques; Indicateur 19 – Courriers électroniques non sollicités et autres utilisations abusives des technologies; Additif 1 – Exercice d'une diligence raisonnable.

Indicateur 8: Obstacle à l'exercice d'une diligence raisonnable

La diligence raisonnable étant le principal moyen de vérifier ses soupçons et d'éviter les opérations suspectes, les fraudeurs s'emploient en priorité à empêcher qu'elle soit dûment exercée.

Explication:

La personne ou l'entité appelée à prendre une décision ayant des incidences financières devrait faire en sorte que soit exercée une diligence raisonnable, en consultant des sources indépendantes pour s'enquérir de l'opération proposée, et en particulier des aspects inhabituels. La personne invitée à réaliser un investissement devrait avoir toutes les raisons et être la mieux placée pour exercer cette diligence raisonnable. Les auteurs de fraudes commerciales usent d'une grande variété de stratagèmes pour empêcher leurs victimes d'exercer une telle diligence, que ce soit, notamment, en détournant leur attention; en donnant l'impression que l'opération bénéficie de l'approbation générale et en se dotant ainsi d'une fausse apparence de crédibilité; en contrôlant les moyens d'exercer une diligence raisonnable; en orientant l'investisseur vers des sources non indépendantes; en recourant à des tactiques de vente agressive; ou en insistant sur le caractère urgent ou secret de l'opération. Toute tentative de faire échec à un examen complet et indépendant de l'opération et, tout particulièrement, des aspects inhabituels ou douteux est extrêmement suspecte.

Exemples:

- Un fraudeur peut essayer d'empêcher la victime d'exercer une diligence raisonnable:
  - En présentant, à l'appui de l'opération, des informations qui sont invérifiables;

Illustration 8-1: Un fraudeur peut laisser entendre que des personnalités éminentes, qui ne peuvent être contactées, participent à l'opération ou l'ont approuvée, ou que l'opération trouve ses origines dans des accords privés ou internationaux historiques.

– En insistant sur le secret absolu;

Illustration 8-2: Le fraudeur propose à la victime potentielle un investissement en lui disant toutefois que celui-ci et les rendements promis ne sont possibles que si elle garde le secret absolu.

Illustration 8-3: Le fraudeur peut affirmer que les informations utilisées pour promouvoir l'investissement sont exclusives, secrètes ou confidentielles et que la victime ne peut les communiquer à aucune source indépendante pour exercer une diligence raisonnable.

– En utilisant des tactiques de vente agressives;

Illustration 8-4: Le fraudeur insiste sur le fait que c'est la "dernière chance" ou le "moment ou jamais" d'investir et que l'occasion ne se représentera plus.

Illustration 8-5: Le sentiment d'urgence peut être créé par des événements ou crises sans lien avec l'opération mais qui surviennent actuellement dans le monde, comme des troubles politiques ou des catastrophes naturelles, afin de faire davantage pression sur la victime pour qu'elle investisse rapidement.

– En insistant sur le fait qu'il est inutile d'exercer une diligence raisonnable;

Illustration 8-6: Dans une opération où le fraudeur contrôlait toutes les parties (acheteur, vendeur et chargeur), l'acheteur a demandé à sa banque d'établir une lettre de crédit en faveur du vendeur. Le fraudeur a fabriqué de faux documents attestant la livraison de marchandises n'existant même pas et a demandé paiement de la lettre de crédit. Afin de convaincre l'employé de la banque d'émettre la lettre de crédit, il lui a affirmé avoir parlé à son chef, lequel avait approuvé l'opération ainsi que la lettre, et a laissé entendre que, de ce fait, l'employé n'avait même pas besoin d'une preuve de la propriété des marchandises.

Illustration 8-7: Pour promouvoir un programme d'investissement à haut rendement, un fraudeur se fait accompagner d'un avocat et d'un comptable qui, à un séminaire de promotion, présentent des exposés où ils disent avoir examiné l'opération et conclu qu'elle était légitime, les participants croyant ainsi qu'ils sont indépendants, alors qu'il s'agit en fait de complices.

– En laissant entendre que l'opération a été approuvée soit par le public soit par des autorités compétentes;

Illustration 8-8: Le fraudeur propose un programme d'investissement hautement lucratif à la victime potentielle et l'invite à un séminaire où elle pourra en savoir plus. Celle-ci se retrouve dans un séminaire avec des centaines d'autres investisseurs potentiels. Lors du séminaire, le fraudeur étale sa richesse et peut aller jusqu'à affirmer quoique en termes

vagues que des personnalités bien connues du public sont associées au programme. Toutes ces techniques créent un sentiment d'approbation générale destiné à dissuader la victime d'exercer comme il se doit une diligence raisonnable.

Illustration 8-9: Les fraudeurs peuvent utiliser tout type de média – par exemple supports imprimés ou électroniques, messagerie électronique, télévision, exposés en direct et manifestations ressemblant à des congrès – pour donner à la victime l'impression qu'une certaine "opportunité" bénéficie de l'approbation générale et lui faire ainsi perdre de vue la nécessité d'exercer une diligence raisonnable.

– En laissant entendre que quelqu'un exerce déjà une diligence raisonnable et qu'il est donc inutile que l'investisseur en fasse autant de son côté;

Illustration 8-10: Un fraudeur peut donner l'impression qu'une diligence raisonnable est exercée, alors qu'elle ne l'est pas, en prétendant qu'un tiers s'en charge ou en insistant sur le fait qu'une garantie, un compte de garantie bloqué ou une forme quelconque d'intervention de la part d'un spécialiste externe offre à l'investisseur une protection suffisante.

Illustration 8-11: Un fraudeur peut recommander un spécialiste qui se chargera d'exercer la diligence raisonnable, mais celui-ci soit a été compromis par le fraudeur soit n'a pas suffisamment de connaissances pour exercer cette diligence avec minutie.

– En rendant l'exercice d'une diligence raisonnable impossible, tout en faisant croire à l'investisseur qu'il exerce sa propre diligence.

Illustration 8-12: Un fraudeur peut encourager l'investisseur potentiel à exercer une diligence raisonnable, tout en l'en empêchant, par exemple en lui fournissant des coordonnées incorrectes ou fausses, en usant de prétextes pour expliquer que les principaux intéressés ne peuvent être contactés et en donnant sur l'opération des détails insuffisants pour exercer une telle diligence.

• Des difficultés inhabituelles pour obtenir des informations supplémentaires, de source indépendante, sur l'opération ou les parties en raison de leur identité, de leur situation géographique ou d'autres facteurs, peuvent être le signe d'une fraude commerciale.

Illustration 8-13: Les opérations frauduleuses impliquent souvent des sociétés internationales offshore, ce qui rend plus difficile l'exercice d'une diligence raisonnable.

• Un fraudeur peut orienter la victime potentielle qui cherche à exercer une diligence raisonnable vers des sources d'information non indépendantes ou peut présenter de faux documents pour asseoir sa crédibilité.

Illustration 8-14: Les fraudeurs emploient différents moyens pour empêcher les victimes d'exercer une diligence raisonnable, notamment en faisant appel à des complices que les victimes appellent pour vérifier des informations. On sait qu'ils vont jusqu'à créer des sociétés écran complexes possédant de vrais locaux lorsqu'ils cherchent à soutirer d'importants investissements à leurs victimes.

Conseils:

- Il est absolument essentiel de consulter des sources indépendantes autres que celles fournies par la personne encourageant l'investissement.
- Veillez à ce que la personne à laquelle vous demandez conseil connaisse bien le sujet.
- Vérifiez les éléments principaux de l'opération.
- Faites confiance à votre propre jugement et enquêtez dans le détail si un aspect de l'opération vous trouble.
- Sachez que les fraudeurs modernes opèrent souvent dans le cadre de groupes bien organisés, où ils se corroborent les uns et les autres en termes vagues pour renforcer leur stratagème.
- Évaluez les raisons de l'urgence éventuelle de l'opération.
- Prenez le temps d'étudier l'opération et ne vous décidez pas précipitamment, en particulier lorsque cette décision concerne une question qui sort du cours normal de votre activité.

  Voir aussi: Tous les autres indicateurs – L'exercice effectif d'une diligence raisonnable est en tout état de cause le meilleur moyen de ne pas être victime d'une fraude; Additif 1 – Exercice d'une diligence raisonnable.

Indicateur 9: Incitations frauduleuses

Les auteurs de fraudes commerciales peuvent tirer parti des mesures d'incitation au rendement appliquées par une entité ou proposer une assistance, des cadeaux, des faveurs ou d'autres avantages incitatifs à certaines personnes en échange d'une contrepartie qu'ils n'obtiendraient pas autrement ou pour amener ces personnes à fermer les yeux sur certaines activités douteuses.

Explication:

Les mesures d'incitation au rendement conçues conformément aux lois nationales et internationales, aux règles de déontologie et aux normes sectorielles peuvent être utiles pour encourager les bons résultats, en particulier lorsqu'elles sont soumises à un contrôle rigoureux. Elles peuvent aussi toutefois masquer des problèmes fondamentaux avec un compte ou une relation, ou inciter fortement des salariés à fermer les yeux sur des signes normalement troublants.

Sauf s'ils sont soumis à un système de publicité, de déclaration et de contrôle approprié, même les programmes d'incitation les mieux intentionnés rendent une entité plus vulnérable face à la fraude commerciale. Non seulement les salariés eux-mêmes peuvent se livrer à des activités frauduleuses pour obtenir des incitations de leur employeur, mais des personnes externes peuvent aussi pervertir des programmes d'incitation par ailleurs légitimes en repérant ceux qui font l'objet d'une mauvaise gestion et en ciblant les salariés prêts à exploiter ces faiblesses.

Un autre aspect de la pratique des incitations frauduleuses en général est l'octroi de divers avantages – cadeaux, statut, faveurs, argent, données, informations et autres – afin de créer un conflit d'intérêts pour celui qui en bénéficie. En usant de tels moyens pour convaincre les cadres dirigeants ou d'autres salariés de se livrer à des

pratiques contraires aux règles de prudence généralement acceptées, les fraudeurs peuvent se servir des incitations pour affaiblir l'organisation tout entière. Leur objectif est d'obtenir du bénéficiaire qu'il soit généralement disposé à les aider ou encore de l'encourager à accomplir un acte qui en soi n'est pas irrégulier mais qui facilite une opération irrégulière, voire d'en faire un complice.

Les fraudeurs peuvent aussi utiliser pour leur stratagème les mêmes mesures d'incitation que celles appliquées dans les entreprises, par exemple, en offrant aux premiers investisseurs des primes pour qu'ils recrutent d'autres investisseurs dans des structures pyramidales où les paiements s'effectuent sur l'argent d'autres participants. Ils utilisent souvent ces incitations pour convaincre les participants de réinvestir des gains illusoires plutôt que de les récupérer.

Exemples:

- Les salariés ou fraudeurs tirent avantage des mesures d'incitation au rendement octroyées par la société sans contrôle suffisant, par exemple, pour participer à des opérations continues même lorsque celles-ci semblent suspectes.

  Illustration 9-1: Un des cadres dirigeants d'un fonds de couverture a perdu plusieurs centaines de millions de dollars qui avaient été placés par des investisseurs et a trompé ceux-ci ainsi que d'autres institutions concernées pendant plus de trois ans en utilisant de faux relevés de compte.

- Les fraudeurs octroient divers avantages – cadeaux, statut, faveurs, argent, données, informations ou autres – susceptibles de créer un conflit d'intérêts pour le bénéficiaire afin d'amener ce dernier à fournir une contrepartie qu'il serait autrement impossible d'obtenir ou à ignorer des actes qui seraient normalement suspects ou problématiques.

  Illustration 9-2: Pour chercher à gagner leur faveur, des prêteurs ont offert des voyages "tous frais payés" aux employés de services universitaires d'aide financière et ont fait siéger dans leurs conseils d'administration des responsables universitaires. De nombreuses universités ont agi en qualité d'intermédiaires de confiance en recommandant ces "prêteurs privilégiés" qui ne proposaient pas nécessairement les meilleurs taux aux étudiants emprunteurs.

- Certains éléments identifiables permettent de penser que des incitations et des cadeaux d'origine interne et externe masquent un acte de corruption ou une fraude.

  Illustration 9-3: Un salarié atteint des objectifs de rendement très élevés sans trop surveiller ou comprendre les opérations.

  Illustration 9-4: Une hospitalité inhabituelle ou des honoraires trop élevés, par exemple pour des services de consultant, sont offerts.

  Illustration 9-5: Un homme d'affaires bien connu pour sa générosité offre des montres en or très chères à des banquiers et à des avocats, pour lesquels il est ensuite difficile de poser des questions délicates sur les

prêts importants qui lui ont été octroyés et qu'il n'a finalement pas remboursés.

- Les décisions commerciales et financières devraient être prises en toute objectivité.

  Illustration 9-6: La personne dont le fraudeur cherche à utiliser l'influence peut recevoir directement ou indirectement les cadeaux ou faveurs, lesquels peuvent aussi être octroyés aux enfants, parents, conjoints, etc.

  Illustration 9-7: L'objectif du fraudeur est d'obtenir une contrepartie ou une coopération illicite, notamment d'obtenir des contrats, des informations ou des documents, d'éviter les questions, d'avoir accès à certaines personnes, de compromettre l'intégrité du bénéficiaire ou de l'encourager à participer au stratagème.

  Illustration 9-8: Les fraudeurs appâtent habituellement leurs victimes en leur promettant des rendements inhabituels ou excessifs et en les encourageant fortement à réinvestir ces gains exceptionnels.

Conseils:

- Les programmes d'incitation destinés aux salariés devraient faire l'objet d'un contrôle sous la forme d'un examen et d'un audit par des personnes indépendantes.
- Des systèmes devraient être en place pour identifier et résoudre les motifs de griefs des salariés et pour que soient appliquées des politiques adéquates et efficaces de déclenchement d'alerte.
- Les employeurs devraient adopter des principes directeurs concernant l'acceptation et la déclaration de cadeaux et de faveurs et devraient veiller à ce que les salariés aient connaissance de ces principes et les appliquent.
- Les membres de professions libérales devraient savoir qu'ils sont souvent la cible de tentatives d'incitation frauduleuses.
- Lorsqu'il reçoit un cadeau, un salarié ou un membre de profession libérale devrait examiner soigneusement la valeur du cadeau ainsi que l'identité du donateur et la relation avec ce dernier.
- Les employeurs devraient veiller à ce que les achats de cadeaux aux frais de la société soient soumis à examen et approbation de personnes autres que le donateur.
- Les investisseurs doivent comprendre comment un investissement génère des rendements, poser des questions quand ils ont des soupçons, et être disposés à demander confirmation auprès d'un conseiller spécialisé.

  Voir aussi: Indicateur 5 – Rendements disproportionnés; Indicateur 6 – Pratique abusive du secret; Indicateur 8 – Obstacle à l'exercice d'une diligence raisonnable; Indicateur 13 – Source de remboursement douteuse ou inconnue; Indicateur 16 – Fraude commise par des salariés ou à laquelle participent des salariés; Indicateur 20 – Stratagèmes de vente pyramidale et multiniveau; Additif 1 – Exercice d'une diligence raisonnable.

Indicateur 10: Duperie et incitations psychologiques

Les fraudeurs peuvent chercher à appâter les victimes en recourant à des incitations psychologiques et à la manipulation tout d'abord pour les convaincre de participer à la fraude puis pour les duper sur l'illégalité réelle ou imaginaire de leur participation. Cette duperie est utilisée ensuite pour détourner l'attention des victimes ou pour obtenir leur silence sur la fraude commerciale bien plus grave qui est commise.

Explication:

Les auteurs de fraudes commerciales ont fréquemment recours à des incitations psychologiques pour encourager des décideurs financiers à conclure une opération frauduleuse puis pour éviter que la fraude soit découverte. L'incitation la plus évidente est l'appât du gain, mais d'autres moyens peuvent être utilisés, comme flatter le décideur en lui offrant des cadeaux, en faisant référence à sa grande expérience d'investisseur ou plus généralement en lui faisant miroiter une participation à une opération privée et exclusive. De nombreux fraudeurs peuvent être particulièrement charmants et persuasifs.

La duperie est un autre moyen utilisé. Toute personne éprouve une réticence psychologique et morale naturelle à commettre un acte irrégulier ou illégal. Lorsqu'une personne cherchant à impliquer un investisseur dans un placement ou une autre "opportunité" financière incite celui-ci à commettre un acte pouvant être douteux ou illégal, la duperie est un moyen de s'assurer de son silence ou de détourner son attention de la commission de la fraude. Les fraudeurs, pour masquer ensuite la fraude, peuvent recourir à des moyens psychologiques par exemple en utilisant la menace, si l'investisseur parle, en laissant entendre qu'il est complice ou en le dupant.

Exemples:

- Les fraudeurs jouent sur certains sentiments puissants qu'ils exploitent, comme l'avidité, l'orgueil, l'empathie ou la peur.

  Illustration 10-1: Les fraudeurs considèrent que leurs victimes potentielles sont prédisposées à croire qu'il existe des moyens secrets de gagner énormément d'argent sans risque.

  Illustration 10-2: Alors qu'il en est encore aux stades de l'incitation, le promoteur d'un investissement excite l'amour-propre de la victime en faisant allusion au caractère complexe de l'investissement ou en essayant de la ridiculiser parce qu'elle demande des explications sur des opérations complexes ou des termes techniques.

  Illustration 10-3: Dans de nombreuses fraudes financières courantes, des chèques et des mandats postaux sont émis pour des montants supérieurs à l'argent ou à la commission dues à la victime de sorte que cette dernière est incitée à déposer le chèque ou le mandat sur son compte bancaire et à transférer les fonds correspondants à une banque étrangère avant d'être informée par les banques que le chèque ou le mandat était faux ou nul.

  Illustration 10-4: Les auteurs de fraude aux avances de frais s'appuient sur la prédisposition des victimes à respecter la réglementation, en les

incitant à leur verser de l'argent pour des "taxes", "frais" ou "droits de douane" inexistants avant de leur fournir les biens ou services (par exemple, abris fiscaux offshore) qu'ils leur ont promis.

- Les fraudes commerciales peuvent être conçues pour attirer certains profiles psychologiques, en proposant des marchés "secrets", des ententes illicites ou la participation à des cercles d'affaires exclusifs.

  Illustration 10-5: Les personnes qui peuvent sembler méfiantes vis-à-vis des pouvoirs publics se voient proposer des investissements leur évitant de payer des impôts au moyen de comptes offshore. Dans une fraude de plusieurs millions de dollars, les victimes se sont vu proposer des rendements annuels de 80 % grâce à un réseau secret de cambistes prétendument créé par une coalition d'États en 1914 pour régler la dette de la première Guerre mondiale. Les fraudeurs prétendaient que sept "opérateurs mondiaux" contrôlaient la totalité de la masse monétaire mondiale et jouaient le rôle de conseil d'administration pour quelques centaines "d'opérateurs agréés" dans le monde.

- Les promoteurs recherchent les faiblesses dans certains groupes de populations, notamment les immigrés, les pauvres, les personnes âgées et les handicapés, en exploitant les émotions, comme la crainte des personnes âgées de se retrouver sans argent.

  Illustration 10-6: Dans un stratagème courant, la personne âgée est informée qu'elle a gagné un lot important "non réclamé" ou a remporté une loterie ou un sweepstake international et qu'elle doit récupérer son gain en versant des avances de frais ou en appelant un numéro de téléphone fixe ou portable lourdement facturé.

  Illustration 10-7: Les victimes peuvent être plus exposées selon leur profile particulier ou leur situation personnelle, par exemple, lorsqu'il s'agit de personnes âgées ou des personnes qui ont divorcé depuis peu, ont des problèmes de santé ou ont récemment gagné ou se sont récemment vu attribuer une importante somme d'argent.

- Certains fraudeurs ont recours à la flatterie et à l'apparence de complexité pour inciter les victimes à participer à des investissements frauduleux.

  Illustration 10-8: Les fraudeurs peuvent afficher un train de vie dispendieux et exhiber des produits de luxe de grande valeur lorsqu'ils proposent des placements à l'apparence complexe mais fictifs qui imitent les nombreux nouveaux produits légitimes, tout en comptant sur les investisseurs naïfs pour ne pas poser de questions afin de ne pas paraître profanes.

- En cas d'échec des autres incitations psychologiques, les fraudeurs obtiennent souvent la soumission de leurs victimes en menaçant de recourir à la violence ou y recourant effectivement.

  Illustration 10-9: Les investisseurs qui n'ont pas conscience d'être victimes sont utilisés pour inciter d'autres personnes à participer. Lorsque la fraude est découverte, ils craignent d'être eux aussi mis en

cause en tant qu'"intermédiaires" et le fraudeur exploite cette crainte pour les faire taire.

Illustration 10-10: Lorsqu'une victime découvre la fraude, le fraudeur peut la menacer de la déshonorer publiquement en exposant sa participation au stratagème, ou la tromper en invoquant une série de difficultés fictives, ou encore proposer la possibilité de nouveaux montages encore plus lucratifs. Il s'agit là de tactiques couramment employées pour retarder ou empêcher la dénonciation des activités.

Illustration 10-11: Le fraudeur peut laisser entendre à une personne participant au montage, souvent un membre de profession libérale, qu'elle est devenue – quoique sans le savoir– un maillon dans des opérations de blanchiment d'argent, ce qui peut la dissuader de dénoncer la fraude.

Illustration 10-12: Un important prestataire de services de téléphonie a reçu des menaces pour avoir coupé une ligne téléphonique activée frauduleusement. Dans un appel téléphonique qui a été enregistré, le fraudeur a averti le prestataire que, si ce dernier ne lui donnait pas accès à son système informatique, il paralyserait son service Web en lançant une attaque par déni de service – attaque destinée à inonder un site Web de demandes d'information si nombreuses que les usagers légitimes ne peuvent plus y accéder.

Illustration 10-13: Les fraudeurs essaient d'effrayer les victimes en leur disant qu'elles sont très impliquées dans la fraude et qu'elles ne pourront pas revenir en arrière ou qu'ils ont les moyens de les faire arrêter par des agents de services nationaux ou internationaux de répression. L'intimidation des témoins est fréquente dans les fraudes commerciales.

- Les fraudeurs expliquent qu'il n'y a pas de vraies victimes car leurs cibles sont cupides, complices et crédules.

Conseils:

- Essayez d'évaluer objectivement l'intérêt de l'opération proposée et sachez que tout soupçon découlant d'une évaluation dictée par le bon sens devrait être pris au sérieux. Demandez-vous "Pourquoi moi? Si ce montage marche vraiment, pourquoi un inconnu dans une salle de réunion d'un hôtel ou encore au téléphone ou sur Internet me présente-t-il une opération financière compliquée aussi lucrative en me proposant d'y participer?"
- Votre égo ne devrait pas l'emporter sur vos soupçons – posez des questions même si le promoteur du montage peut insinuer que vous êtes stupide si vous ne comprenez pas. Il est beaucoup plus stupide de réaliser un investissement qu'on ne comprend pas pleinement.
- Demandez un avis juridique auprès d'un conseil indépendant qui soit compétent sur la question.
- Ne vous laissez pas dissuader de dénoncer une fraude aux autorités parce que vous avez été dupé.

Voir aussi: Indicateur 4 – Utilisation abusive de noms; Indicateur 6 – Pratique abusive du secret; Indicateur 7 – Complexité ou simplicité excessive des opérations; Indicateur 8 – Obstacle à l'exercice d'une diligence raisonnable; Indicateur 15 –Fraude fondée sur l'abus d'affinités ou de relations personnelles; Indicateur 17 – Implication ou participation inhabituelle de membres de professions libérales; Additif 1 – Exercice d'une diligence raisonnable.

Indicateur 11: Dysfonctionnements dans les contrôles préventifs suite à des crises

Les fraudes commerciales peuvent exploiter les lacunes des systèmes de contrôle pour tirer parti des élans d'émotion et de générosité qui naissent au lendemain de catastrophes d'origine naturelle et humaine.

Explication:

La civilisation se caractérise notamment par ses élans et ses actes de générosité envers les moins bien lotis. Les catastrophes d'origine naturelle et humaine suscitent spontanément de tels élans. Suite aux ouragans, typhons, tremblements de terre et tsunamis survenus récemment, les secteurs public et privé de la communauté internationale ont collaboré et consacré des milliards au relèvement. La destruction massive de maisons, d'entreprises et d'infrastructures publiques, et le déplacement de millions d'individus nécessitent une action d'urgence, qui se caractérise par la foi en un but commun. Les entités et les opérations commerciales ont un rôle important à jouer pour rendre possible l'appui des secteurs public et privé au relèvement après les catastrophes. Cependant, pour le bien commun, ni l'existence d'une urgence ni l'élan de confiance réciproque que suscite naturellement une crise ne devraient se substituer à la compréhension d'un investissement ou d'une opération commerciale, ni à l'exercice d'une diligence et d'une vigilance raisonnables dans les contrôles préventifs. Une leçon importante des catastrophes passées est que la perte de fonds due à des fraudes a ralenti l'effort de relèvement et réduit le montant de l'appui financier qui aurait pu être fourni pour atténuer les souffrances des victimes légitimes et répondre à leurs besoins.

Les fraudeurs tablent sur le fait qu'au lendemain de catastrophes, les particuliers, les entreprises et les pouvoirs publics, en règle générale, omettent d'exercer une diligence raisonnable ou de procéder aux contrôles préventifs d'usage. Dans leur logique, les catastrophes créent des opportunités en exposant ou en faisant apparaître les lacunes des systèmes de contrôle en période de grande urgence nationale ou internationale et à un moment où prévaut une très grande émotion au sein de populations souhaitant avoir foi en une cause commune.

Exemples:

- La vague de générosité publique qui fait immédiatement suite à une catastrophe est souvent exploitée à des fins malhonnêtes par les fraudeurs qui tentent de tirer profit des œuvres ou dons de charité.

  Illustration 11-1: Il existe toujours des fraudes qui consistent à solliciter des dons dans des buts apparemment charitables. Lorsque surviennent des catastrophes naturelles, le nombre de ces fraudes peut augmenter d'une manière spectaculaire. Après les attaques terroristes du 11

septembre 2001, le tsunami de l'océan Indien et les ouragans Katrina et Rita, par exemple, les services de répression ont relevé un nombre important de fraudes visant à collecter de l'argent pour les premiers intervenants et les survivants des catastrophes.

Illustration 11-2: Des plans d'investissement "à rendement élevé" surgissent très rapidement après des catastrophes ou événements mondiaux majeurs. Ils se caractérisent par des tactiques de vente qui ne visent pas un objectif purement charitable mais qui allient promesse de grands profits et prétendus effets bénéfiques en tant qu'œuvre caritative ou "projet humanitaire". Les fraudeurs prétendent souvent que les plans sont "cautionnés par l'Organisation des Nations Unies" ou qu'il s'agit d'un "programme d'investissement approuvé par l'ONU".

- Pendant que les pouvoirs publics s'organisent pour intervenir, les fraudeurs recherchent des brèches dans le contrôle du traitement des achats, des aides et des subventions.

  Illustration 11-3: Les pratiques de fraude dans les achats, notamment les commissions occultes que versent les fournisseurs aux employés des organismes contractants en échange d'un traitement favorable, sont fréquentes dans les marchés de biens et de services après les catastrophes naturelles majeures, lorsque de nombreux gouvernements et organismes internationaux passent des contrats pour l'enlèvement des débris et la reconstruction des infrastructures.

  Illustration 11-4: Les fraudeurs font pression sur les personnes évacuées pour qu'elles les autorisent à recevoir leur courrier. Les chèques émis par les pouvoirs publics pour venir en aide à ces sinistrés sont envoyés à l'adresse des fraudeurs, qui les détournent ensuite pour les encaisser ou pour acheter des biens auprès d'entreprises locales. Les biens sont souvent vendus directement ou au moyen d'enchères en ligne organisées dans d'autres régions, voire d'autres pays, par les fraudeurs jouant les "intermédiaires" pour des réseaux de vol dans le voisinage immédiat des zones de catastrophe.

- Lorsqu'il est fait appel aux ressources du secteur privé pour les opérations de relèvement après les catastrophes, les fraudeurs profitent de l'insuffisance d'informations dans le processus d'évaluation des dommages et des dysfonctionnements systémiques dans les contrôles normalement associés aux systèmes financiers.

  Illustration 11-5: Les exemples de fraude à l'assurance comprennent les demandes frauduleuses d'indemnisation pour la perte ou l'endommagement de biens ou pour des dommages corporels simulés, les fausses demandes de rénovation pour des dégâts occasionnés par les catastrophes, et les ventes de faux contrats d'assurance.

  Illustration 11-6: Les institutions financières déplacées qui essaient de fournir des services bancaires d'urgence aux survivants des catastrophes doivent faire face à une augmentation de l'émission de chèques sans provision, à savoir l'utilisation à différents endroits de plusieurs comptes bancaires pour déposer des chèques et tirer d'autres chèques avant que

les premiers ne soient compensés par le système bancaire, ce qui a pour effet de créer un “flottant” qui ne tient à rien de plus qu’au laps de temps qui s’écoule avant que les chèques ne soient compensés et imputés sur les différents comptes.

Conseils

- Exprimez tout élan de charité par le biais d’organisations caritatives compétentes et reconnues.
- L’argument selon lequel un investissement non seulement produira des rendements élevés, mais présentera aussi l’avantage de poursuivre des objectifs d’aide humanitaire, de secours aux sinistrés ou d’autres objectifs similaires, ou le fait que de tels motifs soient invoqués pour justifier des investissements ou d’autres possibilités financières que les conditions commerciales s’y rattachant ne peuvent expliquer ou justifier, peut être un signe de fraude commerciale.
- L’apparition soudaine d’une opération commerciale dans un contexte non commercial devrait laisser craindre qu’il n’y ait aucune relation réelle ni logique entre la cause charitable et le plan proposé.
- Parce qu’ils visent à diminuer sensiblement les possibilités d’accès frauduleux aux systèmes grâce à une action en amont, les contrôles préventifs constituent un élément clef d’un programme efficace de prévention de la fraude.
- Bien avant toute catastrophe, les contrôles préventifs devraient être testés sur le terrain afin de vérifier qu’ils fonctionnent comme prévu.
- La récidive est fréquente dans le cas de la fraude sur Internet. La mise en place de bases de données sur des fraudes antérieures, en tant que méthode défensive, pour comparer par exemple des éléments de nouvelles commandes aux informations figurant dans ces bases, peut permettre de se prémunir contre de nouvelles fausses commandes ou factures.
- Un personnel bien formé et conscient du risque de fraude peut aider à prévenir celui-ci. La formation du personnel de première ligne pour les sensibiliser, notamment au risque de fraude dans le programme et aux types possibles de fraude auxquels il peut être confronté, est essentielle pour enrayer la fraude avant qu’elle n’essaime dans les entités publiques et privées.

  Voir aussi: Indicateur 8 – Obstacle à l’exercice d’une diligence raisonnable; Indicateur 15 – Fraude fondée sur l’abus d’affinités ou de relations personnelles; Additif 1 – Exercice d’une diligence raisonnable.

Indicateur 12: Transfert de fonds immédiat, rapide ou irrévocable

Les auteurs de fraudes commerciales font souvent pression sur les investisseurs potentiels non seulement pour que ces derniers prennent très rapidement une décision, mais aussi pour qu’ils transfèrent immédiatement ou rapidement des fonds, ce qui ne laisse que peu ou pas de temps pour exercer une diligence raisonnable ou recourir aux conseils d’un expert.

Explication:

Les opérations légitimes requièrent souvent des décisions rapides et une action immédiate. Toutefois, les personnes ou les entités qui concluent de telles opérations ne sont généralement en mesure d'y participer que parce qu'elles comprennent au préalable la nature des risques et des profits qui en découlent. Aussi, ces personnes et ces entités ne s'abstiennent-elles pas d'exercer une diligence raisonnable pour prendre des décisions rapides, mais au contraire, l'exercent à des degrés divers ou aux différentes étapes des opérations.

Un fraudeur persuadera souvent une victime de la nécessité de prendre des décisions rapides afin de l'empêcher d'exercer une diligence raisonnable ou de l'amener à faire un transfert irrévocable de fonds en sa faveur. Une personne ou une entité à qui il est demandé de prendre une décision ayant des implications financières peut être contrainte d'effectuer des transferts de fonds immédiats, rapides ou irrévocables pour réaliser l'opération. Une fois les sommes transférées, elles sont facilement virées par le fraudeur, dans bien des cas à l'étranger, ce qui rend leur localisation ou leur récupération difficile ou impossible.

Exemples:

- Le fraudeur insistera sur un transfert de fonds immédiat, ne laissant que peu ou pas de temps pour l'exercice ne serait-ce que d'un minimum de diligence raisonnable.

  Illustration 12-1: Le promoteur d'un investissement assure que celui-ci génèrera des profits et des rendements élevés. En même temps, il prévient la victime potentielle que l'opportunité d'investissement "ne durera pas", ou qu'il s'agit d'"une opportunité qui ne se présente qu'une fois dans la vie" et qu'elle doit "agir vite". Il insiste sur une décision rapide avant que la victime n'ait suffisamment de temps pour bien étudier l'opération.

- Le caractère urgent de l'opération peut être invoqué pour amener la victime à accepter des clauses supplémentaires.

  Illustration 12-2: Un investisseur est encouragé à autoriser un transfert sur un nouveau compte ouvert pour la fraude. Pour de prétendus motifs d'urgence et de commodité, il est incité à inscrire le fraudeur ou son complice comme cosignataire sur le nouveau compte. Le fraudeur devenu cosignataire transfère alors les fonds sous son contrôle.

- Une fraude peut également consister en un transfert immédiat et irrévocable de fonds vers des sociétés offshore.

  Illustration 12-3: Une opération comporte des transferts vers une société offshore, décrite comme une société offshore "anonyme", ou vers une société, une fiducie, un compte offshore dans un "paradis fiscal".

Conseils:

- Ne vous décidez pas, en raison de pressions et de délais, à conclure une opération avant d'avoir exercé la diligence raisonnable requise.
- Ne donnez jamais le contrôle de comptes bancaires ou d'investissement.

- Tâchez de comprendre les raisons avancées pour tout transfert de fonds, en particulier lorsque l'opération comporte des transferts multiples.
- Soyez particulièrement vigilants sur les transferts d'argent vers un autre territoire, en particulier les centres offshore qui ont des lois sur le secret et rendent extrêmement difficile et prohibitif le recouvrement des fonds transférés.

  Voir aussi: Indicateur 6 – Pratique abusive du secret; Indicateur 8 – Obstacle à l'exercice d'une diligence raisonnable; Additif 1 – Exercice d'une diligence raisonnable.

Indicateur 13: Source de remboursement douteuse ou inconnue

Les auteurs de fraudes commerciales masquent souvent les origines des prétendus gains ou rendements des capitaux investis en faisant référence à des sources vagues, étrangères ou incertaines, comme des "programmes d'opérations" génériques (parfois sur des marchés "secrets"), ou des remboursements provenant de places internationales ou d'entités non réglementées.

Explication:

Pour les opérations commerciales légitimes, il est essentiel de connaître la source de remboursement et d'appliquer des procédures documentées pour le remboursement exact et rapide des gains et des profits. Dans les opérations commerciales, les intermédiaires financiers honnêtes ont des principes de gestion sains, des modèles économiques clairs et des processus documentés et bien exécutés dont l'efficacité fait continuellement l'objet d'une évaluation. Pour être efficaces, les opérations de remboursement doivent reposer sur des règles claires et connues, et des communications exactes avec des contreparties de confiance. Les opérations commerciales requièrent souvent des sources de remboursement étrangères, mais n'incluent généralement pas de complexités inexpliquées, ni le recours à des méthodes inefficaces de remboursement, ni d'exigences que les sources de remboursement dépendent de places internationales non réglementées. Il ne serait pas non plus habituel qu'une source de remboursement offshore ou étrangère entre dans le cadre d'une opération par ailleurs entièrement nationale. La personne ou l'entité à qui il est demandé de prendre une décision ayant des implications financières doit comprendre les raisons commerciales qui justifient l'opération sous-jacente et déterminer les raisons commerciales particulières de toute complexité, et elle doit connaître avec certitude la source de remboursement.

Les fraudeurs entraînent souvent les investisseurs potentiels à ne pas s'interroger sur la source ou la méthode de remboursement en offrant des incitations financières inhabituelles qui n'ont rien à voir avec l'opération sous-jacente ou n'ont aucune justification commerciale. Les investisseurs peuvent être attirés par un "taux de rendement élevé" et accepter une promesse de remboursement d'une entité qui n'a pas de lien commercial visible avec l'opération. Souvent, une fraude peut dépendre pour partie de l'acceptation par l'investisseur que les remboursements s'effectuent à partir de territoires considérés comme des "paradis du secret". L'aspect "offshore" de l'opération soumet la victime à une autre manipulation: en acceptant des sources de remboursement inhabituelles en échange de la possibilité d'éviter de payer tout impôt sur les rendements proposés, l'investisseur devient complice. Des sources de

remboursement vagues, incertaines ou offshore sont souvent utilisées pour maintenir les investisseurs dans un état de doute, de sorte qu'une fraude ne soit détectée que lorsqu'il est trop tard.

Exemples:

- La nature véritable d'une opération est masquée; l'opération n'a probablement pas de but commercial et présente des caractéristiques improbables, notamment des rendements disproportionnés.

  Illustration 13-1: Les "titres d'emprunt historiques" ou titres qui autrefois constataient des obligations valables d'entités commerciales ou souveraines mais qui aujourd'hui sont sans valeur et sont uniquement collectionnés ou échangés comme souvenirs, vaudraient des millions ou des milliards de dollars selon les évaluations de tiers désignées par des termes inventés comme "hypothecated authentications" ou "hypothetical valuations" ("authentifications hypothéquées" ou "évaluations hypothétiques") et sont vendus à des investisseurs inexpérimentés à des prix bien supérieurs à leur valeur d'objet de collection.

- Les rendements sont justifiés par de prétendues ventes d'un produit en quantité supérieure à sa production ou son offre mondiale.

  Illustration 13-2: La source de remboursement serait de l'or, "garanti" par de faux "certificats d'or" ou "récépissés d'entrepôt", qui auraient été délivrés par des banques offshore obscures ou inexistantes, ou par de grandes institutions financières, voire des organisations internationales bien connues, et qui, si cela était vrai, représenteraient en lingots une quantité d'or supérieure à celle jamais produite dans l'histoire.

- Les remboursements proviennent des investissements d'autres participants ou du propre investissement du participant concerné.

  Illustration 13-3: Dans une fraude reposant sur un "système pyramidal", une "société commerciale" a vendu des sacs de fourmis en demandant aux investisseurs d'élever les insectes et de les ramener en leur promettant un bénéfice de 130 %. Au départ, l'argent versé par les nouveaux investisseurs pour l'achat des sacs était utilisé pour payer les bénéfices des investisseurs antérieurs. Le système pyramidal a atteint une masse critique, puis s'est effondré, lorsque la source de financement des nouveaux investisseurs n'a plus suffit pour rembourser les investisseurs antérieurs.

  Illustration 13-4: Après s'être laissées prendre dans une fraude où des investissements "de premier ordre" ou à "rendement élevé" leur étaient proposés, les victimes sont souvent contactées par une deuxième équipe de fraudeurs qui leur offre des services de "recouvrement" des fonds. De petits montants sont "recouvrés" en échange d'une "avance de frais". Les victimes subissent ensuite des pressions pour verser des frais supplémentaires plus élevés, et des recouvrements plus importants et "plus complexes" leur sont promis. Toutes les sommes "recouvrées" par la deuxième équipe proviennent des fonds des victimes qui se trouvent entre les mains de la première équipe. La fraude se poursuit jusqu'à ce

que la deuxième équipe ait soutiré tous les frais que les victimes sont désireuses ou en mesure de payer. Finalement, celles-ci perdent tous les fonds “investis” au départ avec la première équipe, ainsi que toutes les “avances de frais” versées à la deuxième équipe.

Conseils:

- Soyez en mesure de déterminer le but commercial de l’opération et de comprendre comment les rendements sont générés.
- Une surenchère de détails ésotériques, comme les “titres d’emprunt historiques”, des méthodes de remboursement trop complexes, des explications incohérentes sur les sources de remboursement et des modalités inhabituelles auxquelles les gains sont subordonnés, ne sont pas normales dans les opérations commerciales légitimes.
- Lorsque le remboursement des gains se fait attendre, un investisseur devrait solliciter des conseils objectifs et indépendants et ne devrait accepter aucune excuse.
- Lorsqu’une partie importante des rendements provient du fait que l’on encourage d’autres à investir et à recruter, à leur tour, de nouveaux investisseurs, il faut faire bien attention à la légitimité de cette pratique. Si le principal but commercial est d’obtenir un pourcentage des investissements des derniers “entrés”, il pourrait s’agir de ce l’on appelle un “système pyramidal”.
- Ne vous focalisez pas sur le montant des prétendus rendements sur investissement au point de perdre de vue la source de ces rendements.
- Méfiez-vous des méthodes ou des sources de remboursement qui mettent en jeu des entités, des territoires ou des complexités qui n’ont aucune justification commerciale claire en relation avec l’opération.
- L’emploi d’un discours faisant référence à des investissements “à rendement élevé” et “sans risque” dans le cadre de “programmes d’opérations secrets” ou de “salles des marchés secrètes” sur des territoires pratiquant l’”exonération fiscale” ou le “secret bancaire”, est le signe qu’une opération s’écarte des normes commerciales et qu’il n’existe peut-être aucune source commerciale de remboursement. Face à ce discours, les investisseurs doivent exercer activement une diligence raisonnable.

  Voir aussi: Indicateur 5 – Rendements disproportionnés; Indicateur 8 – Obstacle à l’exercice d’une diligence raisonnable; Indicateur 9 – Incitations frauduleuses; Indicateur 10 – Duperie et incitations psychologiques; Indicateur 20: Stratagèmes de vente pyramidale et multiniveau; Additif 1 – Exercice d’une diligence raisonnable.

Indicateur 14: Aspects ou explications irrationnels ou illogiques

Une fois qu’un investissement a été effectué, pour faire durer la fraude ou en masquer le produit, le fraudeur s’appuie souvent sur toute raison possible ou superficiellement plausible pour expliquer tout aspect suscitant des doutes. Généralement, ces prétextes ou explications ne résistent pas à un examen minutieux et permettent de découvrir la fraude commerciale.

Explication:

Le commerce et la finance modernes sont de nature rationnelle et systématique. Même s'ils sont parfois difficiles à comprendre, leurs caractéristiques se justifient toujours par des aspects commerciaux, historiques, systémiques ou autres qui eux sont compréhensibles et explicables. Lorsqu'un instrument ou un montage présente des éléments irrationnels ou illogiques, notamment dans le cas de mauvais résultats, un examen plus détaillé s'impose et un expert indépendant devrait être consulté.

Le fraudeur donnera fréquemment des explications incohérentes ou illogiques pour persuader la victime potentielle de ne pas solliciter de conseils, pour faire durer la fraude ou pour en masquer le produit. Des explications illogiques peuvent être données à la victime pour tenter de l'inciter à continuer de participer à la fraude. Ou bien, lorsque les gains se font attendre, le fraudeur peut prétendre que les rendements dus à l'investisseur sont retardés par des catastrophes naturelles, des évènements récents ou d'autres faits similaires qui, en principe, n'auraient aucune incidence sur des opérations du type envisagé. La victime peut également être poussée à garder le silence sur l'opération sous la menace qu'en cas de dénonciation, le paiement des profits serait retardé ou impossible.

Exemples:

- Les opérations frauduleuses peuvent reposer sur des explications illogiques concernant le rôle ou l'identité des cocontractants.

  Illustration 14-1: La fraude peut faire intervenir des acteurs improbables, par exemple dans le cas d'une opération bancaire avec des organisations qui ne sont pas des banques, comme l'Organisation des Nations Unies ou la Chambre de commerce internationale, ou d'une opération bancaire privée avec une institution bancaire internationale qui ne mène pas d'activités de banque de détail, comme le Fonds monétaire international ou la Banque mondiale.

  Illustration 14-2: Le fraudeur peut décrire des clients ou des cocontractants que la victime ne rencontre jamais. Par exemple, un avocat propose une opération dans laquelle un "client" vendra des instruments financiers en tant que membre d'un marché interbancaire secret, mais le client n'est jamais identifié ni présenté à la victime.

- Des aspects irrationnels ou illogiques peuvent apparaître dans les fondamentaux mêmes de l'opération.

  Illustration 14-3: Une grave disproportion peut apparaître dans la structure générale de l'opération, par exemple lorsqu'il est question d'une opération relativement peu importante, derrière laquelle se cacherait une banque puissante.

  Illustration 14-4: Une logistique illogique peut être décelée, par exemple dans la vente de marchandises, lorsque les mouvements de ces marchandises sont absurdes du point de vue géographique quant aux lieux habituels de production ou de culture.

- Des explications irrationnelles ou illogiques peuvent aussi être données pour justifier les retards dans la réalisation du produit d'une opération. Dans la

plupart des cas, la raison invoquée n'a guère de rapport avec un retard effectif ou probable dans l'exécution de l'opération.

Illustration 14-5: Les fraudeurs peuvent prétexter que le retard est dû à des considérations juridiques, à l'intervention des pouvoirs publics, à des événements récents comme des catastrophes naturelles ou des changements politiques. Dans un cas, le fraudeur a prétendu que les systèmes de paiement internationaux avaient été fermés suite au décès d'un membre de la famille royale, et que le produit d'une opération ne serait disponible qu'après leur réouverture.

- Un fraudeur peut décourager activement la victime de dénoncer l'inexécution d'une opération ou le défaut de paiement en prétendant qu'une telle dénonciation rendra impossible l'exécution future de l'opération ou le paiement.

  Illustration 14-6: Lorsque le produit n'est pas réalisé, le fraudeur peut dire aux victimes que l'investissement n'a pas encore été effectué et que, en cas de dénonciation, les autorités ne comprendraient pas l'opération et qu'elles la retarderaient inutilement le temps d'enquêter.

  Illustration 14-7: Lorsqu'une victime interroge le fraudeur sur le retard de paiement du produit, celui-ci peut tenter de lui faire garder le silence en l'amenant à croire qu'elle aussi est impliquée dans un acte frauduleux. Par exemple, le fraudeur peut avouer à la victime que l'opération est d'une légalité douteuse et que, parce qu'elle a perçu des gains provenant de l'argent d'autres victimes, elle est tout aussi coupable que lui.

Conseils:

- Examinez d'un œil critique la logique ou la plausibilité des explications, et lorsque vous ne les comprenez pas, n'ayez pas honte ou peur de demander des avis indépendants.
- Demandez toujours au promoteur d'une opération d'expliquer les termes nécessaires ou les rôles principaux si vous ne les comprenez pas. Méfiez-vous d'un promoteur qui ne peut expliquer de façon satisfaisante ni les rôles ni les termes essentiels, et soyez disposé dans ces cas à solliciter des conseils objectifs.
- Il vaut mieux admettre les soupçons désagréables et chercher à les dissiper plus tôt que plus tard, le temps jouant toujours en faveur du fraudeur.
- En cas de doute, demandez l'aide des autorités.

Voir aussi: Indicateur 3 – Incohérences dans l'opération; Indicateur 8 – Obstacle à l'exercice d'une diligence raisonnable; Additif 1 – Exercice d'une diligence raisonnable.

Indicateur 15: Fraude fondée sur l'abus d'affinités ou de relations personnelles

Les fraudes commerciales profitent souvent de facteurs non économiques comme la confiance naturelle entre personnes de même milieu, pour amener les victimes potentielles à relâcher la diligence raisonnable qu'elles exerceraient normalement et pour utiliser le groupe comme source de victimes potentielles. De plus, les fraudes

commerciales s'adaptent souvent aux croyances ou aux points communs qui unissent ou caractérisent un groupe.

Explication:

Il est normal de donner crédit et de s'en remettre aux personnes avec lesquelles nous avons des liens étroits, qu'il s'agisse de parents, d'amis ou de personnes du même milieu, y compris ceux avec qui nous entretenons des liens religieux, sociaux, politiques, ethniques, caritatifs, fraternels et autres. Les auteurs de fraudes commerciales jouent souvent sur ces affinités pour promouvoir leurs montages et pour amener les investisseurs à se focaliser sur la sécurité que procurent ces affinités au lieu de chercher à comprendre l'investissement proposé ou à solliciter des conseils à son sujet. Le problème ne tient ni à l'affinité ni à la relation, mais à une confiance excessive dans le lien commun qui fait perdre de vue les facteurs objectifs liés à l'investissement proposé.

Exemples:

- Les relations dont peuvent abuser les fraudeurs sont notamment les suivantes:
  - Relations familiales;

    Illustration 15-1: Les fraudeurs incitent souvent les parents et les amis à investir dans un plan qui leur aurait normalement inspiré des doutes.
  - Équipes sportives ou soutien apparent de personnalités connues;

    Illustration 15-2: Le fraudeur utilise la réputation d'une grande vedette sportive pour encourager et promouvoir des investissements frauduleux.

    Illustration 15-3: Un citoyen éminent ou une personne célèbre est invité à une manifestation organisée pour promouvoir un investissement, et en acceptant cette invitation, il semble cautionner personnellement l'investissement.
  - Affinités religieuses ou culturelles;

    Illustration 15-4: Un groupe religieux ou culturel est encouragé par d'autres membres ou un dirigeant à souscrire, uniquement sur la base de leur affinité, à un plan d'investissement prétendument bénéfique pour leur foi ou leur héritage commun.

    Illustration 15-5: Un groupe s'intéresse soudainement à un investissement ou à un plan particulier, qu'il semble soutenir massivement, alors que celui-ci n'a rien à voir avec l'objectif ou la préoccupation commune du groupe.

    Illustration 15-6: Un individu, inconnu par le passé, s'intègre dans un certain groupe, en devient un membre influent, et encourage vivement les autres membres du groupe à souscrire à un certain investissement ou plan.

    Illustration 15-7: La dynamique d'un groupe change soudain, ses préoccupations devenant moins religieuses ou culturelles et davantage commerciales.

– Liens caritatifs.

Illustration 15-8: Un fraudeur profite d'une tragédie récente pour mettre sur pied une fausse œuvre de bienfaisance dont ses associés et lui, et non les victimes, tirent parti.

Illustration 15-9: Il est fréquent que les fraudeurs indiquent qu'une certaine partie des fonds sera consacrée à une cause humanitaire ou autre cause charitable donnée.

- Assurances: Le fraudeur peut tenter de lier la fraude aux membres du groupe afin de les mettre davantage en confiance.

  Illustration 15-10: Le fraudeur peut convaincre un groupe que les fonds investis resteront sous le contrôle du groupe.

- La crédibilité de ces pratiques peut être considérablement renforcée lorsque les profits sont payés comme promis avec l'argent investi ou les investissements des autres.

Conseils:

- La confiance fondée sur des relations ou des intérêts communs ne devrait pas se substituer à la compréhension d'un investissement ou d'une opération commerciale, ou à l'exercice d'une diligence et d'une vigilance raisonnables pour protéger ses propres intérêts.
- Réfléchissez par vous-même.
- Lorsqu'il est question d'argent, ne préférez pas les suggestions ou conseils amicaux d'une connaissance membre d'un groupe social ou autre aux avis d'un professionnel.
- Ce n'est pas parce qu'un cocontractant a été solvable par le passé qu'il faut présumer qu'il l'est nécessairement aujourd'hui.
- Connaître votre cocontractant doit être un processus continu, les circonstances pouvant changer et les pressions du monde des affaires pouvant susciter un comportement irresponsable et frauduleux même dans des activités jusque-là légitimes.
- Ne laissez pas les apparences extérieures, comme l'organisation de cocktails chers dans des hôtels de luxe ou de réunions avec des individus de même sensibilité, obscurcir votre jugement sur un investissement potentiel.
- Faites attention aux invitations qui sont acceptées et, par conséquent, à celles qui visent à exploiter un nom et une réputation.

  Voir aussi: Indicateur 4 – Utilisation abusive de noms; Indicateur 5 – Rendements disproportionnés; Indicateur 8 – Diligence raisonnable; Indicateur 10 – Duperie et incitations psychologiques; Indicateur 11 – Dysfonctionnements dans les contrôles préventifs suite à des crises; Indicateur 20: Stratagèmes de vente pyramidale et multiniveau; Additif 1 – Exercice d'une diligence raisonnable.

A/CN.9/624/Add.2 [Original: anglais]

Indicateurs de fraude commerciale

TABLE DES MATIÈRES

Indicateur 16: Fraude commise par des salariés ou à laquelle participent des salariés . . . . . .

Indicateur 17: Intervention ou participation inhabituelle de membres de professions libérales . .

Indicateur 18: Demandes d'informations abusives . . . . . .

Indicateur 19: Courriers électroniques non sollicités et autres utilisations abusives des technologies . . . . . .

Indicateur 20: Stratagèmes de vente pyramidale et multiniveau . . . . . .

Indicateur 21: Fraudes portant sur des biens et services. . . . . .

Indicateur 22: Fraude boursière et abus de marché . . . . . .

Indicateur 23: Usage abusif de la procédure d'insolvabilité. . . . . .

Additif 1: Exercice d'une diligence raisonnable. . . . . .

Indicateur 16: Fraude commise par des salariés ou à laquelle participent des salariés

Des salariés (ou d'autres personnes internes à l'entreprise ayant accès à des informations ou à des systèmes similaires, comme des agents, des entrepreneurs et des sociétés et parties affiliées) de tous niveaux peuvent être impliqués dans différents types de fraudes, allant de l'obtention d'un poste de confiance en vue de commettre une fraude au fait de tirer profit d'une occasion ou d'une situation au sein d'une entité, soit seul ou de concert avec d'autres salariés ou personnes extérieures à l'entreprise.

Explication:

Toutes les entreprises fonctionnent grâce à leurs salariés. Or, ces derniers ont accès à des informations non publiques (y compris à des informations confidentielles ou exclusives) et occupent, de fait, des postes de confiance. Les fraudes commerciales sont souvent commises avec la participation des salariés de l'entité spoliée. Elles peuvent impliquer des responsables, des salariés avec des titres professionnels, des consultants extérieurs, des salariés très qualifiés occupant des postes stratégiques, des salariés temporaires peu suivis et des salariés de rang supérieur ou hautement qualifiés qui sont perçus comme au-dessus de tout soupçon. Divers types de fraude sont possibles, comme le transfert de fonds, l'acquisition et la vente ou l'utilisation inappropriée d'informations sensibles, la fraude sur stocks, la fraude à l'approvisionnement et les fraudes comptables pour gonfler les actifs ou les gains. Parmi les motivations ou les occasions qui sont à l'origine des fraudes commises par des salariés, on peut citer des objectifs de rendement trop ambitieux, des primes

annuelles ou des programmes d'incitation, des mécontentements, ou l'absence d'encadrement ou de contrôles internes suffisants.

Exemples:

- Les fraudeurs peuvent chercher à occuper ou à faire occuper par un salarié surqualifié, un poste facile à obtenir mais de rang inférieur, afin d'obtenir de manière illicite des informations ou d'autres données précieuses à diverses fins répréhensibles.

  Illustration 16-1: Personnel de nettoyage ou d'entretien ayant un accès non contrôlé à des informations sensibles qu'il vend.

  Illustration 16-2: Personnel temporaire disposant d'un pouvoir de décision ayant accès à des documents précieux qu'il vole et qu'il vend.

- Un salarié qui n'est pas suffisamment compétent pour s'acquitter de sa tâche lorsqu'il est sous-qualifié pour un poste peut être incité à frauder pour remplir les objectifs de rendement prescrits ou pour sembler atteindre les niveaux de prestation attendus. Des primes excessives liées à des objectifs de rendement irréalistes peuvent inciter les salariés à prendre part à des pratiques frauduleuses pour obtenir ces primes.

- Un salarié insatisfait ou qui estime ne pas être apprécié à sa juste valeur peut frauder ou être la cible d'un fraudeur qui se sert de lui pour spolier la société.

  Illustration 16-3: Un salarié mécontent cherche à punir une société en prenant part à la fraude.

  Illustration 16-4: Un salarié mécontent peut accepter des commissions illicites ou se laisser corrompre pour compenser le manque de reconnaissance qu'il ressent.

  Illustration 16-5: Un salarié qui ne se sent pas apprécié participe au trucage de soumissions ou à une entente illégale sur les prix.

- Des salariés peuvent être tentés d'utiliser le fait qu'ils ont accès à des actifs de l'entreprise, y compris des actifs hors bilan comme les listes de clients, à leur propre profit.

  Illustration 16-6: Un salarié peut faire un usage personnel non autorisé des actifs de l'entreprise pour s'enrichir – même une fraude de faible ampleur comme l'utilisation non autorisée du téléphone ou de fournitures de bureau peut, avec le temps, finir par compter.

  Illustration 16-7: Un salarié peut tricher sur les notes de frais.

  Illustration 16-8: Un salarié qui n'a pas conscience de l'importance de certaines données peut être contacté pour vendre des informations qui lui paraissent insignifiantes.

- Des salariés peuvent faire l'objet de demandes ou de pressions de la part de cadres supérieurs pour les aider à commettre une fraude au sein de la société, ou pour le compte de la société.

  Illustration 16-9: Un banquier occupant un poste élevé a facilité une opération de fraude par chèque de plusieurs millions de dollars au profit

d'un ami personnel en passant outre aux contrôles internes de la banque et en ordonnant à un salarié subalterne d'approuver les opérations alors qu'il était lui-même en vacances. Par peur de perdre son emploi s'il refusait, l'employé a obéi et la fraude n'a pu être découverte.

- Le travail d'un employé haut placé peut être perçu comme trop complexe, trop important ou trop lucratif pour qu'il soit mis en cause ou examiné, de sorte que toute activité frauduleuse demeure invisible.

  Illustration 16-10: Un cabinet d'avocats composé de plusieurs associés a été ruiné du fait des activités d'un associé principal dominant et apparemment performant qui était impliqué dans des fraudes à grande échelle.

  Illustration 16-11: Un très grand cabinet d'avocats a subi une atteinte à sa réputation et un préjudice financier de plusieurs millions à cause d'un associé dont le travail était souvent considéré comme étrange par les autres mais manifestement trop complexe pour qu'ils le comprennent.

Conseils:

- Les entités devraient avoir recours à des comités d'audit indépendants, des examens analytiques et des vérifications inopinées des échecs et des succès des opérations.
- Les employeurs devraient instaurer des principes en ce qui concerne la fraude et les conflits d'intérêts et veiller à ce que les salariés les connaissent et soient formés à leur application.
- Les employeurs devraient avoir des dispositifs efficaces d'alerte professionnelle ("whistleblowing") et s'assurer que les salariés les connaissent et soient familiarisés avec leur fonctionnement.
- Les employeurs devraient veiller à ce que tous les salariés et cadres supérieurs soient supervisés de manière adéquate.
- Les employeurs devraient examiner périodiquement les contrats et accords de la société pour éradiquer la fraude aux contrats et à l'approvisionnement, comme les commissions occultes, la corruption et les conflits d'intérêts.
- Les employeurs devraient veiller à ce qu'aucun salarié ne possède à lui seul un trop grand nombre de pouvoirs de décision, à ce qu'il existe une répartition appropriée des responsabilités importantes entre les salariés au sein d'une entité et à l'efficacité du contrôle interne.
- Les employeurs devraient imposer des vacances obligatoires: la fraude des salariés est souvent découverte lorsque son auteur n'est pas présent pour contrôler la situation et il arrive souvent que les salariés fraudeurs ne prennent jamais de vacances ou travaillent à des heures inhabituelles par rapport aux autres salariés de la société.
- Les employeurs devraient introduire une rotation périodique des emplois, à condition que le droit du travail local soit respecté.

- Les employeurs devraient prévoir des programmes pour aider les salariés à faire face aux pressions qui entraînent des situations comme l'addiction, les difficultés familiales ou économiques.
- Les employeurs devraient envisager des programmes pour encourager la loyauté chez leurs salariés, notamment en leur versant des salaires compétitifs.
- Les employeurs devraient être attentifs aux changements subits dans le mode de vie d'un salarié, comme les achats dispendieux ou les crédits excessifs.
- Les employeurs devraient veiller à ce que les connaissances et les compétences des salariés correspondent au poste qu'ils occupent.
- Les employeurs devraient vérifier les références ou les qualifications mentionnées dans les candidatures à un emploi ou les CV envoyés.
- D'une façon générale, les employeurs doivent mettre en place un environnement de contrôle solide dans l'entreprise afin d'empêcher la fraude.

Voir aussi: Indicateur 8 – Obstacle à l'exercice d'une diligence raisonnable; Indicateur 9 – Incitations à la corruption; Additif 1 – Exercice de la diligence raisonnable.

Indicateur 17: Intervention ou participation inhabituelle de membres de professions libérales

L'intervention d'un professionnel libéral ne garantit pas nécessairement l'authenticité d'une opération, en particulier lorsque cette implication semble d'une certaine manière inhabituelle.

Explication:

Il est normal que des membres de professions libérales interviennent dans des opérations commerciales à divers titres. En outre, les entreprises font appel à eux pour être conseillées et pour se protéger contre la fraude commerciale. Elles peuvent avoir recours à un avocat pour la rédaction des documents utilisés dans une opération; à un comptable pour des conseils sur la manière d'enregistrer une opération dans les livres de la société ou sur ses incidences fiscales; ou à un conseiller financier ou un banquier qui recommandera une opération particulière ou donnera son avis sur certains types d'opérations.

Toutefois, lorsque l'intervention d'un professionnel libéral dans l'opération semble inhabituelle, cela peut être le signe d'une fraude commerciale. Si cette personne ne fournit ni conseils ni services mais se contente de transférer de l'argent, ou accomplit des actes qui sont généralement dévolus à un autre type de spécialiste, on peut être en présence d'une fraude. Le fait de s'en remettre exclusivement à un spécialiste particulier amené par le promoteur de l'investissement sans chercher à obtenir l'avis indépendant ou la diligence raisonnable d'un spécialiste extérieur peut être un autre indice de l'existence d'une fraude. En outre, la personne qui intervient en tant que professionnel libéral devrait avoir formation et expérience appropriées pour fournir les conseils et les services attendus.

Exemples:

- Une personne qui n'a pas les qualifications adéquates, ou dont les qualifications ne peuvent être facilement vérifiées, accomplit des tâches généralement, ou exclusivement, réservées à des spécialistes.

  Illustration 17-1: Un fraudeur qui propose un montage pour un placement fournit à des investisseurs potentiels le témoignage d'une personne qui vérifie la légitimité des opérations sur un instrument particulier. Cette personne n'est pas présentée comme étant un avocat, un comptable ou un conseiller financier et n'a aucune qualification de ce genre.

  Illustration 17-2: Les professionnels libéraux impliqués ont des antécédents disciplinaires, parmi lesquels par exemple des plaintes de clients, des actions civiles ou des poursuites pénales.

- Le promoteur d'une opération fait largement appel et recommande que l'on ait recours à un professionnel libéral particulier qui travaille avec lui, sans chercher à obtenir un avis indépendant.

  Illustration 17-3: Un promoteur assure à des investisseurs potentiels qu'une opération a été approuvée par un avocat qu'il a désigné et recommandé et les encourage à adresser toutes questions à cet avocat. Il se peut aussi que le promoteur déclare que d'autres avocats nieront l'existence de l'opération car ils n'ont pas l'expérience suffisante pour avoir connaissance de ce type d'opérations.

- Il se peut qu'un membre d'une profession libérale ne donne pas de conseils à l'occasion d'une opération mais se contente de détenir ou de transférer de l'argent, et s'il prend part au stratagème à son insu, il se peut qu'il reçoive une jolie somme comme honoraires pour avoir simplement détenu ou transféré de l'argent.

  Illustration 17-4: Une partie est informée qu'un comptable ou un avocat participera à une opération, mais que son seul rôle est d'accepter de l'argent de cette partie et de transférer les fonds au fraudeur. Ce dernier se sert de ce montage pour dissimuler la source des fonds, et éventuellement pour faire pression sur le professionnel libéral en faisant jouer son implication dans un blanchiment d'argent.

- Un fraudeur peut avoir recours à des conseillers dignes de confiance, mais limiter leur mandat ou leur donner des informations fausses ou trompeuses.

  Illustration 17-5: Un avocat indépendant ou un comptable est engagé pour apporter son aide à l'opération, mais on lui fournit des états financiers et des documents comptables faux.

Conseils:

- En cas de doute concernant un professionnel libéral, demandez un avis indépendant, comme celui de votre propre conseiller professionnel que vous connaissez et en qui vous avez confiance; ne vous fiez jamais au seul avis donné par des spécialistes recommandés par votre cocontractant.

- Faites toujours preuve de diligence raisonnable, même si le conseiller professionnel d'un cocontractant affirme avoir constaté que l'opération était légitime.
- Si un professionnel libéral recommandé par le promoteur de l'investissement intervient dans l'opération, vérifiez ses qualifications et ses antécédents disciplinaires auprès de toute autorité d'habilitation ou de réglementation existante.
- Les assurances responsabilité civile professionnelle et les fonds de fidélité refusent souvent de couvrir les pertes résultant de fraudes. Ne vous fiez pas à ce type de couverture pour remplacer l'exercice d'une diligence raisonnable.
- Les membres des professions libérales devraient mettre en doute des instructions inhabituelles émanant de leurs clients.
- Les membres des professions libérales qui exercent seuls ou font partie d'un petit cabinet et qui interviennent dans des opérations portant apparemment sur des sommes très élevées et reçoivent des honoraires importants pour des services minimaux ou inexistants, devraient s'interroger sur l'objet de leur intervention professionnelle.
- Les membres des professions libérales devraient veiller à ne pas se laisser entraîner dans des opérations qu'ils ne comprennent pas ou qu'ils trouvent douteuses, en particulier s'ils sont l'objet d'incitations inhabituelles, comme des honoraires très élevés ou une hospitalité excessivement généreuse.

  Voir aussi: Indicateur 1 – Documents irréguliers; Indicateur 4 – Utilisation abusive de noms; Indicateur 8 – Obstacle à l'exercice d'une diligence raisonnable; Indicateur 10 – Duperie et incitations psychologiques; Additif 1 – Exercice de la diligence raisonnable.

Indicateur 18: Demandes d'informations abusives

Les fraudes commerciales s'appuient souvent sur des informations obtenues par des moyens ou d'une manière qui seraient inhabituels ou inappropriés dans certaines circonstances; ces informations peuvent être utilisées pour spolier la personne ou l'entité à laquelle elles sont demandées ou d'autres personnes ou entités.

Explication:

Pour commettre une fraude commerciale, le fraudeur doit recueillir des informations pour mettre en place son dispositif et identifier les victimes potentielles. À cette fin, il peut chercher à se procurer les listes des clients d'une entité ou ses répertoires internes pour se forger une identité, afin de rendre la fraude crédible ou de repérer d'éventuels complices. Le fraudeur peut aussi avoir besoin de documents, de logos ou de marques créés par une entité pour les copier en vue de voler l'identité de l'entité. Enfin, il peut chercher à se procurer des données personnelles essentielles pour voler l'identité d'une personne. Cette recherche de renseignements peut se faire en personne ou par des courriels, des appels téléphoniques ou l'envoi de faxes.

Les circonstances dans lesquelles ces informations sont demandées peuvent être inappropriées ou inhabituelles et être l'indice d'une fraude possible. La demande peut être inappropriée parce que les informations demandées ne sont normalement

pas divulguées au moyen de la forme de communication demandée ou, dans des cas plus extrêmes, la demande peut viser des informations sensibles qui ne sont jamais divulguées de la manière requise par le fraudeur. La demande peut paraître inhabituelle parce qu'elle concerne des informations qui ne sont généralement pas divulguées à une personne occupant la position du fraudeur, ou parce qu'elle fait partie d'autres demandes inhabituelles émanant de cette entité ou de cette personne. La demande peut aussi être inappropriée parce que la personne censée communiquer ces informations n'occupe pas un poste lui permettant de les fournir. Le vol d'informations et l'usurpation d'identité sont des problèmes de plus en plus importants, tant pour les particuliers que pour les organisations, et les personnes travaillant dans le domaine commercial ou financier devraient avoir conscience de la valeur des informations et examiner avec soin toute demande de renseignements qui leur est adressée.

Exemples:

- Un fraudeur peut demander que lui soient communiquées des informations d'une manière qui n'est pas généralement utilisée pour fournir ce type d'informations, ou il peut se servir de moyens technologiques pour avoir accès, à mauvais escient, à des informations confidentielles.

  Illustration 18-1: Dans une opération de filoutage "phishing", un fraudeur copie le site Web ou la marque d'une entité et envoie des courriels non sollicités aux victimes potentielles en se servant des éléments copiés pour faire croire à la victime que le message provient de l'entité en question. Il demande à la victime potentielle de saisir des informations personnelles sensibles, comme ses numéros de compte bancaire ou ses identifiants personnels, et de répondre. Il se sert ensuite de ces renseignements pour voler de l'argent sur les comptes des victimes.

  Illustration 18-2: Les informations stockées ou transmises par des moyens technologiques peuvent faire l'objet d'une divulgation inopinée étant donné que les agendas électroniques et les téléphones portables peuvent être connectés à des ordinateurs pour accéder aux informations et que la technologie sans-fil est très vulnérable en raison de la facilité avec laquelle il est possible de se procurer du matériel d'exploration. Les dispositifs ou logiciels (ou espiogiciels) de reconnaissance de frappe peuvent être utilisés pour enregistrer et passer au crible chaque frappe de touche faite sur un ordinateur individuel.

  Illustration 18-3: Des sollicitations téléphoniques insistantes peuvent prétendre promouvoir des mesures d'aide, des technologies ou produits relatifs à des catastrophes (extérieures ou intérieures) en vue d'obtenir des informations personnelles confidentielles.

- La demande peut porter sur des informations que l'entité ou la personne ne communique normalement pas à des individus occupant la position du fraudeur.

  Illustration 18-4: Les fraudes commerciales se font souvent au moyen de demandes d'informations en apparence anodines qu'une entité ne fournirait normalement pas à des clients ou à d'autres individus qui lui

sont extérieurs. Par exemple, le fraudeur peut demander des listes de clients, les répertoires téléphoniques internes, et autres choses du même genre, qu'il pourrait utiliser pour contacter les victimes potentielles ou se faire passer pour un salarié de l'entité.

Illustration 18-5: Il est demandé à une entité de fournir sur son papier à en-tête une explication concernant l'un de ses produits ou services. Le fraudeur se sert ensuite de l'en-tête pour se faire passer pour l'entité ou rendre son stratagème crédible.

Illustration 18-6: Il est demandé à un avocat de confirmer qu'il connaît bien un client ou un associé ou que ledit client ou associé est digne de confiance. Ce client ou cet associé, un fraudeur, montre ensuite la lettre aux victimes potentielles afin de les inciter à faire affaire avec lui.

- Une demande peut aussi être inhabituelle parce que la personne à laquelle on s'adresse n'occupe pas un poste lui permettant de communiquer les renseignements demandés.

  Illustration 18-7: Le fraudeur demande à un guichetier de banque de lui remettre une lettre indiquant que les fonds qu'il a déposés à la banque sont "honnêtes, propres et ne sont pas d'origine criminelle". Le guichetier, pensant que la demande de déclaration est authentique, remet ce qui en apparence semble n'être qu'une simple lettre que le fraudeur utilisera par la suite dans une escroquerie à l'investissement pour rendre sa propre personne et sa fraude crédibles.

- On peut se trouver en présence d'une fraude lorsque la consultation de la base de données d'une entreprise présente des caractéristiques inhabituelles.

  Illustration 18-8: La base de données d'une entreprise est consultée de nombreuses fois par des personnes qui n'appartiennent pas à la société. Un fraudeur peut accéder à ces informations pour constituer des listes de victimes potentielles ou voler les identités des personnes répertoriées.

Conseils:

- Les entreprises devraient protéger les informations confidentielles en adoptant des consignes d'accès et d'utilisation des informations confidentielles, en formant avec soin les salariés qui sont régulièrement en contact avec le public et en limitant le nombre de ceux qui ont accès à ces informations.
- Lorsqu'il convient de protéger des informations confidentielles, il devrait être demandé aux salariés de signer des accords de confidentialité pour préserver les informations hautement sensibles.
- Les demandes de renseignements inhabituelles devraient être examinées attentivement avant qu'une entité ou une personne n'y réponde.
- Utilisez uniquement des moyens sûrs lorsque vous transmettez des informations confidentielles, comme le numéro de carte de crédit ou de compte bancaire, et détruisez ou mettez en lieu sûr les reçus ou autres documents contenant ces informations.

- Les entités devraient employer des procédures de contrôle et de sécurité efficaces pour qu'il soit impossible à ceux qui sont extérieurs à l'entreprise d'avoir accès aux informations confidentielles et pour que l'entité ait connaissance des tentatives d'accès.
- Les entités devraient veiller à ce qu'il y ait des mesures et des procédures efficaces en matière de protection des données informatiques pour se prémunir contre le piratage et l'utilisation malveillante des ordinateurs, s'assurer que les informations confidentielles sont protégées et que toute tentative pour passer outre à ces mesures est une faute disciplinaire.

  Voir aussi: Indicateur 8 – Obstacle à l'exercice d'une diligence raisonnable; Indicateur 19 – Courriers électroniques non sollicités et autres utilisations abusives des technologies; Additif 1 – Exercice de la diligence raisonnable.

Indicateur 19: Courriers électroniques non sollicités et autres utilisations abusives des technologies

Le développement considérable de l'utilisation commerciale des technologies de l'information et de la communication dans le monde s'est accompagné d'une multiplication des fraudes qui visent le commerce et tirent parti des technologies pour réduire les risques et accroître les gains potentiels ainsi que le nombre de victimes.

Explication:

Les téléphones filaires, sans fil ou portables, les télécopieurs, le courrier électronique et l'Internet sont des exemples de technologies disponibles dans le monde entier, dans les villes et dans les campagnes, et qui sont fortement utilisés dans les activités commerciales. Il existe un lien entre la disponibilité et l'utilisation des technologies de l'information, de la communication et des technologies commerciales, et la fraude commerciale transnationale. Par exemple, de nombreuses entreprises cherchent à élargir leurs marchés intérieur et international en faisant de la publicité pour leurs produits ou services sur Internet, et attirent ce faisant les attaques en ligne contre l'entreprise, ses systèmes et ses clients.

Les technologies de l'information, de la communication et les technologies commerciales sont utilisées pour escroquer et pour transférer et dissimuler le produit des fraudes. Comme la fraude imite le commerce légitime, on peut penser que des modifications de la pratique commerciale entraînent, à terme, des modifications correspondantes de la fraude commerciale, d'un pays ou d'une région à l'autre, et dans des domaines commerciaux particuliers. Le nombre de victimes de fraudes, le produit total de la fraude, les occurrences de la fraude transnationale et la fraude utilisant les technologies ont connu une augmentation, correspondant à l'usage accru des technologies dans les systèmes commerciaux et à la facilité d'accès des délinquants et des victimes aux technologies.

Exemples:

- Des technologies sont utilisées pour moderniser et rendre plus efficaces les techniques de fraude reposant sur le papier qui existent parfois depuis des siècles.

Illustration 19-1: Un type de fraude avec avance de frais connue sous le nom de “fraude 419” utilise l’Internet et le courrier électronique pour établir des contacts et poursuivre les victimes. La “fraude 419” est une version informatisée d’une ancienne technique “votre ami est prisonnier”, dans laquelle des centaines de lettres étaient envoyées à des familles riches, leur proposant de libérer une victime imaginaire en échange d’une rançon payée à l’avance. Avec l’informatique, quelques personnes peuvent envoyer des milliards de courriers électroniques non sollicités dans le monde entier, promettant la libération de fortunes “captives”, dont une part peut être obtenue en échange d’informations personnelles ou financières des victimes et du paiement d’une avance de frais. La fortune des victimes est détournée, leur identité et leurs informations financières sont utilisées pour commettre d’autres actes frauduleux.

- On se sert du sentiment de confiance général dans les systèmes de paiement et les systèmes commerciaux mondiaux pour endormir la vigilance des fournisseurs et suspendre les contrôles habituels des crédits et des paiements.

Illustration 19-2: Un fournisseur de générateurs diesel reçoit une grosse commande par Internet provenant d’un acheteur à l’étranger. Enchanté par le montant de la commande, le vendeur accepte que le paiement soit effectué avec plusieurs cartes de crédit différentes. Les centres d’autorisation des cartes autorisent les retraits et le vendeur reçoit des numéros de confirmation. Les générateurs sont expédiés. Deux semaines plus tard, le vendeur s’aperçoit que le centre d’autorisation demande le remboursement du montant de l’achat, en invoquant la fraude.

Illustration 19-3: Si la grande majorité des opérations commerciales sur Internet se déroulent sans incident, un nombre croissant de fraudeurs acquièrent des marchandises en utilisant des instruments financiers contrefaits ou modifiés, ou des données de carte de paiement non autorisées ou volées. Lorsque le vendeur s’aperçoit que le paiement a été refusé, les marchandises ont peut-être déjà été expédiées, reçues et écoulées par le fraudeur. Il est extrêmement difficile, et généralement impossible, de récupérer l’argent ainsi perdu.

- Après avoir pris contact avec une entreprise par courrier électronique, un acheteur aux intentions frauduleuses proposera un chèque d’entreprise, un mandat ou une traite qui dépasse le montant de la vente et demandera au vendeur de lui rembourser la différence par virement télégraphique.

Illustration 19-4: Un grossiste reçoit un courrier électronique d’un acheteur qui passe une commande de marchandises d’une valeur de 25 000 dollars. L’acheteur prétend travailler pour une entreprise réputée d’envergure internationale. Le grossiste reçoit un “chèque d’entreprise certifié” d’un montant de 50 000 dollars et contacte l’acheteur par courrier électronique pour lui signaler l’erreur. L’acheteur lui demande de simplement déposer le chèque, de garder le montant qui lui est dû et de virer la différence à l’agence d’un service de transfert d’argent. Craignant que le chèque ne soit pas valable, le vendeur attend jusqu’à ce qu’il soit compensé par la banque. Une fois rassuré, il transfère les fonds

excédentaires selon les instructions reçues et envoie les marchandises. Deux semaines plus tard, la banque annule le paiement de 50 000 dollars. Le chèque était un faux qui n'a été détecté par l'entreprise dont il indiquait le nom qu'à l'occasion du rapprochement mensuel des comptes.

- Les fraudeurs savent qu'Internet offre des moyens sûrs et efficaces de commercialiser des marchandises volées.

  Illustration 19-5: Des enchères en ligne sont utilisées pour vendre des marchandises déjà volées par les fraudeurs, ou bien des fraudeurs peuvent agir comme intermédiaires pour des réseaux de voleurs dans différentes régions du monde en expédiant directement les marchandises volées aux gagnants d'enchères.

- Internet attire des fraudeurs qui utilisent les nouvelles technologies pour conserver leur anonymat.

  Illustration 19-6: Dans le monde entier, les fraudeurs utilisent le "pharming" qui consiste à rediriger le trafic légitime Internet d'un site Web vers un site contrefait lui ressemblant à s'y méprendre.

  Illustration 19-7: Les technologies et la fraude transnationale sont liées lorsque les fraudeurs utilisent le renvoi automatique des appels, des réexpéditeurs anonymes ou d'autres moyens similaires en vue de dissimuler leur identité et leur emplacement et de ne pas pouvoir être localisés par la police.

- Les fraudeurs utilisent de plus en plus, et avec une efficacité croissante, les technologies, y compris les technologies des transports, de l'information et de la communication, pour échanger leurs connaissances d'une région à l'autre, pour repérer, contacter et tromper des victimes, pour éviter d'être retrouvés et dissimuler le produit de la fraude.

  Illustration 19-8: Un nombre croissant de mécanismes de fraude dépendent dans une large mesure d'éléments technologiques et exploitent les faiblesses technologiques, comme la fraude par télémarketing, la fraude sur Internet, la fraude à la carte de crédit ou de débit et la fraude contre un établissement financier. Les mécanismes de fraude transnationale plus sophistiqués tendent à tirer parti des derniers développements technologiques pour atteindre des victimes potentielles, par exemple par le biais de la téléphonie cellulaire, de la téléphonie sur IP (VoIP) et de la communication par Internet.

Conseils:

- Sachez que la portée de la fraude par le biais d'Internet et des technologies apparentées, qui touche la communauté commerciale, est très vaste et reflète toute la diversité des activités commerciales légitimes, et que les commandes internationales sont particulièrement vulnérables à cet égard.

- Faites preuve de prudence lorsque vous concluez des opérations de vente sur Internet portant sur des marchandises de grande valeur, qui sont souvent la cible d'opérations de fraude, notamment des enchères et des ventes au détail en ligne, et de fraudes à la carte de crédit.

- Insistez pour recevoir le montant exact de la vente et ne transférez pas d'argent en espèces à un acheteur pour restituer un montant "excédentaire" qui n'a pas été fait en espèces.
- Lorsque des chèques, des mandats, des traites ou des instruments financiers similaires sont utilisés comme moyens de paiement, certifiés ou non, vérifiez le montant, le numéro et la signature en utilisant, si possible, des voies de communication directes autres qu'Internet ou le courrier électronique. Renseignez-vous auprès du service postal ou de la banque émettrice pour vérifier que les numéros et les montants du document sont légitimes.
- Méfiez-vous des utilisations abusives courantes de la technologie, telles que le filoutage ("phishing") qui consiste à inciter les victimes par courrier électronique à fournir leurs propres informations personnelles ou financières à des fraudeurs qui se font passer pour des entités commerciales ou des administrations publiques, ou le "pharming" qui consiste à rediriger le trafic légitime vers un site contrefait lui ressemblant.

  Voir aussi: Indicateur 7 – Complexité ou simplicité excessives des opérations; Indicateur 8 – Obstacle à l'exercice d'une diligence raisonnable; Indicateur 18 – Demandes d'informations abusives; Indicateur 20 – Stratagèmes de vente pyramidale et multiniveau; Indicateur 21 – Fraudes portant sur des biens et services; Additif 1 – Exercice de la diligence raisonnable.

Indicateur 20: Stratagèmes de vente pyramidale et multiniveau

Un fraudeur peut chercher à recruter du nouveau personnel pour vendre des marchandises ou des produits financiers. La personne engagée sera priée d'acquitter (ou "d'investir") un droit d'entrée pour participer au programme et recrutera ensuite d'autres vendeurs, qui paieront également un droit, sur lequel le fraudeur et le vendeur engagé en premier toucheront des commissions. Habituellement, on fait miroiter aux nouvelles recrues de gros bénéfices, tant sur les ventes que sur les droits d'entrée.

Explication:

Les fabricants et les entreprises de marketing mettent généralement en place des réseaux de distribution et recrutent des vendeurs pour les aider. Certains d'entre eux peuvent inciter les vendeurs à recruter d'autres vendeurs, qui travailleront pour eux et partageront leurs commissions de vente. Une telle structure de marketing multiniveau peut être légitime, mais les fraudeurs utilisent également ce genre de mécanisme à des fins frauduleuses.

Pour l'essentiel, la structure de ventes se présente sous la forme d'une pyramide, avec, au sommet, le fraudeur et, au-dessous, les strates successives de vendeurs ou de victimes. L'objectif est d'obtenir une force de vente aussi large que possible pour maximiser les droits d'entrée. De plus, il arrive que le fraudeur exige de la personne engagée, ainsi que des personnes qu'elle aura recrutées à son tour, qu'elles achètent de grandes quantités d'un produit qui peut être difficile à écouler si le territoire est saturé de vendeurs. En règle générale, le fraudeur et un nombre très restreint de personnes recrutées au début, qui sont au sommet de la pyramide, s'enrichissent,

tandis que les personnes recrutées plus tard perdent la totalité ou la majeure partie de leur investissement lorsque la pyramide finit par s'effondrer.

Quel que soit le produit, le service, l'investissement ou le programme concerné, tout "bénéfice" est illusoire et n'est que le résultat du dispositif pyramidal. En touchant un tel "bénéfice", un investisseur ne fait que récupérer son propre capital ou toucher des fonds versés par d'autres investisseurs-victimes. Les auteurs de fraudes transnationales de marketing de masse multiniveau opèrent dans plusieurs pays pour mener à bien différents aspects de leurs stratagèmes, et il arrive qu'ils utilisent des technologies de la communication permettant de faire croire qu'ils se trouvent dans d'autres pays.

Exemples:

- C'est parfois la structure de la pyramide qui est elle-même l'incitation et qui pousse les victimes à faire la publicité pour le programme.

  Illustration 20-1: Un distributeur de marchandises proposait, contre rémunération, à des distributeurs potentiels de recruter de nouveaux vendeurs et de percevoir des commissions directes et indirectes pour chaque nouvelle recrue. Le distributeur potentiel devait acheter une quantité définie de marchandises qu'il pouvait revendre à son vendeur.

  Illustration 20-2: Une entreprise commercialisant divers produits proposait à des distributeurs potentiels de percevoir des commissions directes et indirectes pour le recrutement de vendeurs sous sa supervision. Le distributeur potentiel devait accepter d'acheter une grande quantité de marchandises, qu'il pouvait revendre à ses vendeurs. L'entreprise n'avait pas d'objectifs de vente au détail précis et les commissions étaient calculées sur les ventes en gros. De plus, l'entreprise n'acceptait pas que les marchandises invendues lui soient rendues.

- Dans d'autres cas, les fraudeurs utilisent les structures de marketing multiniveau à l'arrière-plan, et s'appuient sur l'offre sous-jacente pour attirer des recrues tout en modifiant les détails de l'offre en fonction des différentes régions du monde, des tendances de la consommation et des catégories de victimes.

  Illustration 20-3: Le promoteur d'un instrument financier inédit à rendement élevé, dépourvu de risque, proposait à de riches investisseurs potentiels des rendements mensuels de 100 % et des "bonus" s'ils recrutaient de nouveaux investisseurs, qui toucheraient également des bonus s'ils en amenaient d'autres.

  Illustration 20-4: Dans une économie axée sur les consommateurs, un individu avait recours à des annonces dans les journaux, des messages téléphoniques et des "séminaires d'investissement" dans des hôtels et des centres commerciaux pour proposer à de nouvelles recrues un investissement avec un rendement allant jusqu'à 2 500 % par mois dans les trois mois et 62 500 % dans les six mois, "sans aucun risque".

  Illustration 20-5: Dans une économie en développement, où le droit à la propriété privée était relativement récent, un individu a attiré des

investisseurs parmi les employés de la nouvelle économie en leur proposant un droit "exclusif" sur des plantations éloignées de tecks, ou sur des arbres individuels impossibles à repérer, voire inexistants.

Illustration 20-6: Dans une économie en transition, un individu a attiré des citadins au chômage en leur promettant des bénéfices de 60 % en échange du droit d'élever des insectes à des fins médicales.

- Des situations telles qu'un développement ou une transition économiques majeurs peuvent donner lieu à une multiplication des fraudes de type pyramidal et du marketing de masse multiniveau, qui cherchent à tirer parti de la confusion entre les principes économiques anciens et nouveaux et d'activités particulières telles que la privatisation d'opérations étatiques.

  Illustration 20-7: Un pays qui tentait de passer de la propriété centralisée à la propriété privée a connu la faillite économique la plus complète en raison d'une série de fraudes de type pyramidal et à la loterie commises par des particuliers à l'échelle nationale.

Conseils:

- Lorsqu'un programme exige l'achat de stocks et de matériel de marketing onéreux, renseignez-vous auprès de l'organisme de réglementation compétent et exercez une diligence raisonnable en examinant la qualité et le coût des stocks, la réputation du fournisseur, etc.
- Méfiez-vous des programmes qui proposent des commissions ou des rendements élevés aux investisseurs potentiels pour le recrutement de nouveaux investisseurs qui peuvent, à leur tour, en recruter d'autres.
- Il y a risque de fraude lorsqu'un individu ne propose qu'une quantité symbolique d'un produit, tout en promettant des rendements élevés si l'investisseur potentiel augmente le nombre de nouvelles recrues, et si le programme n'autorise pas le retour des invendus.
- Les instigateurs d'opérations de type pyramidal proposent souvent des "programmes d'augmentation du capital". Il y a risque de fraude lorsque l'instigateur propose des "rendements supérieurs au marché" ou des programmes reposant sur des instruments financiers, des investissements ou des produits inhabituels à des participants qui ne connaissent pas bien le marché des instruments, investissements ou produits sous-jacents, lorsque le programme est proposé lors de manifestations caritatives ou en cas d'obligation de payer un droit d'entrée.

Voir aussi: Indicateur 5 – Rendements disproportionnés; Indicateur 8 – Obstacle à l'exercice d'une diligence raisonnable; Indicateur 9 – Incitations frauduleuses; Indicateur 13 – Source de remboursement douteuse ou inconnue; Indicateur 15 – Fraude fondée sur l'abus d'affinités ou de relations personnelles; Indicateur 19 – Courriers électroniques non sollicités et autres utilisations abusives des technologies; Additif 1 – Exercice de la diligence raisonnable.

Indicateur 21: Fraudes portant sur des biens et services

Les fraudes commerciales portant sur des biens et services sont souvent facilitées par des fraudeurs qui donnent une idée fausse de la nature, de la qualité ou de la valeur des biens ou services qui doivent être fournis ou sur lesquels porte l'investissement.

Explication:

Les ventes de biens et de services sont des composantes importantes du commerce international. Les fraudeurs tirent souvent parti de ces activités pour commettre une fraude en concluant une opération sans avoir l'intention de remplir leurs obligations, ou en prenant cette décision pendant le cours de l'opération. Le fraudeur qui fait la promotion de l'opération peut commettre la fraude en donnant une description totalement inexacte des biens ou services concernés, ou bien l'acheteur d'un produit, un investisseur ou une personne qui compte sur la réception des biens physiques peuvent se rendre compte que les marchandises n'ont jamais été reçues ou n'ont jamais existé. Si les marchandises sont reçues, celles qui le sont ou sur lesquelles l'investissement a été effectué peuvent considérablement différer de l'image donnée par le fraudeur, ou des spécifications de l'opération. Elles peuvent être d'une valeur nettement inférieure, ou de peu de valeur, être des contrefaçons, ou avoir été manipulées de telle manière que leur valeur a nettement diminué. De la même façon, une victime qui a passé un contrat pour la fourniture de services, qu'elle a payés à l'avance, risque de ne jamais les recevoir.

Exemples:

- Les marchandises qui font l'objet de l'opération ou de l'investissement peuvent être d'une qualité ou d'une valeur moindre que prévu contractuellement ou peuvent être contrefaites.

  Illustration 21-1: Des marchandises telles que des produits de luxe, des œuvres d'art, des antiquités ou des pierres précieuses, pour lesquelles un acheteur a besoin de connaissances spécialisées pour en évaluer la valeur ou la provenance, peuvent être présentées fallacieusement comme ayant beaucoup plus de valeur qu'elles n'en ont réellement ou comme ayant une origine légitime.

  Illustration 21-2: On a cherché à attirer frauduleusement des investisseurs en alléguant une forte augmentation projetée de la valeur de divers produits, parmi lesquels des œuvres d'art, des timbres et même du whiskey de malt.

  Illustration 21-3: Des étiquettes peuvent être modifiées ou apposées sur des produits contrefaits pour les écouler auprès d'acheteurs non avertis.

  Illustration 21-4: Des produits pharmaceutiques ou autres vendus à des prix très réduits sur Internet ou ailleurs risquent d'être des imitations ou des produits du marché noir vendus pour tirer profit de vols ou d'autres infractions.

  Illustration 21-5: Un fraudeur passe un contrat avec un acheteur portant sur la vente d'articles fabriqués spécialement. Une fois que le fraudeur a reçu le paiement, l'acheteur découvre que les articles sont des imitations.

- Un fraudeur peut prétendre que des marchandises ont été expédiées ou reçues alors qu'elles ne l'ont pas été, où qu'elles existent alors qu'elles n'existent pas.

  Illustration 21-6: Un fraudeur passe un contrat avec un acheteur, prévoyant de lui vendre certaines marchandises, et tous deux conviennent que le vendeur acceptera une lettre de crédit en paiement. Le vendeur ne livre rien, mais présente des documents conformes à sa banque, indiquant que les marchandises ont été expédiées, et sa banque paie le prix prévu dans le contrat.

  Illustration 21-7: Un fraudeur cherche à obtenir un financement d'une banque pour la transformation de matières premières en produit fini. Il prétend qu'il est déjà en possession des matières premières et persuade la banque d'accorder le financement, bien qu'elle n'ait jamais vu les matières premières en question. Il reçoit le produit de l'opération, bien que les matières premières n'existent pas.

- Les marchandises reçues peuvent avoir été altérées par le fraudeur.

  Illustration 21-8: Un fraudeur passe un contrat avec un acheteur portant sur la vente de certaines marchandises, et les deux parties conviennent que le vendeur acceptera une lettre de crédit en paiement. Le fraudeur expédie les marchandises dans des conteneurs, marqués conformément aux documents d'expédition. Il présente à la banque des documents conformes pour recevoir le paiement, une fois les conteneurs livrés, avant que l'acheteur ne découvre qu'ils ont été remplis de déchets métalliques au lieu des marchandises prévues dans le contrat.

  Illustration 21-9: Des scellés apposés sur des camions ou des conteneurs de produits peuvent être forcés, le contenu sorti du camion ou du conteneur et les scellés remplacés par des faux.

Conseils:

- Avant de conclure une opération reposant sur l'existence de marchandises, assurez-vous toujours que ces marchandises existent et sont conformes à la description.
- Ne vous fiez jamais aveuglément à l'expertise autoproclamée du promoteur du produit, surtout lorsqu'il s'agit de marchandises dont vous n'avez pas l'habitude.
- S'il est possible d'inspecter les produits, examinez-en soigneusement l'étiquetage et la qualité ou, si nécessaire, faites-les examiner par un expert de renom.
- Méfiez-vous des marchandises proposées à un prix nettement inférieur au prix de gros. Procurez-vous un échantillon aléatoire et faites-le analyser ou évaluer par un expert de renom.
- Renseignez-vous sur votre cocontractant et exercez, le cas échéant, une diligence raisonnable pour établir sa fiabilité.

- S'il est possible d'inspecter les produits, examinez-en soigneusement l'étiquetage et la qualité.

  Voir également: Indicateur 3 – Incohérences dans l'opération; Indicateur 8 – Obstacle à l'exercice d'une diligence raisonnable; Indicateur 19 – Courriers électroniques non sollicités et autres utilisations abusives des technologies; Additif 1 – Exercice d'une diligence raisonnable.

Indicateur 22: Fraude boursière et abus de marché

La fraude commerciale comporte souvent la vente de valeurs mobilières non enregistrées par des personnes qui ne sont pas habilitées à les vendre en vertu des lois et règlements pertinents, ou encore l'abus de marché ou les manipulations de marché.

Explication:

L'émission et la vente de valeurs mobilières sont des composantes essentielles des finances et du commerce modernes et, dans la plupart des pays, les régulateurs des marchés de valeurs mobilières s'emploient activement à prévenir la fraude boursière et les abus de marché dans le secteur financier et à poursuivre les contrevenants. Ils le font en partie en exigeant que les valeurs mobilières soient enregistrées et que les personnes qui les vendent soient dûment habilitées. Les fraudeurs cherchent souvent à manipuler le sentiment de sécurité qu'engendrent les systèmes de réglementation et à récolter les bénéfices que peuvent leur procurer les abus visant les marchés des valeurs mobilières.

Outre les manipulations de marché par le biais d'opérations d'initiés, les investisseurs peuvent être soumis à des méthodes de vente agressives visant certaines valeurs mobilières, ou encore ils peuvent être victimes d'opérations de "pump and dump" qui consistent à gonfler artificiellement le cours de la valeur mobilière et la demande, de sorte que le fraudeur peut vendre les titres à un prix excessif. En outre, des fonds et des actifs peuvent être détournés par la direction d'une société cotée en bourse, aux dépens des actionnaires dépourvus de pouvoir de contrôle. En général, une forte proportion des affaires liées à des valeurs mobilières implique une ou plusieurs des violations suivantes: courtiers non agréés, valeurs mobilières non enregistrées ou fausses, présentation fallacieuse des faits ou omissions frauduleuses, recommandations inopportunes, multiplication abusive des transactions, manipulations de marché ou vol manifeste de fonds et d'actifs par des initiés.

Exemples:

- Des valeurs mobilières frauduleuses ou fictives sont proposées de diverses manières qui imitent et développent les techniques de commercialisation des valeurs mobilières légitimes.

  – Des annonces ou des articles de presse contenant des informations fausses ou trompeuses son publiés ou leur publication est encouragée.

    Illustration 22-1: Des articles et des annonces ont été publiés faisant croire que des obligations émises pendant la Première Guerre mondiale,

démonétisées par décret et en vertu d'un traité international, avaient encore une valeur actuelle.

– Des contacts non sollicités sont établis.

Illustration 22-2: Des appels téléphoniques, des fax, des lettres ou des courriers électroniques sont adressés par des personnes qui se présentent comme des promoteurs de valeurs mobilières ou des sociétés de courtage, et qui incitent le destinataire à profiter immédiatement de l'indication confidentielle dont elles le font bénéficier.

– Des méthodes de vente agressives sont utilisées, et l'investissement proposé a souvent un caractère d'urgence.

Illustration 22-3: Les publicités laissent entendre qu'une occasion unique de réaliser un bénéfice risque d'être perdue si l'investisseur n'agit pas immédiatement, car seul un nombre limité de personnes peuvent investir; un argument invoqué est aussi que le marché n'est ouvert que pendant une durée limitée.

– L'assurance est donnée que les risques sont minimes ou nuls.

– Il est aussi fréquemment fait référence à de prétendus "marchés secrets" où se feraient les "affaires".

- Les valeurs mobilières frauduleuses ou fictives violent les lois et les règles applicables et contrarient leur mécanisme de réglementation.

  – Les valeurs mobilières ne sont pas correctement enregistrées.

  Illustration 22-4: Le fraudeur peut prétendre que l'enregistrement des valeurs mobilières n'est pas en l'espèce exigé.

  – Souvent, la personne qui vend la valeur mobilière frauduleuse ou fictive n'est pas un courtier agréé.

  – Ou encore, les faits sont présentés de façon fallacieuse et des renseignements concernant les profits, les risques et les droits associés à l'investissement proposé sont omis.

- Les valeurs mobilières frauduleuses sont souvent atypiques ou ont des caractéristiques inhabituelles et donnent lieu à des explications extravagantes dont l'objet est de justifier leur prétendue valeur.

  Illustration 22-5: Des boîtes en métal renfermant des valeurs mobilières censées représenter des milliards de dollars des États-Unis (sous la forme de prétendus "billets de la Réserve fédérale") ont été récemment découvertes aux Philippines; elles auraient été dissimulées par un chef de guerre tristement célèbre à la fin de la Deuxième Guerre mondiale.

- Des états financiers ou des avis d'opéré qui se présentent sous une forme inhabituelle peuvent indiquer une éventuelle falsification destinée à dissimuler un vol.

Conseils:

- Ne traiter qu'avec des organismes et des courtiers ayant une bonne réputation.

- Refuser la proposition ou contacter l'organisme de réglementation compétent pour s'assurer que le vendeur est dûment agréé et que la valeur mobilière elle-même satisfait aux exigences en vigueur en matière d'enregistrement.
- Avant d'investir, examiner toute proposition d'investissement avec son propre conseiller financier indépendant, en particulier si le cours d'un instrument financier particulier semble augmenter ou diminuer rapidement.
- Examiner soigneusement tous les états financiers afin de mettre en évidence d'éventuels signes d'irrégularités qui pourraient indiquer qu'un état a été falsifié pour dissimuler un vol.
- Vérifier indépendamment les comptes avec l'institution financière qui est censée les tenir.
- Lorsque la valeur mobilière ne peut être décrite sans recourir à des explications complexes et alambiquées et qu'elle présente des caractéristiques inhabituelles, il faudrait la refuser ou procéder à une vérification indépendante.

Voir aussi: Indicateur 8 – Obstacle à l'exercice d'une diligence raisonnable; Additif 1 – Exercice d'une diligence raisonnable.

Indicateur 23: Usage abusif de la procédure d'insolvabilité

La procédure d'insolvabilité peut être utilisée pour favoriser la fraude commerciale en facilitant le transfert irrégulier d'actifs, en obtenant des investissements en faveur d'entités insolvables par une présentation fallacieuse des faits, ou en produisant ou vendant de fausses créances.

Explication:

La plupart des systèmes juridiques se sont dotés d'une législation relative à l'insolvabilité pour permettre aux sociétés ou aux particuliers qui sont dans les affaires de restructurer leur dette moyennant une procédure de redressement ou de liquidation. Convenablement appliqués, ces régimes d'insolvabilité assurent un contrôle approfondi de la procédure d'insolvabilité, qui s'exerce à travers une supervision judiciaire ou administrative. Les processus d'insolvabilité répondent à d'importants besoins d'ordre commercial et pratique qu'éprouvent les entreprises qui se heurtent à des difficultés financières.

S'il arrive souvent que la fraude donne lieu à une procédure d'insolvabilité concernant la victime, les mécanismes frauduleux mettent également à profit le processus juridique associé à l'insolvabilité pour dissimuler ou faciliter la fraude commerciale et pour tirer parti de la crédibilité attachée à la procédure d'insolvabilité dans le but de donner aux victimes visées un sentiment erroné de sécurité. Les fraudeurs utilisent le processus d'insolvabilité pour laisser penser, à tort, que le tribunal de l'insolvabilité ou le représentant de l'insolvabilité a examiné et approuvé la requête prétendument formée au nom de l'entité insolvable. Ils peuvent aussi utiliser le processus d'insolvabilité pour dissimuler le transfert irrégulier d'actifs ou pour produire et vendre de fausses créances. Enfin, le processus d'insolvabilité peut être mis à profit pour donner de la crédibilité à l'entité insolvable, de manière à ce que celle-ci puisse obtenir de nouveaux services, crédits ou marchandises.

Exemples:

- La procédure d'insolvabilité peut être utilisée pour dissimuler des actifs aux créanciers.

  Illustration 23-1: Avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, une entité peut transférer des actifs d'un pays dans un autre pour les dissimuler ou pour entreprendre une nouvelle activité commerciale. Les créanciers ne peuvent de la sorte recouvrer leurs biens, car l'entité n'a pas assez d'actifs pour rembourser les dettes antérieures.

  Illustration 23-2: Avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, les dirigeants de l'entité transfèrent les actifs à eux-mêmes ou à d'autres initiés, de sorte qu'il ne reste plus de fonds disponibles pour les créanciers de l'entité.

- Le fraudeur peut donner une idée fausse de la valeur des actifs ou des entreprises commerciales de l'entité insolvable.

  Illustration 23-3: Le fraudeur sous-évalue les actifs de l'entité insolvable, de sorte que les créanciers sont amenés à accepter beaucoup moins que la valeur totale de la dette qui leur est due.

  Illustration 23-4: Le fraudeur peut surévaluer les actifs d'une entité insolvable, sachant que les victimes croiront que ses estimations ont été examinées ou vérifiées par le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité. Les victimes investissent ainsi dans l'entité insolvable croyant que sa situation financière est meilleure qu'elle ne l'est.

- De fausses créances peuvent être produites dans la procédure d'insolvabilité pour escroquer des créanciers ou d'éventuels investisseurs.

  Illustration 23-5: Lorsque la procédure d'insolvabilité est ouverte, les dirigeants de l'entité produisent de fausses créances, ce qui amène le tribunal et le représentant de l'insolvabilité à distribuer moins aux créanciers légitimes et à verser certaines parties des actifs aux dirigeants de l'entité.

  Illustration 23-6: Un fraudeur produit de fausses créances à l'égard d'une entité insolvable et les vend aux victimes en leur consentant une remise; celles-ci, croyant que ces créances sont valables, essaient d'en recouvrer le montant auprès de l'entité insolvable.

- La procédure d'insolvabilité peut être utilisée pour donner du crédit à l'entité insolvable.

  Illustration 23-7: Un fraudeur amène une victime à fournir à l'entité insolvable des marchandises, des services ou un crédit. Il est dit à la victime que le tribunal ou le représentant de l'insolvabilité a garanti le paiement ou a assuré la victime qu'elle serait remboursée puisqu'il a donné son autorisation ou son approbation, ce qui en fait n'est pas le cas.

  Illustration 23-8: Une autre forme de fraude consiste, dans le cadre d'une opération, à exiger un paiement anticipé, l'autre partie prétendant quelle est insolvable après réception du paiement anticipé.

Conseils:

- Se rappeler que les entités insolvables font l'objet d'une procédure d'insolvabilité car elles n'ont pu payer leurs créanciers ou n'ont pas su mener leurs affaires. Toute opération proposée avec l'entité insolvable ou tout investissement proposé dans ladite entité doit être soigneusement examiné avant de procéder au moindre investissement.
- Toujours exercer une diligence raisonnable et étudier indépendamment toute déclaration de valeur faite par l'entité insolvable avant d'accorder tout crédit supplémentaire ou de fournir des marchandises et des services à crédit.
- Étant donné que la procédure d'insolvabilité est en général connue du public, il faudrait consulter la documentation correspondante afin de vérifier les conclusions prétendument formulées par le tribunal de l'insolvabilité ou par le représentant de l'insolvabilité.
- Ne jamais cesser d'exercer une diligence raisonnable au seul motif qu'une des contreparties prétend qu'un tribunal de l'insolvabilité ou un représentant de l'insolvabilité a approuvé ou autorisé une opération ou un investissement.
- Soigneusement examiner tous les transferts d'actifs par l'entité insolvable avant et pendant la procédure d'insolvabilité, afin de déterminer si ces transferts sont légitimes.

  Voir aussi: Indicateur 8 – Obstacle à l'exercice d'une diligence raisonnable; Additif 1 – Exercice d'une diligence raisonnable.

Additif 1: Exercice d'une diligence raisonnable

Un bon exercice de la diligence raisonnable est subordonné aux conditions particulières qui entourent l'opération en cause, mais il est possible d'énoncer quelques règles générales qu'il conviendrait de suivre pour s'assurer du caractère *bona fide* d'une opération et des contreparties. Se rappeler que la présente liste ne donne que des indications générales et qu'il conviendrait de consulter d'autres sources où l'on trouvera des renseignements plus détaillés, par exemple le site Web de la Federal Trade Commission des États-Unis (www.ftc.gov); le site Web d'un réseau international d'organismes de protection des consommateurs, Consumer Sentinel (www.consumer.gov); le site Web d'un autre réseau international, Econsumer (www.econsumer.gov); et le site Web des consommateurs de l'Union européenne (http://ec.europa.eu/consumers/index_fr.htm).

1. Déterminer comment l'on a été sélectionné

- Si l'investisseur n'a pas pris l'initiative d'établir lui-même le contact, il devrait se renseigner sur la manière dont la contrepartie a obtenu son nom et ses coordonnées.
- L'investisseur devrait se demander pourquoi la contrepartie le contacte personnellement; pourquoi pense-t-elle qu'il pourrait être intéressé par une opération commerciale? Des réponses vagues ou générales montrent que la contrepartie n'a pas les données nécessaires pour déterminer si l'investisseur remplit les conditions voulues aux fins de l'opération.

2. Vérifier les informations concernant la contrepartie

- Toujours vérifier les coordonnées et l'identité de la contrepartie et de ses représentants ainsi que les renseignements les concernant, indépendamment des informations communiquées par le promoteur de l'investissement, par le biais d'Internet, des annuaires téléphoniques, des associations professionnelles, de la presse, des documents de bibliothèques, etc. Ne pas se fier aux numéros de téléphone, aux sites Web, aux adresses ou aux opinions des spécialistes recommandés par le promoteur de l'investissement dans l'exercice de la diligence raisonnable.
- En traitant avec un spécialiste, s'assurer auprès de l'association professionnelle compétente que ledit spécialiste et dûment agréé et qualifié, et s'informer de ses antécédents, notamment de toute plainte ou de tout chef d'accusation dont il aurait pu faire l'objet.
- Si possible, vérifier auprès de la Direction nationale de la répression des fraudes, le nom des contreparties et des promoteurs afin de rechercher la trace d'éventuels antécédents judiciaires ou de plaintes. Ne pas oublier que les fraudeurs peuvent prendre des noms d'emprunt.
- Se rappeler que les fraudeurs peuvent travailler en équipe et que les confirmations apportées par d'autres personnes, en particulier par celles recommandées par le promoteur, ne suffisent pas nécessairement à se protéger.

3. Reconnaître les tactiques de vente

Vente agressive

- Ne pas se défaire du principe de la diligence raisonnable face à des sollicitations faisant appel aux sentiments, par exemple lorsqu'une crise humanitaire est invoquée.
- Ne pas céder à l'empressement au prétexte qu'il faudrait investir ou acheter immédiatement sous peine de laisser passer une bonne occasion. Si l'affaire proposée était aussi bonne que cela, le promoteur n'aurait pas besoin de contacter individuellement différents investisseurs. Si, compte tenu des délais très serrés, il devient difficile d'exercer une diligence raisonnable, il ne faut pas s'engager dans l'opération.

Anticipations

- Vérifier les éléments essentiels de l'opération, y compris les prévisions de rendement, par rapport aux données économiques du moment, notamment le prix ou le volume d'une marchandise dont il a été question, ou encore la structure normale des échanges concernant cette marchandise.

4. Identifier le produit

- Déterminer le produit qui est vendu. Il s'agit parfois d'un service ou d'un actif incorporel dissimulé sous la forme d'un produit physique.

- Il est très difficile de vérifier l'existence des actifs incorporels tels que les options d'achat, les ententes de multipropriété, les droits de location, etc. Pour vérifier leur authenticité, il faudra faire preuve d'une diligence accrue.
- Les produits stockés en des lieux relevant d'une autre juridiction ou à l'étranger sont facilement falsifiés et il faudra là encore faire preuve d'une diligence accrue.

5. Déterminer la nature de l'opération

- Déterminer précisément ce qu'il est demandé de faire: verser un acompte, verser une commission d'intermédiation, conclure un contrat d'échange, ouvrir un compte de garantie bloqué, acquérir une lettre de crédit ou effectuer un acte analogue, ce qui ne représente qu'un élément de l'opération. Nombre de ces opérations ne transfèrent aucun droit de propriété au client et n'ont au mieux qu'un caractère préliminaire.
- Envisager de faire appel à un courtier de confiance qui fera fonction d'"intermédiaire" et conservera les fonds en attendant l'exécution du contrat ou la livraison des marchandises.
- S'assurer que tous les fonds versés seront remboursables si l'opération n'est pas menée à terme.

6. Déterminer la mécanique de l'opération et vérifier la documentation pertinente

Comment les fonds sont-ils gérés?

- Déterminer où les fonds servant au paiement sont envoyés et vérifier les caractéristiques de l'organisme destinataire. S'agit-il d'une institution financière de bonne réputation implantée dans un pays de bonne réputation, ou s'agit-il d'un compte extraterritorial? Dans les centres bancaires extraterritoriaux, les investisseurs particuliers disposent en général de voies de recours limitées.
- Si les fonds sont placés sur un compte de garantie bloqué ou une lettre de crédit, l'institution financière est-elle bien considérée et jouit-elle d'une bonne réputation?
- Vérifier les signatures, les comptes et les autres informations documentaires émanant du solliciteur, par exemple l'organisme qui a adressé la lettre dont l'en-tête renferme des informations pertinentes, ou la personne qui est censée avoir signé le document.
- Tous les documents qui sont communiqués, comme les lettres de crédit, les garanties, etc., devraient être vérifiés en appelant les autres parties mentionnées dans le document pour s'assurer de leur validité.

Comment communiquer avec la contrepartie

- La contrepartie devrait être facilement accessible par téléphone, courrier postal ou courrier électronique. Les informations devraient être vérifiables de manière indépendante.

- Il devrait être possible de se rendre personnellement dans les bureaux de la contrepartie pour se faire une idée de la nature de cette dernière. Ne pas oublier que les apparences sont trompeuses.

Quel type d'information échanger avec la contrepartie

- Il faudrait veiller à la nature des informations communiquées à la contrepartie. Si des données commerciales sont justifiées dans le cadre d'une opération commerciale normale, ce n'est pas le cas des données personnelles.
- Des données personnelles ne devraient être communiquées à des institutions financières (courtiers en valeurs mobilières et en marchandises) qu'après avoir vérifié auprès des organismes de réglementation compétents qu'elles sont dûment agréées et qu'elles sont bien considérées.

8. Localisation des parties, des produits et des opérations

- De plus en plus souvent, de la documentation consacrée aux mécanismes frauduleux existants, ainsi que des mises en garde concernant les secteurs où s'exerce la fraude nationale et transfrontalière sont diffusées par des organismes de réglementation, des associations professionnelles et des associations de consommateurs. Il faudrait s'appliquer à rechercher cette documentation, soit en ligne, soit par l'intermédiaire des associations professionnelles locales.
- S'il y a un sujet d'inquiétude, veiller à résoudre le problème, par exemple lorsqu'un indicatif de téléphone ne correspond pas au lieu supposé ou si la situation est incohérente.
- Si possible, faire quelques comparaisons en recherchant des produits ou des opérations de même nature.
- Si l'affaire porte sur des produits, essayer d'obtenir un échantillon pour le faire analyser ou essayer de faire évaluer l'article en question par une partie qualifiée et indépendante.
- Mener sa propre enquête à l'échelle régionale, en demandant des informations à des organismes privés et publics locaux, puis poursuivre l'enquête à l'échelle internationale, dans des pays mentionnés dans la documentation ou par le promoteur, et dans ceux qui ne sont pas mentionnés mais dans lesquels des fraudes ont déjà pu être constatées.
- Si un très gros investissement est en cause, faire appel aux services de spécialistes pour exercer une diligence raisonnable à l'égard du promoteur et de la proposition.
- Même si la relation n'est pas nouvelle, considérer tout investissement nouveau ou toute opération majeure en faisant preuve de la même prudence et en conservant la même approche de la diligence raisonnable.

VII. RECUEIL DE JURISPRUDENCE CONCERNANT LES TEXTES DE LA CNUDCI

Le secrétariat de la CNUDCI continue de publier des décisions de tribunaux et des sentences arbitrales en rapport avec l'interprétation ou l'application d'un texte résultant des travaux de la CNUDCI. Pour une description du Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, voir le Guide de l'utilisateur (A/CN.9/SER.C/GUIDE/1/Rev.1) publié en 2000 et disponible sur Internet à l'adresse www.uncitral.org.

Les compilations de sommaires de jurisprudence (A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS) peuvent être obtenues auprès du secrétariat de la CNUDCI à l'adresse suivante:

Secrétariat de la CNUDCI
B.P. 500
Centre international de Vienne
A-1400 Vienne
Autriche

Téléphone (+43-1) 26060-4060 ou 4061
Télex: 135612 uno a
Télécopie: (+43-1) 26060-5813
Courrier électronique: *uncitral@uncitral.org*

Ces compilations sont également disponibles sur le site Internet de la CNUDCI *www.uncitral.org*.

Le texte intégral des décisions des tribunaux et des sentences arbitrales mentionnées dans le Recueil de jurisprudence peut être obtenu dans la langue originale sur demande adressée au secrétariat de la CNUDCI.

VIII. ASSISTANCE TECHNIQUE DANS LE DOMAINE DE LA RÉFORME DU DROIT

Note du Secrétariat sur la coopération et l'assistance techniques

(A/CN.9/627) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-4
II.	Activités de coopération et d'assistance techniques	5-28
	A. Activités relatives à différents domaines	6-12
	B. Vente de marchandises	13-14
	C. Règlement des différends	15-18
	D. Passation de marchés	19
	E. Sûretés	20
	F. Fraude commerciale	21
	G. Insolvabilité	22-25
	H. Commerce électronique	26-27
	I. Aide à la rédaction de textes législatifs	28
III.	Activités de coordination	29
IV.	Diffusion d'informations	30-45
	A. Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI (CLOUT)	31-34
	B. Site Web	35-37
	C. Bibliothèque	38-40
	D. Publications	41-42
	E. Communiqués de presse	43
	F. Demandes générales de renseignements	44
	G. Conférences d'information	45
V.	Ressources et financement	46-53
	A. Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI	46-50
	B. Fonds d'affectation spéciale créé pour permettre d'octroyer une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement membres de la CNUDCI	51-53

I. Introduction

1. La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) joue un rôle important dans l'élaboration du cadre juridique régissant le commerce international et les investissements internationaux de par son mandat, qui consiste à élaborer des instruments, législatifs ou non, dont elle encourage l'utilisation et l'adoption, dans un certain nombre de domaines clefs du droit commercial, notamment les ventes, le règlement des différends, la passation des marchés publics, les opérations bancaires et les paiements, les sûretés, l'insolvabilité, les transports, et le commerce électronique. Ces instruments, qui sont acceptés par le plus grand nombre en ce qu'ils apportent des solutions satisfaisantes à des pays ayant des traditions juridiques différentes et ayant atteint des stades de développement économique différents, sont notamment:

a) Dans le domaine des ventes de marchandises, la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM)[1] et la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises[2];

b) Dans le domaine du règlement des différends, la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères[3] (la Convention de New York, une Convention des Nations Unies adoptée avant la création de la Commission, mais dont cette dernière encourage activement l'utilisation), le Règlement d'arbitrage de la CNUDCI[4], le Règlement de conciliation de la CNUDCI[5], la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et articles révisés[6], l'Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales[7] et la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale[8];

c) Dans le domaine de la passation des marchés publics, la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services[9], le Guide

---

[1] 11 avril 1980, Nations Unies, *Recueil des Traités, vol. 1489, p. 3; documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Vienne, 10 mars-11 avril 1980* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.82.V.5), première partie.

[2] *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur la prescription en matière de vente internationale d'objets mobiliers corporels, New York, 20 mai-14 juin 1974* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.74.V.8), première partie; Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1511, p. 77 et 99; *Annuaire 1980 de la CNUDCI*, troisième partie, chap. I, sect. C.

[3] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 330, n° 4739.

[4] *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Supplément n° 17* (A/31/17), par. 57; *Annuaire 1976 de la CNUDCI*, première partie, chap. II, sect. A.

[5] *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-cinquième session, Supplément n° 17* (A/35/17), chap. V, sect. A, par. 106; *Annuaire 1980 de la CNUDCI*, troisième partie, chap. II.

[6] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément n° 17* (A/40/17), annexe I; *Annuaire 1985 de la CNUDCI*, troisième partie, chap. I; *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), annexe I.

[7] *Annuaire 1996 de la CNUDCI*, troisième partie, chap. II.

[8] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 17* (A/57/17), annexe I; Annuaire 2002 de la CNUDCI, troisième partie.

[9] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/49/17), annexe I; *Annuaire 1994 de la CNUDCI*, troisième partie, chap. I.

législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé[10] et les Dispositions législatives types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé[11];

d) Dans le domaine des opérations bancaires et des paiements, la Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux[12], la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux[13], la Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by[14];

e) Dans le domaine des sûretés, la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international[15];

f) Dans le domaine de l'insolvabilité, la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale[16] et le Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité[17];

g) Dans le domaine des transports, la Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer (Règles de Hambourg)[18] et la Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international[19]; et

h) Dans le domaine du commerce électronique, la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique[20], la Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques[21] et la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux[22].

2. Les activités de coopération et d'assistance techniques visant à encourager l'utilisation et l'adoption de ses textes sont parmi les priorités de la CNUDCI, conformément à une décision prise à sa vingtième session (1987)[23], et sont particulièrement utiles aux pays en développement et aux pays à économie en

---

[10] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.01.V.4, A/CN.9/SER.B/4.

[11] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Supplément n° 17* (A/57/17), annexe I.

[12] *Annuaire 1988 de la CNUDCI*, troisième partie, chap. I; résolution 43/165 de l'Assemblée générale, annexe.

[13] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Supplément n° 17* (A/47/17), annexe I.

[14] New York, 11 décembre 1995, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2169, p. 163; *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 17* (A/50/17), annexe I.

[15] *Annuaire 2002 de la CNUDCI*, troisième partie; résolution 56/81 de l'Assemblée générale, annexe.

[16] *Annuaire 1992 de la CNUDCI*, troisième partie, chap. I.

[17] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 17* (A/59/17), par. 55.

[18] Hambourg, 31 mars 1978, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1695, p. 3; *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, Hambourg, 6-31 mars 1978* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.80.VIII.1), A/CONF.89/13, annexe I.

[19] A/CONF.152/13, annexe.

[20] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17* (A/51/17), annexe I.

[21] Ibid., *cinquante-sixième session, Supplément n° 17* (A/56/17), annexe II.

[22] New York, novembre 2005, résolution A/RES/60/21 de l'Assemblée générale, annexe.

[23] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-deuxième session, Supplément n° 17* (A/42/17), par. 335.

transition manquant d'expertise dans les domaines du droit commercial visés par les travaux de la CNUDCI. Étant donné que la réforme du droit commercial, qui se fonde sur des instruments internationaux harmonisés influe de toute évidence sur l'aptitude à participer au commerce international, le travail de coopération et d'assistance techniques du secrétariat qui vise à promouvoir l'utilisation et l'adoption de certains textes peut faciliter le développement économique.

3. Dans sa résolution 60/20 du 23 novembre 2005, l'Assemblée générale a réaffirmé l'importance, en particulier pour les pays en développement et les pays à économie en transition, du travail de la Commission dans le domaine de la coopération et l'assistance techniques en matière de droit commercial international, et engagé de nouveau le Programme des Nations Unies pour le développement et les autres organismes d'aide au développement, tels que la Banque mondiale et les banques régionales de développement, ainsi que les gouvernements agissant dans le cadre de leurs programmes d'aide bilatérale, à appuyer le programme d'assistance technique de la Commission, à coopérer avec celle-ci et à coordonner leurs activités avec les siennes. L'Assemblée générale a également souligné l'importance, pour l'unification et l'harmonisation progressives du droit privé, de l'entrée en vigueur des conventions issues des travaux de la Commission et, à cette fin, a invité instamment les États qui ne l'avaient pas encore fait à envisager de signer et de ratifier ces conventions ou d'y adhérer.

4. La présente note dresse la liste des activités de coopération et d'assistance techniques menées par le secrétariat depuis la publication de la dernière note, dont la Commission a été saisie à sa trente-neuvième session en 2006 (A/CN.9/599 du 4 avril 2006), et rend compte de la mobilisation de ressources pour soutenir les activités de coopération et d'assistance techniques.

II. Activités de coopération et d'assistance techniques

5. Les activités de coopération et d'assistance techniques entreprises par le secrétariat de la CNUDCI favorisent l'adoption des textes législatifs – conventions, lois types et guides législatifs – élaborés par cette dernière, et comprennent la fourniture de conseils aux États qui envisagent de signer et de ratifier les conventions de la CNUDCI, ou d'y adhérer, ainsi qu'à ceux qui ont commencé à modifier leur législation commerciale et qui envisagent l'adoption d'une loi type ou l'utilisation d'un guide législatif de la CNUDCI. Elles encouragent également l'application de ces textes et leur interprétation uniforme. Ces activités peuvent notamment prendre les formes suivantes: mener des missions d'information et participer à des séminaires et à des conférences sur les textes de la CNUDCI se tenant aux niveaux régional et national; aider les pays à remanier la législation existante et à déterminer si une réforme du droit commercial s'impose; aider à rédiger la législation nationale nécessaire pour appliquer les textes de la CNUDCI; aider les organismes internationaux et bilatéraux de développement à utiliser les textes de la CNUDCI dans leurs activités et projets de réforme législative; prêter conseil et assistance à des organisations internationales et autres, comme les associations professionnelles, les organisations d'avocats, les chambres de commerce et les centres d'arbitrage, pour l'utilisation des textes de la CNUDCI; et organiser des activités de formation pour faciliter l'application et l'interprétation,

par les magistrats et autres juristes de la législation moderne fondée sur les textes de la CNUDCI.

A. Activités relatives à différents domaines

6. Depuis le dernier rapport, des activités de coopération et d'assistance techniques ont été menées dans plusieurs des domaines signalés au paragraphe 1 ci-dessus.

7. Dans le cadre de l'appui aux activités de consolidation de la paix, le Ministère libérien des affaires étrangères a demandé à la Section des traités du Bureau des affaires juridiques de coordonner la participation d'un certain nombre de bureaux organiques de l'Organisation des Nations Unies (Division du droit commercial international du Bureau des affaires juridiques, Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme) et du Comité international de la Croix-Rouge à un séminaire sur la mise en œuvre des traités qui, organisé à l'initiative du Comité de suivi et d'application du cadre de transition axé sur les résultats (RFTF-RIMCO) (initiative conjointe du Programme des Nations Unies pour le développement et de la Banque mondiale) s'est tenu à Monrovia (Libéria), du 10 au 14 juillet 2006*. La mission avait pour objectif, conformément à un souhait exprimé par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, d'aider le Gouvernement libérien à honorer les obligations qui découlent des formalités conventionnelles accomplies en septembre 2005 en ce qui concerne notamment des traités dans le domaine du droit commercial international relatif à la vente de marchandises, aux transports et à l'arbitrage commercial international.

8. Au niveau régional, le secrétariat a participé:

a) Au troisième Forum de droit de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN) consacré au développement du droit commercial international entre les pays de l'ASEAN tenu à Nonghkai (Thaïlande) et à Vientiane (République démocratique populaire lao), du 9 au 14 septembre 2006*. La CNUDCI a encouragé les pays de l'ASEAN à utiliser les instruments qu'elle a élaborés comme base d'harmonisation juridique, conformément au plan d'action élaboré par le Groupe de travail de l'ASLOM (réunion des autorités juridiques de l'ASEAN) sur la définition des modalités d'harmonisation du droit commercial à l'échelle de l'ASEAN; et

b) À l'atelier sur l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, organisé par l'Union africaine en coopération avec l'Institut africain de droit tenu à Tswane (Afrique du Sud) du 12 au 14 décembre 2006*. L'objectif de l'atelier était d'élaborer un cadre général pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique et de recommander un programme de travail à long terme devant être adopté par les organes compétents de l'Union africaine. La CNUDCI a recommandé que ses instruments soient intégrés à ce programme, notamment dans les domaines du règlement des différends, du commerce électronique, des opérations garanties et de l'insolvabilité internationale.

---

* Signale des activités financées par le Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI.

9. Au niveau des pays, le secrétariat a participé, en collaboration avec le Centre du commerce international (CCI), à un atelier sur les traités commerciaux multilatéraux organisé au titre du projet sur la modernisation du cadre juridique du Viet Nam en matière de commerce multilatéral, qui est financé par l'Asia Trust Fund de l'Union européenne en collaboration avec le Ministère vietnamien du commerce. L'atelier qui s'est tenu à Hanoi (Viet Nam) du 7 au 11 octobre 2006* avait pour but de donner aux partenaires vietnamiens une vue d'ensemble des accords internationaux relatifs au droit commercial afin d'engager un processus visant à renforcer la participation de ce pays à ces accords et de l'aider à améliorer le cadre général du commerce international, ce qui va dans le sens de l'initiative régionale de l'ASEAN mentionnée à l'alinéa a) ci-dessus.

10. Le secrétariat a rencontré à Rome (Italie) les 9 et 10 octobre 2006, les représentants de différents ministères italiens, pour présenter les objectifs, les orientations et les activités de la CNUDCI, et du Ministère des affaires étrangères pour discuter d'un certain nombre d'avant-projets de coopération et d'assistance techniques de la CNUDCI et étudier les possibilités de financement*.

11. Le secrétariat a eu le 26 janvier 2007 à Francfort (Allemagne)* des consultations avec l'Agence allemande de coopération technique (GTZ) sur la coopération éventuelle dans des domaines juridiques appelant une assistance technique, notamment des projets dans lesquels les textes de la CNUDCI pourraient servir de base à des activités de réforme législative, eu égard en particulier aux Balkans et à l'Asie centrale. Des échanges de vues supplémentaires sur d'éventuels projets dans les domaines de la vente de marchandises, du règlement des différends et de l'insolvabilité sont en cours.

12. Afin de présenter les activités législatives actuelles de la CNUDCI, le secrétariat, en collaboration avec l'Institut des Nations Unies pour la formation et la recherche (UNITAR), a organisé à Vienne (Autriche) les 21 et 22 novembre 2006, un séminaire de deux jours à l'intention des missions permanentes accréditées auprès de l'Office des Nations Unies à Vienne auquel 45 représentants de 35 missions permanentes ont participé. Des réunions d'information sur les différents sujets traités par les groupes de travail sont régulièrement organisées à Vienne.

B. Vente de marchandises

13. Le secrétariat a fait des efforts particuliers pour promouvoir l'adoption de la CVIM au niveau régional, par des contacts avec les missions permanentes auprès de l'Organisation des Nations Unies à Vienne, Genève et New York et directement avec les responsables concernés de certains États. Parmi les activités menées sur un plan régional, il y a eu l'organisation, en coopération avec le Ministère thaïlandais de la justice, d'un séminaire tenu à Bangkok (Thaïlande) du 9 au 11 août 2006*, auquel ont assisté des représentants des pays de la région, et qui a été suivi d'un atelier avec les représentants du Gouvernement thaïlandais sur un projet de législation fondée sur la convention. Au nombre des activités réalisées à l'échelle nationale on compte la participation, du 16 au 19 novembre 2006, à l'Université Bilgi d'Istanbul (Turquie), à une conférence ayant pour thème "la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et ses défis pour le droit des ventes en Turquie".

14. Une aide a également été apportée aux États qui en sont au stade final du processus d'adoption de la Convention, eu égard en particulier à la formulation de réserves et au dépôt des instruments de consentement à être lié. Depuis le dernier rapport, la Convention a été adoptée par El Salvador, le Monténégro et l'ex-République yougoslave de Macédoine.

C. Règlement des différends

15. Le secrétariat a encouragé l'adoption des textes relatifs à l'arbitrage et à la conciliation en participant à des activités organisées tant à l'échelle régionale qu'avec des pays particuliers, mais aussi à des activités organisées par des institutions d'arbitrage. Au niveau régional, il a notamment:

a) Participé à un colloque sur la gestion des centres de règlement des litiges commerciaux organisé avec le Centre du commerce international (CCI) qui s'est tenu à Chamonix (France) du 16 au 20 mai 2006*;

b) Participé au stage de formation spécialisé à la gestion des différends en matière d´investissement qui, organisé et financé conjointement par le Secrétariat général de l'Organisation des États américains (OEA) et le secrétariat de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), s'est tenu à Puebla (Mexique) du 11 au 18 octobre 2006*. Le programme était destiné à des fonctionnaires chargés de négocier des accords bilatéraux de protection des investissements. La CNUDCI est intervenue sur l'utilisation de son Règlement d'arbitrage et l'exécution des sentences rendues en vertu de la Convention de New York;

c) Organisé un séminaire régional sur les Lois types de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international et la conciliation commerciale internationale auquel ont participé le Viet Nam, le Cambodge, le Myanmar, la Thaïlande et la République démocratique populaire lao et qui, accueilli par le Ministère thaïlandais de la justice, s'est tenu à Bangkok (Thaïlande) le 8 août 2006*; et

d) Participé à une conférence régionale sur les modes alternatifs de règlement des différends, la médiation et l'arbitrage d'un tiers, tenue à Kiev (Ukraine) les 23 et 24 mai 2006 qui était parrainée par le Ministère britannique du développement international.

16. Le secrétariat a collaboré avec un certain nombre d'institutions et d'organisations d'arbitrage en participant:

a) Au dix-huitième Congrès du Conseil international pour l'arbitrage commercial tenu à Montréal (Canada) les 25 et 26 juin 2006;

b) À une conférence organisée par la Chambre de commerce internationale et la Société de législation comparée à Paris (France) du 25 au 27 septembre 2006 pour présenter les récents travaux de la CNUDCI dans le domaine de l'arbitrage;

c) À la vingt-troisième Assemblée de l'Association ibéro-américaine des chambres de commerce (AICO) et à la Conférence de la Commission interaméricaine d'arbitrage commercial (CIAC) tenues à Alicante (Espagne) du 22 au 25 octobre 2006; et

d) Au Congrès sur l'arbitrage international organisé conjointement par la Commission chinoise d'arbitrage de l'économie et du commerce international (CIETAC) et la Cour internationale d'arbitrage commercial de la Chambre de commerce et d'industrie de la Fédération de Russie qui a eu lieu à Almaty (Kazakhstan) du 1er au 3 novembre 2006* pour évaluer l'état d'avancement de la législation sur l'arbitrage commercial dans les pays d'Asie centrale. Les nouvelles dispositions législatives sur les mesures provisoires et les injonctions préliminaires adoptées en tant que nouveau chapitre IV A de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international ont été présentées aux participants[24].

17. Les activités se rattachant directement à l'anniversaire du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI et à sa révision éventuelle comprenaient: une conférence tenue le 19 septembre 2006* à Bogota (Colombie) et un séminaire, accueilli par le Centre d'arbitrage de Kuala Lumpur, qui a eu lieu à Kuala Lumpur (Malaisie) du 21 au 24 novembre 2006*.

18. S'agissant de la Convention de New York, le secrétariat a organisé le 7 février 2007, au Siège de l'Organisation des Nations Unies, à New York, une réunion d'information à l'intention des pays qui n'y sont pas encore parties afin de discuter du texte et des avantages de son adoption.

D. Passation de marchés

19. Conformément aux demandes formulées par le Groupe de travail I (Passation de marchés), le secrétariat a noué des liens avec d'autres organisations s'intéressant à la passation de marchés pour stimuler la coopération, en ce qui concerne en particulier les travaux de révision de la Loi type sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, engagés par la CNUDCI et les activités visant à faire connaître la Loi type et à promouvoir son adoption[25]. Ces activités ont notamment inclus:

a) La participation à une conférence internationale sur la passation électronique des marchés publics qui, organisée par le Ministère chinois des finances, la Banque asiatique du développement et la Banque mondiale, s'est tenue à Beijing (Chine) les 26 et 27 avril 2006 pour y présenter les travaux de la CNUDCI en matière de passation électronique des marchés;

b) La présentation des travaux de la CNUDCI dans le domaine de la passation des marchés publics, y compris les révisions de la Loi type, à une conférence ayant pour thème "Public Procurement: Global Revolution III" qui, organisée par la faculté de droit de l'Université de Nottingham, s'est tenue à Nottingham (Royaume-Uni) les 19 et 20 juin 2006;

c) La participation aux deuxième et troisième réunions, tenues à Paris (France) le 29 août et les 20 et 21 novembre 2006, du Comité d'organisation du Colloque international sur les nouvelles tendances en matière de passation des marchés publics et d'audit qui, organisé par le département des achats de l'Agence spatiale européenne, aura lieu en mai 2007; et

---

[24] Voir note 6.

[25] Voir A/CN.9/575, par. 52 et 67, A/CN.9/615, par. 14.

d) La participation à un colloque de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) ayant pour thème "Inventaire des bonnes pratiques pour l'intégrité et la résistance à la corruption dans les marchés publics" et à un "Forum pour le dialogue avec les pays non membres. Promouvoir la bonne gouvernance et l'intégrité dans les marchés publics: partager les leçons" tenus à Paris (France) du 29 novembre au 1er décembre 2006. Ces activités déboucheront sur la publication, par l'OCDE, d'un rapport qui fera l'inventaire des bonnes pratiques ainsi que des approches, mesures et outils particuliers ayant fait leurs preuves dans la promotion de l'intégrité en matière de passation des marchés publics dans différents pays du monde.

E. Sûretés

20. Le secrétariat a participé en Europe à un certain nombre de manifestations pour promouvoir l'adoption de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (Convention sur les créances) et diffuser des informations sur le projet de Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, notamment à un séminaire international sur le droit des sûretés réelles dans le projet de nouveau code civil hongrois tenu à Budapest (Hongrie) du 30 novembre au 2 décembre* et à des séminaires internationaux de recherche organisés en Autriche et en Suisse. Le secrétariat a aussi fait, le 6 novembre 2006, un exposé sur la Convention sur les créances devant la Chambre de commerce d'Istanbul (Turquie).

F. Fraude commerciale

21. Le secrétariat a participé à l'atelier du projet MARC sur l'analyse de l'étanchéité au crime de la législation au sein de l'Union européenne (Bruxelles, Belgique, 26 juin 2006), qui visait à fournir aux décideurs un dispositif qui leur permette de déterminer plus facilement si leurs législation et réglementation existantes ou prévues risquent de créer des circonstances propices à la criminalité.

G. Insolvabilité

22. Le secrétariat a encouragé l'utilisation et l'adoption des textes sur l'insolvabilité, en particulier de la Loi type sur l'insolvabilité internationale, en aidant certains pays à rédiger les lois d'application et en organisant des ateliers régionaux. Il a par exemple participé, à l'invitation du Ministère grec de la justice, à des réunions du Comité grec sur la faillite tenues à Athènes (Grèce) du 11 au 14 avril 2006 et du 3 au 5 novembre 2006 pour contribuer à l'adoption de la Loi type et à la rédaction des lois d'application.

23. Au niveau régional, le secrétariat a participé à plusieurs ateliers parmi lesquels:

a) À l'invitation d'USAID, un atelier régional commun de formation aux aspects théoriques et pratiques de la compétence et la reconnaissance des procédures d'insolvabilité qui, organisé dans le cadre du projet de renforcement de l'administration des tribunaux de commerce financé par USAID et du projet

régional 2003 d'assistance communautaire à la reconstruction, au développement et à la stabilisation (CARDS) de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe s'est tenu à Belgrade (Serbie) du 17 au 20 avril 2006. Y ont assisté des juges et des hauts fonctionnaires des pays suivants: Albanie, Bosnie-Herzégovine, Croatie, ex-République yougoslave de Macédoine, Roumanie et Serbie-et-Monténégro. L'atelier s'est notamment intéressé à la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, adoptée par la Serbie, le Monténégro et la Roumanie, et à l'articulation entre la Loi type et le Règlement CE n° 1346/2000 du Conseil européen du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité; et

b) Le cinquième Forum pour la réforme du droit de l'insolvabilité en Asie organisé à Beijing (Chine) les 27 et 28 avril 2006* pour examiner les principaux problèmes que les réformes juridiques et institutionnelles des systèmes d'insolvabilité asiatiques ont posé ces dernières années et dégager des enseignements des documents d'orientation internationaux, comme le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité et la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale. Cent-soixante participants venant de 22 pays et de 5 organisations internationales ont assisté au Forum.

24. L'adoption, en 2006, de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale par de nouveaux pays, en particulier les États-Unis et la Grande-Bretagne, a suscité de l'intérêt pour ce texte et ses rapports avec le Règlement CE au sein de l'Union européenne. Le secrétariat a participé en Europe à un certain nombre de séminaires et de conférences pour promouvoir l'adoption du texte par les États membres de l'Union européenne comme cadre facilitant la coordination des procédures d'insolvabilité internationale entre États membres de l'Union et les États non membres.

25. La CNUDCI a coparrainé le septième Colloque judiciaire multinational CNUDCI/INSOL/Banque mondiale qui s'est tenu au Cap (Afrique du Sud) les 17 et 18 mars 2007* et auquel 65 juges et représentants de 42 pays ont participé. Le Colloque s'est surtout intéressé à la coopération transfrontalière dans les affaires d'insolvabilité, notamment l'adoption de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, et aux modalités de la coopération et de la coordination transfrontalières, grâce en particulier à l'utilisation des protocoles internationaux, qui font l'objet de travaux informels que le secrétariat mène actuellement pour recueillir des données d'expérience sur la négociation et d'utilisation des protocoles d'insolvabilité internationale[26].

H. Commerce électronique

26. Le secrétariat a participé à des activités communes avec des gouvernements et des organismes nationaux, y compris au Caire (Égypte) du 11 au 13 juillet 2006 à une conférence sur le droit de la signature électronique parrainée par le Programme des États-Unis pour le développement du droit commercial et le Gouvernement égyptien, conférence à laquelle la CNUDCI a fait un exposé sur ses travaux dans le domaine de la signature électronique.

---

[26] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 17* (A/61/17), par. 207 à 209.

27. Le secrétariat a encouragé vivement l'adoption de la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, en organisant notamment à New York, le 6 juillet 2006, une manifestation consacrée à cette convention. Depuis le dernier rapport, la Convention a été signée par la Chine, le Liban, Madagascar, le Paraguay, le Sénégal, la Sierra Leone, Singapour et Sri Lanka.

I. Aide à la rédaction de textes législatifs

28. Dans le cadre d'un programme de réforme du droit commercial pour le Rwanda (2006 et au-delà), le secrétariat a aidé à rédiger différentes lois commerciales fondées sur les textes de la CNUDCI, qui portent notamment sur l'arbitrage, les projets d'infrastructure à financement privé, le commerce électronique, les sûretés et l'insolvabilité.

III. Activités de coordination

29. Conformément à son mandat[27], le secrétariat de la CNUDCI participe à un certain nombre de groupes de travail et de réunions d'autres organisations ayant des activités intéressant le droit commercial international pour faciliter la coordination des travaux en cours. Depuis le dernier rapport, il a participé:

a) À la troisième session du Comité consultatif d'Unidroit pour l'élaboration d'une loi type sur le leasing tenue à Rome (Italie) du 3 au 5 avril 2006;

b) Au Conseil de direction d'Unidroit réuni à Rome (Italie) du 7 au 10 mai 2006;

c) À la première session du Groupe de travail chargé d'élaborer un chapitre supplémentaire des Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international tenue à Rome (Italie) du 29 mai au 1er juin 2006;

d) À un atelier régional pour les pays négociant leur adhésion à l'Accord sur les marchés publics (AMP) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) tenu à Genève (Suisse) du 26 au 30 juin 2006;

e) À un atelier international sur la réforme des garanties et l'accès au crédit qui, organisé par la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD) et la Banque mondiale, s'est tenu à Londres (Royaume-Uni) du 7 au 10 juin 2006;

f) À une réunion de coordination CNUDCI/Unidroit/Conférence de La Haye de droit international privé portant en particulier sur la coordination entre la CNUDCI et Unidroit dans le domaine des sûretés tenue à Rome (Italie) le 18 septembre 2006;

g) Au Groupe de travail des transports routiers de la Commission économique pour l'Europe (CENUE), réuni à Genève (Suisse) le 18 octobre 2006;

---

[27] Résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale, sect. II, par. 8.

h) À la réunion de la Commission bancaire de la Chambre de commerce internationale (CCI) tenue à Paris (France) le 23 octobre 2006 pour présenter les travaux de la CNUDCI sur le droit des transports;

i) Sur l'invitation de la Société financière internationale (SFI) du Groupe de la Banque mondiale, à un atelier d'experts sur l'arbitrage et le règlement des différends et la gouvernance d'entreprise tenu à Paris (France) les 12 et 13 février 2007 pour discuter du rôle que la CNUDCI joue ou peut jouer pour créer les conditions propices au règlement de différends liés à la gouvernance d'entreprise par des mécanismes de médiation et à mettre des lignes directrices internationales à la disposition des institutions locales;

j) À une réunion de la Commission du commerce électronique, des technologies de l'information et des télécommunications (EBITT) de la CCI tenue à Paris (France) les 20 et 21 mars 2007 pour faire connaître aux membres le programme de travail actuel de la CNUDCI et participer à la réunion du groupe d'experts sur les signatures électroniques;

k) Aux réunions du Groupe de travail des banques multilatérales de développement sur la dématérialisation des marchés publics tenues à Rome (Italie) les 19 et 20 septembre 2006 et à Washington (États-Unis) du 25 au 29 mars 2007; et

l) À la réunion Banque mondiale/CNUDCI sur la coordination en matière de réforme du droit du financement garanti tenue à Washington (États-Unis) le 27 mars 2007.

IV. Diffusion d'informations

30. De nombreux documents et publications élaborés par la CNUDCI jouent un rôle clef dans ses activités de coopération et d'assistance techniques, en particulier pour ce qui est de la diffusion d'informations sur ses activités et les textes qu'elle élabore. La CNUDCI développe actuellement ces ressources, afin de continuer de faciliter la diffusion d'informations et de veiller à ce que celles-ci soient actuelles et à jour. Toutes les publications récentes sont disponibles sous forme papier et sous forme électronique.

A. Recueil de jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI (CLOUT)

31. Le Recueil, créé pour la collecte et la diffusion de la jurisprudence concernant les textes de la CNUDCI, demeure un outil important pour les activités de coopération et d'assistance techniques entreprises par la CNUDCI. La diffusion à grande échelle de la jurisprudence dans les six langues officielles de l'ONU favorise une interprétation et une application uniformes des textes de la CNUDCI en facilitant l'accès aux décisions et sentences de nombreuses juridictions.

32. Le système est régulièrement mis à jour avec de nouveaux sommaires tandis que le texte intégral des décisions de justice et des sentences arbitrales est collecté sans être publié. Au moment où ces lignes sont écrites, 63 numéros du recueil de jurisprudence rendant compte de 686 affaires, liées principalement à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et à la

Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, ont été préparés en vue de leur publication.

33. Le Recueil analytique de jurisprudence concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, a été publié en décembre 2004, a été révisé pour mieux uniformiser son approche et son style. Le recueil révisé sera présenté à la réunion des correspondants nationaux responsables du Recueil le 5 juillet 2007.

34. Un moteur de recherche pour faciliter la recherche des articles de jurisprudence publiés sur le site Web de la CNUDCI entrera en service au cours du second semestre de 2007.

B. Site Web

35. Disponible dans les six langues officielles de l'ONU, ce site contient tous les documents de la CNUDCI actuellement disponibles dans le Système de diffusion électronique des documents de l'ONU (Sédoc), ainsi que d'autres informations relatives aux activités de la CNUDCI. La mise à jour et le développement du site se font sans frais supplémentaires pour le secrétariat.

36. Le nombre de visiteurs du site Web de la CNUDCI a augmenté d'un quart depuis le dernier rapport. Environ 45 % d'entre eux se dirigent vers les pages en anglais, 30 % vers celles en français et en espagnol, les derniers 25 % allant aux pages en arabe, en chinois et en russe.

37. Le contenu du site Web est continuellement mis à jour et augmenté. En particulier, les documents officiels de la CNUDCI relatifs aux premières sessions de la Commission sont actuellement chargés dans le Sédoc et mis à disposition sur le site dans le cadre d'une projet de numérisation des archives de la CNUDCI mené en collaboration avec la Bibliothèque Dag Hammarskjöld à New York.

C. Bibliothèque

38. La Bibliothèque de droit de la CNUDCI a été créée en 1979 à Vienne. Depuis sa création, elle est utilisée non seulement par les représentants participant aux réunions de la CNUDCI et par le personnel du secrétariat, mais également par les membres des missions permanentes et les fonctionnaires d'autres organisations internationales sises à Vienne. Elle a également aidé les étudiants et universitaires de nombreux pays dans leurs recherches.

39. La collection de la Bibliothèque de droit de la CNUDCI est axée principalement sur le droit commercial international et comporte actuellement plus de 10 000 monographies, 150 titres de périodiques actifs, des documents de référence juridiques et généraux, y compris des documents de l'ONU et d'autres organisations internationales, et des ressources électroniques (dont l'accès est restreint aux seuls utilisateurs internes). Depuis peu, une attention particulière est portée à l'acquisition de nouveaux documents dans les six langues officielles de l'ONU.

40. La Bibliothèque de droit de la CNUDCI maintient un catalogue public accessible en ligne, avec les autres bibliothèques des Nations Unies de Vienne et avec l'appui technique de la Bibliothèque des Nations Unies de Genève. Le catalogue est accessible depuis la page bibliothèque du site Web de la CNUDCI et son adresse est la suivante: http://libunov-cat.unog.ch.

D. Publications

41. Outre les documents officiels, la CNUDCI publie traditionnellement deux séries de documents: d'une part, les textes de tous les instruments élaborés par la Commission, et d'autre part l'*Annuaire de la CNUDCI*. Un nouvel ouvrage récapitulant les informations essentielles relatives à la CNUDCI, "Le Guide de la CNUDCI", est sous presse.

42. Les publications sont régulièrement utilisées pour les activités de coopération et d'assistance techniques entreprises par le secrétariat, ou par d'autres organisations où les travaux de la CNUDCI seront examinés, et dans le cadre des actions nationales de réforme de législation.

E. Communiqués de presse

43. Afin d'améliorer la disponibilité d'informations récentes sur l'état et l'élaboration des textes de la CNUDCI, des mesures ont été prises pour publier des communiqués de presse lorsque des formalités conventionnelles sont accomplies ou que des informations relatives à l'adoption d'une loi type sont reçues. Ces communiqués sont adressés par courrier électronique aux parties intéressées et publiés sur le site Web de la CNUDCI, ainsi que sur celui du Service de l'information de l'ONU à Vienne.

F. Demandes générales de renseignements

44. Le secrétariat envoie actuellement 1 750 demandes générales de renseignements par an environ, qui portent notamment sur des aspects techniques et la disponibilité des textes et documents de travail de la CNUDCI et des documents de la Commission, et sur d'autres questions connexes. De plus en plus souvent, il est possible d'y répondre en se référant au site Web de la CNUDCI.

G. Conférences d'information à Vienne

45. Sur demande, le secrétariat organise des conférences d'information internes sur les travaux de la CNUDCI à l'intention d'étudiants et universitaires, de fonctionnaires et d'autres personnes en visite. Depuis le dernier rapport, des conférences ont été organisées à l'intention de visiteurs venant d'universités d'Autriche, des États-Unis, de Finlande, des Pays-Bas, d'Ukraine et de Turquie.

V. Ressources et financement

A. Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI

46. Au cours de la période considérée, des contributions ont été reçues du Mexique, pays que la Commission voudra peut-être remercier.

47. Pour exécuter le volet assistance et coopération techniques du programme de travail de la CNUDCI le secrétariat est tributaire de la disponibilité de ressources extrabudgétaires, les dépenses relatives aux activités de coopération et d'assistance techniques n'étant pas imputées sur le budget ordinaire.

48. Le Fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI appuie les activités de coopération et d'assistance techniques menées au profit des membres de la communauté juridique des pays en développement; la participation des membres du personnel de la CNUDCI, comme orateurs, aux conférences où les textes de la CNUDCI sont présentés pour examen et adoption éventuelle; et les missions d'enquête ayant pour but de procéder à des évaluations de la réforme du droit afin d'examiner la législation interne existante et d'évaluer les besoins des pays en matière de réforme du droit commercial.

49. La Commission voudra peut-être noter que malgré les efforts que le secrétariat fait pour obtenir de nouveaux dons, les ressources financières qui restent dans le Fonds d'affectation suffiront uniquement à financer les activités de coopération et d'assistance techniques déjà prévues pour 2007. Au-delà de la fin 2007, les demandes de coopération et d'assistance techniques entraînant des frais de voyage ou d'autres frais connexes devront être déclinées à moins que le Fonds d'affectation ne reçoive de nouvelles donations ou que d'autres sources de financement ne soient trouvées.

50. La Commission voudra peut-être demander à nouveau à tous les États, organismes et organes compétents des Nations Unies, organisations internationales et autres entités intéressées de verser des contributions au Fonds d'affectation spéciale, si possible sous une forme pluriannuelle, afin de faciliter la planification et de permettre au secrétariat de répondre à la demande croissante émanant de pays en développement et de pays à économie en transition.

B. Fonds d'affectation spéciale créé pour permettre d'octroyer une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement membres de la CNUDCI

51. La Commission voudra peut-être rappeler que, dans la résolution 48/32 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 1993, le Secrétaire général a été prié de créer un fonds d'affectation spéciale pour permettre d'octroyer une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement qui sont membres de la CNUDCI. Le Fonds d'affectation spéciale ainsi créé est ouvert aux contributions volontaires des États, des organisations intergouvernementales, des organisations d'intégration économique régionale, des institutions nationales et des organisations non gouvernementales, ainsi que des personnes physiques et morales. Pour la période considérée, aucune contribution n'a été reçue.

52. Afin d'assurer la pleine participation de tous les États Membres aux sessions de la CNUDCI et de ses groupes de travail, la Commission voudra peut-être engager de nouveau les organismes des Nations Unies, les organisations et les institutions concernés, ainsi que les particuliers, à verser des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale créé pour permettre d'octroyer une aide au titre des frais de voyage aux pays en développement membres de la Commission.

53. Il est rappelé que, dans sa résolution 51/161 du 16 décembre 1996, l'Assemblée générale a décidé d'inscrire les fonds d'affectation spéciale pour les colloques de la CNUDCI et pour l'octroi d'une aide au titre des frais de voyage sur la liste des fonds et des programmes dont s'occupe la Conférence des Nations Unies pour les annonces de contributions aux activités de développement.

IX. ÉTAT ET PROMOTION DES TEXTES JURIDIQUES DE LA CNUDCI

État des conventions et des lois types

(A/CN.9/626) [Original: anglais]

Ce document n'est pas reproduit ici. La liste actuelle peut être obtenue auprès du secrétariat de la CNUDCI ou être consultée sur Internet à l'adresse *www.uncitral.org*.

X. COORDINATION ET COOPÉRATION

Note du Secrétariat sur les activités actuelles des organisations internationales en matière d'harmonisation et d'unification du droit commercial international

(A/CN.9/628 et Add.1) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Introduction	1-4
II.	Harmonisation et unification du droit commercial international	5-63
	A. Contrats commerciaux internationaux	5-10
	B. Transport international de marchandises	11-17
	1. Transport maritime	11
	2. Transport terrestre	12-13
	3. Transport fluvial	14
	4. Transport aérien	15
	5. Transport multimodal	16-17
	C. Commerce électronique et nouvelles technologies	18-34
	D. Arbitrage et conciliation dans le domaine commercial	35-50
	E. Paiements internationaux	51-52
	F. Droit de la concurrence	53
	G. Facilitation du commerce	54
	H. Insolvabilité	55-63

I. Introduction

1. Dans sa résolution 34/142 du 17 décembre 1979, l'Assemblée générale a prié le Secrétaire général de soumettre à la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international un rapport sur les activités juridiques des organisations internationales dans le domaine du droit commercial international, ainsi que des recommandations sur les mesures que devrait prendre la Commission pour s'acquitter de son mandat de coordination des activités des autres organisations dans ce domaine.

2. Dans sa résolution 36/32 du 13 novembre 1981, l'Assemblée générale a souscrit à diverses suggestions de la Commission tendant à renforcer son rôle de coordination dans le domaine du droit commercial international[1]. Cette dernière a notamment proposé que soient présentés, en plus d'un rapport général sur les activités des organisations internationales, des rapports sur des domaines particuliers où il serait question du travail déjà entrepris et des secteurs n'ayant pas encore fait l'objet de mesures d'unification mais où un effort dans ce sens semblait s'imposer[2].

3. Le présent rapport général, établi pour donner suite à la résolution 34/142, est le troisième d'une série que le Secrétariat se propose de mettre à jour et de réviser chaque année pour l'information de la Commission. Le premier rapport (A/CN.9/584, mai 2005) et les documents connexes concernant le commerce électronique (A/CN.9/579) et l'insolvabilité (A/CN.9/580/Add.1) ont été établis pour la trente-huitième session de la Commission. Le deuxième rapport (A/CN.9/598, avril 2006) et les documents connexes relatifs aux marchés publics (A/CN.9/598/Add.1) et aux sûretés réelles mobilières (A/CN.9/598/Add.2) l'ont été pour la trente-neuvième session de la Commission. Le présent rapport traite des activités entreprises par les organisations internationales, principalement depuis l'établissement du deuxième rapport. Il est fondé sur les documents accessibles au public ainsi que sur les consultations entreprises avec les organisations énumérées ci-après. À moins que cela soit indispensable pour faciliter la compréhension d'un sujet déterminé, le présent rapport ne répète pas les informations figurant dans les documents précédents.

4. Sont décrites dans le présent rapport les activités des organisations suivantes:

a) Organismes et institutions spécialisées des Nations Unies

UIT	Union internationale des télécommunications
CEE-ONU	Commission économique des Nations Unies pour l'Europe
CESAP-ONU	Commission économique et sociale des Nations Unies pour l'Asie et le Pacifique
CNUCED	Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
ONUDC	Office des Nations Unies contre la drogue et le crime
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle

b) Autres organisations intergouvernementales

BAsD	Banque asiatique de développement
APEC	Association pour la coopération économique dans la région Asie-Pacifique – Secrétariat du Commonwealth
BERD	Banque européenne pour la reconstruction et le développement

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-sixième session, Supplément n° 17* (A/36/17), par. 93 à 101.

[2] Ibid., par. 100.

CE	Commission européenne
Conférence de La Haye	Conférence de La Haye de droit international privé
OEA	Organisation des États américains
OTIF	Organisation intergouvernementale pour les transports internationaux ferroviaires
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
Unidroit	Institut international pour l'unification du droit privé
Banque mondiale	Banque internationale pour la reconstruction et le développement
OMD	Organisation mondiale des douanes
OMC	Organisation mondiale du commerce

c) Organisations non gouvernementales internationales

CTO	Organisation des télécommunications du Commonwealth
INSOL	International Association of Restructuring, Insolvency and Bankruptcy Professionals
AIB	Association internationale du Barreau
CCI	Chambre de commerce internationale
III	International Insolvency Institute

II. Harmonisation et unification du droit commercial international

A. Contrats commerciaux internationaux

Conférence de La Haye[3]

5. La Convention de La Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale traite des voies de transmission à utiliser pour transmettre un acte judiciaire ou extrajudiciaire d'un État partie à la Convention à un autre aux fins de signification ou de notification dans ce dernier. La Convention prévoit une voie de transmission principale (par l'intermédiaire d'une Autorité centrale de l'État requis), et plusieurs autres voies possibles.

6. Le Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention *Notification de La Haye* a été officiellement présenté à la session de la Commission spéciale sur les affaires générales et la politique de la Conférence (3-5 avril 2006). Cette édition entièrement refondue et augmentée du Manuel fournit des explications approfondies sur le fonctionnement général de la Convention, ainsi que des commentaires

[3] www.hcch.net/.

autorisés sur les principales questions soulevées par la pratique au cours des quarante dernières années. Le Manuel analyse ou mentionne quelque 250 décisions de justice rendues en application de la Convention dans un grand nombre de pays.

7. Le Manuel contient aussi une section intitulée Foire aux questions (FAQ) qui comprend des réponses succinctes et pratiques offrant un aperçu rapide des dispositions principales de la Convention et de ses caractéristiques essentielles. Quatre schémas explicatifs portant sur divers aspects du fonctionnement de la Convention complètent cette section. Cette édition imprimée s'accompagne d'un livre électronique (au format PDF) facilement consultable, qui permet toutes les recherches[4].

8. À sa session tenue du 3 au 5 avril 2006, la Commission spéciale sur les affaires générales et la politique de la Conférence a invité le Bureau permanent à procéder à une étude de faisabilité sur l'élaboration d'un instrument portant sur le choix de la législation applicable dans les contrats internationaux. En amont de cette étude, qui devrait en particulier établir s'il est nécessaire, sur le plan pratique, d'élaborer un tel instrument, le Bureau permanent a envoyé un questionnaire aux États Membres, aux institutions nationales et internationales d'arbitrage et – par l'intermédiaire du secrétariat de la CCI – aux milieux d'affaires internationaux. Par ailleurs, une synthèse de droit comparé sur la question du choix de la législation applicable dans les contrats internationaux (dans les procédures judiciaires comme dans l'arbitrage) a été effectuée.

Unidroit[5]

9. Conformément à la recommandation du Conseil de direction d'Unidroit, les Principes relatifs aux contrats du commerce international, publiés pour la première fois en 1994, figurent au programme de travail de l'Institut en tant que sujet permanent. Après l'adoption de la deuxième édition augmentée des Principes en 2004, le Conseil de direction a décidé, en 2005, de constituer un nouveau Groupe de travail chargé d'élaborer une troisième édition des Principes, qui inclurait de nouveaux chapitres relatifs à l'enrichissement sans cause ou la restitution, à la pluralité de créanciers et de débiteurs, et à la résolution des contrats à long terme "for cause". Composé d'éminents experts représentant à l'échelle mondiale les principaux systèmes juridiques et/ou régions ayant le même système juridique, ainsi que d'observateurs d'organisations internationales et de centres d'arbitrage, dont la CNUDCI, le Groupe de travail a tenu sa première session à Rome, du 29 mai au 1er juin 2006. Sur la base d'une étude préliminaire élaborée par le secrétariat d'Unidroit, il a procédé à un examen approfondi des cinq sujets qu'il est proposé d'inclure dans la nouvelle édition des Principes et a nommé plusieurs rapporteurs à cette fin; ces sujets sont les suivants: l'enrichissement sans cause ou la restitution; l'illicéité; la pluralité de créanciers et de débiteurs; les conditions; et la résolution des contrats à long terme "for cause". Les rapporteurs ont été invités à élaborer des notes d'information sur leur sujet respectif, qui seront soumises au Groupe à sa prochaine session, en juin 2007.

---

[4] Le Manuel est vendu sur une base commerciale par deux distributeurs: Wilson & Lafleur (Montréal) et Bruylant (Bruxelles).

[5] www.unidroit.org.

10. À sa quarantième session, en juillet 2007, la CNUDCI sera invitée à donner son aval à la version 2004 des Principes.

B. Transport international de marchandises

1. Transport maritime

CNUCED[6]

11. La CNUCED a continué de participer aux sessions du Groupe de travail III de la CNUDCI (Droit des transports), auquel elle a présenté des observations contenant une analyse technique des questions examinées et mettant en relief leurs incidences pour les pays en développement dans le contexte de l'élaboration d'une nouvelle convention internationale devant régir le transport des marchandises par mer ainsi que le transport multimodal comportant un trajet par mer.

2. Transport terrestre

CEE-ONU[7]

12. À la quatre-vingt-dix-neuvième session du Groupe de travail des transports routiers (SC.1), en octobre 2005, un comité de rédaction composé de représentants d'Unidroit et de la CNUDCI a été constitué pour finaliser le projet de texte du Protocole additionnel à la Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route[8] (Genève, 19 mai 1956) (CMR) visant à faciliter l'utilisation de lettres de voiture électroniques. À sa centième session, deux versions ont été examinées, la première établie par Unidroit et modifiée pour tenir compte des commentaires faits par diverses délégations, et la seconde élaborée par l'Union internationale des transports routiers, largement inspirée du Protocole de Montréal de l'OACI. Le Groupe de travail a choisi la première version et a adopté les dispositions techniques du Protocole (ECE/TRANS/SC.1/379, annexe 3)[9]. Suite aux commentaires d'une délégation, le texte a été légèrement modifié avec l'accord d'Unidroit, de la CNUDCI et de l'Union internationale des transports routiers (IRU). S'agissant des dispositions finales du Protocole, le Comité a noté que, compte tenu des observations de la Section des traités du Bureau des affaires juridiques au Siège de l'ONU à New York, il était nécessaire de modifier ou de compléter certains points, par exemple d'introduire une clause d'amendement du Protocole. Comme le secrétariat ne peut pas modifier le texte de sa propre initiative sans l'accord préalable des membres du Groupe de travail, le Comité a approuvé la proposition du secrétariat de présenter dès que possible des observations écrites aux parties contractantes à la Convention. La procédure d'ouverture du Protocole à la signature pourra être lancée dès que les parties contractantes se seront entendues.

---

[6] www.unctad.org.
[7] www.unece.org.
[8] Entrée en vigueur: 2 juillet 1961, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 399, p. 189. Source: http://www.untreaty.org.
[9] Pour la documentation, voir http://www.unece.org/trans/main/sc1/sc1.html.

OTIF[10]

13. Les Règles uniformes concernant le contrat de transport international ferroviaire des marchandises, qui apparaissent sous forme d'appendice à la Convention relative aux transports internationaux ferroviaires (CIM-COTIF)[11], telle que modifiée par le Protocole de Vilnius de 1999, sont entrées en vigueur le 1er juillet 2006.

3. Transport fluvial

CEE-ONU

14. La Convention de Budapest relative au contrat de transport de marchandises en navigation intérieure (Convention CMNI), adoptée lors d'une Conférence diplomatique organisée conjointement par la Commission centrale pour la navigation du Rhin (CCNR), la Commission du Danube et la CEE-ONU (Budapest, 25 septembre-3 octobre 2000), est entrée en vigueur le 1er avril 2005. À l'heure actuelle, huit États y sont parties: Bulgarie, Croatie, Hongrie, Luxembourg, Pays-Bas, République tchèque, Roumanie et Suisse. La Convention CMNI régit les responsabilités contractuelles des parties à un contrat de transport de marchandises par voies d'eau intérieures et limite la responsabilité du transporteur.

4. Transport aérien

CNUCED

15. La CNUCED a élaboré un guide sur les différents aspects du droit aérien afin d'aider les pays en développement à bien comprendre toute la complexité du cadre international de conventions relatives au droit aérien, y compris pour ce qui d'assurer une application uniforme de ces instruments au plan national. Le document, intitulé *Carriage of Goods by Air: A Guide to the International Legal Framework* est disponible, en anglais uniquement, à l'adresse http://www.unctad.org/ttl/legal.

5. Transport multimodal

CEE-ONU

16. À sa quarante-septième session (Genève, 5 et 6 mars 2007), le Groupe de travail du transport intermodal et de la logistique a appris que la CE élaborait un plan d'action sur la logistique qui serait publié en novembre 2007. Ce plan devrait traiter des exigences concernant les infrastructures logistiques, y compris le financement, le transport urbain de marchandises, les technologies de l'information, les dimensions des unités de transport intermodal (UTI), et les conditions de travail dans le secteur de la logistique. Des informations plus détaillées sur le plan d'action et les activités envisagées par la CE devraient être disponibles à la session d'octobre 2007 du Groupe de travail.

17. Dans ce contexte, le Groupe de travail a rappelé qu'à sa dernière session, il avait jugé prématuré d'entamer des travaux visant à instaurer un régime paneuropéen de responsabilité civile pour le transport par route, par chemin de fer,

---

[10] www.otif.org.

[11] Budapest, 22 juin 2001. Entrée en vigueur le 1er avril 2005.

par voie navigable et par cabotage. Le plan d'action élaboré par la Commission européenne et les débats qui s'ensuivraient apporteraient peut-être de nouveaux éléments pour trancher cette question (ECE/TRANS/WP.24/113, par. 17 à 21)[12].

C. Commerce électronique et nouvelles technologies

APEC[13]

18. Les résultats d'un projet portant sur l'élaboration d'orientations de l'APEC pour le commerce électronique à partir des meilleures pratiques issues des systèmes de passation électronique des marchés publics ont été intégrés dans le rapport final présenté au Groupe directeur du commerce électronique lors d'une réunion qui s'est tenue à Canberra (Australie), en janvier 2007[14].

19. Compte tenu du premier stage de formation qui s'était déroulé à Beijing en octobre 2006, l'APEC en a organisé un deuxième consacré au commerce électronique et à la gestion de la chaîne d'approvisionnement, lesquels devaient contribuer à réduire la fracture numérique entre les PME des pays en développement et celles des pays développées de l'APEC. Ce deuxième stage s'est déroulé à Sanya, dans la province de Hainan (Chine), du 27 au 30 mars 2007.

20. L'APEC a poursuivi la mise en œuvre de ses stratégies et de son action en faveur du commerce international sans papier pour permettre la transmission électronique d'informations commerciales dans toute la région d'ici 2020. Seize membres ont établi des Plans d'action individuels en faveur des échanges commerciaux sans papier, qui définissent les mesures que devraient prendre les membres pour atteindre l'objectif de l'APEC consistant à réduire ou éliminer les formalités douanières, les formalités administratives relatives au commerce transfrontalier et les autres formalités en matière de transport international par voie maritime, aérienne ou terrestre. Le Groupe directeur du commerce électronique collabore par ailleurs avec le Centre des Nations Unies pour la facilitation du commerce et les transactions électroniques afin d'encourager la facilitation du commerce grâce à la coopération technique et au partage du savoir, plus particulièrement en matière de normes électroniques relatives aux échanges commerciaux sans papier.

CE[15]

21. En mai 2007, le Conseil des ministres de l'Union européenne est parvenu à un accord politique sur la mise en place d'une douane électronique paneuropéenne. Le projet de douane électronique, lancé par la Commission européenne, vise à remplacer à l'échelle de l'Union les procédures douanières sur support papier par des procédures électroniques, afin de renforcer la sécurité aux frontières extérieures de l'Union et de faciliter les échanges commerciaux. Il reste maintenant au

[12] http://www.unece.org/trans/wp24/wp24-reports/documents/113-f.pdf.
[13] http://www.apec.org.
[14] http://aimp.apec.org/Documents/2007/ECSG/ECSG1/07_ecsg1_010.doc.
[15] ec.europa.eu.

Parlement européen à confirmer l'accord de compromis en deuxième lecture, ce qui devrait se faire dans les prochains mois[16].

Conférence de La Haye

22. Pendant la réunion de la Commission spéciale sur les affaires générales et la politique de la Conférence de La Haye de droit international privé, qui s'est tenue en avril 2006, la Conférence et la National Notary Association (NNA) ont officiellement lancé le Programme pilote d'apostilles électroniques (e-APP). Dans le cadre de ce programme, les deux organisations, en collaboration avec les États intéressés, assurent l'élaboration, facilitent la mise en œuvre et font la promotion de modèles de logiciels peu onéreux, opérationnels et sécurisés pour i) l'émission et l'utilisation d'apostilles électroniques (e-Apostilles) et ii) l'exploitation de registres électroniques d'apostilles (e-Registres). L'e-APP est conçu pour illustrer la manière dont les Conclusions et Recommandations de la Commission spéciale de 2003 sur le fonctionnement pratique de la Convention Apostille et du Forum international sur la notarisation et l'apostille électroniques de 2005 peuvent être mises en œuvre en pratique grâce à l'utilisation de technologies déjà existantes et largement utilisées.

23. En février 2006, l'État du Kansas a émis la première apostille électronique à titre d'essai, conformément au modèle proposé dans l'e-APP, et le Colombia, État destinataire, a officiellement indiqué qu'il l'acceptait. En conséquence, les deux États sont maintenant en mesure d'authentifier les documents officiels de manière entièrement électronique. L'État de Rhode Island s'est par ailleurs associé au programme en adoptant et en appliquant le logiciel de registre électronique gratuit fondé sur des solutions libres. Toute personne intéressée peut dorénavant effectuer une recherche en ligne sécurisée d'une apostille émise par les autorités de Rhode Island (actuellement sous forme papier, bientôt également en version électronique) en entrant son numéro et sa date. Le registre indiquera automatiquement s'il trouve une inscription correspondante, ce qui permettra au destinataire de vérifier l'origine de l'apostille de manière beaucoup plus rapide et efficace que ce n'est le cas actuellement.

24. Dans le cadre de ses travaux d'élaboration d'une convention sur le recouvrement international des aliments envers les enfants et d'autres membres de la famille, la Conférence de La Haye de droit international privé a entrepris d'élaborer, avec l'assistance de la CNUDCI, des propositions en vue de l'adoption de dispositions à caractère neutre et techniquement neutres tendant à garantir que les autorités centrales puissent utiliser dans le contexte du futur instrument les communications les plus rapides pour transmettre les demandes, les informations et la documentation pertinentes aux termes de la Convention afin de recouvrer les aliments de manière rapide et peu coûteuse. La nouvelle Convention de La Haye tient compte des besoins futurs, de l'évolution des systèmes nationaux et internationaux de recouvrement des aliments et des possibilités offertes par les progrès des technologies de l'information.

---

[16] http://ec.europa.eu/taxation_customs/customs/policy_issues/electronic_customs_initiative/index_fr.htm.

UIT[17]

25. Dans le cadre de ses activités visant à combattre le spam, l'Union internationale des télécommunications a créé une plate-forme pour regrouper la législation antispam existant dans le monde et fournir une liste des autorités chargées de l'application des lois, avec leurs coordonnées. Cette plate-forme contient également des liens vers des sources nouvelles et d'autres sources. L'information est régulièrement mise à jour. Plus de 30 pays ont apporté leur contribution à l'enquête, qui est régulièrement actualisée[18].

OCDE[19]

26. Le 20 avril 2006, l'OCDE a lancé une "boîte à outils antispam" pour aider les États et les entreprises à coopérer pour lutter contre le spam. La boîte à outils contient également une recommandation de l'Organisation sur la coopération entre les autorités chargées de l'application des lois. La boîte, avec ses annexes et ses documents d'information, est disponible en ligne[20].

27. Par ailleurs, le programme de l'OCDE sur l'administration électronique, lancé en 2001, examine comment les administrations publiques peuvent au mieux utiliser les technologies de l'information et de la communication pour ancrer les principes de bonne gouvernance et réaliser les objectifs des politiques publiques. Il produit des rapports sur les bonnes pratiques ainsi que des cadres pour traiter des questions telles que l'analyse coût-bénéfice, les services électroniques et le taux d'utilisation. Il prévoit également des examens par les pairs sur l'administration électronique à l'échelle nationale. Ces examens, qui placent l'administration électronique dans un contexte national, aident à identifier les points forts et les points faibles des programmes nationaux correspondants. Le Réseau de hauts responsables de l'administration électronique de l'OCDE s'est réuni à Paris, les 6 et 7 février 2006, pour aborder les questions liées à l'analyse coûts-avantages de l'administration électronique[21].

CNUCED

28. L'adaptation, à terme, des lois et réglementations liées à l'utilisation des technologies de l'information et de la communication représente une étape essentielle pour le développement d'une société de l'information dans les pays en développement. À cet effet, la CNUCED conseille ces derniers sur les aspects juridiques du commerce électronique et s'emploie à organiser des formations et à renforcer les capacités dans ce domaine. Ces activités permettent aux professionnels du droit, aux décideurs et aux représentants du secteur privé de s'entendre sur les aspects juridiques et réglementaires du commerce électronique, l'objectif étant de faciliter les échanges commerciaux et d'harmoniser les cadres juridiques nationaux et régionaux. Les bénéficiaires du renforcement des capacités se familiarisent davantage avec des concepts clefs tels que la propriété intellectuelle, la

---

[17] www.itu.int.
[18] http://www.itu.int/osg/spu/spam/law.html.
[19] www.oecd.org.
[20] www.oecd-antispam.org.
[21] On trouvera de plus amples informations sur le site http://webdomino1.oecd.org/COMNET/PUM/egovproweb.nsf.

réglementation relative au contenu et la sécurisation du commerce électronique, ainsi qu'avec la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (2005). Par exemple, la formation dispensée par la CNUCED en 2006 aidera le Cambodge et la République démocratique populaire lao à adopter une législation sur le commerce électronique avant 2008 (échéance fixée par l'initiative e-ASEAN), tout en l'adaptant à leur propre contexte commercial. La CNUCED a également aidé le secrétariat de la Communauté de l'Afrique de l'Est (CAE) à poser les jalons d'un cadre harmonisé à l'appui de la cyberlégislation dans la région, et une série de mesures a été recommandée suite à un atelier de la CNUCED, qui a eu lieu en décembre 2006. La CNUCED a par ailleurs dispensé une formation à des législateurs et à de hauts fonctionnaires africains pour qu'ils puissent se faire une idée précise des incidences juridiques de base du commerce électronique et recenser les principales questions de fond pertinentes, de même que les domaines où la réforme législative est prioritaire, renforçant ainsi leur capacité à élaborer une législation en la matière. Enfin, le Rapport 2006 sur l'économie de l'information contient un chapitre intitulé "Législation et contrats dans un environnement de commerce électronique", qui examine la nature juridique des communications et des messages de données dans le commerce électronique et renferme des recommandations de politique générale qui constituent une liste de questions que doivent traiter les pays en développement avant de s'engager dans une réforme législative visant à faciliter le commerce électronique[22].

CEE-ONU

29. Le Centre des Nations Unies pour la facilitation du commerce et les transactions électroniques (CEFACT-ONU) a pour mandat d'élaborer, à l'échelle mondiale, un large éventail de normes sur le commerce électronique pour favoriser les échanges commerciaux et les communications entre les pouvoirs publics et les entreprises. Parmi les faits nouveaux survenus depuis le Forum CEFACT-ONU de New Dehli[23] en octobre 2006 et le Forum de Dublin[24] en mars 2007, on mentionnera notamment les suivants: publication de normes de diffusion possibles pour la facture multisectorielle et l'appel d'offres électronique; approbation de la spécification relative aux exigences commerciales pour les documents commerciaux électroniques des Nations Unies (UNeDocs); et début des travaux sur un nouveau projet relatif à l'approvisionnement en ligne intersectoriel[25].

30. La nouvelle politique du CEFACT-ONU concernant les droits de propriété intellectuelle[26] a été adoptée à sa session plénière annuelle, en mai 2006[27].

31. À l'heure actuelle, le CEFACT-ONU est en passe de mettre sur pied, en collaboration avec l'Organisation mondiale des douanes, un projet visant à élaborer un modèle de données de référence international. Ce dernier facilitera les échanges d'informations et la coordination entre les douanes et les autres autorités concernées

---

22 Disponible à l'adresse http://www.unctad.org/Templates/WebFlyer.asp?intItemID=3991&lang=2.

23 http://www.unece.org/cefact/prs/pr_india_oct06.doc.

24 http://www.unece.org/press/pr2007/07trade_p03e.htm.

25 De plus amples informations sont disponibles sur le site http://www.uncefactforum.org/.

26 http://www.unece.org/cefact/cf_plenary/plenary06/trd_cf_06_11e.pdf.

27 http://www.unece.org/cefact/cf_plenary/plenary06/list_doc_06.htm.

telles que les ministères de l'agriculture, de la santé, des finances et des transports, et encouragera la mise en place de guichets uniques pour l'exportation et l'importation[28].

32. Le Groupe juridique du CEFACT-ONU a commencé d'élaborer une recommandation sur le cadre juridique des guichets uniques, dont l'objet est de recenser les questions juridiques liées à la création et au fonctionnement d'un guichet unique pour le commerce international et de proposer des solutions possibles. Le Groupe juridique diffusera bientôt une version préliminaire de cette recommandation pour examen interne. Il travaille également à un projet d'accords et de contrats commerciaux unifiés (UBAC, qui tente de concilier les concepts définis dans le cadre des différentes phases de développement d'une relation de commerce électronique en mode EDI ouvert (norme ISO) et les processus juridiques qui sous-tendent la formation des contrats, leur exécution et l'arbitrage.

33. De plus, le Groupe juridique s'attache à renouveler et à renforcer ses relations de travail avec la CNUDCI. Des représentants du secrétariat de la CNUDCI et du Groupe juridique se sont réunis à Vienne en 2006 pour évoquer leurs domaines d'activité communs. Des membres du Groupe ont également participé à la réunion d'un groupe d'experts de haut niveau de la CNUDCI, en février 2007, consacrée à la reconnaissance internationale des méthodes de signature et d'authentification électroniques, où ils ont fait un exposé. Le Groupe présentera par ailleurs un document portant sur les aspects juridiques du guichet unique pour le commerce international lors du Congrès de la CNUDCI en juillet 2007.

CESAP-ONU[29]

34. La CESAP a tenu une conférence à Manille (Philippines), du 27 au 29 novembre 2006, pour faire le point des décalages entre la planification et la mise en œuvre des méthodes d'administration électronique dans les pays de la région d'Asie et du Pacifique, en particulier dans les domaines des douanes et de l'approvisionnement en ligne, et pour trouver les moyens de remédier à cette situation. La conférence a réuni 14 participants de 9 pays. Elle entrait dans le cadre du projet de la CESAP visant à combler l'écart entre la planification et la mise en œuvre de l'administration électronique, projet financé par l'Institut coréen de développement de la société de l'information (KISDI) et mis en œuvre par la Division des technologies de l'information, de la communication et de l'espace.

D. Arbitrage et conciliation dans le domaine commercial

APEC

35. En 2006, l'APEC a publié un document portant sur le rôle des modes alternatifs de règlement des litiges et du règlement en ligne des litiges dans la mise en œuvre du cadre de protection de la vie privée de l'APEC[30]. On a estimé que les

[28] Voir la recommandation 33 du CEFACT-ONU à l'adresse http://www.unece.org/cefact/recommendations/rec33/rec33_trd352f.pdf.

[29] www.unescap.org.

[30] http://www.apec.org/apec/documents_reports/electronic_commerce_steering_group/2006.MedialibDownload.v1.html?url=/etc/medialib/apec_media_library/downloads/taskforce/ecsg/mtg/2006/pdf.Par.0091.File.v1.1.

modes alternatifs de règlement des litiges et le règlement en ligne des litiges présentaient un intérêt pour l'action de l'APEC pour les raisons suivantes: meilleure utilisation des ressources limitées en matière d'exécution; possibilité, pour les entreprises, de régler un litige avant d'intenter une action; et possibilité, pour les consommateurs, de régler un litige en ligne avec des tiers neutres reconnus ou un système transparent, tout en permettant, le cas échéant, le recours à un tribunal arbitral.

CTO[31]

36. Le Centre alternatif pour le règlement des différends ("Centre ADR") de la CTO a noué des relations de partenariat avec le Chartered Institute of Arbitrators, le Centre for Effective Dispute Resolution et le Singapore Mediation Center. Il gère, conjointement avec The ClaimRoom.com Ltd un programme de règlement en ligne des litiges[32]. Conscient de la nécessité de renforcer les capacités dans les pays en développement et dans le secteur des entreprises proprement dit, il propose des programmes de formation. Une formation a déjà été organisée au Cameroun, et d'autres sont prévues dans les régions des Caraïbes, de l'Asie et du Pacifique.

CCI[33]

37. La Commission d'arbitrage de la CCI a mis sur pied 5 équipes spéciales 598 couvrant les domaines suivants: amiable composition et *ex aequo et bono*[34], droit pénal et arbitrage, lignes directrices pour les procédures d'expertise de la CCI, réduction des délais et des coûts dans l'arbitrage et fiducies et arbitrage[35].

38. L'équipe spéciale "amiable composition et *ex aequo et bono*"[36] a été chargée de recenser les caractéristiques principales de "l'amiable composition" et de "*l'ex aequo et bono*" et d'examiner le rôle des arbitres lorsqu'ils statuent en "amiables compositeurs" ou "*ex aequo et bono*" (par exemple, en ce qui concerne les problèmes de compétence, de procédure et de fond pouvant se poser). Elle s'est réunie le 22 mai 2006 pour analyser les réponses reçues à sa première enquête et établit à l'heure actuelle un rapport qui fait la synthèse de ces réponses. Elle commencera aussi à élaborer des lignes directrices pour aider les arbitres qui ont été habilités à statuer "*ex aequo et bono*" ou en "amiables compositeurs".

39. L'équipe spéciale sur le droit pénal et l'arbitrage[37] a été chargée d'examiner l'impact du droit pénal dans le cadre de l'arbitrage (par exemple, en ce qui concerne

---

[31] www.cto.int/.

[32] http://www.ctomediation.com/.

[33] www.iccwbo.org/.

[34] http://www.iccwbo.org/policy/arbitration/id6566/index.html.

[35] Cette équipe spéciale a pour mission d'examiner et de recenser les questions particulières liées aux fiducies et à l'arbitrage et, si elle l'estime nécessaire, d'établir un rapport à ce sujet; d'examiner la possibilité de proposer un projet de clause type d'arbitrage de la CCI, à inclure dans l'acte de fiducie et, si elle l'estime nécessaire, de proposer une telle clause et d'élaborer une note explicative à ce sujet. Elle s'est réunie le 5 février 2007 au siège de la CCI, pour commencer à travailler à l'élaboration d'une clause type d'arbitrage adaptée aux particularités des fiducies.

[36] De plus amples informations sont disponibles à l'adresse http://www.iccwbo.org/policy/arbitration/id6566/index.html.

[37] De plus amples informations sont disponibles à l'adresse

les problèmes de compétence, de procédure et de fond pouvant se poser) et d'étudier le rôle des tribunaux arbitraux lorsqu'ils sont confrontés à des situations dans lesquelles se posent des problèmes relevant du droit pénal. Par le biais d'un questionnaire, elle a obtenu des informations pertinentes provenant d'arbitres de la CCI, de comités nationaux et de membres de l'équipe spéciale. Elle a regroupé et résumé ces informations qui illustrent diverses traditions juridiques. Elle a décidé de limiter son étude et le rapport final à l'obligation des arbitres de signaler une infraction pénale; à leur obligation de comparaître comme témoin s'ils sont convoqués par les autorités; à la possibilité qui leur est offerte d'invoquer le secret professionnel face aux questions qui leur sont posées; et à la définition du secret professionnel.

40. Suite à l'adoption, par la Commission d'arbitrage de la CCI, du règlement d'expertise révisé de la CCI en 2003, une autre équipe spéciale a élaboré une série de lignes directrices de la CCI en matière de procédures d'expertise[38]. Actuellement, l'équipe spéciale prépare une note explicative concernant l'utilisation de services d'experts, notamment: recours à des experts dans le cadre de procédures d'arbitrage devant la CCI; recours à des experts chargés d'établir les faits conformément au règlement d'expertise; et recours à des experts neutres en qualité de facilitateurs conformément au règlement ADR de la CCI et du règlement de la CCI relatif aux Dispute Boards.

41. Une équipe spéciale chargée d'étudier comment réduire les délais et les coûts dans l'arbitrage international[39] effectue à l'heure actuelle la synthèse d'une enquête réalisée à ce sujet et analysera les problèmes soulevés en les regroupant sous les thèmes suivants: responsabilités des parties, responsabilités du tribunal arbitral et responsabilités institutionnelles.

OCDE

42. Dans un rapport consacré à l'amélioration de la résolution des différends en matière de conventions fiscales[40], que le Comité des affaires fiscales de l'OCDE a adopté le 30 janvier 2007, l'OCDE a convenu de modifier le Modèle de Convention fiscale, à la base de la plupart des négociations entre les pays sur les questions fiscales, en prévoyant la possibilité d'un arbitrage des différends transfrontaliers si ceux-ci restent sans solution pendant plus de deux ans.

43. Cette décision se fondait sur la constatation que le développement des échanges commerciaux et des investissements internationaux et la hausse concomitante du nombre de personnes travaillant à l'étranger donnait lieu à une augmentation des différends fiscaux transfrontaliers qui apparaissaient lorsque deux États invoquaient des droits contradictoires concernant l'imposition d'un particulier qui vivait et travaillait dans plus d'un pays, ou d'une société qui investissait à l'extérieur de son pays d'origine.

---

http://www.iccwbo.org/policy/arbitration/id1783/index.html.

[38] Des informations relatives à l'équipe spéciale chargée d'élaborer des lignes directrices pour les procédures d'expertise de la CCI sont disponibles à l'adresse http://www.iccwbo.org/policy/arbitration/id1785/index.html.

[39] http://www.iccwbo.org/policy/arbitration/id3874/index.html.

[40] http://www.oecd.org/dataoecd/17/59/38055311.pdf.

44. Le rapport aborde un certain nombre de questions ayant trait à la "procédure amiable", mécanisme prévu par les conventions fiscales pour résoudre les différends entre les pays ayant signé ces conventions. Parallèlement, le Comité a publié un manuel sur Internet, qui énonce 25 pratiques exemplaires pour aider les pays à améliorer les mécanismes existants de résolution des différends fiscaux[41].

CNUCED

45. La CNUCED a conçu et met en œuvre un projet visant à renforcer les capacités par le biais de la formation au règlement des différends ayant trait au commerce international, aux investissements et à la propriété intellectuelle. Le projet a pour but de promouvoir l'intégration des pays en développement et en transition dans le système commercial multilatéral en renforçant les capacités en la matière. Pour ce faire, il entend améliorer les connaissances et l'information sur le cadre juridique régissant le règlement des différends dans les relations économiques et commerciales internationales.

46. Le projet, qui est centré sur les règles et mécanismes de règlement des différends d'organisations internationales telles que la CCI, le CIRDI, la CNUDCI, l'OMPI et l'OMC, s'articule autour de six rubriques: 1) aspects généraux du règlement des différends; 2) règlement des différends internationaux relatifs aux investissements et CIRDI; 3) règlement des différends relatifs au droit commercial international et OMC; 4) règlement des différends internationaux relatifs à la propriété intellectuelle et OMPI; 5) arbitrage commercial international et 6) approches régionales. Le cours complet sur le règlement des différends comprend 40 chapitres ou modules, qui traitent chacun d'un sujet particulier considéré comme un élément clef du règlement international des différends[42]. La méthode pédagogique sur laquelle reposent les modules permet l'auto-apprentissage pour les débutants et comprend un outil pour tester les connaissances nouvellement acquises. Les modules proposent également une rapide introduction pour les spécialistes, qui y trouvent des indications sur d'autres sources et matériels spécialisés. Le cours existe en anglais, certaines parties ayant été traduites en espagnol, en français et en portugais. À ce jour, les modules ont déjà été téléchargés plus d'un million de fois (février 2007).

47. Des ateliers de renforcement des capacités sont organisés à l'intention des fonctionnaires, universitaires, juristes et entrepreneurs de pays en développement, y compris les PMA, et de pays en transition.

---

[41] http://www.oecd.org/document/26/0,2340,en_2649_37427_36197402_1_1_1_37427,00.html.

[42] Sujets généraux: Cour internationale de Justice, Cour permanente d'arbitrage. Différends relatifs aux investissements: vue d'ensemble; Choix de l'instance appropriée; Consentement à l'arbitrage Prescriptions ratione personae; Prescriptions ratione materiae; Droit applicable; Questions procédurales; Recours après la sentence; Force obligatoire et exécution; Différends commerciaux: vue d'ensemble; Groupes spéciaux; Examen en appel; Application et exécution; GATT 1994; Mesures antidumping; Subventions et mesures compensatoires Mesures de sauvegarde; Mesures sanitaires et phytosanitaires; Barrières techniques au commerce; Textiles et vêtements; Marchés publics; AGCS; ADPIC; Agriculture; Propriété intellectuelle: Centre d'arbitrage et de médiation (OMPI); Règlement des différends relatifs aux noms de domaine sur Internet; Arbitrage international: vue d'ensemble; Accord/clause d'arbitrage; Tribunal arbitral; Procédure arbitrale Droit applicable; Prononcé de la sentence; Reconnaissance et exécution de la sentence; Mesures judiciaires; Arbitrage électronique; Mécanismes régionaux: ALENA; MERCOSUR; ASEAN.

48. Depuis son lancement en mai 2002, le projet a permis de nouer une coopération fructueuse avec des organismes des Nations Unies et des organisations internationales telles que l'Organisation mondiale du commerce (OMC), l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), la Chambre de commerce internationale (CCI), le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) du Groupe de la Banque mondiale, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), la Banque mondiale et le Centre consultatif sur la législation de l'OMC. La coopération s'exerce également avec des organismes nationaux et régionaux, surtout pour ce qui est de l'organisation et de la tenue d'ateliers.

OMPI[43]

49. L'OMPI a diffusé un certain nombre de publications donnant une vue d'ensemble des ressources et des services proposés par le Centre d'arbitrage et de médiation de l'Organisation et encourageant les parties à rechercher d'autres mécanismes de règlement des différends. Parmi ces publications, on mentionnera les suivantes: Services fournis par l'OMPI dans le cadre du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, Règlements d'arbitrage et de médiation de l'OMPI, Règlement de litiges pour le XXIe siècle, Guide to WIPO Arbitration, Guide de l'OMPI sur le règlement de litiges relatifs aux noms de domaine et Guide de la médiation OMPI.

LCIA[44]

50. Réunis le 5 mai 2006, la Cour et le Conseil de la LCIA ont décidé de publier les décisions de la Cour relatives à la récusation d'arbitres. La Cour a fondé sa décision sur un rapport qui passait en revue les décisions relatives à la récusation prises par la LCIA depuis 1995 et qui faisait le point sur la pratique et la procédure suivies en matière de conflits et de récusation dans d'autres organismes tels que la CCI et l'Association des auditeurs et anciens auditeurs de l'Académie de droit international de La Haye. La Cour a décidé que cette publication se présenterait sous forme de sommaires et que toutes ses décisions seraient publiées. L'introduction et les sommaires, qui sont en cours de préparation, seront examinés par la Cour siégeant en plénière, qui décidera si les sommaires doivent être publiés sur le site Internet de la LCIA, sur support papier, ou les deux.

E. Paiements internationaux

Conférence de La Haye

51. Dans le cadre de ses travaux d'élaboration d'une convention sur le recouvrement international des aliments envers les enfants et d'autres membres de la famille, la Conférence de La Haye de droit international privé espère que la CNUDCI pourra entreprendre des travaux en relation avec les mécanismes financiers de protection contre les fluctuations de change. De tels mécanismes, qui sont utilisés quotidiennement dans les opérations commerciales, pourraient être utiles dans le cadre du recouvrement international des aliments envers les enfants,

[43] http://www.wipo.int.
[44] www.lcia-arbitration.com.

en donnant les moyens de réduire l'accumulation des arriérés causée par les fluctuations de change.

CCI

52. La révision 2007 des Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (RUU 600) (publication n° 600 de la CCI) a été approuvée par la Commission de technique et pratiques bancaires[45] de la CCI le 25 octobre 2006. Les RUU ont été publiées pour la première fois par la CCI en 1933. Des versions révisées ont été publiées en 1951, 1962, 1974, 1983 et 1993. Insérées dans chaque lettre de crédit ou presque, les RUU sont acceptées dans le monde entier. Les RUU 600, qui devraient entrer en vigueur au 1er juillet 2007, apportent des changements importants par rapport aux règles précédentes, notamment: réduction du nombre d'articles, qui passent de 49 à 39; nouveaux articles pour les "Définitions" et les "Interprétations", qui confèrent aux règles plus de clarté et de précision; description précise de la négociation en tant qu'achat de traites et/ou de documents; remplacement des mots "délai raisonnable" pour accepter ou refuser les documents par un délai maximum de 5 jours ouvrés. Les RUU 600 contiennent également les 12 articles des eRUU, supplément aux RUU qui régit la présentation des documents sous forme électronique ou partiellement électronique.

F. Droit de la concurrence

CNUCED

53. Suite à la cinquième Conférence de révision, le Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence a examiné, lors de sa huitième session, tenue à Genève du 31 octobre au 2 novembre 2006, quatre éléments spécifiques de la politique de la concurrence en vue de faciliter l'application de l'"Ensemble de principes et règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives" (les Principes équitables) adoptés par l'Assemblée générale en 2005. Ces éléments avaient trait aux domaines suivants: i) interface entre la concurrence et les organes de réglementation sectorielle; ii) ententes; iii) coopération et mécanismes de règlement des différends; et iv) subventions. De plus, le Groupe a organisé un examen volontaire par les pairs du droit et de la politique de la concurrence de la Tunisie. Pendant la période considérée, la CNUCED a continué d'aider les États membres intéressés à adopter et mettre en œuvre la législation et la politique de la concurrence, conformément aux principes et aux règles convenus au niveau multilatéral dans le cadre de l'Ensemble de principes et de règles des Nations Unies sur la politique de la concurrence.

---

[45] De plus amples informations sont disponibles à l'adresse http://www.iccwbo.org/home/banking/commission.asp.

G. Facilitation du commerce

CNUCED

Harmonisation des normes d'agriculture biologique au niveau régional

54. Les lois et réglementations relatives aux normes techniques jouent un rôle important dans les flux commerciaux à l'échelle régionale et multilatérale. L'harmonisation de ces normes faciliterait donc les exportations pour les producteurs des pays en développement. En 2006, la CNUCED a lancé une initiative d'harmonisation de ce type, en faisant la promotion d'une norme biologique commune pour l'Afrique de l'Est. La norme biologique est-africaine deviendra la deuxième norme biologique régionale au monde après celle de l'Union européenne, et la première à avoir été élaborée en coopération par les mouvements biologiques et les organes nationaux de normalisation. Elle devrait stimuler le développement du commerce et des marchés biologiques dans la région, sensibiliser les agriculteurs et les consommateurs à l'agriculture biologique, et créer une position de négociation unifiée qui devrait aider les agriculteurs biologiques d'Afrique de l'Est à accéder aux marchés d'exportation et à influer sur la définition des normes biologiques internationales[46].

H. Insolvabilité

BERD

55. Considérant qu'une loi solidement structurée ne suffisait pas pour constituer un système d'insolvabilité efficace, la BERD s'est attachée, en s'appuyant sur ses principes fondamentaux applicables aux régimes d'insolvabilité, à privilégier l'efficacité de ces régimes en recensant une série de principes pour aider les pays à définir des normes concernant les qualifications, la nomination, la conduite et la supervision des titulaires d'une charge, de même que la réglementation pertinente, dans les affaires d'insolvabilité (par "titulaire d'une charge", on entend les fiduciaires, les administrateurs, les liquidateurs, les représentants de l'insolvabilité ou des fonctionnaires apparentés qui assurent le fonctionnement de nombreux systèmes d'insolvabilité). Les principes de la BERD relatifs aux titulaires d'une charge en cas d'insolvabilité sont disponibles sur le site Internet de la Banque[47].

International Insolvency Institute (III)/American Law Institute (ALI)

56. Comme mentionné dans le rapport précédent, l'III et l'ALI se sont lancés dans un projet conjoint pour énoncer des "Principes de coopération dans les affaires d'insolvabilité internationales". Une première réunion s'est tenue en juin 2006, et une deuxième est prévue en juin 2007. L'III et l'ALI chercheront à obtenir l'approbation des principes auprès d'associations professionnelles et judiciaires.

---

[46] De plus amples informations sont disponibles à l'adresse http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=4070&lang=2.

[47] Voir http://www.ebrd.org/country/sector/law/insolve/Princip/principles.pdf.

INSOL

57. Comme annoncé dans le rapport précédent, l'International Association of Restructuring, Insolvency and Bankruptcy Professionals (INSOL) a publié les documents suivants en 2006:

a) Le financement dans les procédures d'insolvabilité, publication qui expose les différentes procédures d'insolvabilité existantes, indique dans quelle mesure les prêteurs peuvent fournir un financement aux sociétés insolvables, et aborde différentes questions connexes comme la constitution de sûretés, le privilège des nouveaux prêteurs et le rôle du processus judiciaire dans 12 pays; et

b) Les dérivés de crédit dans les procédures de redressement, brochure donnant aux praticiens de l'insolvabilité et aux autres spécialistes intéressés des indications sur les questions liées à l'impact des dérivés de crédit sur les procédures de redressement. Cette publication donne un aperçu du marché des dérivés de crédit, des éléments de base du contrat d'échange sur le risque de défaillance et du règlement à la suite d'un évènement de crédit, et établit une comparaison avec d'autres types de produits et de techniques de crédit.

58. Un autre document relatif au traitement des créances garanties dans la procédure d'insolvabilité et avant l'ouverture de la procédure, ainsi que la deuxième d'une série d'études techniques, qui porte sur les formalités applicables au transfert d'entreprises en cas d'insolvabilité, seront publiés en 2007.

59. En 2006, INSOL International et l'American Bankruptcy Institute ont lancé GLOBAL INSOLvency pour mettre à disposition une source complète d'informations portant tant sur les aspects actuels de l'insolvabilité internationale et de la législation relative au redressement que sur le cadre juridique existant dans le monde en la matière.

OCDE

60. La cinquième réunion du Forum sur la réforme du droit de l'insolvabilité en Asie (FAIR), organisée par l'OCDE en coopération avec l'APEC, l'Agence australienne pour le développement international (AusAID), la Banque asiatique de développement, la Banque mondiale et le Gouvernement japonais, a eu lieu à Beijing (République populaire de Chine) les 27 et 28 avril 2006. Les participants ont examiné les enseignements tirés de 10 années de réformes institutionnelles et juridiques dans les systèmes d'insolvabilité asiatiques et débattu de l'intérêt d'élaborer des orientations internationales pour améliorer les systèmes d'insolvabilité, en mettant l'accent en particulier sur le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, les principes régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers de la Banque mondiale et la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

61. La conférence inaugurale sur la gouvernance des entreprises, organisée par le Hawkamah Institute for Corporate Governance et l'OCDE à l'intention des pays du Moyen-Orient et de l'Afrique du Nord, a adopté la Déclaration de Dubaï sur la gouvernance des entreprises, qui prévoit notamment que les pays de la région devraient chercher à instaurer des systèmes d'insolvabilité efficaces et à mettre en place les conditions permettant une maximisation de la valeur et une allocation plus efficace des capitaux en faveur d'usages productifs. Il a été convenu qu'un module

relatif à la restructuration et à l'insolvabilité des sociétés devrait être inscrit au programme de travail et prévoir l'instauration de partenariats avec des organismes intéressés, y compris dans le secteur privé.

Banque mondiale

62. En juin 2006, la Banque mondiale a organisé la session 2006 du Groupe de travail du Forum mondial des juges à Buenos Aires, en coopération avec l'Association internationale des magistrats, la Fédération latino-américaine de la magistrature, l'Association européenne des magistrats, la Fédération argentine des magistrats et l'Association argentine des juges fédéraux. Les sujets abordés étaient notamment les suivants: médiation et arbitrage dans les affaires commerciales/d'insolvabilité; rationalisation des procédures commerciales par le biais d'entités et de processus non judiciaires; délégation/substitution dans la procédure d'exécution; et coopération judiciaire et communication entre tribunaux dans les procédures d'insolvabilité internationales.

63. En 2007, la Banque mondiale s'est jointe à la CNUDCI et à INSOL pour coparrainer le septième d'une série de colloques judiciaires multinationaux consacrés à la coordination et à la coopération en matière d'insolvabilité transfrontalière; ces colloques sont organisés depuis 1995 par la CNUDCI et par INSOL.

A/CN.9/628/Add.1 [Original: anglais]

Activités actuelles des organisations internationales en matière d'harmonisation et d'unification du droit commercial international

ADDITIF

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes
I.	Gouvernement d'entreprise	1-3
J.	Passation de marchés	4-25
K.	Sûretés	26-41

I. Gouvernement d'entreprise

BERD[1]

1. En 2006, la BERD a publié le rapport intitulé "Transition Report 2006", consacré à une analyse du secteur financier dans les pays en transition. Elle y examine la manière dont les systèmes financiers ont été restructurés au cours des 15 dernières années, leur impact sur l'économie et le développement du secteur privé et l'introduction de nouveaux services financiers[2]. Elle a également publié la revue intitulée "Law in transition online 2006 – Focus on central Europe"[3], où elle évalue et mesure sous forme de graphiques les progrès remarquables accomplis par huit pays depuis leur adhésion à l'Union européenne et fait une analyse critique des défis auxquels ils font à présent face en tant que membres d'une Union européenne élargie.

OCDE

2. Les 29 et 30 mars 2007 à Shanghai (Chine), l'OCDE et la bourse de Shanghai, en partenariat avec le Gouvernement japonais, le Global Corporate Governance Forum (GCGF) et la Yale School of Management, ont organisé une réunion de haut niveau pour échanger des expériences sur le gouvernement d'entreprise[4].

3. L'OCDE a aussi récemment publié un rapport intitulé "Actifs intellectuels et création de valeur: conséquences pour la communication d'informations par les

[1] www.ebrd.com/.
[2] Pour plus d'informations, voir http://www.ebrd.com/pubs/econo/6813.htm.
[3] Pour plus d'informations, voir http://www.ebrd.com/pubs/legal/lit062.htm.
[4] Pour plus d'informations, voir http://www.oecd.org/document/61/0,2340,en_2649_37439_34970813_1_1_1_37439,00.html.

entreprises”[5], dans lequel elle conclut que les sociétés peuvent augmenter leur valorisation boursière et réduire le coût de leur capital grâce à une meilleure communication d’informations sur les actifs intellectuels et à des stratégies de création de valeur qui s’affranchissent des limites des normes comptables.

J. Passation de marchés

OMC

4. Le Groupe de travail des règles de l’OMC poursuit les négociations sur les marchés publics de services au titre de l’article XIII de l’Accord général sur le commerce des services. Les discussions en 2006 se sont fondées sur les communications des Communautés européennes (S/WPGR/W/52 et S/WPGR/W/54), qui abordaient des questions telles que les spécifications techniques, les qualifications des fournisseurs, les méthodes d’achat, les délais, la documentation relative à l’appel d’offres et l’adjudication de contrats (S/WPGR/W/52) et proposaient un texte juridique comme annexe de cet accord sur les marchés publics (S/WPGR/W/54). La relation avec l’Accord plurilatéral sur les marchés publics de l’OMC figurait parmi les autres questions soulevées (l’“AMP”)[6].

5. Au sein du Comité des marchés publics de l’OMC (“le Comité”) qui administre l’AMP, les négociations qui visaient la simplification et l’amélioration des dispositions de l’AMP relatives aux aspects autres que l’accès aux marchés ont abouti à un accord sur la révision du texte de 1994[7]. Outre des modifications rédactionnelles, dont le déplacement d’un certain nombre de dispositions, des révisions importantes sur le fond ont été apportées au texte de 1994, notamment aux dispositions sur les besoins des pays en développement, le contenu des avis de marché envisagé et de la documentation relative à l’appel d’offres, la qualification des fournisseurs et les modifications et rectifications du champ d’application[8]. De nouveaux articles ont été introduits[9] et le texte a été modifié pour permettre et

---

[5] http://www.oecd.org/dataoecd/2/41/37819793.pdf.

[6] Voir “Rapport annuel du Groupe de travail des règles de l’AGCS au Conseil du commerce des services”, 2006, document S/WPGR/16, 23 novembre 2006, par. 5 et 6, disponible, au 26 février 2007, à l’adresse http://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gpserv_f.htm.

[7] Le texte révisé de l’AMP a été distribué à tous les membres de l’OMC sous la cote GPA/W/297. Ses notes de bas de page signalent les dispositions qui font encore l’objet de négociations. Le texte révisé de l’Accord est destiné à servir de base à des consultations et d’autres travaux en cours relatifs à l’accession de nouvelles parties. Voir également le “Rapport du Comité des marchés publics (novembre 2005-décembre 2006)”, document GPA/89, 11 décembre 2006, par. 18 à 21. Le rapport et le texte révisé de l’Accord sont disponibles, au 26 février 2007, à l’adresse http://www.wto.org/french/tratop_f/gproc_f/gp_gpa_f.htm.

[8] Voir les articles IV, VII, IX, X et XIX du texte révisé.

[9] Sur les définitions (article premier), les principes généraux (article V qui regroupe certaines dispositions du texte de 1994, comme celles sur le traitement national et la non-discrimination, les règles d’origine et les opérations de compensation, et qui comprend de nouvelles dispositions, comme celles sur l’utilisation de moyens électroniques et la passation des marchés), les conditions de participation (article VIII), les enchères électroniques inversées (article XIV), la transparence des renseignements relatifs aux marchés et la divulgation des renseignements (articles XVI et XVII, qui se fondent sur les dispositions des articles XVIII et XIX du texte de 1994) et les modifications et rectifications du champ d’application (article XIX).

réglementer l'utilisation des moyens et des techniques électroniques de communication[10].

6. À l'article XXII (Dispositions finales) du texte, il est prévu que les négociations se poursuivent sur certaines dispositions révisées, notamment les règles d'origine compte tenu des résultats des travaux que l'OMC mène actuellement dans ce domaine. Il est aussi prévu que, au plus tard à la fin de la troisième année à compter de la date d'entrée en vigueur de l'AMP révisé, le Comité entreprendra de nouveaux travaux afin d'étudier les avantages et les inconvénients de l'élaboration d'une nomenclature commune pour les marchandises et les services et d'avis normalisés. Au sein du Comité, un accord a aussi été trouvé sur des arrangements pour mener à terme la partie des négociations menées au titre de l'article XXIV:7 de l'AMP de 1994 qui concerne l'accès aux marchés. L'objectif global était d'achever les négociations sur l'accès aux marchés (et donc tous les aspects des négociations) au printemps 2007[11].

Banques multilatérales de développement (BMD)

Groupe de travail conjoint sur l'harmonisation de la passation des marchés publics par voie électronique

7. Pendant la période examinée, le Groupe de travail conjoint sur l'harmonisation de la passation des marchés publics par voie électronique (e-GP) des BMD (le "Groupe de travail conjoint")[12] a révisé ses Exigences en matière d'utilisation des systèmes d'appels d'offres e-GP et ses Lignes directrices pour les enchères électroniques inversées[13], pour tenir compte de l'expérience tirée de leur application dans la pratique. Les modifications en question sont destinées à traiter, en particulier, des critères pour facturer l'utilisation des systèmes de passation électronique des marchés, des conditions d'utilisation d'un système exclusivement électronique ou papier dans la procédure de passation, ou de la possibilité d'utiliser les deux, ainsi que des exigences de codage en termes technologiquement neutres et introduisant des règles plus souples pour les enchères électroniques inversées.

8. Le Groupe de travail conjoint a aussi été à l'origine i) de la préparation de nouveaux documents et lignes directrices, comme une note sur les achats électroniques et un document de travail sur la corruption dans le cadre de l'utilisation des nouvelles technologies dans la passation des marchés publics; ii) de l'élaboration de documents d'appel d'offres interactifs standard pour les produits informatiques, qui devraient être mis à l'essai en mai 2007; iii) d'un outil de formation en ligne à la passation des marchés publics par voie électronique, qui devrait être opérationnel en juillet 2007; iv) d'une enquête internationale sur la passation des marchés publics par voie électronique, qui devrait être publiée d'ici juin 2007 et qui porte sur les systèmes de passation électronique de 15 pays afin

---

[10] Voir, par exemple, les articles Ier, II, V à VII, IX à XI et XVI du texte révisé.

[11] Voir *supra*, note 6, "Rapport du Comité des marchés publics (novembre 2005-décembre 2006)", document GPA/89, 11 décembre 2006, par. 22 et 23.

[12] Le Groupe de travail a été créé au début de 2003 par la BAsD, la BID et la Banque mondiale, auxquelles se sont joints par la suite la BAfD, la BERD et le Fonds nordique de développement. Le secrétariat de la CNUDCI participe, depuis 2005, aux réunions du Groupe de travail en qualité d'observateur.

[13] Disponibles sur le portail commun e-GP à l'adresse http://www.mdb-egp.org/.

d'identifier les approches stratégiques adoptées par ceux-ci en matière de programmes de passation électronique, y compris les fonctionnalités des systèmes, les problèmes rencontrés lors du passage à ce type de passation, les coûts et avantages, les facteurs de succès et les enseignements tirés; et v) d'une conférence internationale sur la passation des marchés publics par voie électronique, qui se tiendra à Washington en novembre 2007.

Modification des principes des BMD

9. En octobre 2006, la Banque mondiale a révisé ses Directives relatives à la passation des marchés et aux consultants, mis à jour ses documents types pour l'appel d'offres et la sélection de consultants[14] et publié le Manuel concernant les services de consultants[15]. Elle est en train d'actualiser un manuel sur la passation des marchés de biens ou de travaux, pour tenir compte de récents changements d'orientation. La Banque asiatique de développement a publié de nouvelles Directives sur la passation des marchés en avril 2006, et, à compter du 8 septembre 2006, y a révisé la définition des pratiques de corruption, fraude, coercition et collusion[16]. La Banque africaine de développement a fait savoir que ses principes révisés en matière de passation des marchés devaient être approuvés en 2007.

10. En août 2006, une nouvelle série de documents standard a été établie sous les auspices des réunions ordinaires des responsables des passations de marchés des banques multilatérales de développement et des institutions financières internationales pour adoption et utilisation par leurs institutions respectives. La documentation standard de présélection et le manuel de l'utilisateur sont destinés principalement à des entreprises qui, au stade de la présélection, expriment leur souhait de répondre à un appel d'offres pour de gros contrats de construction et de génie civil, dans le cadre de procédures d'appels d'offres internationaux. Les principes qu'ils contiennent peuvent également s'appliquer si une présélection est requise dans le cadre d'appels d'offres nationaux[17].

Association de coopération économique Asie-Pacifique

11. En septembre 2006, le Comité du commerce et de l'investissement de l'Association de coopération économique Asie-Pacifique a appuyé les principes révisés non contraignants sur les marchés publics[18, 19]. Le texte révisé a été établi à partir de la version de 1999 des principes non contraignants. Outre des changements

---

[14] Les versions révisées (au 1er octobre 2006) peuvent être consultées sur le site Web de la Banque mondiale.

[15] Disponible, au 9 février 2007, à l'adresse http://siteresources.worldbank.org/INTPROCUREMENT/Resources/2006ConsultantManual.pdf.

[16] Les nouvelles Directives et les modifications qui y ont été apportées sont disponibles, au 8 février 2007, à l'adresse http://adb.org/Documents/Guidelines/Procurement/.

[17] Voir le site de la Banque mondiale.

[18] Voir le compte rendu de la troisième réunion de 2006 (Da Nang, Viet Nam, 12-13 septembre 2006), par. 56, disponible depuis le 8 février 2007, en anglais seulement, à l'adresse suivante: http://www.apec.org/content/apec/documents_reports/committee_trade_investment/2006.html.

[19] La version révisée des principes non contraignants datée de septembre 2006 est contenue dans le document 2006/SOM3/GPEG/005, intitulé *Review of the APEC Non-Binding Principles (NBPs) on Government Procurement*, disponible au 13 février 2007 à l'adresse suivante: http://aimp.apec.org/Documents/2006/GPEG/GPEG2/06_gpeg2_005.pdf.

dans la structure et la présentation du document[20], des amendements de fond ont été apportés au texte de 1999. Les principes non contraignants révisés renforcent certains éléments des principes initiaux, tout particulièrement dans le contexte transnational, et traitent certaines questions qui découlent de l'utilisation de moyens modernes de communication sur les marchés publics. Contrairement à la version de 1999, la version révisée ne contient pas de dispositions concernant les registres des fournisseurs et les frais perçus dans le contexte de l'accès à l'information concernant les marchés. En outre, le principe de transparence qui était inclus dans la version de 1999 a été intégré dans les normes de l'Association concernant la transparence des marchés publics dans la région (disponibles en anglais seulement)[21], auxquelles renvoie la version révisée des principes non contraignants[22].

Commission européenne

Révision des directives relatives aux recours

12. En mai 2006, la Commission européenne a proposé une directive amendant les deux directives de l'Union européenne relatives aux voies de recours concernant les marchés publics[23]. Cette proposition vise à clarifier les voies de recours actuelles et à en améliorer l'efficacité dans le cadre des procédures officielles de passation de marchés ou en cas d'attribution directe illégale de marchés. Elle introduit, entre autres éléments, un "temps d'arrêt", durant lequel les pouvoirs adjudicataires seraient obligés de suspendre la conclusion d'un marché public, pour permettre aux soumissionnaires d'introduire un recours, et elle précise cette obligation de temps d'arrêt en termes de portée, de conséquences et d'application, de délais et d'exceptions possibles.

Marchés publics de la défense

13. À la fin de l'année 2006, la Commission européenne a adopté une "Communication interprétative sur l'application de l'article 296 du Traité dans le domaine des marchés publics de la défense"[24]. La communication est une mesure

---

[20] En ce qui concerne les changements de structure, le texte révisé présente au début du document les principaux éléments de chaque principe et norme, et fait des commentaires plus détaillés sur chaque principe dans les annexes. Ce plan diffère de celui qui avait été suivi dans la version de 1999.

[21] APEC Leaders' Transparency Standards, Santiago, Chili-21 novembre 2004, document n° 028.

[22] Voir l'annexe 6 au document 2006/SOM3/GPEG/005, *supra*, note infrapaginale 14.

[23] Document COM(2006)195 final/2, 2006/0066 (COD), du 14 juin 2006. Les directives en question sont: i) la directive 89/665 EEC qui s'applique, en principe, aux contrats de travaux, services et fournitures attribuées par les pouvoirs adjudicataires, reprise désormais dans la Directive 2004/18/EC; et ii) la directive 92/13/EEC qui s'applique aux contrats attribués par les entités adjudicatrices opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, reprise désormais dans la Directive 2004/17/EC.

[24] Document COM (2006) 779 définitif, du 7 décembre 2006. L'établissement de la communication interprétative a été précédé d'une étude sur les marchés publics de la défense (voir Document de travail de la Commission SEC (2006) 1554 du 7 décembre 2006). Cette étude a montré que la directive 2004/18/EC sur la passation des marchés publics n'est pas appliquée dans le secteur de la défense parce que les États membres de l'Union européenne ont fréquemment recours à l'exemption prévue par l'article 296 et que, en conséquence, la majorité de contrats de défense est attribuée sur la base des règles d'achat nationales, qui diffèrent

non législative qui ne modifie pas le cadre juridique existant mais le clarifie. Elle vise à prévenir d'éventuelles erreurs d'interprétation et une utilisation abusive de l'article 296 du Traité de Rome instituant la Communauté européenne (le "Traité"), qui donne aux États membres de la Communauté européenne la possibilité de déroger aux règles communautaires sur les marchés publics lorsque leurs intérêts essentiels de sécurité sont en jeu[25]. La communication explique les principes qui sont à la base de l'exemption et clarifie les conditions requises pour y recourir à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne de justice.

14. En parallèle, la Commission européenne a mené une étude d'impact visant à évaluer l'utilité que pourrait avoir une éventuelle directive sur les marchés de la défense qui assouplirait les règles et serait, en conséquence, mieux adaptée à la nature spécifique de ce type de marchés que celles qui sont contenues dans l'actuelle directive 2004/18/EC sur la passation des marchés publics. Le Programme législatif et de travail de la Commission pour 2007 ("Le programme de travail pour 2007")[26] envisage l'élaboration par la Commission européenne d'une proposition de directive concernant la coordination des procédures de passation des marchés publics dans le secteur de la défense ainsi que d'autres mesures législatives et non législatives concernant les marchés de la défense[27].

Attribution de marchés d'un faible montant

15. En juillet 2006, la Commission européenne a publié[28] une communication interprétative relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives "marchés publics"[29]. La communication explique comment appliquer les principes du droit communautaire à deux types de marchés: i) les marchés dont le montant est inférieur aux seuils d'application des directives "marchés publics" mais qui n'en présentent pas moins un intérêt transfrontière; ii) les marchés de service (ou "services visés par l'Annexe B") auxquels seul un nombre limité de règles s'applique, même s'ils sont visés par les directives. La communication n'introduit pas de nouvelle règle législative. La Commission y explicite son interprétation de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes applicable à ces types de contrats et suggère des bonnes pratiques afin d'aider les États membres à respecter les règles

---

beaucoup d'un pays de l'Union européenne à l'autre. Il a été observé que cela pouvait limiter l'accès au marché pour les fournisseurs non nationaux, entraînant des coûts et des inefficacités supplémentaires qui avaient une incidence négative sur la compétitivité de l'industrie européenne de défense. Voir IP/06/1703 du 7 décembre 2006.

[25] Voir également l'article 10 de la directive 2004/18/EC de l'Union européenne sur la passation des marchés publics, qui stipule que la directive "s'applique aux marchés publics passés par les pouvoirs adjudicateurs dans les domaines de la défense, sous réserve de l'article 296 du Traité".

[26] Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Bruxelles, 24 octobre 2006, document COM(2006) 629 final; disponible au 26 février 2007 à l'adresse suivante: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/com/2006/com2006_0629fr01.pdf.

[27] Par exemple, une communication sur les industries et les marchés de la défense, et une proposition de réglementation du transfert des produits de défense.

[28] Document 2006/C 179/02.

[29] Les directives en question sont les directives 2004/17/EC et 2004/18/EC de l'Union européenne sur les passations de marchés publics.

du marché intérieur confirmées par la jurisprudence de Cour de justice des Communautés européennes[30].

Partenariats public-privé

16. Le 26 octobre 2006, le Parlement européen a adopté une résolution sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions (2006/2043(INI))[31]. Dans sa résolution, le Parlement a confirmé que le droit communautaire des marchés publics s'applique aux partenariats public-privé, y compris les partenariats public-privé institutionnalisés (paragraphes 2, 6, 7 et 37). Le Parlement a jugé prématuré de se livrer à une appréciation des incidences des directives gouvernant les marchés publics et, par conséquent, s'est prononcé contre un réexamen de ces directives (paragraphe 2). Il s'est également déclaré opposé à la création d'une agence européenne des PPP (paragraphe 18).

17. Toujours dans sa résolution susmentionnée, le Parlement a demandé à la Commission européenne de prendre un certain nombre de mesures, notamment de soumettre des recommandations concernant une procédure d'attribution appropriée pour les concessions (paragraphe 32) et de fournir des éclaircissements sur l'application du droit des marchés publics à la création d'entreprises public-privé dans le cadre de l'attribution de marchés ou de concessions (paragraphe 35)[32]. Il a approuvé la Commission européenne lorsqu'elle se demandait s'il convenait d'instaurer des règles uniformes d'attribution pour tous les partenariats public-privé de type contractuel, sans considération du fait que le PPP concerné est un marché public ou une concession, et salué la volonté de la Commission de prendre une initiative dans le domaine des partenariats public-privé institutionnalisés (paragraphes 33 et 34).

18. Le programme de travail pour 2007, reconnaissant qu'un cadre juridique stable et cohérent est nécessaire pour la passation des concessions au niveau européen, envisage que l'action de la Commission européenne prenne la forme de la rédaction d'une proposition de directive sur la coordination des procédures de passation de concessions[33].

Autres initiatives relatives aux marchés publics prévues dans le programme législatif et de travail de la Commission européenne pour 2007

19. Le programme de travail pour 2007 prévoit, dans le domaine de l'écologisation des marchés publics, les mesures suivantes: i) soumission de propositions en vue d'un objectif européen d'écologisation des marchés publics, d'analyses comparatives et d'un suivi régulier par la Commission et les États membres; ii) orientations destinées aux États membres pour l'adoption de plans

---

[30] En outre, sur le même sujet, le Parlement européen, dans sa résolution 2006/2043(INI) du 26 octobre 2006, s'est déclaré opposé à l'élaboration de règles concernant l'attribution de marchés publics en deçà des seuils applicables au niveau de l'Union, soulignant qu'il incombe aux États membres de mettre en œuvre d'une manière effective les principes, inscrits dans les traités, de la transparence, de la non-discrimination et de la liberté de fournir des services en rapport avec les marchés publics sous les seuils fixés (paragraphe 21 de la résolution).

[31] Au 10 juin 2007, ce texte était disponible sur le lien suivant: http://www.europarl.europa.eu/omk/sipade3 ?PROG=TA&L=FR&REF_P=P6_TA-2006-0462.

[32] Voir également les paragraphes 38 et 43 de la résolution.

[33] Voir, ci-dessus, note infrapaginale 26.

nationaux d'action en matière d'écologisation des marchés publics; iii) révision des règlements (CE) n°s 1980/2000 établissant un système communautaire révisé d'attribution du label écologique et (CE) 761/2001 permettant la participation volontaire des organisations à un système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS), en vue, notamment, de créer des liens avec les instruments d'écologisation des marchés[34].

20. Le programme de travail pour 2007 prévoit également la révision du règlement (CE) n° 2195/2002 relatif au vocabulaire commun pour les marchés publics. Cette révision s'impose pour maintenir un système de marchés publics simple et efficace, facilement applicable par les fournisseurs et les soumissionnaires[35].

Office des Nations Unies contre la drogue et le crime[36]: Convention des Nations Unies contre la corruption[37]

21. La première Conférence des États parties à la Convention des Nations Unies contre la corruption s'est tenue en décembre 2006[38]. Aux alentours de cette période, le secrétariat de la Conférence – l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDC) – a publié un Guide législatif pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la corruption[39]. Le Guide a pour but d'aider les États à ratifier et appliquer la Convention en recensant les mesures législatives requises, les questions qui en découlent et les solutions qui s'offrent aux États pour élaborer et rédiger la législation nécessaire[40]. Certains paragraphes du Guide concernent les dispositions de la Convention relatives aux marchés publics[41] et la gestion des conflits d'intérêt dans l'administration[42].

OCDE

Groupe de travail OCDE/DAC sur les marchés

22. Le 17 juillet 2006, le Groupe de travail OCDE/DAC sur les marchés, créé pour superviser la mise en œuvre des éléments relatifs aux marchés de la Déclaration de Paris sur l'efficacité de l'aide au développement, en date du 2 mars 2005[43], et entreprendre des activités visant à assurer la réalisation des objectifs fixés en matière de passation de marchés, a approuvé la méthodologie d'évaluation des régimes nationaux de passation des marchés (version 4) en vue de son essai et de son application[44]. La méthodologie vise à fournir un outil commun susceptible

---

34 Ibid.
35 Ibid.
36 www.unodc.org.
37 Résolution 58/4 de l'Assemblée générale, annexe.
38 Au 8 février 2007, les documents de la Conférence étaient disponibles à l'adresse suivante: http://www.unodc.org/unodc/caccosp_2006.html.
39 Publication des Nations Unies, numéro de vente: E.06.IV.16, disponible sous format électronique, en anglais seulement, à l'adresse suivante: http://www.unodc.org/pdf/corruption/CoC_LegislativeGuide.pdf.
40 Ibid. Avant-propos, le premier paragraphe.
41 Voir les paragraphes 73, 78 à 82 et 87 du Guide législatif.
42 Voir par exemple les paragraphes 70, 71, 89, 96, 110, 123 et 125 du Guide législatif.
43 Voir http://www.aidharmonization.org/.
44 Le document est composé d'un Guide de l'utilisateur, d'indicateurs de base (sur le cadre législatif et réglementaire, le cadre institutionnel et les capacités de gestion, les opérations et

d'être exploité par les pays en développement et les bailleurs de fonds pour évaluer la qualité et l'efficacité des dispositifs nationaux de passation de marchés. L'évaluation fournira une base sur laquelle pourra se fonder un pays pour formuler un plan d'action en vue d'améliorer son régime de passation de marchés tandis que les bailleurs de fonds pourront s'appuyer sur elle pour concevoir des stratégies en vue d'aider à l'exécution de plans de développement des capacités et minimiser les risques dans les différentes activités qu'ils décident de financer. L'objectif à long terme est de permettre ainsi aux pays d'améliorer leurs régimes nationaux de passation de marchés pour les rendre conformes aux normes admises sur le plan international, favorisant ainsi une meilleure efficacité dans l'utilisation des fonds en vue de faire face aux obligations des pays. La méthodologie sera essayée au niveau des pays jusqu'à la tenue du prochain forum de haut niveau sur l'efficacité de l'aide qu'il est prévu de tenir en 2008[45]. Les résultats de ces essais sur le terrain et les enseignements tirés de ces expériences serviront à améliorer et affiner l'outil et la méthodologie[46].

Bonnes pratiques de l'OCDE en matière d'intégrité et de résistance à la corruption dans les marchés publics

23. Le Forum mondial sur la gouvernance, organisé par l'OCDE en 2004 sur le thème "Lutter contre la corruption et promouvoir l'intégrité dans les marchés publics", a examiné les mesures propres à renforcer l'intégrité et la résistance à la corruption dans les marchés publics, dans le but notamment d'assurer que les procédures de passation de marchés publics sont transparentes, que les soumissionnaires sont traités de manière fiable, juste et équitable; que les deniers publics affectés à un marché public sont dépensés conformément au but initial; que le professionnalisme et la conduite des responsables des passations de marchés sont conformes aux objectifs publics de leur organisation; qu'il existe des moyens de contester des décisions prises dans le cadre de passations de marché, d'assurer que des comptes sont rendus et de promouvoir un contrôle du public.

24. L'OCDE envisage les marchés publics sous l'angle de la bonne gouvernance et elle insiste sur le rôle de la transparence et de l'obligation redditionnelle. Son activité dans ce domaine complète ses travaux pluridisciplinaires visant à améliorer les régimes de passation des marchés publics au sein de l'OCDE et dans d'autres pays, notamment l'élaboration d'une méthodologie commune d'évaluation des

---

pratiques de passation des marchés, ainsi que l'intégrité et la transparence du dispositif de passation des marchés publics), d'indicateurs de conformité et de performance (et d'un tableau les présentant) ainsi que d'informations conformes aux bonnes pratiques internationales. On peut consulter la méthodologie, en anglais, en espagnol, en français et en portugais à l'adresse suivante: http://www.oecd.org/document/40/0,2340,en_2649_19101395_37130152_1_1_1_1,00.html.

[45] Le processus et les critères qu'il est prévu d'utiliser pour choisir les pays pilotes figurent au paragraphe e) du résumé de la réunion du Groupe de travail (New York, 13 et 14 septembre 2006), qui peut être consulté à l'adresse suivante: http://www.oecd.org/document/23/0,2340,en_2649_19101395_37589271_1_1_1_1,00.html (au 8 février 2007). La liste des 22 pays choisis pour l'exercice pilote peut être consultée à l'adresse suivante: http://www.oecd.org/document/36/0,3343,fr_2649_19101395_38339456_1_1_1_1,00.html (au 19 juin 2007).

[46] On trouvera de plus amples renseignements sur les activités du Groupe de travail et les documents publiés sous ses auspices sur le site suivant: http://www.oecd.org/department/0,3355,fr_2649_19101395_1_1_1_1_1,00.html.

régimes de passation de marchés publics pour les pays en développement par le Groupe de travail sur l'efficacité de l'aide et les pratiques des donateurs du Comité d'aide au développement[47], les enquêtes dans les États membres de l'Union européenne sur l'organisation, la capacité, la performance et l'efficacité de la passation centralisée de marchés publics ainsi que les mécanismes d'examen et de correction du programme SIGMA (Appui à l'amélioration de la gouvernance et de la gestion)[48].

25. L'OCDE a en outre organisé un colloque dans le but de recenser des pratiques optimales pour promouvoir l'intégrité et la résistance à la corruption dans les marchés publics ainsi qu'un dialogue de haut niveau avec des pays non membres pour partager les enseignements de la promotion de la bonne gouvernance et de l'intégrité sur les marchés publics, du 29 novembre au 1er décembre 2006. Suite à ces deux réunions, elle publiera prochainement un rapport qui définira des bonnes pratiques, ainsi que des approches, des mesures et des outils spécifiques dont il est établi qu'ils permettent de promouvoir l'intégrité des marchés publics dans les pays du monde entier[49].

K. Sûretés

Conférence de La Haye

26. Une édition commerciale du Rapport explicatif de la Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire a été publiée en 2005. Le rapport fournit les explications les plus autorisées et les plus complètes sur la Convention et peut être obtenu sur le site Web de la Conférence de La Haye. Le 5 juillet 2006, les États-Unis et la Suisse ont tous deux signé la Convention. Le processus de consultation se poursuit au sein de la Communauté européenne en ce qui concerne la ratification de la Convention par les États membres et l'accession de la Communauté européenne. La Conférence de La Haye a aussi continué de fournir des orientations pour l'élaboration du chapitre consacré au conflit de loi du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties.

Unidroit

Projet de convention sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiés

27. À sa troisième session, tenue à Rome du 6 au 15 novembre 2006, le Comité d'experts gouvernementaux d'Unidroit a examiné l'avant-projet de convention sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiés, tel que l'a adopté le Comité à sa deuxième session, tenue à Rome, du 6 au 14 mars 2006 (Unidroit 2006, Étude LXXVIII, Doc. 42, ci-après le "projet de convention"). La quatrième session du Comité doit se tenir à Rome du 21 au 25 mai 2007.

---

[47] Voir http://www.oecd.org/document/40/0,2340,en_2649_19101395_37130152_1_1_1_1,00.html.

[48] SIGMA est une initiative conjointe de l'OCDE et de l'Union européenne, principalement financée par l'Union européenne. Voir http://www.oecd.org/LongAbstract/0,2546,en_2649_34121_2345021_119817_1_1_1,00.html.

[49] On trouvera de plus amples renseignements sur ces réunions, ainsi que leur documentation, sur le site suivant: www.oecd.org/gov/ethics.

28. À sa trente-neuvième session, en 2006, la CNUDCI a examiné et approuvé en principe les recommandations du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties (ci-après "le projet de guide"). À ses onzième et douzième sessions, tenues en décembre 2006 et février 2007, le Groupe de travail VI (Sûretés) a achevé ses travaux sur le projet de guide et soumis le projet de guide à la Commission pour adoption à sa quarantième session (les rapports du Groupe de travail VI sont publiés sous les cotes A/CN.9/617 et A/CN.9/620; le projet de guide est contenu dans le document A/CN.9/631 et ses additifs).

29. À sa onzième session, le Groupe de travail VI (Sûretés) a estimé que le projet de guide devrait traiter les sûretés réelles mobilières grevant des valeurs mobilières détenues directement (voir A/CN.9/617, paragraphes 14 à 16). À sa douzième session, le Groupe de travail VI (Sûretés) s'est de nouveau penché sur la question. Plusieurs points de vue ont été exprimés sur le point de savoir si le projet de Guide devait traiter les sûretés réelles mobilières grevant des valeurs mobilières détenues directement (voir A/CN.9/620, paragraphes 99 à 107). À cette session, le Groupe de travail est convenu que le texte entre crochets limitant l'exclusion aux valeurs mobilières détenues indirectement devrait rester entre crochets de sorte que la Commission puisse examiner la question (voir A/CN.9/631, recommandation 4, alinéa c), dans lequel le terme "intermédiées" apparaît entre crochets et qui mentionne les définitions figurant dans le projet de convention d'Unidroit).

Principes et règles relatifs aux transactions sur les marchés financiers émergents

30. Unidroit prépare actuellement un instrument sur des principes et règles visant à accroître les transactions sur les marchés financiers émergents. Le secrétariat a commencé les travaux préparatoires. La création d'un Groupe d'études (régional) a été autorisée par le Conseil de direction. Toutefois, il n'est pas prévu d'organiser de réunion avant que le Comité d'experts gouvernementaux sur les titres intermédiés n'ait achevé ses travaux.

Autres travaux relatifs aux marchés des capitaux

31. Des études ont été annoncées sur des "titres globaux" standardisés, le cadre juridique concernant les transactions "délocalisées" et les offres publiques universelles.

Avant-projet de loi type sur le leasing

32. En vue de poursuivre leurs efforts en matière de coordination, le secrétariat d'Unidroit et la CNUDCI sont convenus de faire une proposition conjointe au Comité d'experts gouvernementaux d'Unidroit pour l'élaboration d'un projet de loi type sur le leasing, qui tiendra sa première session à Johannesburg, du 7 au 10 mai 2007.

33. Le but de cette proposition est d'éviter les chevauchements et les conflits entre le projet de guide et le projet de loi type sur le leasing. Selon cette proposition, les termes "sûreté réelle mobilière" (qui sont utilisés dans le contexte de l'approche unitaire du financement d'acquisitions) et "droit lié au financement d'une acquisition" (qui sont utilisés dans le contexte de l'approche non unitaire du financement d'acquisitions) sont définis dans le projet de guide de façon à inclure uniquement les locations qui sont l'équivalent fonctionnel d'une opération garantie

et l'avant-projet de loi type ne s'appliquera pas aux conventions de location qui créent une sûreté réelle mobilière ou un droit lié au financement d'une acquisition, tels que les définit le projet de guide.

Protocoles à la Convention du Cap

34. Le Protocole du Luxembourg à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (protocole ferroviaire) a été adopté et ouvert à la signature le 23 février 2007 par une Conférence diplomatique tenue au Luxembourg, sous les auspices conjoints d'Unidroit et de l'Organisation intergouvernementale pour les transports internationaux ferroviaires, à l'invitation du Gouvernement luxembourgeois.

35. Les travaux intersessions se poursuivent sur l'avant-projet de protocole à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles. Ces travaux, et notamment le dialogue entre les gouvernements et le secteur privé organisé par la Royal Bank of Scotland, à Londres, le 24 avril 2006, visent à permettre de convoquer à nouveau le Comité d'experts gouvernementaux d'Unidroit pour la préparation d'un projet de protocole à la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et à achever ledit protocole en temps voulu. On espère qu'une nouvelle réunion conjointe État/industrie, qui doit se tenir à New York les 19 et 20 juin 2007, ouvrira la voie à une nouvelle convocation du Comité d'experts gouvernementaux en automne 2007.

36. Un protocole additionnel à la Convention du Cap qui porterait sur des questions spécifiques au matériel d'équipement agricole, de construction et minier est également envisagé.

Commission européenne

Proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)

37. Le 15 décembre 2005, la Commission européenne a publié sa proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) (COM(2005) 650 final, 2005/0261)[50]. Le paragraphe 3 de l'article 13 de la proposition dispose que la loi du pays dans lequel le cédant a sa résidence habituelle régit les effets de la cession à l'égard des tiers. D'après le commentaire sur cette disposition, l'approche adoptée est celle de la Convention des Nations Unies sur la cession. L'article 18, dans sa version anglaise, définit toutefois la résidence habituelle par référence au "principal establishment" et, dans le cas d'une agence, par référence au lieu où elle se trouve. Le commentaire sur l'article 18 ne signale pas cette différence par rapport à la règle de localisation de la Convention sur la cession (laquelle renvoie au lieu où le cédant exerce son administration centrale) et, de ce fait, la loi applicable en vertu de l'article 13-3 du règlement proposé peut différer de celle applicable en vertu de l'article 22 de la Convention des Nations Unies sur la cession.

38. Le 13 septembre 2006, le Comité économique et social européen a publié un avis (INT/307, "Obligations contractuelles", Rome I) sur la Proposition de

[50] http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/com/2005/com2005_0650fr01.pdf.

règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)[51]. Le Comité a salué la proposition de la Commission visant à définir dans un règlement européen les règles de conflits de loi relatives aux obligations contractuelles et exprimé sa conviction que cela permet de continuer à développer de manière logique les règles européennes en la matière et de combler le vide qui existe dans le système juridique communautaire en vigueur. Selon le Comité, le règlement est utile et nécessaire au développement d'un espace judiciaire européen unique, dans la mesure où la Convention de Rome de 1980, qui règle actuellement cette matière, doit être modernisée. Or, étant donné qu'il s'agit d'un instrument multilatéral, il est peu probable que cette modernisation soit réalisée et, même si elle l'était, ce ne pourrait être qu'après de très longues négociations. Le Comité a prié instamment les organes législatifs de la Communauté d'incorporer certains amendements[52].

39. En ce qui concerne le droit applicable aux effets de la cession de créances sur la propriété, le Comité a noté que "La cession de créance et la subrogation conventionnelle des droits du créancier de ce dernier à un tiers qui exécute la dette, connue dans la plupart des législations commerciales, poursuivent le même objectif économique. Il est judicieux de regrouper ces deux aspects à l'article 13. L'article 13, paragraphe 3, introduit une nouvelle règle de conflits de lois et porte sur la question de savoir quelle loi régit l'opposabilité de la cession aux tiers. Cette disposition s'inspire à juste titre de la solution préconisée par la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international du 12 décembre 2001"[53].

Organisation des États américains (OEA)[54]

40. À sa sixième Conférence spécialisée interaméricaine de droit international privé (CIDIP VI), l'OEA a poursuivi ses travaux d'élaboration de formulaires d'inscription uniformes interaméricains et de lignes directrices pour les registres de sûretés et leur fonctionnement sous forme électronique, qui seraient appliquées conjointement avec la Loi type[55].

Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI)

41. L'OMPI a coopéré avec le secrétariat à l'organisation d'un colloque consacré aux sûretés et aux droits de propriété intellectuelle, qui s'est tenu à Vienne les 18 et 19 janvier 2007. La Commission sera saisie d'un rapport sur le Colloque proposant des travaux que la Commission pourrait mener (voir A/CN.9/632).

---

[51] http://eescopinions.eesc.europa.eu/eescopiniondocument.aspx?language=fr&docnr=1153&year=2006.
[52] http://europa.eu/bulletin/fr/200609/p119008.htm.
[53] Voir note 5.
[54] http://www.oas.org.
[55] http://www.oas.org/main/main.asp?sLang=E&sLink=http://www.oas.org/dil/.

Troisième partie

ANNEXES

I. COMPTES RENDUS ANALYTIQUES DES SÉANCES DE LA COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL CONSACRÉES AU PROJET DE GUIDE LÉGISLATIF DE LA CNUDCI SUR LES OPÉRATIONS GARANTIES ET AUX TRAVAUX FUTURS POSSIBLES

Compte rendu analytique de la 836e séance tenue au Centre international de Vienne, le lundi 25 juin 2007, à 10 heures

[A/CN.9/SR.836]

Président provisoire: M. Sekolec (Secrétaire de la Commission)

Président: M. Mitrović (Serbie)
Présidente (par la suite): Mme Sabo (Présidente du Comité plénier) (Canada)

La séance est ouverte à 10 h 5.

Ouverture de la session

1. **Le Président provisoire** ouvre la quarantième session de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI, ci-après "la Commission").

Élection du Bureau

2. **M. Borisov** (Fédération de Russie) propose la candidature de M. Dorbosav Mitrović (Serbie) à la présidence.

3. **Mme Sabo** (Canada) appuie cette candidature.

4. *M. Dorbosav Mitrović (Serbie) est élu Président par acclamation.*

Adoption de l'ordre du jour (A/CN.9/613)

5. *L'ordre du jour est adopté.*

6. **Le Président**, faisant observer que la Commission se réunit en tant que Comité plénier pour examiner le point 4 de l'ordre du jour, invite les membres à élire un président.

7. **M. Deniau** (France) propose la candidature de **Mme Kathryn Sabo** (Canada) à la présidence.

8. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) et **M.Patch** (Australie) appuient cette candidature.

9. *Mme Sabo (Canada) est élue Présidente du Comité plénier par acclamation; elle prend la présidence.*

Adoption d'un projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties et travaux futurs possibles (A/CN.9/617, 620, 631 et Add.1 à 11, 632 et 633)

10. **La Présidente** appelle l'attention des participants sur les documents A/CN.9/631 et Add.1 à 11 qui contiennent les recommandations et commentaires révisés relatifs au projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties (ci-après, "le Guide"), et sur les documents A/CN.9/617 et A/CN.9/620 qui renferment les rapports du Groupe de travail VI (Sûretés) sur ses onzième et douzième sessions.

11. Elle invite la Commission à examiner le projet de guide en commençant par le chapitre VII qui traite de la priorité d'une sûreté réelle mobilière sur les droits de réclamants concurrents.

VII: Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur les droits de réclamants concurrents (A/CN.9/631 et Add.4)

A. Recommandations générales (recommandations 74 à 98)

Recommandations 74 à 83

12. *Les recommandations 74 à 83 sont adoptées.*

Recommandation 84

13. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que la recommandation 84, qui est placée entre crochets, traite de la question de savoir si le bénéficiaire du transfert d'un bien grevé prend ce bien libre de la sûreté qui a été rendue opposable par inscription dans un registre spécialisé ou par annotation sur un certificat de propriété. Le Comité souhaitera peut-être examiner si la recommandation 85 suffit à couvrir cette situation.

14. **Mme Walsh** (Canada) estime que la recommandation 85 doit être complétée. Toutefois, dans sa formulation actuelle, la recommandation 84 n'énonce pas la règle applicable, selon laquelle priorité devrait être accordée à une sûreté inscrite sur un registre spécialisé, qu'il s'agisse de la sûreté d'un acheteur, d'un créancier garanti ou d'une autre partie dont les droits doivent être protégés. L'oratrice note que la recommandation 93, qui porte sur une question similaire dans le contexte de l'inscription au registre immobilier d'un bien rattaché, établit que tout droit – celui d'un acheteur, d'un preneur à bail ou de toute autre partie – inscrit au registre immobilier a priorité sur une sûreté inscrite uniquement au registre général des sûretés. Elle propose donc que le libellé de la recommandation 84 soit aligné sur celui de la recommandation 93.

15. **M. Umarji** (Inde) soutient cette proposition.

16. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) se déclare favorable à la proposition canadienne dans son principe. Il souligne cependant que la recommandation 93 traite du conflit de priorité entre tout type de droit inscrit sur un registre immobilier ou un registre spécialisé et une sûreté inscrite dans le système d'inscription général, alors que les recommandations 84 et 85 traitent de la situation de tout type de bénéficiaire d'un transfert face à une sûreté.

17. **Mme Walsh** (Canada) propose de supprimer, dans la version anglaise, le mot "security" placé avant "right" dans la recommandation 84 afin que cette dernière s'étende aux droits autres que les sûretés.

18. **M. Riffard** (France) dit qu'il ne saisit pas très bien quel type de conflit de priorité cette version amendée de la recommandation 84 est censée régler. S'il s'agit d'un conflit entre le titulaire d'un "droit" inscrit sur un registre spécialisé et un acheteur ou le bénéficiaire d'un transfert, il se demande si cette situation entre dans le champ d'application du projet de guide.

19. **M. Deschamps** (Canada) note que la recommandation 85 prévoit que l'acheteur d'un bien grevé d'une sûreté qui est opposable au moment du transfert acquiert son droit soumis à la sûreté, sous réserve des dispositions des recommandations 86 à 88. L'objectif de la recommandation 84 est d'établir une règle similaire pour les sûretés rendues opposables par inscription sur un registre spécialisé ou annotation sur un certificat de propriété. Si une sûreté a seulement été inscrite sur le registre général des sûretés, l'acheteur acquiert le bien libre de la sûreté.

20. **M. Riffard** (France) propose, pour que les choses soient plus claires, de réunir les principes qui fondent les deux recommandations dans un texte unique. Le projet de guide a vocation à être un outil au service des législateurs et doit par conséquent être facile à comprendre pour tous les utilisateurs, y compris pour ceux qui n'ont pas de connaissances spécialisées dans le domaine des opérations garanties.

21. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) n'est pas convaincu que la fusion des deux recommandations simplifiera les choses étant donné que la recommandation 84 traite de la question de l'inscription ou de la non-inscription sur un registre spécialisé alors que la recommandation 85 porte sur l'inscription au registre général des sûretés, sous réserve des dispositions des recommandations 86 à 88.

22. En tout état de cause, il propose de remplacer le terme "la sûreté" par "une sûreté" à la deuxième ligne des recommandations 84 et 85.

23. **M. Bazinas** (Secrétariat) explique que la recommandation 84 a été rédigée séparément en raison de l'importance du principe qui veut qu'une sûreté ou tout autre droit inscrit dans le cadre d'un régime spécialisé devrait être prioritaire sur une sûreté inscrite

au registre général des sûretés. Les milieux de la propriété intellectuelle, par exemple, ont insisté sur la nécessité d'une règle claire en la matière.

24. **Mme McCreath** (Royaume-Uni) propose de modifier la première phrase de la recommandation 84 de la manière suivante: "...si un droit sur un bien grevé est transféré et si, avant le transfert, ce droit est rendu opposable...".

25. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) n'est pas d'accord avec la modification proposée par la représentante britannique. Dans la version anglaise, le mot "security" placé devant "right in an encumbered asset" au début de la recommandation 84 a été supprimé, de sorte que la phrase fait maintenant référence à tout type de bénéficiaire d'un transfert et qu'il faut faire une distinction entre le droit en question et une sûreté sur le bien.

26. **La Présidente** considère que la Commission souhaite, dans la version anglaise, supprimer le mot "security" à la première ligne de la recommandation 84 et remplacer les mots "la sûreté" par "une sûreté" à la deuxième ligne des recommandations 84 et 85.

27. *Il en est ainsi décidé.*

28. *Les recommandations 84 et 85, telles que modifiées, sont adoptées.*

Recommandation 86

29. **M. Riffard** (France) appuie la proposition faite dans la "note à l'intention de la Commission" tendant à supprimer l'alinéa b) ii) de la recommandation 86.

30. **La Présidente** considère que le Comité souhaite supprimer l'alinéa b) ii).

31. *Il en est ainsi décidé.*

32. *La recommandation 86, telle que modifiée, est adoptée.*

Recommandation 87

33. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) propose de supprimer les mots "ou de biens de consommation" dans la recommandation 87 a). Si des biens de consommation sont achetés dans le cours normal des affaires d'un vendeur, ils constituent des stocks pour le vendeur et ne sont des biens de consommation que pour l'acheteur.

34. **Mme Walsh** (Canada) dit que les termes "biens de consommation" et "stocks" font référence à l'usage qui est fait des biens par une personne particulière et non aux qualités intrinsèques de ces biens. C'est pourquoi elle propose de modifier le début de la recommandation 87 a) de la manière suivante: "Un acheteur de biens vendus dans le cours normal des affaires d'un vendeur...". De même, le début de la recommandation 87 b) serait rédigé comme suit: "...une personne qui accepte de prendre à bail des biens loués dans le cours normal des affaires du bailleur...".

35. **M. Voulgaris** (Grèce), **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) et **M. Ekedede** (Nigéria) appuient la modification proposée par la représentante du Canada.

36. **M. Schneider** (Allemagne), tout en étant d'accord avec l'observation de la représentante du Canada sur l'emploi des termes "stocks" et "biens de consommation", estime qu'il serait préférable, dans la version anglaise, de remplacer le mot "goods" ("biens") par "tangible property" ("biens meubles corporels").

37. **La Présidente** note que cette proposition permettrait aussi d'éviter d'éventuelles difficultés de traduction du terme "goods".

38. **M. Weise** (Observateur de l'American Bar Association) dit que si le terme "biens de consommation" est supprimé, la vente de tels biens par des individus à titre personnel ne serait pas couverte par la recommandation puisque, par définition, il ne s'agit pas de transactions accomplies dans le cours normal des affaires.

39. **Mme Walsh** (Canada) exprime l'avis que ces situations sont couvertes par la recommandation 85. La règle du "cours normal des affaires" est une exception à la règle qui figure dans cette recommandation.

40. Elle note que, dans la version anglaise, le mot "goods" est employé dans la recommandation 106 pour désigner des biens meubles corporels représentés par un document négociable.

41. **M. Weise** (Observateur de l'American Bar Association) se dit préoccupé par le fait qu'un acheteur de biens de consommation ne puisse acquérir ses droits libres de la sûreté lorsqu'il ne sait pas qu'il viole les droits du créancier garanti du vendeur de ces biens.

42. **M. Patch** (Australie) convient qu'un consommateur qui achète de manière informelle des

biens à un autre consommateur devrait les acquérir libres de toute sûreté liée au vendeur.

43. **Mme Walsh** (Canada) propose d'indiquer dans la recommandation que, pour les opérations entre consommateurs, les États voudront peut-être envisager une telle exception pour les biens de très faible valeur, mais que d'une manière générale un consommateur qui fait une acquisition en recourant à un financement garanti ne devrait pas pouvoir vendre un article de grande valeur libre de la sûreté.

44. **M. Umarji** (Inde) convient que les sûretés doivent continuer à s'appliquer aux opérations entre consommateurs. Il n'est pas acceptable que les acheteurs éteignent la sûreté en vendant des biens de consommation de valeur à un tiers.

45. **Mme Stanivuković** (Serbie) propose que le libellé original soit conservé puisque les termes "stocks" et "biens de consommation" ont été définis dans le document A/CN.9/631/Add.1. Elle estime qu'il pourrait être dangereux d'étendre la portée de l'exception à la règle générale contenue dans la recommandation 87.

46. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que l'on pourrait employer le terme "biens meubles corporels" à la place de "stocks" et de "biens de consommation".

47. **Mme Walsh** (Canada), soutenue par **M. Wiegand** (Suisse), dit que l'emploi de termes comme "stocks" ou "biens de consommation" en rapport avec l'expression "dans le cours normal des affaires" suppose qu'une personne, afin de pouvoir bénéficier d'une protection, doit montrer à la fois qu'elle a acheté les biens dans le cours normal des affaires et que ces biens constituent des stocks ou des biens de consommation, alors que le critère déterminant, pour obtenir la protection, est "dans le cours normal des affaires". Elle propose que les références aux biens de consommation et aux stocks dans la recommandation 87 a) et b) soient remplacées par l'expression "biens meubles corporels autres que les instruments et documents négociables".

48. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) soutient cette proposition.

49. **La Présidente** considère que le Comité souhaite adopter la modification proposée par la représentante du Canada.

50. *Il en est ainsi décidé.*

51. *La recommandation 87, telle que modifiée, est adoptée.*

Recommandations 88 à 98

52. *Les recommandations 88 à 98 sont adoptées.*

B. Recommandations sur des biens particuliers (recommandations 99 à 107)

Recommandations 99 à 106

53. **Mme Perkins** (Royaume-Uni) dit que la formulation de la recommandation 99 ne permet pas de déterminer clairement si cette dernière s'applique aux valeurs mobilières.

54. En outre, les recommandations 99 à 106 ne sont pas cohérentes pour ce qui est de leur application aux contrats financiers, car elles traitent des sûretés grevant les lettres de crédit et les droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, mais pas les instruments dérivés.

55. **La Présidente** propose de reporter la discussion sur ces points jusqu'à ce que soit abordée la question de l'application du projet de guide aux valeurs mobilières et aux contrats financiers.

56. *Il en est ainsi décidé.*

Recommandation 107

57. **La Présidente** appelle l'attention des participants sur la variante de la recommandation 107 proposée par le Secrétariat.

58. **Mme Walsh** (Canada) se dit favorable à la version du Secrétariat car le libellé actuel de la recommandation ne vise que le cas d'un conflit entre deux sûretés sur un document négociable, alors qu'il pourrait y avoir conflit entre le titulaire d'une sûreté et une personne telle qu'un acheteur des biens couverts par le titre représentatif auquel le document est transféré dans le cours normal des affaires. Par exemple, un acheteur qui a acheté des biens en acceptant la possession d'un titre représentatif tel un connaissement aurait priorité sur le titulaire d'une sûreté inscrite, conformément à la pratique établie et à l'attente raisonnable dans le milieu du transport maritime.

59. **M. Riffard** (France) exprime également son soutien à la version du Secrétariat mais propose d'ajouter les mots "visant les biens" après "la

convention constitutive de sûreté" à la fin de la recommandation.

60. **M. Umarji** (Inde) dit préférer la version du Secrétariat, qui fait prévaloir la loi régissant les documents négociables.

61. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) se prononce en faveur de la version du Secrétariat, sans la modification proposée par le représentant de la France. Dans la recommandation 29, une sûreté réelle mobilière sur un document négociable induit automatiquement une sûreté sur les biens meubles corporels représentés par ce document. La modification proposée pourrait jeter le doute sur ce principe.

62. **M. Weise** (Observateur de l'American Bar Association) note que la version du Secrétariat élargit considérablement la portée de la recommandation. Dans la nouvelle version, une sûreté sur un document négociable a priorité sur une sûreté grevant les biens représentés par ce document, que cette dernière ait été obtenue avant ou après la période à laquelle se rapporte le document négociable.

63. **M. Deschamps** (Canada) propose de supprimer l'expression "de bonne foi" puisque son sens recoupe celui des termes "sans savoir que le transfert est effectué en violation des droits du créancier".

64. **M. Affaki** (Observateur de la Chambre de commerce internationale) estime qu'il serait préférable de supprimer le membre de phrase commençant par "sans savoir...". Dans la mesure où la sûreté est constituée par la prise de possession du document négociable moyennant une contrepartie de bonne foi, il n'est plus nécessaire – et même contraire à la pratique établie dans le milieu du transport maritime – de demander à la partie garantie qui prend possession du document négociable de s'assurer qu'il n'existe pas de sûreté antérieure.

La séance est levée à 12 h 30.

Compte rendu analytique de la 837e séance tenue au Centre international de Vienne, le lundi 25 juin 2007, à 14 heures

[A/CN.9/SR.837]

Présidente: Mme Sabo (Présidente du Comité plénier) (Canada)

La séance est ouverte à 14 h 5.

Adoption d'un projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties et travaux futurs possibles (*suite*) (A/CN.9/617, 620, 631 et Add.1 à 11, 632 et 633)

VII: Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur les droits de réclamants concurrents (suite) *(A/CN.9/ 631 et Add.4)*

B. Recommandations sur des biens particuliers (suite*) (recommandations 99 à 107)*

Recommandation 107 (suite)

1. **M. Wiegand** (Suisse) appuie la proposition du représentant du Canada de supprimer la référence à la "bonne foi" dans la nouvelle version de la recommandation 107 proposée par le Secrétariat. Les mots "sans savoir que le transfert est effectué en violation des droits du créancier découlant de la convention constitutive de sûreté" devraient être retenus car, dans de nombreux pays, un créancier garanti, acheteur ou autre bénéficiaire de transfert n'est pas autorisé à acquérir des droits s'il a connaissance de l'existence d'un quelconque droit concurrent.

2. **M. Pendón Meléndez** (Espagne) constate que les recommandations 99 à 105 font explicitement référence à la priorité, alors que la recommandation 106 envisage la situation sous un angle négatif, en évoquant le déclassement de la sûreté. Selon lui, si la recommandation 106 était formulée plus clairement et harmonisée avec les autres recommandations, il serait possible de supprimer la recommandation 107. Si toutefois elle était conservée, cette recommandation 107 devrait être reformulée pour en faciliter l'interprétation. À titre d'illustration, celle-ci parle de "prendre possession" d'un document négociable, alors que la vraie question est celle de la propriété. L'orateur émet aussi des réserves quant au terme "violation" des droits du créancier garanti puisque deux sûretés réelles mobilières peuvent valablement coexister.

3. **M. Riffard** (France) estime que la version de la recommandation 107 proposée par le Secrétariat accorde à juste titre la priorité au créancier garanti, à l'acheteur ou au bénéficiaire de tout autre type de transfert qui se trouve en possession du document négociable. Elle n'aborde cependant pas le conflit potentiel, que traite la version originale, entre un créancier titulaire d'une sûreté sur un document négociable rendue opposable par inscription, et un créancier titulaire d'une sûreté sur les biens représentés par le document. Si la nouvelle version était adoptée, il serait nécessaire de combler cette omission.

4. **M. Kohn** (Observateur de la Commercial Finance Association) explique que la version proposée par le Secrétariat a de graves répercussions pour les parties finançant l'acquisition de stocks. Dans la version précédente, par exemple, lorsqu'un emprunteur dépose dans un entrepôt des marchandises obtenues auprès d'une partie en finançant l'acquisition et affecte en garantie les récépissés d'entrepôt correspondants en faveur d'un nouveau prêteur, le premier prêteur conserve la priorité. Dans la nouvelle version, l'emprunteur pourrait déposer les marchandises dans un entrepôt, nantir les récépissés et compromettre la sûreté réelle mobilière de la partie finançant l'acquisition. Son organisation estime donc que la formulation initiale devrait être maintenue.

5. **M. Schneider** (Allemagne) approuve les propos de l'orateur précédent.

6. Si la nouvelle version est néanmoins adoptée, il faudrait conserver à la fois les mots "bonne foi" et le membre de phrase "sans savoir que le transfert est effectué en violation des droits…".

7. **Mme Walsh** (Canada) dit partager les préoccupations exprimées par l'Observateur de la Commercial Finance Association face à une situation dans laquelle le même constituant consentirait deux sûretés réelles mobilières, l'une rendue opposable par inscription et l'autre par transfert de la possession d'un

titre représentatif. Elle croit comprendre toutefois que la recommandation traite du conflit entre un créancier garanti titulaire d'une sûreté auprès d'un constituant propriétaire de stocks et un second créancier garanti ayant acquis une sureté auprès d'un acheteur de stocks en prenant possession d'un connaissement représentant lesdits stocks. Il serait possible de régler le problème en amendant le texte proposé par le Secrétariat comme suit: "La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels représentés par un document négociable a un rang inférieur aux droits du créancier garanti, de l'acheteur ou du bénéficiaire d'un autre type de transfert qui prend possession d'un titre représentatif dans le cours normal des affaires du constituant, du vendeur ou de l'auteur du transfert". Cette formulation exclurait la situation dans laquelle un constituant transmettrait un titre représentatif à un second créancier garanti, puisqu'il ne s'agirait plus alors d'une opération menée dans le cours normal des affaires mais d'un acte de mauvaise foi mettant en jeu des sûretés réelles mobilières.

S'agissant des réserves émises par le représentant de la France relativement à la recommandation 106, l'oratrice propose d'amender celle-ci comme suit: "La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable ou sur des biens meubles corporels représentés par un tel document a un rang inférieur aux droits du créancier garanti, de l'acheteur ou du bénéficiaire de tout autre transfert qui prend possession du document négociable dans le cours normal des affaires du constituant, du vendeur ou de l'auteur du transfert".

9. **M. Weise** (Observateur de l'American Bar Association) juge qu'il convient de traiter les sûretés réelles mobilières liées à des connaissements séparément des sûretés liées à des récépissés d'entrepôt. Le risque de double financement des mêmes marchandises est moins grand dans le cas d'un connaissement que dans celui d'un récépissé d'entrepôt.

10. **Mme Walsh** (Canada) considère qu'il faudrait traiter la question des récépissés d'entrepôt car, dans les opérations de transport maritime, le connaissement est fréquemment remplacé par un récépissé au port de déchargement avant la livraison à l'acheteur. Bien entendu, le récépissé doit être conforme à la définition de titre représentatif et la loi de l'État concerné doit reconnaître la négociabilité de ce type de récépissé. La question pourrait être résolue en supprimant tout simplement la recommandation 107, mais le Groupe de travail a estimé que la loi sur les opérations garanties devrait énoncer les règles de droit matériel aussi clairement que possible.

11. **M. Pendón Meléndez** (Espagne) dit qu'une sûreté antérieure sur des biens meubles corporels a priorité sur un "titre représentatif" postérieur, terme qui, à ses yeux, crée une confusion. La sûreté réelle mobilière qu'une banque obtient par simple prise de possession d'un connaissement ou d'un récépissé d'entrepôt est très différente d'une sûreté découlant du régime applicable aux valeurs mobilières ou d'une sûreté constituée antérieurement. Il serait peut-être préférable d'insister sur la règle générale figurant dans la recommandation 106 et de se défaire de la recommandation 107.

12. **M. Bazinas** (Secrétariat) croit comprendre que la recommandation 106 traite du conflit entre un créancier garanti ayant obtenu une sûreté réelle mobilière en application de la loi sur les opérations garanties et un créancier garanti ayant obtenu une sûreté par transfert du document négociable, en application du droit contenant des dispositions régissant les documents négociables. La recommandation 107, quant à elle, traite d'un conflit de priorité entre deux créanciers garantis ayant tous deux obtenu des sûretés réelles mobilières en application de la loi sur les opérations garanties, l'un en prenant possession du document négociable et l'autre en obtenant une sûreté sur les biens meubles corporels ou par tout moyen autre que la prise de possession du document négociable, auquel cas le premier aurait préséance. Cependant, le Comité estimera peut-être que la recommandation 106 suffit et que la recommandation 107 pourrait être supprimée.

13. **M. Kohn** (Observateur de la Commercial Finance Association) estime que la recommandation 107 mérite d'être conservée. Il approuve la formulation suggérée par le Secrétariat, avec l'amendement proposé par le Canada. Il propose aussi que le commentaire mentionne les préoccupations exprimées lors de la discussion.

14. **M. Cohen** (États-Unis d'Amérique) croit comprendre que les recommandations 106 et 107 traitent de situations différentes. La recommandation 106 protège les droits d'une personne à qui un document négociable a été dûment transmis et indique clairement que le projet de guide ne remet pas ces

droits en cause. La recommandation 107 va plus loin et traite des droits des réclamants concurrents même lorsqu'il n'y a pas eu négociation en bonne et due forme. À la lumière de la discussion, elle semble aborder une plus grande diversité de situations concrètes que ce qui avait été envisagé lors de la rédaction du projet.

15. L'amendement proposé par la représentante du Canada peut apporter une solution, mais le Comité devrait le voir sous forme écrite et examiner toutes ses répercussions possibles avant de décider de l'adopter ou non.

16. **M. Deschamps** (Canada) estime qu'à la lumière de l'explication fournie par le Secrétariat, il serait peut-être préférable de conserver la version originale de recommandation 107, du moins dans sa substance. Il faudrait exprimer clairement que la recommandation 107 ne se préoccupe que du conflit entre un créancier garanti entré en possession d'un document négociable et un créancier garanti ayant employé un autre mode d'opposabilité. Tout bien considéré, l'orateur souhaiterait que la question de la protection des tiers acquéreurs ne soit pas abordée dans la recommandation 107 et que le principe général consacré dans la recommandation 106 soit appliqué de préférence. Si un acheteur est protégé, alors le créancier garanti de cet acheteur sera protégé également.

17. Le Canada présentera au Comité un projet de texte révisé de la recommandation 107.

18. **M. Affaki** (Observateur de la Chambre de commerce internationale) déclare que la recommandation 107 s'intéresse à un conflit de la plus haute importance, à savoir celui existant entre un créancier garanti entré en possession d'un document négociable et un créancier garanti qui a obtenu une sûreté réelle mobilière directement sur les stocks. Il suggère que la recommandation 107 se concentre sur ce cas de figure et que le texte initialement rédigé par le Groupe de travail soit rétabli. Il serait clair alors qu'un créancier garanti en possession d'un document négociable, tel qu'un connaissement, aura automatiquement priorité pendant la période d'effet du document négociable, c'est-à-dire pendant la durée du transport maritime dans le cas d'un connaissement, sans avoir à démontrer sa bonne foi ou l'absence de connaissance de l'existence d'une quelconque sûreté réelle mobilière préexistante.

19. **La Présidente** propose que la délégation canadienne établisse, en consultation informelle avec d'autres délégations intéressées, un nouveau projet de recommandation 107, qui sera examiné en temps opportun.

20. *Il en est ainsi décidé.*

Recommandations 101 et 102

21. **Mme McCreath** (Royaume-Uni) note que le Groupe de travail VI est convenu, lors d'une session antérieure, que la recommandation 101 ne devrait pas être contraignante et que la souplesse de la règle devrait être mise en relief. La formulation actuelle manquant de souplesse, elle propose d'amender la troisième phrase comme suit: "si le créancier garanti n'est autre que la banque dépositaire, et sauf convention contraire, sa sûreté a priorité sur toute autre sûreté…".

22. La recommandation 102 devrait aussi être amendée comme suit: "…a priorité, sauf convention contraire, sur la sûreté réelle mobilière…".

23. L'oratrice a le sentiment que certains éléments du commentaire (A/CN.9/631/Add.4, par. 112) devraient plutôt figurer dans le texte de la recommandation elle-même.

24. **M. Deschamps** (Canada), soutenu par **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) et **M. Rehbein** (Allemagne), souligne qu'il existe déjà une règle générale, énoncée dans la recommandation 77, selon laquelle toute partie garantie peut convenir de céder son rang au bénéfice d'un autre réclamant concurrent. Le fait d'insérer une disposition analogue dans une recommandation traitant de la priorité risque de susciter des doutes quant aux autres recommandations relatives à la priorité.

25. **Mme McCreath** (Royaume-Uni) retire sa proposition d'amendement.

26. *Les recommandations 99 à 106* sont adoptées.

Commentaire du chapitre VII: Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur les droits de réclamants concurrents (A/CN.9/631/Add.4)

27. **M. Bazinas** (Secrétariat) explique que le commentaire comprend une partie générale et une partie consacrée à des biens particuliers. Les recommandations, telles qu'adoptées par le Comité,

seraient placées à la fin de chaque chapitre. Le Comité devra décider s'il faudrait élaborer également une annexe ou un document distinct regroupant toutes les recommandations. Le commentaire décrirait les approches que le Groupe de travail aura jugé applicables en matière d'opérations garanties ainsi que les avantages et les inconvénients des différentes solutions apportées aux grandes questions de fond. Il présenterait aussi tout raisonnement supplémentaire susceptible d'éclairer la forme finale des recommandations.

Section A.1 (par. 1 à 11)

Paragraphe 1

28. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique), répondant à un point soulevé par **M. Umarji** (Inde), propose de clarifier la deuxième phrase du paragraphe 1 en l'amendant comme suit: "Ces règles s'appliquent dès lors que l'un des réclamants concurrents au moins est un créancier garanti…".

29. *Il en est ainsi décidé.*

30. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) dit que les paragraphes les plus importants de la section A.1 sont les paragraphes 6 à 9, qui exposent clairement l'objectif et l'utilité de règles de priorité claires et dotées d'un large champ d'application. Il suggère donc, avec l'appui de **M. Wiegand** (Suisse) et **M. Riffard** (France), que ces paragraphes apparaissent immédiatement après le paragraphe 1.

31. **M. Macdonald** (Canada) observe que, tout au long du commentaire, les rédacteurs commencent généralement par mettre en exergue une idée importante puis en exposent toutes les implications dans le détail. Le paragraphe 1, par exemple, attire l'attention sur le fait que le terme "priorité" revêt des sens différents selon les systèmes juridiques. L'orateur n'est pas favorable au changement de l'ordre des paragraphes. Il est possible que certains lecteurs ne comprennent pas bien le terme "priorité" tel qu'il est employé dans le projet de guide; les paragraphes 2 à 5 expliquent le concept et les paragraphes 6 à 9 poursuivent en expliquant pourquoi ce concept est si important.

32. **M. Kohn** (Observateur de la Commercial Finance Association) appuie l'idée de conserver l'ordre original.

33. **Mme McCreath** (Royaume-Uni) pense que l'on pourrait faire ressortir l'importance des paragraphes clefs en ajoutant le sous-titre "Importance du concept de priorité" avant le paragraphe 6.

34. *Il en est ainsi décidé.*

Paragraphe 4

35. **Mme Walsh** (Canada) note que le paragraphe 4 laisse entendre qu'un créancier judiciaire se voit toujours primé par un créancier garanti. Il n'en est pas toujours ainsi, comme le Guide lui-même l'indique dans sa recommandation 90. Dans certains cas, un créancier judiciaire peut obtenir la priorité sur un créancier garanti qui aurait consenti un crédit ultérieurement sous réserve d'en aviser ce dernier. Le paragraphe devrait être formulé de manière moins catégorique.

36. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que le paragraphe 4 ne fait qu'exprimer le principe général selon lequel les créanciers garantis ont priorité sur les créanciers chirographaires et cite ensuite les exceptions à cette règle.

37. **M. Voulgaris** (Grèce) estime que la chronologie est aussi un facteur à prendre en considération. Les créanciers judiciaires notifiant leur rang à des tiers ont priorité sur les créancier garantis qui acquièrent leurs droits au moment où le jugement est rendu et par la suite, mais non sur les créanciers garantis ayant acquis leurs droits antérieurement.

38. **La Présidente** croit comprendre que le Comité souhaite faire référence dans la première phrase aux sûretés réelles mobilières qui sont opposables et expliquer le concept d'opposabilité et sa relation avec le concept de priorité.

39. **M. Voulgaris** (Grèce) propose que, dans toute la mesure possible, des exemples concrets soient fournis pour illustrer les principes énoncés.

40. *Il en est ainsi décidé.*

Paragraphe 5

41. **Mme Walsh** (Canada) dit qu'un créancier garanti n'ayant pas rendu sa sûreté opposable se trouve dans la même situation qu'un créancier chirographaire. La première phrase du paragraphe 5 énonce ce principe, mais la deuxième n'ajoute rien, sinon peut-être de la confusion. Le Secrétariat devrait soit la reformuler, soit

la supprimer. Il faudrait clairement indiquer au début du texte qu'il ne saurait y avoir le moindre problème de priorité si le créancier garanti n'a pas rendu sa sûreté opposable aux tiers.

42. **La Présidente** considère que le Comité souhaite clairement indiquer, dans la deuxième phrase, qu'aucune question de priorité ne peut se poser entre des sûretés réelles mobilières qui sont inopposables.

43. *Il en est ainsi décidé.*

Paragraphe 8

44. **Mme Walsh** (Canada) déclare que le paragraphe 8 pose l'important principe selon lequel un créancier garanti devrait pouvoir jouir d'une priorité sur la valeur résiduelle d'un bien grevé après le paiement du montant dû à un premier créancier garanti. Le texte devrait peut-être décrire les deux façons d'y parvenir, c'est-à-dire par la déclaration, dans l'avis inscrit, du montant maximum garanti par la sûreté de premier rang ou par un accord de cession de rang.

45. **La Présidente** considère que le Comité souhaite amender le paragraphe 8 comme l'a proposé la représentante du Canada.

46. *Il en est ainsi décidé.*

Paragraphes 9 à 11

47. **Mme Walsh** (Canada) est d'avis que le paragraphe 9 reprend de nombreux éléments qui figurent déjà aux paragraphes 6 à 8. Le paragraphe 10 se contente de mentionner la section relative à l'"objet" des recommandations sur la priorité, sans rien ajouter, et le paragraphe 11 énonce un principe sur le conflit de lois qui est en fait applicable à tous les chapitres.

48. **M. Kohn** (Observateur de la Commercial Finance Association) approuve les commentaires de la représentante du Canada.

49. **La Présidente** considère que le Comité souhaite reformuler le paragraphe 9 pour le rendre moins redondant, étoffer le paragraphe 10 et supprimer le paragraphe 11.

50. *Il en est ainsi décidé.*

51. *Les paragraphes 1 à 11 sont approuvés quant au fond, sous réserve des modifications convenues.*

Section A.2 (par. 12 à 25)

Paragraphes 15 à 18

52. **Mme Walsh** (Canada) estime que le texte du paragraphe 15, selon lequel certains États n'exigent pas d'inscription dans le cas de biens de consommation au motif qu'une sûreté sur ces biens est automatiquement opposable aux tiers, relève du chapitre V, "Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière". De plus, le texte ne fournit aucune indication sur les raisons de l'adoption d'une telle règle ni sur ses avantages ou inconvénients.

53. Les paragraphes 16 à 18 traitent du moment à partir duquel l'opposabilité est assurée et relèvent donc aussi du chapitre V. L'oratrice propose qu'un renvoi à ce chapitre soit inséré, au besoin, dans le commentaire relatif aux règles de priorité fondées sur l'inscription.

54. **La Présidente** considère que le Comité souhaite limiter le contenu des paragraphes 15 à 18 aux questions de priorité.

55. *Il en est ainsi décidé.*

Paragraphes 20 à 22

56. **M. Riffard** (France) propose de faire figurer les paragraphes 21 et 22 dans le chapitre V, puisqu'ils semblent se rapporter davantage à l'opposabilité qu'à la priorité.

57. Il fait observer en outre que les paragraphes 21 et 22 mentionnent trois inconvénients découlant de la règle de priorité fondée sur la possession. Il existe un quatrième inconvénient encore: la prise de possession du bien par le créancier garanti crée des problèmes vis-à-vis des créanciers de ce dernier, dans la mesure où ceux-ci ont l'impression qu'il est le propriétaire du bien.

58. **Mme Walsh** (Canada) dit que les points soulevés aux paragraphes 20, 21 et dans l'essentiel du paragraphe 22 ont déjà été traités dans le commentaire du chapitre V. Il y est largement question de l'opposabilité basée sur la possession, qui est un concept différent de la priorité basée sur la possession. Le texte devrait renvoyer au chapitre V puis commencer par la question évoquée au paragraphe 22, qui est celle de savoir si une sûreté réelle mobilière rendue opposable par possession devrait se voir accorder un statut prioritaire spécial par rapport à une sûreté rendue opposable par une autre méthode.

59. **La Présidente** considère que le Comité souhaite limiter le contenu des paragraphes 20 à 22 aux questions de priorité et introduire une référence au quatrième inconvénient de la priorité fondée sur la possession.

60. *Il en est ainsi décidé.*

Paragraphe 23

61. **Mme Walsh** (Canada) dit que le paragraphe 23 se rapporte à la "possession" et au "contrôle" comme s'il s'agissait de concepts analogues. La différence cependant est que, dans le cas de la possession, un tiers est en mesure d'établir que le constituant n'est plus en possession du bien grevé tandis que, dans le cas du contrôle, un tiers ne serait pas en mesure de dire que le constituant n'exerce plus le contrôle du bien.

62. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) note que certains aspects du concept de contrôle se rapportant spécifiquement à la priorité devraient être conservés dans le texte. Cependant, il importe de bien séparer le concept de possession de celui du contrôle. Le second ne dérive pas du premier, ainsi que l'indique le texte actuel. De plus, le paragraphe 23 décrit le contrôle comme une forme de possession supposée, alors que d'un autre côté le projet de guide explique que le terme "possession" ne saurait désigner la possession virtuelle ou supposée mais uniquement la possession effective.

63. **La Présidente** considère que le Comité souhaite clarifier, dans le paragraphe 23, le fait que le concept de "contrôle" ne découle pas de celui de "possession" et se concentrer sur la règle voulant que le contrôle donne un droit de priorité supérieur.

64. *Il en est ainsi décidé.*

Paragraphes 24 et 25

65. **M. Schneider** (Allemagne) dit que la section sur les autres règles de priorité (par. 24 et 25) ne décrit que les inconvénients de la règle "de la priorité en fonction de l'ordre de constitution", selon laquelle la priorité dépend de la date de création de la sûreté. Cette règle a aussi des avantages, notamment le fait que le crédit peut être accordé immédiatement après la création de la sûreté, alors qu'avec la règle "de la priorité en fonction de l'ordre d'inscription" le crédit ne peut être accordé que lorsque la sûreté est effectivement inscrite. Les inconvénients de la règle "de la priorité en fonction de l'ordre de constitution" sont exagérés ou même incorrectement décrits, comme dans le cas du crédit-bail.

La séance est suspendue à 15 h 55; elle est reprise à 16 h 15.

66. **M. Bazinas** (Secrétariat) sollicite des avis quant aux changements que le Comité souhaiterait apporter aux paragraphes 24 et 25. L'un des principes fondamentaux du projet de guide est que l'inscription des sûretés est une bonne chose et que par conséquent la priorité devrait être accordée, sous réserve de certaines exceptions, au "premier inscrit". Il faudrait donc éviter de donner l'impression que la "règle de la priorité en fonction de l'ordre de constitution" est tout aussi efficace. L'orateur souligne à cet égard que l'inscription peut être effectuée préalablement à la création d'une sûreté.

67. **Mme Walsh** (Canada) dit que les paragraphes 24 et 25 traitent de la distinction entre des régimes juridiques dans lesquels une sûreté devient automatiquement opposable dès la conclusion de la convention constitutive, et des régimes dans lesquels des formalités supplémentaires qualifiées par le projet de guide d'actes d'opposabilité, tels que l'inscription ou la prise de possession, sont exigées. Il ne s'agit pas là de règles de priorité alternatives. Cependant, même lorsqu'une sûreté devient opposable dès sa création, d'autres règles de priorité sont nécessaires pour ménager d'éventuelles exceptions à la règle générale, par exemple dans le cas des acheteurs réservataires.

68. **La Présidente** considère que le Comité souhaite reformuler les paragraphes 24 et 25 d'une manière plus objective et limiter leur contenu aux questions de priorité, en évitant les questions d'opposabilité.

69. *Il en est ainsi décidé.*

70. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que la section A.2 se veut une introduction générale décrivant les approches adoptées dans les différents systèmes juridiques en matière de priorité. S'agissant des paragraphes 24 et 25, le problème est que certains systèmes juridiques ne distinguent pas entre la constitution d'une sûreté réelle mobilière, son opposabilité et sa priorité. Il est donc difficile d'éviter les répétitions dans les trois chapitres concernés si l'on souhaite que le texte ne comporte aucune lacune. Cependant, le Secrétariat révisera le texte à la lumière de la discussion et ajoutera des renvois lorsque cela est nécessaire.

Paragraphes 16 et 17

71. **Mme McCreath** (Royaume-Uni) déclare que le système décrit aux paragraphes 16 et 17, dans lequel une sûreté inscrite pendant un "délai de grâce" peut avoir priorité sur une sûreté inscrite antérieurement, est couramment employé de façon très satisfaisante dans son pays. Elle marque son désaccord avec le contenu de la dernière phrase du paragraphe 17, selon laquelle le système est source d'une "grande incertitude". Elle propose soit de supprimer la phrase, soit de remplacer le mot "grande" par "théorique".

72. **M. Kohn** (Observateur de la Commercial Finance Association) estime que la nécessité d'attendre jusqu'à l'expiration du délai de grâce pour être certain d'avoir la priorité suppose un risque réel et significatif pour les professionnels des prêts internationaux. Selon lui, le paragraphe dans son libellé actuel décrit exactement la réalité.

73. **M. Umarji** (Inde) fait valoir que le système de délai de grâce existe aussi dans son pays et qu'il rend difficile le versement d'un prêt avant l'expiration de ce délai. La règle de la priorité "en fonction de l'ordre d'inscription" préconisée dans le projet de guide est préférable.

74. **La Présidente** suggère de supprimer la fin de la dernière phrase du paragraphe 17, qui se terminerait alors sur les mots "rang de priorité d'un créancier".

75. *Il en est ainsi décidé.*

76. **M. Macdonald** (Canada) note qu'en rédigeant le Guide, le Comité a examiné un certain nombre de régimes efficaces d'opérations garanties, dont beaucoup ont fait leurs preuves parce que les pratiques des acteurs essentiels concordent avec le régime juridique existant dans le pays concerné. Il ne faut pas oublier cependant que s'il est relativement simple, pour les États en quête de conseils sur les systèmes d'opérations garanties, d'importer des régimes législatifs, il leur est beaucoup plus difficile d'importer des pratiques complexes et des conceptions qui se sont mises en place au fil d'une longue période. Le projet de guide devrait éviter tout effet qui puisse se révéler néfaste pour les régimes qui fonctionnent bien et devrait chercher plutôt à analyser les raisons de leur succès, de façon à ce que d'autres États puissent se faire une opinion sur les solutions qui sont les mieux adaptées à leur cas.

77. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) dit que le projet de guide n'a pas pour objectif de décrire les systèmes existants mais d'aider les États qui ont besoin d'améliorer leur droit régissant le financement des entreprises pour renforcer leur tissu économique. À toutes les étapes de la rédaction, le Groupe de travail a œuvré en étroite collaboration avec les institutions financières internationales et les acteurs des marchés internationaux de capitaux pour s'assurer que les solutions proposées peuvent effectivement être mises en œuvre dans les économies en développement. Le Comité devrait garder ce point à l'esprit plutôt que de se contenter de comparer les différents systèmes ou de défendre les mérites d'un régime particulier.

78. **M. Kemper** (Allemagne) est d'avis que la formulation du paragraphe 17, tel qu'amendé, est encore trop rigide. Cette formulation ne reconnaît pas suffisamment que des motifs légitimes peuvent justifier l'adoption de délais de grâce et que ces régimes peuvent donner toute satisfaction.

79. **M. Voulgaris** (Grèce) estime que le projet de guide devrait s'adresser aux praticiens et leur décrire la situation existante. Il ne devrait pas suggérer des solutions ou dire quelle solution est la meilleure – ce qui est le rôle d'une loi type.

80. **La Présidente** rappelle que le projet de guide est destiné aux législateurs qui souhaitent introduire un système d'opérations garanties ou actualiser un système existant. Comme il ressort clairement des objectifs approuvés par la Commission et des délibérations du Groupe de travail, le projet de guide ne se veut pas une étude de tous les systèmes existants. Il vise plutôt à évaluer les options qui satisfont le mieux aux objectifs approuvés et à fournir des orientations aux législateurs, qui devraient opérer les choix nécessaires.

81. **M. Wiegand** (Suisse) dit que le projet de guide ne devrait pas exprimer de préférence pour tel ou tel système mais clairement indiquer que chaque système comporte un coût. Par exemple, un système qui autorise un délai de grâce entraîne une certaine insécurité juridique.

82. *Les paragraphes 12 à 25 sont approuvés quant au fond, sous réserve des modifications convenues.*

Sections A.3 à A.5 (par. 26 à 37)

Paragraphes 26 à 33

83. **Mme Walsh** (Canada) dit que les paragraphes 26 à 33 (section A.3, “Portée de la priorité”) traitent de deux questions relatives à la priorité. La question de savoir si une sûreté ne garantit que le montant accordé au moment de la conclusion de la convention constitutive ou si elle peut aussi garantir des obligations futures, n’est pas une question de priorité et a été traitée au chapitre IV des recommandations intitulé “Constitution d’une sûreté réelle mobilière”. La question essentielle, en matière de priorité, est de savoir si la priorité qu’un créancier garanti obtient au moment où il assure l’opposabilité ou au moment il inscrit la sûreté s’applique également aux avances futures. Le Guide formule une recommandation dans ce sens. Le commentaire devrait être clair sur ce point, avec des renvois appropriés au chapitre IV.

84. Le paragraphe 31 traite de la question de savoir s’il est nécessaire de préciser le montant maximum de la sûreté dans l’avis inscrit au registre public et dans la convention constitutive. Dans le cas contraire, un accord de cession de rang serait nécessaire.

85. **La Présidente** suggère que les paragraphes 26 à 33 renvoient au chapitre sur la constitution, eu égard à la création d’une sûreté réelle mobilière pour les avances futures, et précisent que la priorité s’étend aux avances futures dès l’instant où la sûreté devient opposable. Elle suggère en outre que le paragraphe 31 soit refondu pour préciser qu’il s’intéresse à une question distincte de celle de la priorité concernant les avances futures, et pour mentionner la déclaration du montant maximum et la cession de rang.

86. *Il en est ainsi décidé.*

87. *Les paragraphes 26 à 37 sont approuvés quant au fond, sous réserve des modifications convenues.*

La séance est levée à 17 heures.

8.

Compte rendu analytique de la 838e séance tenue au Centre international de Vienne, le mardi 26 juin 2007, à 9 h 30

[A/CN.9/SR.838]

Présidente: Mme Sabo (Présidente du Comité plénier) (Canada)

La séance est ouverte à 9 h 30.

Adoption d'un projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties et travaux futurs possibles (*suite*) (A/CN.9/617, 620, 631 et Add.1 à 11, 632 et 633)

Commentaire du chapitre VII: Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur les droits de réclamants concurrents (A/CN.9/631/Add.4)

Sections A.6 à A.17 (par. 38 à 105)

Paragraphe 75

1. **M. Umarji** (Inde) propose que les mots "le bail est conclu", dans la première phrase du paragraphe 75, soient remplacés par "la licence est conclue".

2. *Il en est ainsi décidé.*

3. *Les paragraphes 38 à 105 sont approuvés quant au fond, sous réserve des modifications convenues.*

Sections B.1 à B.5 (par. 106 à 120)

Paragraphe 110

4. **Mme Walsh** (Canada) dit qu'elle ne peut accepter l'affirmation au paragraphe 110 selon laquelle un accord de contrôle remplit le rôle d'un registre spécialisé des sûretés. Les tiers n'ont aucun moyen de connaître l'existence d'un accord de contrôle et le projet de guide indique expressément qu'une banque n'est pas tenue de divulguer l'existence d'un tel accord. La dernière phrase du paragraphe induit donc en erreur et devrait être supprimée.

5. **Mme McCreath** (Royaume-Uni) appuie la suppression de cette dernière phrase.

6. *Il en est ainsi décidé.*

Paragraphe 112

7. **Mme McCreath** (Royaume-Uni) dit qu'il convient de modifier la tonalité du paragraphe 112 car son libellé actuel est inopportunément directif et exagère la position de force de la banque dépositaire. Contrairement à l'affirmation selon laquelle les banques hésitent à conclure des accords de contrôle si leurs droits à compensation – qui, en droit anglais, ne sont pas des sûretés réelles mobilières – ne sont pas protégés, les banques du Royaume-Uni concluent couramment ce type d'accords et le projet de guide devrait tenir compte de cette pratique. De plus, le paragraphe affirme que la banque dépositaire aura généralement gain de cause dans un conflit de priorité en raison de son droit à compensation. En droit anglais, cependant, il n'en est ainsi que si le droit à compensation est déjà exigible, échu ou né au moment de la constitution de la nouvelle sûreté. De plus, le paragraphe en question donne une description incohérente du droit à compensation, puisqu'il évoque d'abord un "droit à compensation découlant du droit des opérations non garanties" pour placer ensuite le droit à compensation sous l'empire du régime des opérations garanties. L'oratrice propose donc de remplacer les mots "en raison de son droit à compensation découlant du droit des opérations non garanties" par "en raison de son droit actuel à compensation découlant du droit des opérations non garanties, à moins qu'elle n'ait renoncé à ce droit". Elle propose en outre de remplacer les mots "régime des opérations garanties" par "régime de priorités" et de supprimer la dernière phrase.

8. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) dit que, tout en souhaitant que le texte soit modifié afin de tenir compte du régime juridique et de la pratique propres au Royaume-Uni, la formulation devrait cependant être suffisamment générale pour prendre en considération d'autres régimes dont les règles sont moins rigides.

9. **Mme Walsh** (Canada) dit que, dans son pays, le droit relatif à la compensation reconnaît également qu'après notification, les droits à compensation découlant d'obligations futures se cristallisent.

10. **M. Voulgaris** (Grèce) fait observer que l'introduction de la formule "à moins qu'elle n'ait renoncé à ce droit" et la suppression de la dernière phrase seront source de confusion pour d'autres systèmes juridiques.

11. **La Présidente** considère que le Comité souhaite laisser au Secrétariat le soin de trouver une formulation qui réponde à tous les points qui ont été soulevés.

12. *Il en est ainsi décidé.*

13. *Les paragraphes 106 à 120 sont approuvés quant au fond, sous réserve des modifications convenues.*

14. *Le document A/CN.9/631/Add.4 dans son intégralité est approuvé quant au fond, sous réserve des modifications convenues.*

VIII: Droits et obligations des parties (A/CN.9/631 et Add.5)

Recommandations 108 à 113

15. *Les recommandations 108 à 113 sont adoptées.*

Commentaire du chapitre VIII (A/CN.9/631/Add.5)

Sections A, B et C (par. 1 à 69)

16. *Les paragraphes 1 à 69 sont approuvés quant au fond.*

17. *Le document A/CN.9/631/Add.5 dans son intégralité est approuvé quant au fond, sous réserve de toute modification rendue nécessaire par d'autres amendements au projet de guide.*

IX: Droits et obligations des tiers débiteurs (A/CN.9/631 et Add.6)

Recommandations 114 à 127

18. *Les recommandations 114 à 127 sont adoptées.*

Commentaire du chapitre IX: Droits et obligations des tiers débiteurs (A/CN.9/631/Add.6)

19. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que, pour rédiger le chapitre IX concernant les droits et obligations des tiers débiteurs – débiteurs de créances, banques dépositaires, émetteurs de lettres de crédit ou de documents négociables ou personnes débitrices dans le cadre d'un instrument négociable – le Groupe de travail a choisi de s'en remettre à d'autres législations pour que ces biens puissent être affectés en garantie de crédits sans qu'il soit porté atteinte aux lois et pratiques existantes.

Section A (par. 1 à 35)

Paragraphe 22

20. **Mme Walsh** (Canada) considère que, dans sa forme actuelle, le paragraphe 22 laisse apparemment supposer que les banques jouissent d'un traitement spécial dans tous les pays et ne sont pas tenues de répondre à une notification les informant qu'une sûreté réelle mobilière a été constituée sur un compte bancaire en faveur d'un créancier garanti tiers. Or, certains systèmes juridiques traitent les comptes bancaires exactement de la même manière que les créances, et l'ensemble du commentaire relatif aux créances est donc applicable aux obligations d'une banque dépositaire en sa qualité de débiteur d'une créance. Dans ces pays, la banque dépositaire n'a pas de statut spécial, elle n'est pas tenue de donner son consentement à une cession, et elle doit obéir à une notification de paiement au créancier garanti lorsqu'elle la reçoit. Le libellé du paragraphe 22 devrait être modifié pour refléter ces différentes approches.

21. **La Présidente** considère que le Comité souhaite approuver le paragraphe 22 sous réserve qu'il mentionne le fait que, dans certains cas, les banques dépositaires sont traitées de la même manière que les débiteurs de créances et que leur consentement n'est pas exigé pour qu'une sûreté réelle mobilière soit constituée sur un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire.

22. *Il en est ainsi décidé.*

23. *Les paragraphes 1 à 35 sont approuvés quant au fond, sous réserve des modifications convenues.*

24. *Le document A/CN.9/631/Add.6 dans son intégralité est approuvé quant au fond, sous réserve d'autres modifications rédactionnelles.*

X: Droits après défaillance (A/CN.9/631 et Add.6)

A. Recommandations générales (recommandations 128 à 161)

Recommandation 128

25. **Mme McCreath** (Royaume-Uni) considère que l'expression "de manière commercialement

raisonnable" manque de clarté et n'est pas traitée en détail dans le commentaire.

26. **Mme Walsh** (Canada) dit que le projet de guide cherche à accorder au créancier garanti une certaine souplesse dans la détermination du moment, de la manière et du mode de réalisation de sa sûreté, afin de tirer du bien grevé la plus grande valeur possible sur le marché. Cette souplesse exige des normes objectives pour que le créancier garanti se comporte d'une manière qui protège les intérêts du constituant et des créanciers tiers. L'exigence que les sûretés soient réalisées d'une manière commercialement raisonnable vise à faire en sorte que le créancier garanti agisse en tenant compte des réalités du marché lorsqu'il liquide le bien affecté en garantie. Ce principe est consacré dans tous les pays.

27. **M. Umarji** (Inde) dit que lorsqu'un créancier garanti exerce son droit de prendre possession des biens grevés et de les vendre, la vente doit être menée de manière commercialement raisonnable, ce qui peut signifier, par exemple, que des céréales alimentaires saisies par un créancier garanti ne pourront pas être vendues sur le marché des produits chimiques. Cette notion implique que la vente fasse l'objet d'une publicité adéquate et que tous les efforts soient faits pour obtenir le meilleur prix. Par souci de clarté, des exemples de conduites "commercialement raisonnables" devraient être introduits dans le commentaire du chapitre X.

28. **Mme McCreath** (Royaume-Uni) salue cette suggestion. Cependant, les actes commercialement raisonnables de la part d'un créancier garanti ne se limitent pas à l'obtention du meilleur prix possible. Elle estime que l'expression est vague et porteuse de sens différents selon les personnes.

29. **La Présidente** note que la conduite "commercialement raisonnable" dépend d'un certain nombre de facteurs, notamment de circonstances spécifiques et de la législation ne relevant pas du régime des opérations garanties. Nonobstant la difficulté d'apporter une définition universelle valide, le Secrétariat devrait chercher à fournir des orientations dans le commentaire.

30. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que pratiquement tous les systèmes juridiques qui offrent quelque souplesse dans la réalisation des sûretés réelles mobilières contiennent des dispositions ou des principes relatifs à la bonne morale, aux bonnes pratiques et aux conditions favorables sur le marché local. Même les codes les plus rigides offrent à la fois la sécurité juridique et un certain niveau de souplesse pour s'adapter aux conditions locales. L'orateur souligne que le projet de guide n'est pas une convention internationale et que toute loi adoptée sera une loi interne renvoyant à des notions internes et qu'elle serait applicable au sein des tribunaux du pays concerné.

31. **Mme McCreath** (Royaume-Uni) insiste sur le fait que les exemples de conduites "commercialement raisonnables" ne devraient pas se concentrer sur l'obtention du meilleur prix mais devraient être plus directifs s'agissant de la portée du concept.

32. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) convient que la conduite "commercialement raisonnable" n'est pas synonyme de l'obtention du meilleur prix sur le marché. Alors que la conduite d'un créancier garanti peut être commercialement raisonnable eu égard aux pratiques usuelles pour la vente de biens grevés, un prix plus élevé pourrait être obtenu si le commerçant se donne davantage la peine de rechercher des acheteurs potentiels; cependant, cette conduite peut rétrospectivement apparaître comme "non raisonnable". Le concept devrait donc être interprété comme signifiant que le créancier garanti obtient un prix en faisant des efforts commercialement raisonnables pour disposer du bien grevé.

33. **Mme McCreath** (Royaume-Uni) estime que la meilleure façon de décrire la notion de "caractère commercialement raisonnable" est de parler de l'"obtention du meilleur prix pouvant raisonnablement être obtenu".

34. **M. Ghia** (Italie) appuie les commentaires du Secrétariat sur la recommandation ainsi que l'idée d'introduire des exemples de conduites commercialement raisonnables dans le commentaire. Il conviendrait d'insister sur la nécessité d'assurer à la procédure de vente une publicité et une visibilité adéquates.

35. **La Présidente** considère que le Comité souhaite adopter la recommandation 128 étant entendu que des exemples illustrant la notion de "caractère commercialement raisonnable" seront introduits dans le commentaire.

36. *Il en est ainsi décidé.*

37. *Le projet de recommandation 128 est adopté.*

Recommandations 129 à 131

38. *Les recommandations 129 à 131 sont adoptées.*

Recommandation 132

39. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) dit que, par souci de clarté, la formule "est sans incidence", que l'on trouve dans la première phrase du projet de recommandation 132, devrait être remplacée par "ne peut pas porter atteinte".

40. *La recommandation 132, telle que modifiée, est adoptée.*

Recommandations 133 à 140

41. *Les recommandations 133 à 140 sont adoptées.*

Recommandation 141

42. **M. Macdonald** (Canada) exprime son accord avec la suggestion dans la note du Secrétariat selon laquelle la dernière phrase du projet de recommandation 141 devrait être placée dans le commentaire du chapitre X.

43. **La Présidente** considère que le Comité souhaite supprimer la dernière phrase et la placer dans le commentaire.

44. *La recommandation 141 est adoptée sous réserve de cette modification.*

Recommandation 142

45. *La recommandation 142 est adoptée.*

Recommandation 143

46. **Mme McCreath** (Royaume-Uni) note que la disposition de la recommandation 143 c) permettant à un constituant de s'opposer risque d'être utilisée par des constituants à des fins dilatoires pour empêcher un créancier garanti de prendre possession d'un bien grevé.

47. **La Présidente** dit que le libellé de la recommandation 143 est un compromis atteint après de longues discussions au sein du Groupe de travail et qu'il reflète un équilibre très subtil entre les participants.

48. **M. Bazinas** (Secrétariat) explique que cette disposition a été insérée parce que, même lorsqu'un constituant a consenti lors de la conclusion de la convention constitutive de sûreté à ce que le créancier garanti prenne possession d'un bien grevé par voie extrajudiciaire, l'acte de prise de possession effectif peut porter atteinte aux droits du constituant, par exemple lorsque ce dernier n'a pas été dûment informé ou lorsque le créancier garanti a cherché à prendre possession d'une manière inappropriée.

49. *La recommandation 143 est adoptée.*

Recommandations 144 à 146

50. *Les recommandations 144 à 146 sont adoptées.*

Recommandation 147

51. **Mme Okino Nakashima** (Japon), se référant aux deux variantes proposées entre crochets, selon lesquelles la notification par le créancier garanti de son intention de vendre un bien grevé ou d'en disposer d'une autre manière, de le louer ou de le mettre sous licence est soit "adressée" au destinataire soit "reçue" par lui, demande qu'il soit précisé à partir de quel moment la notification est réputée avoir été reçue. Il pourrait arriver, par exemple, qu'une notification écrite expédiée par courrier ne parvienne pas en temps voulu à un destinataire absent. L'oratrice préfère donc le libellé "adressée au".

52. **M. Riffard** (France) dit que la question de savoir si la notification devrait être "adressée" ou "reçue" a une grande importance. Outre le facteur temps décrit par la représentante du Japon, l'exigence faite au créancier de prouver qu'un débiteur a reçu la notification entraîne des coûts importants. *A contrario*, la simple preuve que la notification a été adressée peut être fournie facilement et pour un coût pratiquement nul.

53. **M. Rehbein** (Allemagne) dit que la question de savoir si un écrit produit effet à partir de l'envoi ou de la réception par courrier postal ou électronique dépend du droit interne de chaque État adoptant. Il ne serait pas utile d'édicter une règle incompatible avec la pratique existante dans l'État concerné.

54. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que le texte offre implicitement une troisième possibilité. Il est en effet possible de ne pas énoncer de règles spéciales sur la notification dans la loi sur les opérations garanties, en

raison des répercussions en termes de temps et de coût et, par conséquent, de l'impact éventuel sur les opérations de crédit, et de laisser plutôt à d'autres branches du droit interne le soin de régler la question.

55. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) est d'avis que la question devrait relever de la loi sur les opérations garanties car la question de savoir ce que constitue une notification dans le domaine des opérations garanties soulève des problèmes différents que le droit général ne prend pas nécessairement en compte. Ainsi que l'a observé le représentant de la France, le fait d'imposer au créancier garanti la charge de prouver que la notification a été reçue risque d'augmenter le coût du crédit. La question de savoir ce que l'on entend par réception se pose aussi. Si la règle consiste simplement à "adresser" la notification, le créancier garanti aura encore la charge de prouver qu'il a utilisé un moyen de transmission spécifique.

56. L'orateur propose de préciser dans le commentaire que l'exigence générale de bonne foi et de caractère commercialement raisonnable énoncée au chapitre X est applicable, de sorte qu'un créancier garanti doit utiliser un mode de notification qui soit raisonnablement conçu pour faciliter la réception. Les constituants sont suffisamment bien protégés par les notions de bonne foi et de caractère commercialement raisonnable sans que l'on doive encore imposer au créancier garanti la charge de prouver la réception effective.

57. **M. Voulgaris** (Grèce) partage les arguments avancés par le représentant de l'Allemagne. Cependant, si le Comité souhaite instaurer une règle universelle, il serait préférable d'opter pour la règle de la réception de la notification, qui cadrerait aussi davantage avec le concept de bonne foi.

58. **M. Macdonald** (Canada), notant que la recommandation 145 retient plutôt l'idée d'"adresser" la notification et non celle de la "recevoir", estime que dès lors qu'un État a décidé d'autoriser la réalisation extrajudiciaire, c'est-à-dire l'exécution en dehors du régime normal d'exécution civile des jugements, les normes énoncées dans la recommandation 146 apportent une protection suffisante au constituant. Il soutient aussi qu'en prévoyant que la notification est "adressée" plutôt que "reçue", les recommandations 149 et 150 sont davantage conformes au cadre général du projet de guide concernant la réalisation extrajudiciaire.

59. **M. Umarji** (Inde) dit que la manière dont il doit être procédé à la notification dépend du droit interne. Un certain nombre de mesures ne peuvent pas être appliquées aux notifications concernant les opérations garanties, alors qu'elles peuvent l'être aux notifications réalisées à d'autres fins.

60. **M. Wiegand** (Suisse) dit que le Groupe de travail a décidé, après d'abondantes délibérations, que la notification doit être "adressée" dans le contexte de la disposition extrajudiciaire d'un bien grevé et que le projet de guide devrait donc prévoir un régime spécial pour régir ces notifications plutôt que de renvoyer aux règles locales.

61. **M. Bazinas** (Secrétariat) attire l'attention sur l'article 16 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international, selon lequel une notification de la cession ou des instructions de paiement produisent leurs effets lorsqu'elles sont reçues par le débiteur, si elles sont formulées dans une langue dont il est raisonnable de penser qu'elle permet à celui-ci d'en comprendre le contenu. Cet article est donc formulé autour de la notion de "réception" et ses dispositions *in fine* sont semblables à la recommandation 147 c) et satisfont à l'exigence de bonne foi et de caractère commercialement raisonnable évoquée par le représentant des États-Unis.

62. **M. Ghia** (Italie) dit préférer le libellé "reçu par", même s'il est vrai que certains constituants tentent de se dérober à leurs responsabilités en ne prenant pas réception de la notification. La réception ne devrait donc pas être une condition *sine qua non*, mais la "notification adressée" et les principes de bonne foi devraient prévaloir dans le cadre du droit interne applicable.

63. **M. Karako** (Observateur de la Commercial Finance Association) dit que l'une et l'autre formules sont acceptables pour son organisation. Il suggère toutefois que le commentaire expose les avantages des deux options et presse les États de fixer des normes et fournir des définitions pour l'option retenue. Par exemple, si le libellé "reçu par" est utilisé, l'État devra bien préciser si une notification remise à la dernière adresse connue de l'emprunteur est réputée avoir été reçue.

La séance est suspendue à 10 h 55; elle est reprise à 11 h 25.

64. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) dit qu'il a fallu employer la formule "reçue par" dans la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international en raison de l'impact potentiel de la notification d'une cession ou d'une instruction de paiement sur le débiteur de la créance qui n'est pas partie à l'opération garantie. Un exemple plus pertinent est la Convention de 2001 relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles ("Convention du Cap"), qui exige que le créancier garanti informe les intéressés de la vente en réalisation d'un bien international et qui ne prévoit aucune règle relative à la réception.

65. **Mme McCreath** (Royaume-Uni) se dit très favorable à la formule "adressée à". La procédure exacte devra être définie dans le contrat entre les parties.

66. **M. Voulgaris** (Grèce) dit que la procédure de notification devrait être aussi souple que possible car il est difficile de définir de manière exhaustive les actes que sont l'envoi et la réception.

67. Face aux difficultés posées par la définition de la notion de "réception", difficultés mises en avant par un certain nombre d'intervenants, **la Présidente** propose de supprimer l'expression "reçue par", étant entendu que le commentaire fournira une explication détaillée aux législateurs sur les conséquences des divers modes de notification qu'il s'agisse des coûts à supporter ou de l'équilibre à établir entre les intérêts des parties. Le chapeau de l'alinéa a) de la recommandation 147 se lira comme suit: "Prévoir qu'elle doit être adressée".

68. *Il en est ainsi décidé.*

69. *La recommandation 147, telle que modifiée, est adoptée.*

Recommandation 148

70. *La recommandation 148 est adoptée.*

Recommandation 149

71. **La Présidente** suggère de remplacer, dans la recommandation 149, les mots "reçue par" et "reçue" par "adressée".

72. *Il en est ainsi décidé.*

73. *La recommandation 149, telle que modifiée, est adoptée.*

Recommandation 150

74. **La Présidente** considère que le Comité souhaite aussi remplacer le mot "reçue" entre crochets dans la recommandation 150 par "adressée".

75. *Il en est ainsi décidé.*

76. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que la deuxième phrase de la recommandation 150, entre crochets, est destinée à apporter une protection supplémentaire au constituant, en exigeant qu'il donne son consentement exprès dans les cas où un créancier garanti proposerait d'accepter un bien grevé à titre de satisfaction partielle d'une obligation garantie.

77. **M. Umarji** (Inde) propose que cette phrase soit incluse dans la recommandation.

78. **M. Macdonald** (Canada) dit que lorsqu'une dette n'est que partiellement éteinte du fait de l'acceptation d'un bien grevé, il importe que le constituant sache dans quelle mesure il a été libéré de ses obligations. Il soutient donc la proposition de supprimer les crochets entourant la deuxième phrase.

79. *Il en est ainsi décidé.*

80. *La recommandation 150, telle que modifiée, est adoptée.*

Recommandations 152 et 153

81. *Les recommandations 152 et 153 sont adoptées.*

Recommandation 154

82. **Mme Stanivuković** (Serbie) souligne que, bien que la section du projet de guide en cours d'examen soit intitulée "Répartition du produit de la disposition extrajudiciaire d'un bien grevé", la recommandation 154 traite du produit tiré de la disposition judiciaire ou d'une autre procédure de réalisation administrée par une autorité officielle.

83. **La Présidente** dit que, d'après le Secrétariat, il serait possible soit de supprimer le mot "extrajudiciaire" du titre de la section, soit de déplacer la recommandation 154 dans une autre section du projet de guide. Elle propose que la question soit laissée à l'appréciation du Secrétariat.

84. *Il en est ainsi décidé.*

85. *La recommandation 154 est adoptée sous réserve de cette modification.*

Recommandations 155 à 161

86. *Les recommandations 155 à 161 sont adoptées.*

B. Recommandations sur des biens particuliers (recommandations 162 à 172)

Recommandations 162 à 168

87. *Les recommandations 162 à 168 sont adoptées.*

Recommandation 169

88. **Mme McCreath** (Royaume-Uni) demande pourquoi un créancier garanti a besoin d'une décision d'un tribunal pour réaliser une sûreté réelle mobilière sur des fonds déposés auprès d'une banque. Cette clause se fonde sur l'hypothèse que les banques jouissent d'un statut particulier, alors que dans certains pays elles sont traitées comme des débiteurs des titulaires de comptes.

89. **M. Umarji** (Inde) dit que lorsque le titulaire d'un compte dépose des fonds auprès d'une banque, tout retrait de fonds est régi par un contrat entre ce titulaire et la banque. Un tiers créancier du déposant ne peut ordonner directement à la banque de transférer des fonds depuis ce compte sans une décision d'un tribunal, sauf si un accord préalable existe en la matière entre le déposant, le créancier et la banque.

90. **M. Bazinas** (Secrétariat) précise que les recommandations définissent le terme "créance" comme excluant les comptes bancaires. Le Groupe de travail est convenu que les créances dues par des banques méritent un traitement spécial parce que le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire est souvent utilisé comme garantie.

91. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) dit que le Groupe de travail s'est entendu sur le fait que la règle énoncée dans la recommandation 169 n'est pas spécifique aux banques. Elle s'applique aussi aux engagements de garantie indépendants et à d'autres acteurs non pris en compte dans le projet de guide, tels que les courtiers et autres intermédiaires en valeurs mobilières. S'agissant des acteurs des marchés financiers ou des systèmes de paiement, de valeurs mobilières et de règlement, il importe que les établissements bancaires et les intermédiaires en valeurs mobilières connaissent leurs clients et soient en mesure de réagir rapidement lorsque des fonds et des valeurs sont transférés. Les créances commerciales soulèvent des questions tout à fait différentes. L'orateur note qu'en raison des différentes pratiques découlant des règlementations, les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres ainsi que les engagements de garantie indépendants ont été exclus de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international.

92. **M. Deschamps** (Canada) déclare qu'il n'ira pas jusqu'à dire que la règle susmentionnée est nécessaire à l'intégrité du système financier, mais peut comprendre pourquoi il faut faire en sorte qu'un compte bancaire ou un dépôt en banque ne puisse être cédé sans le consentement de la banque dépositaire. La Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international contient une disposition prévoyant qu'une clause d'incessibilité est sans effet à l'égard du cessionnaire en cas de créance commerciale, mais elle attribue des effets à une telle clause pour d'autres types de créances.

93. *La recommandation 169 est adoptée.*

Recommandations 170 à 172

94. *Les recommandations 170 à 172 sont adoptées.*

Commentaire du chapitre X: Droits après défaillance (A/CN.9/631/Add.7)

Section A (par. 1 à 69)

Paragraphes 38 et 39

95. **M. Bazinas** (Secrétariat) attire l'attention des participants sur une note qui suit le paragraphe 39 du commentaire, dans laquelle le Secrétariat propose à la Commission d'envisager d'ajouter, à la lumière des paragraphes 38 et 39, un projet de recommandation relative au droit du constituant de remédier à la défaillance et de régulariser l'inexécution de l'obligation garantie.

96. **M. Cohen** (États-Unis d'Amérique) dit qu'il n'est pas favorable à l'élaboration d'une nouvelle recommandation. Le projet de guide doit se limiter au droit des sûretés réelles mobilières et la Commission devrait s'abstenir de formuler une recommandation dans un domaine qui relève du droit des obligations.

97. **M. Umarji** (Inde) dit que, pour éviter de compliquer les choses, le droit du constituant de remédier à la défaillance et de régulariser l'inexécution de l'obligation garantie doit rester une question que les parties concernées peuvent régler entre elles.

98. **M. Macdonald** (Canada) suggère l'insertion d'un paragraphe après le paragraphe 39, qui soulignerait que ce droit relève d'un accord entre les parties.

99. **M. Rehbein** (Allemagne) dit qu'une recommandation sur la régularisation de l'inexécution de l'obligation garantie risque d'être trompeuse dans le contexte du projet de guide, car elle peut sembler contredire les dispositions relatives aux défaillances dans d'autres contextes. Il se joint donc aux autres intervenants pour rejeter l'idée.

100. **La Présidente** considère que le Comité ne souhaite pas élaborer un autre projet de recommandation mais aimerait voir ses vues reflétées dans le commentaire.

101. *Les paragraphes 38 et 39 sont approuvés quant au fond, sous réserve des modifications convenues.*

Paragraphes 57 et 58

102. **M. Bazinas** (Secrétariat) attire l'attention des participants sur une note qui suit le paragraphe 58 du commentaire, dans laquelle le Secrétariat propose à la Commission d'envisager d'ajouter, à la lumière des paragraphes 57 et 58 du commentaire, un projet de recommandation relative au droit du créancier garanti de reprendre la gestion d'une entreprise et de vendre ses biens.

103. **M. Umarji** (Inde) dit que, en cas de non-remboursement d'un prêt, les banques n'ont pas pour habitude de réaliser leurs sûretés en réalisant les biens grevés séparément. Consécutivement à une défaillance dans une catégorie de prêts, une banque a normalement la possibilité de révoquer tous les prêts voire de vendre l'entreprise du débiteur à un repreneur. Une référence à ces pratiques devrait être introduite dans le texte du commentaire, mais une recommandation supplémentaire n'est pas nécessaire puisque cette question relève des relations contractuelles qui devraient être laissées aux parties concernées.

104. **Mme McCreath** (Royaume-Uni) estime qu'il pourrait être utile d'envisager d'élaborer un projet de recommandation.

105. **M. Macdonald** (Canada) dit que la question centrale n'est pas la relation entre les parties mais plutôt les droits des tiers. Par exemple, certains États estiment que les tiers devraient recevoir notification des règlements judiciaires en cours, alors que d'autres États ne partagent pas ces vues.

106. **M. Rehbein** (Allemagne) dit qu'il n'est pas disposé à accepter une recommandation encourageant un créancier, en particulier une banque, à reprendre la gestion d'une entreprise d'un débiteur. La jurisprudence concernant la responsabilité à laquelle s'exposent les banques à cet égard ne manque pas, et le commentaire peut traiter la question de façon satisfaisante sans qu'il soit besoin de recourir à une recommandation supplémentaire.

107. **M. Bazinas** (Secrétariat) note que le projet de guide traite le concept de "sûreté réelle mobilière portant sur la totalité de l'actif", c'est-à-dire les cas dans lesquels le créancier détient une sûreté assise sur l'ensemble des biens de l'entreprise du débiteur. La question est de savoir si les recommandations suffisent à couvrir la vente d'une entreprise en vue de la poursuite de ses activités par opposition à la liquidation de ses biens par tranches séparées, ou si un texte supplémentaire devrait être ajouté au commentaire pour clarifier la question. Par exemple, le commentaire pourrait indiquer que, dans certains cas, la bonne foi et des normes raisonnables du marché peuvent obliger le créancier garanti à vendre l'entreprise à un repreneur, afin d'en dégager une valeur plus élevée.

108. **M. Ghia** (Italie) hésite à accepter la proposition d'élaborer une recommandation parce qu'elle pourrait donner lieu à des chevauchements avec le droit de l'insolvabilité ou à des divergences par rapport à ce dernier. Il faut protéger les intérêts de tous les créanciers en cas de défaillance et, à cette fin, encourager d'autres sortes de procédures comportant des garanties plus générales.

109. **M. Riffard** (France) dit qu'il ne souhaite pas non plus voir une telle recommandation ajoutée au projet car cela reviendrait à ouvrir la boîte de Pandore, et à attribuer un rôle non traditionnel voire inapproprié aux créanciers garantis. Outre qu'une telle recommandation ferait jaillir des questions de responsabilité, elle soulèverait aussi d'autres problèmes relatifs à la relation entre le créancier garanti et les employés de l'entreprise.

110. **M. Kohn** (Observateur de la Commercial Finance Association) partage pleinement les vues exprimées par les représentants de l'Allemagne, de l'Italie et de la France, à savoir qu'il ne devrait pas y avoir de recommandation supplémentaire car les voies de droit énoncées dans les recommandations existantes suffisent.

111. **Mme McCreath** (Royaume-Uni) dit qu'elle ne plaide pas en faveur d'une recommandation contraignante mais qu'elle cherche simplement à s'assurer que cette possibilité demeure ouverte. Elle pense que l'ajout, dans le commentaire, d'un texte allant en ce sens serait acceptable.

112. **La Présidente** considère que le Comité ne souhaite pas élaborer une autre recommandation mais aimerait voir ses vues reflétées dans le commentaire.

113. *Les paragraphes 57 et 58 sont approuvés quant au fond, sous réserve des modifications convenues.*

Section B (par. 70 à 99)

Paragraphe 92

114. **M. Bazinas** (Secrétariat) attire l'attention des participants sur une note qui suit le paragraphe 92 du commentaire. Dans cette note, le Secrétariat propose à la Commission d'envisager d'ajouter une recommandation relative à la réalisation sur le produit qui indiquerait que, lorsque le produit découle d'une catégorie de biens particulière (créances, par exemple), la réalisation devrait suivre les règles applicables à cette catégorie de biens.

115. **La Présidente** dit que, n'ayant entendu aucun commentaire de la part des délégations, elle suppose que le Comité ne souhaite pas soutenir la proposition d'une recommandation supplémentaire. Elle suggère que le commentaire précise que, lorsque le produit est celui d'une catégorie de biens particulière, la réalisation devrait suivre les règles applicables à cette catégorie de biens.

116. **M. Cohen** (États-Unis d'Amérique) dit qu'il serait utile d'intégrer dans le commentaire une phrase allant dans ce sens.

117. *Le paragraphe 92 est approuvé quant au fond, sous réserve des modifications convenues.*

Paragraphe 93

118. **La Présidente** demande au Comité s'il souhaite envisager l'ajout d'une recommandation qui traiterait spécifiquement de la réalisation des sûretés réelles mobilières sur les biens rattachés.

119. **M. Umarji** (Inde) dit que, compte tenu de la difficulté que pose la réalisation de ces sûretés en pratique, il n'est pas nécessaire d'ajouter une recommandation.

120. **M. Macdonald** (Canada) note que les chapitres sur la constitution et l'opposabilité contiennent des commentaires et des recommandations spécifiques concernant toute une série de biens tels que les biens rattachés à des biens meubles. Il suppose que l'objectif de ces notes est d'amener la Commission à se demander si la réalisation devrait être exprimée en termes généraux seulement ou si des recommandations plus précises devraient être énoncées.

La séance est levée à 12 h 30.

Compte rendu analytique de la 839e séance tenue au Centre international de Vienne, le mardi 26 juin 2007, à 14 heures

[A/CN.9/SR.839]

Présidente: Mme Sabo (Présidente du Comité plénier) (Canada)

La séance est ouverte à 14 h 10.

Adoption d'un projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties et travaux futurs possibles (*suite***)** (A/CN.9/617, 620, 631 et Add.1 à 11, 632 et 633)

Commentaire du chapitre X: Droits après défaillance (suite) *(A/CN.9/631/Add.7)*

Section B (par. 70 à 99)

*Paragraphe 93 (*suite*)*

1. **La Présidente**, résumant la discussion précédente sur la note qui fait suite au paragraphe 93, croit comprendre que le Comité ne souhaite pas ajouter une recommandation relative à la réalisation des sûretés sur les biens rattachés.

2. *Il en est ainsi décidé.*

3. **La Présidente** croit comprendre que le Comité approuve le raisonnement formulé dans l'avant-dernière phrase du paragraphe 93, selon lequel l'adoption d'un régime de réalisation différent de celui qui s'applique généralement créerait une confusion inutile, et qu'il est convenu aussi que le commentaire devrait explicitement indiquer que le projet de guide adopte une règle analogue pour la réalisation des sûretés opposables grevant des biens rattachés.

4. *Le paragraphe 93 est approuvé quant au fond, sous réserve de la modification convenue.*

Paragraphe 94

5. **La Présidente** attire l'attention des participants sur une note qui suit le paragraphe 94, et dans laquelle le Secrétariat propose à la Commission d'envisager d'ajouter une recommandation relative à la manière dont les sûretés sur des biens rattachés ou mélangés doivent être réalisées, suivant qu'il est possible ou non d'isoler les biens grevés.

6. **M. Macdonald** (Canada) dit que, puisqu'il n'a pas été jugé nécessaire d'insérer une nouvelle recommandation à la lumière du paragraphe 93, il ne devrait pas être nécessaire, par analogie, d'insérer une nouvelle recommandation à la lumière du paragraphe 94.

7. **La Présidente** considère que le Comité ne souhaite pas élaborer une recommandation supplémentaire en réponse à la note suivant le paragraphe 94.

8. *Il en est ainsi décidé.*

9. *Le paragraphe 94 est approuvé quant au fond.*

Sections A et B (par. 1 à 99)

Paragraphes 1 à 30

10. *Les paragraphes 1 à 30 sont approuvés quant au fond.*

Paragraphes 31 et 32

11. **M. Macdonald** (Canada) rappelle au Comité qu'il vient de décider d'utiliser la formule "adressée à" plutôt que "reçue par" dans les recommandations 147, 149 et 150 et estime que la meilleure place pour expliquer la différence entre ces formules serait soit le paragraphe 31 soit le paragraphe 32 du commentaire.

12. **La Présidente** dit que le Secrétariat apportera les changements nécessaires pour tenir compte de cette suggestion.

13. *Les paragraphes 31 et 32 sont adoptés quant au fond, sous réserve des modifications convenues.*

Paragraphes 33 à 99

14. **La Présidente** note que les paragraphes 38, 39, 57, 58, 92 et 94 ont déjà été approuvés quant au fond sous réserve des modifications convenues.

15. *Le reste du commentaire figurant aux paragraphes 33 à 99 est approuvé quant au fond.*

16. *Le document A/CN.9/631/Add.7 dans son intégralité est approuvé quant au fond, sous réserve des modifications convenues.*

XII: Droits liés au financement d'acquisitions (A/CN.9/631 et Add.9)

A. Approche unitaire des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions (recommandations 184 à 201)

Recommandations 184 à 191

17. *Les recommandations 184 à 191 sont adoptées.*

Recommandation 192

18. **M. Kemper** (Allemagne) dit que la décision prise par la Commission s'agissant de l'inscription et de la réserve de propriété pourrait, en fin de compte, empêcher l'Allemagne d'adopter le projet de guide. Ainsi que l'a noté l'observateur de l'Union européenne, des traditions solides existent en droit européen s'agissant de la question de la réserve de propriété.

19. **M. Schneider** (Allemagne) s'inquiète de ce que des règles différentes soient appliquées aux recommandations 189 et 192: alors qu'un délai de grâce est accordé dans le cas des biens meubles corporels autres que les stocks, une notification est exigée dans le cas des stocks. Les recommandations satisfont donc aux intérêts des parties finançant l'acquisition, alors que les vendeurs de stocks sont désavantagés par l'absence de délai de grâce et par l'obligation de procéder à une notification à défaut de quoi ils risquent de perdre leurs biens. Le projet de guide se doit de trouver un équilibre entre les intérêts des parties finançant l'acquisition et ceux des vendeurs de stocks. L'intervenant propose donc que la règle applicable aux biens meubles corporels autres que les stocks s'applique aussi à ces derniers. En tout état de cause, la notification prévue par la recommandation 192 est inutile et empêcherait la livraison immédiate.

20. **M. Kemper** (Allemagne) dit que les règles énoncées à la recommandation 189 offrent un cadre acceptable tant pour les droits sur des biens meubles corporels autres que les stocks que pour les droits sur des stocks.

21. **M. Cohen** (États-Unis d'Amérique) convient que les recommandations qui établissent une distinction entre différents types d'opérations doivent être expliquées et justifiées. À cet égard, il attire l'attention des participants sur les paragraphes 114 à 118 du commentaire du chapitre XII (A/CN.9/631/Add.9), qui expliquent de façon précise pourquoi les règles relatives aux sûretés réelles mobilières grevant des stocks en garantie du paiement de leur acquisition sont différentes de celles qui s'appliquent à d'autres types de biens meubles corporels affectés en garantie.

22. **M. Macdonald** (Canada) n'est pas certain, à ce stade, si le commentaire traite de manière spécifique ou générale les observations émises par les représentants de l'Allemagne.

23. **M. Ghia** (Italie) exprime son soutien à la proposition des représentants de l'Allemagne et demande que son contenu exact soit mis à la disposition des délégations.

24. **La Présidente**, observant que le commentaire du chapitre XII n'est pas encore disponible en français, suggère que le Comité reprenne sa discussion sur la proposition des représentants d'Allemagne lorsque le commentaire sera disponible dans toutes les langues de travail.

25. **M. Kemper** (Allemagne) dit que l'amendement proposé par sa délégation se rapporte à la recommandation 192 elle-même. Le libellé du commentaire, certes insatisfaisant, reste une question marginale.

26. **La Présidente** dit que les informations supplémentaires figurant dans le commentaire pourraient aider les autres délégations à parvenir à une décision sur la recommandation. Elle considère que le Comité souhaite surseoir à sa décision jusqu'à ce que le commentaire soit disponible en français.

27. *Il en est ainsi décidé.*

Recommandations 193 à 198

28. *Les recommandations 193 à 198 sont adoptées.*

Recommandation 199

29. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que la question posée au Comité est de savoir si la solution proposée dans la recommandation 199 à propos des créances devrait aussi être appliquée au produit de stocks autre que des créances. Dans l'affirmative, le Comité devra alors décider si la règle doit être formulée de la même manière, ou bien, en cas d'exclusion de ce type de produit, si la recommandation devait être reformulée de manière à prévoir que la superpriorité d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition ne doit pas s'étendre au produit de stocks.

30. **M. Wezenbeek** (Observateur de l'Union européenne) dit que la Communauté européenne et ses États membres, comme ils l'ont fait savoir dans leur contribution (A/CN.9/633), estiment que le chapitre XII doit encore être retravaillé avant qu'ils puissent entériner intégralement le projet de guide. S'agissant de la question de la réserve de propriété, une vente de marchandises dans laquelle un vendeur conserve contractuellement la propriété jusqu'à réception du complet paiement devrait être considérée comme opposable aux tiers même sans inscription dans un registre des sûretés réelles mobilières. Une approche tout aussi souple devrait s'appliquer au crédit-bail.

31. L'orateur saisit aussi l'occasion pour soulever quatre autres préoccupations mentionnées dans le document A/CN.9/633: la nécessité que le projet de guide soit pleinement compatible avec le projet de convention d'UNIDROIT sur les règles de droit matériel relatives aux titres intermédiés; l'importance de trouver la bonne solution aux questions de conflits de lois; un traitement spécial pour l'utilisation à titre de garantie des "contrats financiers"; et l'incorporation des droits de propriété intellectuelle pertinents dans le projet de guide.

32. **M. Schneider** (Allemagne) s'inquiète de ce que les droits réels ont été requalifiés en sûretés réelles mobilières dans le projet de guide et ont, de ce fait, été dévalorisés dans des domaines tels que le crédit-bail, la vente et la cession-bail, la réserve de propriété, les conventions de mise en pension et d'autres contrats financiers. Ce type de requalification au chapitre XII a pour effet, par exemple, de rendre l'inscription nécessaire, même lorsque le vendeur ou le crédit-bailleur reste propriétaire des biens concernés. Il a fallu aussi, en conséquence, recourir à une nouvelle terminologie. Le Comité devrait prendre conscience que les milieux d'affaires en Allemagne s'inquiètent profondément de ces évolutions. L'une des questions majeures est l'inscription de la réserve de propriété dans le cas du crédit-bail, qui ne devrait être exigée en aucune circonstance.

33. **M. Riffard** (France) dit que, sur la question de la réserve de propriété, un accord satisfaisant a été trouvé après de longues discussions, cet accord établissant une distinction entre l'approche unitaire et l'approche non unitaire des sûretés réelles mobilières. Un accord a aussi été trouvé sur la question de l'inscription des sûretés réelles mobilières garantissant le paiement d'acquisitions, et le débat ne devrait pas être rouvert.

34. L'orateur souligne que le projet de guide est destiné à aider les législateurs dans la rédaction de nouvelles lois, et non à modifier les lois existantes. L'idée est d'élaborer le meilleur système concevable dans un contexte transnational, sans référence à un quelconque État particulier.

35. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) partage pleinement les vues du représentant de la France, à savoir que l'objectif du projet de guide n'est pas de dresser l'inventaire des divers systèmes juridiques et méthodologies économiques permettant de réaliser des opérations de financement garanties par des sûretés. Son but est de fournir des lignes directrices utiles aux pays – souvent des pays en développement et des États émergents – qui ont tout particulièrement besoin de mettre leur économie à niveau. Le projet de guide a été élaboré en étroite collaboration avec des institutions financières internationales, lesquelles reconnaissent que certaines approches qui fonctionnent bien sur les marchés des pays développés ne seront peut-être pas aussi efficaces pour l'octroi de nouveaux crédits commerciaux dans des pays ayant besoin d'actualiser considérablement leur législation. De plus, le projet de guide n'est pas un instrument contraignant. Les États sont libres d'en accepter ou d'en rejeter les recommandations, en tout ou partie. Comme la proposition d'appliquer des règles spéciales à certains instruments de financement supprimerait de fait les avantages économiques offerts par le projet de guide, l'orateur se dit très favorable au maintien des recommandations concernées dans leur forme actuelle.

36. **Mme McCreath** (Royaume-Uni) dit que, tout en comprenant le point de vue des représentants de la France et des États-Unis, elle ne voit pas pourquoi le

projet de guide ne devrait pas décrire les différentes approches existantes, ce qui permettrait aux pays de faire des choix éclairés. L'efficacité du guide se mesurera à l'aune du nombre de pays qui l'auront finalement utilisé. Si l'on ne saisit pas l'occasion de faire en sorte que le projet de guide soit aussi exact que possible, ce dernier risque d'être inefficace et, partant, ignoré.

37. **M. Wiegand** (Suisse) appuie fermement la déclaration du représentant de la France.

38. **La Présidente** dit que la Commission a chargé un groupe de travail, quelque temps auparavant, d'établir un guide législatif qui comporterait un système ou un registre public de dépôt d'avis. Les recommandations émises dans le projet de guide ont été approuvées dans leurs principes lors de la session 2006 de la Commission, notamment les recommandations se rapportant à l'inscription et à la réserve de propriété. Ces questions ne seront pas réexaminées par le Comité, mais l'importance que certaines délégations accordent à la réserve de propriété a été reconnue et un compromis a été trouvé sous la forme d'une approche unitaire et d'une approche non unitaire. L'oratrice souligne cependant que l'inscription est fondamentale pour l'efficacité du fonctionnement du régime qui a été conçu.

39. Revenant à la recommandation 199, la Présidente invite le Comité à examiner si l'exception relative aux créances devrait être élargie au produit ayant la forme d'instruments négociables, de fonds crédités sur un compte bancaire et d'obligations de payer en vertu d'un engagement de garantie indépendant.

40. **M. Wezenbeek** (Observateur de l'Union européenne) estime que, tout en prenant acte du fait que le Comité ne souhaite pas rouvrir le débat concernant l'inscription et la réserve de propriété, il faudrait souligner que certains États membres de la Communauté européenne s'inquiètent toujours de la recommandation 199, de sorte que l'ensemble des dispositions devrait être évalué à nouveau, si le libellé actuel demeure inchangé.

41. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) est d'avis que la règle de la recommandation 199 n'étend pas aux créances la superpriorité dont bénéficie la partie finançant l'acquisition de stocks, parce que les prêteurs sur créances répugnent à consulter le registre de façon régulière pour vérifier si la créance qui garantit leur prêt découle de stocks sur lesquels existe une superpriorité. De plus, lorsque la créance découle de la vente de stocks, la partie accordant un financement par cession de créances prêterait sur la créance et le produit servirait à payer la partie finançant l'acquisition des stocks ou le fournisseur. La règle se justifie donc par de solides raisons de politique générale et l'orateur ne voit pas pourquoi elle ne pourrait être élargie aux autres droits à paiement.

42. Une partie octroyant un financement par cession de créances ne va pas nécessairement prêter sur des créances telles que le projet de guide les définit strictement. Les milieux d'affaires s'intéressent aux droits à paiement et ne fondent pas leurs décisions d'octroyer des crédits sur le fait de savoir si une créance particulière correspond à une définition du projet de guide. En supprimant les crochets et en conservant le texte, on respecterait la conception que les milieux d'affaires se font du financement par cession de créances.

43. **La Présidente** croit comprendre que le Comité souhaite supprimer les crochets entourant la recommandation 199 et en conserver le texte, et qu'il demande au Secrétariat de reformuler la recommandation en tenant compte des éléments figurant dans la note.

44. *Il en est ainsi décidé.*

45. *La recommandation 199, telle que modifiée, est adoptée.*

B. Approche non unitaire des droits liés au financement d'acquisitions (recommandations 184 à 201)

Recommandations 184 à 190

46. *Les recommandations 184 à 190 sont adoptées.*

Recommandation 191

47. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que la recommandation 191 traite d'un conflit de priorité entre différents fournisseurs de financement d'acquisitions dans le contexte d'une approche non unitaire. Elle suit l'approche adoptée dans les systèmes où les vendeurs réservataires ou les crédit-bailleurs, ont priorité sur les créanciers garantis ordinaires et dispose que les fournisseurs de marchandises ont priorité sur d'autres parties finançant des acquisitions,

pourvu qu'ils aient rendu ce droit opposable aux tiers, conformément à la recommandation 189 b).

48. La note faisant suite à la recommandation 191 appelle l'attention de la Commission sur le fait que ladite recommandation se fonde sur l'hypothèse que le projet de guide contiendra une recommandation supplémentaire qui pourrait être ainsi libellée: "La loi devrait prévoir que, dans un système non unitaire, un prêteur peut acquérir une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition ou un droit lié au financement d'une acquisition au moyen d'une cession de l'obligation garantie par un fournisseur. Si le prêteur acquiert une telle sûreté, les règles applicables aux sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions dans un système unitaire s'appliquent à cette sûreté. Si le prêteur acquiert un tel droit, les règles applicables aux droits liés au financement d'acquisitions dans le système non unitaire s'appliquent".

49. La note invite la Commission à examiner si une telle superpriorité des créanciers garantis finançant une acquisition est compatible avec le concept de système non unitaire. Si elle est incompatible, la recommandation 191 ainsi que l'alinéa b) de la section "objet" devront être supprimés. Si elle est compatible, une recommandation explicite telle que celle suggérée devra être ajoutée.

50. La note invite aussi la Commission à examiner s'il faudrait également prévoir une autre recommandation permettant aux fournisseurs de prendre une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition. Dans ce cas, ces derniers bénéficieraient du même traitement que les créanciers garantis et une approche non unitaire pourrait être superflue.

51. **Mme Walsh** (Canada) exprime la crainte que la terminologie employée dans l'approche non unitaire ne respecte pas les concepts de financement avec réserve de propriété et de crédit-bail. Dans un système considérant la réserve de propriété comme formellement distincte de la sûreté, les règles de priorité ne s'expriment pas en tant que telles. La priorité découle plutôt du fait que la propriété n'a jamais été transférée du créancier à l'acheteur. Si l'oratrice se félicite que la recommandation 191 vise à aligner davantage les conséquences de la réserve de propriété et du crédit-bail sur le résultat obtenu dans un système ayant adopté une approche fonctionnelle, la façon dont cet objectif est exprimé semble estomper toutes les différences de fond et de forme entre les approches unitaire et non unitaire. Elle suggère donc que le Comité revienne à une approche respectant la forme de la réserve de propriété comme base d'opposabilité aux tiers.

La séance est suspendue à 15 h 30; elle est reprise à 16 heures.

52. **M. Macdonald** (Canada) dit que les réponses aux questions soulevées dans la note destinée à la Commission dépendront du libellé utilisé pour décrire le cadre conceptuel du Comité dans les recommandations relatives à l'approche non unitaire.

53. **La Présidente** demande si la délégation canadienne propose que toutes les recommandations de l'approche non unitaire soient reformulées de manière à reprendre une terminologie fondée sur le régime de la propriété.

54. **Mme Walsh** (Canada) dit que, dans un régime juridique où le concept de sûreté se limite aux biens dont le constituant est propriétaire, la réserve de propriété découlant d'un contrat de vente ou d'un crédit-bail n'est pas une sûreté réelle mobilière à proprement parler. Dans une opération avec réserve de propriété, la propriété est entre les mains du créancier et la sûreté est constituée d'un point de vue fonctionnel par le fait d'interdire le transfert de la propriété au cocontractant. Lorsque le vendeur ou le crédit-bailleur entrent en compétition avec un créancier de cette autre partie, ou avec une personne achetant auprès de cette autre partie, il convient de se référer aux droits de propriété plutôt qu'à la priorité, car le créancier ne cède jamais la propriété et l'acheteur ou le preneur à bail ne sont pas en mesure de transférer la propriété du bien concerné, ou de consentir une sûreté réelle mobilière sur ce bien.

55. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) suggère de remplacer le terme "priorité" par "opposabilité".

56. Si, selon le point de vue de la représentante du Canada, un vendeur dans un régime fondé sur la propriété conserve la pleine propriété d'un bien de sorte qu'un acheteur ne peut accorder aucune forme de sûreté sur ce bien, alors ce point de vue va à l'encontre de l'objectif qui anime le projet de guide, à savoir réduire le coût du crédit. L'une des innovations du projet de guide consiste à permettre la constitution de sûretés de rang inférieur pour que les constituants

puissent obtenir des crédits sur la base de la valeur des biens. Si un régime de propriété empêche l'acheteur de constituer une sûreté, même de rang inférieur à celle du vendeur, le résultat qui en découlerait sur le fond serait différent de celui obtenu avec les sûretés réelles mobilières et, partant, contraire aux grands principes qui sous-tendent le projet de guide.

57. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que le Groupe de travail a longuement débattu pour savoir s'il convenait d'utiliser l'opposabilité ou des notions similaires et a finalement arrêté son choix sur la "priorité", qui est certes une solution imparfaite mais qui constitue l'unique base sur laquelle un accord était possible. Lors de sa précédente session, la Commission a approuvé la décision du Groupe de travail.

58. **M. Schneider** (Allemagne) s'inquiète, comme les représentants du Canada, du fait que la recommandation 191 ne pose pas de simples questions rédactionnelles, mais soulève un problème fondamental, à savoir que les approches unitaire et non unitaire ont pour l'essentiel le même contenu.

59. **La Présidente** souligne que le texte a déjà été examiné par le Groupe de travail et par la Commission. En raison des contraintes de temps, elle demande instamment au Comité d'être prudent dans les propositions de changements de dernière minute.

60. **Mme Kaller** (Autriche) se range à l'avis exprimé par les représentants du Canada s'agissant des problèmes terminologiques dans l'approche non unitaire. Les législateurs auront du mal à décider comment traiter les questions de réserve de propriété et ont besoin d'orientations claires, en particulier sur la manière d'expliquer la situation juridique aux milieux d'affaires.

61. **Mme Gibbons** (Royaume-Uni) dit qu'elle partage la préoccupation exprimée par les représentants du Canada s'agissant du traitement que le projet de guide réserve aux droits de propriété et aux sûretés réelles mobilières. Ce traitement revient à transformer de force le concept de propriété en un concept de sûreté. La Commission des lois pour l'Angleterre et le Pays-de-Galles a récemment examiné s'il convenait d'adopter le modèle nord-américain des sûretés et a décidé de n'en rien faire, dans une large mesure en raison de la requalification des droits de propriété en sûretés.

62. **La Présidente** demande instamment au Comité de s'abstenir de revenir sur les décisions qui ont déjà été prises par le Groupe de travail s'agissant de l'approche non unitaire. Elle souligne que les inquiétudes de nature terminologique peuvent être correctement traitées dans le commentaire.

63. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) approuve la Présidente.

64. **M. Umarji** (Inde) dit que les opérations avec réserve de propriété comme les opérations de prêt sont, en substance, des opérations de crédit dans lesquelles des fonds sont fournis pour l'achat de biens. Il a donc été convenu de reconnaître la même validité aux deux types d'opérations. Cependant, comme certains pays rencontrent des difficultés pour considérer ces opérations comme des opérations garanties, il a été décidé de prévoir une approche unitaire et une approche non unitaire, étant entendu que l'on veillerait à ce qu'elles soient équivalentes dans toute la mesure possible.

65. L'orateur suggère de modifier le texte de sorte qu'il se réfère aux droits de propriété et non à la priorité. Par exemple, on pourrait énoncer que le propriétaire d'un bien soumis à une réserve de propriété peut conserver ses droits de propriété et récupérer le bien auprès de l'acheteur.

66. **M. Wiegand** (Suisse) ne partage pas le point de vue selon lequel les droits réels sont requalifiés. Il souligne que lorsqu'un bien est vendu sous réserve de propriété, la nature des droits change en raison de cette opération et il s'agit alors d'en tirer les véritables conséquences plutôt que de procéder à une requalification.

67. **La Présidente** réitère sa proposition de traiter les problèmes soulevés dans le commentaire.

68. **M. Voulgaris** (Grèce) exprime son soutien à la proposition de la Présidente.

69. **La Présidente** demande si quelqu'un souhaite appuyer les propositions contenues dans la note suivant la recommandation 191.

70. **Mme Walsh** (Canada) appuie la proposition du troisième paragraphe de la note, à savoir que la recommandation 191 devrait être supprimée car inutile, ainsi que l'alinéa b) de la section "Objet". Le concept de système non unitaire se fonde sur le fait que les fournisseurs conservent la propriété comme moyen de

financer des acquisitions, et la solution pour les créanciers garantis ordinaires est de négocier avec tout créancier garanti antérieur. Le maintien de la recommandation 191 est incompatible avec ce concept parce qu'il devient alors possible de prendre une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'acquisitions du même type que dans le système unitaire.

71. **M. Cohen** (États-Unis d'Amérique) dit qu'il est opposé à la suppression de la recommandation 191 car une telle suppression romprait l'équilibre délicat entre deux systèmes parallèles qui ont été conçus pour parvenir à des résultats similaires. De plus, il ne se souvient d'aucune décision, que ce soit dans le Groupe de travail ou dans la Commission, selon laquelle, dans un système non unitaire, les créanciers tiers ne pourraient pas accorder de crédits en vue du financement d'acquisitions et obtenir une sûreté réelle mobilière. La suppression de la recommandation 191 pour les raisons invoquées par la représentante du Canada serait donc incompatible avec les décisions prises jusque-là.

72. **M. Riffard** (France) demande une clarification concernant les types de créanciers qui bénéficieraient de la superpriorité.

73. **M. Schneider** (Allemagne) dit que la superpriorité ne sera pas nécessaire si la proposition de la représentante du Canada est adoptée, puisque le vendeur demeurerait le propriétaire. Si la recommandation 191 est conservée, elle devra rester dans sa forme actuelle et le vendeur devrait jouir de la superpriorité.

74. **Mme Walsh** (Canada) dit qu'il existe divers scénarios de financements d'acquisitions garantis par des sûretés réelles mobilières. Un pays qui souhaiterait adopter l'approche unitaire pourrait parvenir aux mêmes résultats sur le fond pour les vendeurs, les crédit-bailleurs et les prêteurs institutionnels grâce à un concept fonctionnel de sûreté. Dans ce cas, une recommandation telle que la recommandation 191 est nécessaire parce que différentes catégories de créanciers disposeraient de sûretés entre les fournisseurs et les prêteurs.

75. Le projet de guide présente l'approche non unitaire comme une alternative à l'approche unitaire. Cependant, si la logique de la réserve de propriété ou du crédit-bail est retenue, et que simultanément des dispositions prévoient la possibilité de constituer des sûretés en garantie du paiement d'acquisitions dotées d'une superpriorité, l'approche non unitaire viendra simplement compléter l'approche unitaire.

76. Si l'approche non unitaire est traitée comme une alternative à l'approche unitaire, les résultats des deux approches sont largement identiques. Un prêteur peut contribuer de deux manières au financement garanti d'une acquisition. Il peut accepter une cession des droits du fournisseur en échange d'un paiement au fournisseur, et partant acquérir une superpriorité grâce à la cession du droit de propriété dont jouissait le vendeur réservataire. Le prêteur peut également prendre une sûreté sur les droits de l'acheteur au titre de la vente sous réserve de propriété, de façon à réclamer la propriété en vertu de cette vente après règlement du prix d'achat. Ce faisant, le prêteur acquerra la valeur résiduelle après que le vendeur aura été payé. Comme le prêteur ne prend qu'une sûreté réelle mobilière ordinaire, il sera primé par le vendeur, qui conserve la propriété et, par-là, se classe premier. Ainsi, le résultat final est le même: le fournisseur a préséance sur le prêteur qui finance l'acquisition. Les deux scénarios ne posent aucun problème, ce qui n'est pas le cas de l'approche actuelle, qui combine un concept de sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions pour les prêteurs avec un concept de réserve de propriété et de crédit-bail pour les fournisseurs.

77. **M. Voulgaris** (Grèce) dit qu'il ne peut y avoir de superpriorité dans le cas de la réserve de propriété ou du crédit-bail, puisque la superpriorité présuppose la pleine propriété.

La séance est levée à 17 heures.

Compte rendu analytique de la 840e séance tenue au Centre international de Vienne, le mercredi 27 juin 2007, à 9 h 30

[A/CN.9/SR.840]

Présidente: Mme Sabo (Présidente du Comité plénier) (Canada)

La séance est ouverte à 9 h 45.

Adoption d'un projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties et travaux futurs possibles (*suite*) (A/CN.9/617, 620, 631 et Add.1 à 11, 632 et 633)

XII: Droits liés au financement d'acquisitions (suite) *(A/CN.9/631 et Add.9)*

B. Approche non unitaire des droits liés au financement d'acquisitions (suite) *(recommandations 184 à 201)*

1. **La Présidente** note que certaines délégations ont exprimé la crainte que l'absence de référence aux concepts fondés sur la propriété rende moins accessibles au lecteur les recommandations relatives à l'approche non unitaire des droits liés au financement d'acquisitions. Elle invite les membres à proposer des mesures envisageables pour résoudre rapidement et efficacement cette question.

2. **M. Riffard** (France) dit que des consultations informelles ont permis de conclure que le texte gagnerait en clarté s'il était reformulé. Il faudrait cependant décider, avant tout, s'il est sage de recourir au concept de priorité dans une approche non unitaire.

3. Un consensus s'est dégagé autour de l'objectif des droits liés au financement d'acquisitions, à savoir accorder un rang préférentiel à la partie finançant l'acquisition. Dans l'approche unitaire, qui met tous les créanciers garantis sur un pied d'égalité, un tel traitement préférentiel n'est possible que si l'on propose que le législateur accorde une superpriorité à la partie finançant une acquisition. Dans l'approche non unitaire, le rang préférentiel résulte simplement de la réserve de propriété dont bénéficie la partie finançant l'acquisition du bien. Dans un système non unitaire, la partie finançant une acquisition doit donc acquérir une sûreté lui donnant un droit de propriété soit grâce à une clause de réserve de propriété soit, indirectement, par cession de la créance à laquelle se rattache une sûreté.

4. L'unique pierre d'achoppement qui demeure est de savoir si, dans le contexte du système non unitaire, un prêteur garanti finançant l'acquisition de biens meubles corporels devrait se voir accorder un rang préférentiel. Si tel est le cas, il sera nécessaire d'introduire le concept de priorité dans l'approche non unitaire. Il y aurait alors deux catégories de parties finançant des acquisitions et dotées d'un statut préférentiel, celles qui bénéficient de ce statut du fait de leur réserve de propriété et celles qui jouissent d'une superpriorité, et il serait nécessaire de déterminer comment régler les conflits entre elles.

5. L'orateur propose de réécrire les recommandations sans en changer le fond, dès que le Comité sera parvenu à un accord sur les principes.

6. **M. Voulgaris** (Grèce) signale une autre question en suspens, à savoir celle des formalités à accomplir pour établir l'opposabilité dans le cas des opérations avec réserve de propriété, qui devraient être inscrites de la même manière que les autres sûretés réelles mobilières. Le principe en est posé dans la recommandation 186, dans la section relative à l'approche unitaire.

7. **M. Macdonald** (Canada) dit que certaines formulations du projet de guide semblent manquer de transparence pour des personnes qui les utiliseraient pour la première fois et qui seraient peut-être troublées de voir que des règles régissant apparemment les sûretés réelles mobilières sont applicables de la même façon aux droits inhérents à la réserve de propriété. Les recommandations devraient donc être élaborées de façon à clairement énoncer comment elles devraient être appliquées dans un régime de la propriété et dans un régime de la sûreté réelle mobilière et comment le principe d'équivalence fonctionnelle devrait être respecté. L'orateur soutient donc fermement la proposition du représentant de la France.

8. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) dit qu'il soutient aussi cette proposition.

9. **M. Voulgaris** (Grèce) exprime son soutien à la proposition à condition que les alinéas a) et b) de la recommandation 189 soient conservés sur le fond.

10. **La Présidente** considère que le Comité souhaite reformuler les recommandations relatives aux droits

liés au financement d'acquisitions dans la section sur l'approche non unitaire.

11. *Il en est ainsi décidé.*

*Recommandation 191 (*suite*)*

12. **M. Macdonald** (Canada) dit que l'idée exprimée au deuxième paragraphe de la note insérée après la recommandation 191 à l'intention de la Commission devrait figurer dans la section relative à l'approche non unitaire du projet de guide, de sorte que les lecteurs comprennent comment le principe d'équivalence devrait être appliqué en pratique.

13. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) dit qu'il ne voit pas vraiment pourquoi un tiers finançant une acquisition devrait se limiter à acquérir une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition ou un droit lié au financement de l'acquisition au moyen d'une cession. L'un des avantages de la création de la notion de tiers finançant une acquisition est de donner aux acheteurs un choix mettant la concurrence en jeu, c'est-à-dire soit emprunter de l'argent auprès d'une banque, soit obtenir un crédit auprès du vendeur. Restreindre les possibilités du tiers finançant l'acquisition comme il vient d'être dit interdit toute concurrence et met les vendeurs en position de pouvoir revendiquer une part dans les intérêts que peut demander la banque, parce qu'ils seraient en mesure de refuser la cession.

14. De plus, le champ d'application de la recommandation 191 serait relativement limité, puisqu'il concernerait un conflit entre un tiers finançant l'acquisition et un vendeur. Enfin, une telle règle, tout en étant acceptable, tendrait à favoriser le vendeur.

15. **M. Macdonald** (Canada) dit que le deuxième paragraphe de la note destinée à la Commission indique clairement que les prêteurs seraient libres d'acquérir soit une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de l'acquisition soit un droit lié au financement de l'acquisition, ce dernier se matérialisant par une cession du vendeur. Les prêteurs pourraient donc se prévaloir de toute la gamme des options et l'orateur ne souhaite pas laisser entendre qu'il faudrait leur interdire de prendre des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions.

16. **M. Kohn** (Observateur de la Commercial Finance Association) met en garde le Comité contre la suppression de l'alinéa b) de la section "Objet", comme le suggère le troisième paragraphe de la note à l'intention de la Commission. L'alinéa énonce le principe clef de l'équivalence fonctionnelle et devrait être conservé indépendamment de toute nouvelle rédaction du projet de recommandation 191.

17. **La Présidente** considère que le Comité est satisfait des principes exprimés dans la recommandation 191 et soutient le maintien du deuxième paragraphe de la note à l'intention de la Commission, étant entendu que les prêteurs auront toute la gamme des options à leur disposition.

18. *Il en est ainsi décidé.*

19. *La recommandation 191 est adoptée sous réserve de l'interprétation qui précède.*

Recommandation 192

20. **M. Kemper** (Allemagne) dit que les exigences supplémentaires imposées par la recommandation 192 à une partie finançant une acquisition, en particulier un vendeur titulaire d'une réserve de propriété, ne sont pas justifiées si les biens en question constituent des stocks pour l'acheteur. De tels cas devraient être traités conformément à la règle énoncée dans la recommandation 189 pour les biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation.

21. **La Présidente** dit qu'il faudra peut-être expliciter davantage les paragraphes 114 à 118 du commentaire du chapitre XII car ceux-ci n'expliquent pas suffisamment le raisonnement justifiant la différence de traitement accordé aux biens meubles corporels et aux stocks.

22. **M. Schneider** (Allemagne) demande si le terme "stocks" doit être défini du point de vue du vendeur ou de celui de l'acheteur. Les biens meubles corporels pourraient constituer des stocks pour le vendeur mais pas pour l'acheteur, et vice versa. La délégation des États-Unis sera peut-être en mesure de fournir des éclaircissements sur ce point, puisque la recommandation semble se fonder sur l'article 9 du Code de commerce uniforme des États-Unis. L'orateur apprécierait aussi une explication sur la façon dont un vendeur est supposé vérifier si une sûreté non liée à l'acquisition a été inscrite antérieurement dans le pays de l'acheteur. Le vendeur devra inspecter le registre du

pays, probablement avec l'aide d'un avocat, puis adresser une notification au détenteur de la sûreté précédemment inscrite, autant de démarches qui retarderont la livraison des marchandises.

23. **M. Cohen** (États-Unis d'Amérique) note que le terme "stocks" est fréquemment employé tout au long du projet de guide. La recommandation 87 du chapitre VII sur les priorités, par exemple, dispose qu'un acheteur de stocks dans le cours normal des affaires du vendeur prend lesdits stocks libres de toute sûreté. L'orateur convient avec le représentant de l'Allemagne que des problèmes pourraient surgir lorsque des marchandises constituent des stocks entre les mains du vendeur, et du matériel entre celles de l'acheteur. S'agissant de la recommandation 87, le commentaire et le guide terminologique se trouvant dans le document A/CN.9/631/Add.1 indiquent clairement comment il convient d'interpréter le terme "stocks". La même approche pourrait être adoptée pour ce qui concerne la recommandation 192.

24. Des problèmes relevant des ventes internationales de marchandises, des financements internationaux d'acquisitions et du conflit de lois se posent également tout au long du projet de guide. Ces difficultés ne devraient pas empêcher la Commission de recommander des règles appropriées aux opérations nationales et, à mesure que le nombre d'États suivant ces règles augmentera, les problèmes surgissant dans un cadre international devraient diminuer.

25. **M. Kemper** (Allemagne) dit que le projet de guide est destiné aux États souhaitant se doter de lois régissant à la fois le commerce interne et les opérations commerciales internationales qui reposent, par exemple, sur des importations de marchandises assorties d'une réserve de propriété. De telles lois énonceront aussi les conditions d'obtention de la priorité par voie d'inscription. Cependant, l'orateur estime que la recommandation 192 ne correspond pas à un choix de principe judicieux. Telle que libellée actuellement, elle favorise les établissements financiers au détriment des vendeurs titulaires d'une réserve de propriété. Ces derniers ont besoin d'un système d'inscription raisonnable et simple pour pouvoir effectuer des opérations commerciales rapides.

26. **M. Mitrović** (Serbie) dit que si les recommandations du projet de guide sont calquées sur la législation nationale existante, comme dans l'exemple cité par l'Allemagne, le commentaire pourrait utilement intégrer des renvois à cette législation.

27. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) dit que le projet de guide n'est pas fondé sur des choix de principe mais sur l'efficacité économique. Il ne se focalise pas sur les exportateurs ou les importateurs mais sur l'acheteur en tant que débiteur. Par exemple, lorsqu'un acheteur achète des machines à des fournisseurs dans six pays différents, les six vendeurs exportant leurs marchandises entreront en concurrence en cas d'insolvabilité de l'acheteur avec d'autres créanciers de ce dernier. Le projet de guide, en préconisant un registre informatisé moderne et efficace, devrait radicalement accélérer le commerce, parce que le vendeur sera en mesure d'accéder aux informations sur le registre dans le pays de l'acheteur afin de déterminer s'il doit procéder à une inscription et quelles autres personnes sont déjà inscrites.

28. **M. Kemper** (Allemagne) dit que, par choix de principe, il veut parler du choix d'un législateur qui doit trouver un équilibre entre les principes et les intérêts. Il ne s'agit pas simplement d'une question technique.

29. **M. Bazinas** (Secrétariat) croit comprendre que la principale objection à la recommandation 192 est qu'elle semble procéder d'un choix de principe en faveur des parties finançant des acquisitions en général au détriment des vendeurs de marchandises à crédit avec réserve de propriété, en raison des obligations d'inscription et de notification. Cependant, dans la recommandation 191, les vendeurs se voient accorder la priorité sur ces parties, ce qui tient compte dans une certaine mesure de la pratique actuelle de pays où la réserve de propriété est la principale sûreté réelle mobilière sans dépossession.

30. L'inscription est, certes, exigée, mais la charge qui pèsera sur le fournisseur dépendra du registre concerné. Si ce registre est bien organisé, l'inscription peut être rapide et peu onéreuse, et la notification peut alors être fournie pour toutes les opérations susceptibles d'être réalisées pendant une période de plusieurs années.

31. S'agissant du commerce international, les vendeurs qui commercialisent des marchandises soumises à des droits de réserve de propriété dans des pays où ces droits ne sont pas reconnus actuellement seront rassurés de savoir que, une fois que le pays de

destination des marchandises aura adopté une législation modelée sur le projet de guide, tout vendeur titulaire d'une réserve de propriété aura une sûreté réelle mobilière et sera reconnu en cas d'insolvabilité, pourvu que les mesures indispensables en matière d'opposabilité aient été prises.

32. **M. Schneider** (Allemagne) dit que la première question importante à traiter est la manière de définir les stocks. Il se félicite de voir que le représentant des États-Unis laisse entendre dans sa précédente intervention que les stocks devraient être définis du point de vue du vendeur et non de celui de l'acheteur, car les stocks peuvent constituer du matériel dans les mains de l'acheteur. Selon lui, le commentaire devrait refléter une telle définition. Par ailleurs, alors que l'orateur comprend pourquoi la notification devrait être fournie à une partie finançant l'acquisition de stocks, il ne voit pas pourquoi une partie finançant l'acquisition de matériel devrait s'attendre à recevoir une telle notification.

33. Selon la recommandation 192, le vendeur peut conserver la propriété des biens mais en se heurtant à des difficultés inutiles, et les exigences de notification et d'inscription empêchent une livraison rapide. Alors que sa délégation en est venue à accepter la nécessité d'une inscription, elle ne voit toujours pas la nécessité d'une notification.

34. **M. Kemper** (Allemagne) dit que le projet de guide devient de plus en plus complexe et long. Il propose donc de fusionner les recommandations 189 et 192 de sorte qu'une seule règle dans le droit fil de la recommandation 189 s'applique tant aux stocks qu'aux biens meubles corporels autres que les stocks.

35. **M. Kohn** (Observateur de la Commercial Finance Association) dit que l'une des vertus de la section relative à l'approche non unitaire est qu'elle protège toutes les parties et offre au vendeur de marchandises un moyen simple d'acquérir une superpriorité. Les vendeurs sont déjà actuellement tenus de comprendre les lois de l'importation et de l'exportation, de prendre des décisions en matière de crédit aux acheteurs et d'exercer la diligence voulue à d'autres égards encore au moment de vendre un bien, en particulier à un acheteur d'un autre pays. S'il est exact qu'une inscription et une notification supplémentaires sont requises dans l'approche non unitaire, il s'agit, au fond, d'actes administratifs simples, qui ne ralentiront pas les choses. Une autre vertu de cette approche est que les parties finançant actuellement des acquisitions de stocks seront protégées, puisqu'elles seront averties dans le cas où elles s'apprêteraient à financer des stocks soumis à un droit superprioritaire préexistant. Bien que la section "terminologie" du projet de guide définisse les stocks comme des biens meubles corporels que le constituant détient dans le cours normal de ses affaires, le vendeur ne devrait pas avoir de difficulté à déterminer les faits s'il fait preuve de la diligence voulue lorsqu'il prend la décision de vendre des marchandises à un acheteur particulier.

36. **La Présidente** note les inquiétudes exprimées par les représentants de l'Allemagne au sujet de la recommandation 192 et suggère qu'il soit fait mention de leur proposition dans le commentaire, de sorte que les législateurs en soient au moins informés.

37. **M. Kemper** (Allemagne) dit qu'un guide législatif est normalement moins contraignant qu'une loi type et il a le sentiment que le projet de guide devrait offrir davantage d'options aux législateurs. Il propose donc de présenter deux options: la première consisterait à maintenir des traitements différents pour les stocks et les biens meubles corporels autres que les stocks, conformément aux recommandations 189 et 192; la seconde option consisterait à traiter les deux de la même manière, conformément à la recommandation 189. Dans ce dernier cas, la recommandation 192 serait supprimée et le commentaire expliquerait les choix proposés dans la recommandation 189. L'orateur ajoute que sa proposition s'applique aussi à la section relative à l'approche unitaire.

La séance est suspendue à 11 h 15; elle est reprise à 11 h 45.

38. **M. Ghia** (Italie) appuie la solution proposée car elle offre plus de souplesse.

39. **Mme McCreath** (Royaume-Uni) dit qu'à sa connaissance le système d'inscription informatisé évoqué par le représentant des États-Unis, lequel système est censé accélérer la procédure d'enregistrement des sûretés, n'existe pas encore dans toute l'Europe et ne sera vraisemblablement pas disponible avant longtemps.

40. Elle appuie la solution souple proposée par le représentant de l'Allemagne.

41. **Mme Kaller** (Autriche), **M. Bellenger** (France), **Mme Kolibabska** (Pologne), **M. Voulgaris** (Grèce) et

M. Brink (Observateur de l'Europafactoring) expriment aussi leur soutien à la proposition.

42. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) dit qu'il souhaite voir reporter la décision sur la proposition jusqu'à que ce toutes les recommandations de la section relative à l'approche non unitaire aient été examinées, car la proposition doit être étudiée à la lumière du chapitre tout entier.

43. **M. Patch** (Australie) dit que la Commission doit montrer la voie aux pays qui envisagent d'appliquer les dispositions du projet de guide et qu'elle ne doit donc laisser subsister aucun doute ni aucune ambiguïté quant aux orientations qui ont sa préférence. C'est pourquoi le projet de guide devrait exprimer une opinion, tandis que le commentaire pourrait mettre clairement en avant les autres options.

44. **M. Umarji** (Inde) dit que, dans le cours normal des choses, même sans inscription, le constituant est tenu d'une obligation d'information dans une opération avec réserve de propriété, lorsque des droits sont créés au bénéfice de tiers. L'exigence d'une inscription servirait simplement de garantie supplémentaire.

45. **M. Kohn** (Observateur de la Commercial Finance Association) attire l'attention des participants sur les conséquences économiques de toute décision visant à s'écarter de l'actuelle approche, équilibrée, qui protège toutes les parties, pour s'orienter vers une approche favorisant le vendeur au détriment de la partie finançant l'acquisition des stocks. Si une telle décision est prise, il importe que le commentaire explique les conséquences économiques, parmi lesquelles une contraction généralisée du crédit.

46. **M. Kemper** (Allemagne) dit que si l'option proposée est adoptée, le commentaire prendra ces conséquences en compte. Cependant, il ne dirait pas que la solution consistant à fusionner les deux recommandations dans la recommandation 189 favorise le vendeur, et que l'autre solution représente une approche équilibrée.

47. **La Présidente** convient que le commentaire devra instamment inviter le législateur à examiner les conséquences économiques de l'une et l'autre options, et se pencher sur les considérations relatives à l'efficacité du registre. Tout en prenant note de la demande formulée par le représentant des États-Unis de reporter la décision, elle déduit du vif soutien exprimé par un certain nombre d'intervenants que le Comité souhaite offrir une solution différente des recommandations 189 et 192 dans la section concernant l'approche unitaire tout comme dans celle concernant l'approche non unitaire. Dans cette solution, une nouvelle recommandation semblable à la recommandation 189 traiterait de la priorité applicable à une sûreté réelle mobilière grevant un bien meuble corporel en garantie du paiement de son acquisition ou à un droit lié au financement de l'acquisition de ce bien.

48. *Il en est ainsi décidé.*

Recommandation 193

49. *La recommandation 193 est adoptée.*

Recommandation 194

50. **Mme Stanivuković** (Serbie) note que, dans la recommandation 194, le mot "right" a été omis après le mot "financing", à la quatrième ligne de la version anglaise. De plus, l'alinéa a) de cette recommandation 194 jette le trouble parce qu'il semble se référer à un jugement obtenu après la constitution d'une sûreté réelle mobilière, mais avant que cette sûreté soit rendue opposable aux tiers.

51. **La Présidente** croit comprendre que le Comité souhaite clarifier le libellé de la recommandation.

52. *Il en est ainsi décidé.*

53. *La recommandation 194 est adoptée sous réserve que son libellé soit clarifié.*

Recommandations 195 à 197

54. *Les recommandations 195 à 197 sont adoptées.*

Recommandations 198 et 199

55. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) demande si l'approche alternative, adoptée pour les recommandations 189 et 192, a des conséquences pour les recommandations 198 et 199, qui traitent, respectivement, du produit de biens meubles corporels autre que des stocks ou des biens de consommation, et du produit de stocks.

56. **M. Kohn** (Observateur de la Commercial Finance Association) dit que le représentant des États-Unis soulève une question pertinente, car la décision du Comité concernant les recommandations 189 et 192

réduirait, à son avis, le crédit fourni par les parties finançant des acquisitions de stocks. Il met en garde les participants contre la prise d'une nouvelle décision qui aurait un impact sur le volume du crédit disponible auprès des parties octroyant des financements par cession de créances.

57. **M. Schneider** (Allemagne) dit que si la deuxième option – à savoir la fusion des recommandations 189 et 192 – est adoptée, la recommandation 199 n'aura plus raison d'être et devra être supprimée.

58. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que, bien que de nombreux systèmes juridiques suivent l'approche fixée par la seconde option s'agissant des marchandises soumises à une réserve de propriété, très peu accordent la priorité au produit des marchandises. De plus, dans certains des systèmes en question, la priorité est perdue si le produit est mélangé et n'est plus identifiable.

59. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) dit qu'à son avis la recommandation 199 énonce un principe fort consistant à encourager le financement par cession des créances nées de la vente des stocks, parce que les parties octroyant ce type de financement n'auront pas à consulter constamment le registre. Quel que soit le sort des recommandations 189 et 192, la recommandation 199 devrait être préservée séparément en tant qu'unique recommandation destinée à régir la superpriorité sur le produit découlant de la vente de stocks.

60. **M. Weise** (Observateur de l'American Bar Association) dit que la décision antérieure du Comité sur la question de savoir s'il convient d'adresser une notification au prêteur garanti finançant l'acquisition de stocks, qui dépendra du gré du vendeur, n'a pas d'incidence sur la question présente, qui se rapporte au financement des créances de l'acheteur. Si les recommandations 189 et 192 sont fusionnées, rien n'empêche de supprimer la recommandation 198 et de faire de la recommandation 199 la règle générale, mais l'orateur ne préconise pas nécessairement une telle solution.

61. **M. Schneider** (Allemagne) dit qu'il nourrit des doutes depuis le début quant à l'exigence de notification et que le problème sera aggravé si cette exigence est appliquée également à la recommandation 199. Si la deuxième option est adoptée, il sera préférable de conserver la recommandation 198 et de supprimer la recommandation 199. Le Secrétariat a noté à juste titre que les règles varient d'un pays à l'autre en ce qui concerne le produit, mais le produit vient dans tous les cas se substituer aux marchandises livrées et la réserve de propriété devrait donc être étendue.

62. **M. Kohn** (Observateur de la Commercial Finance Association) dit que la notion de réserve de propriété étendue, telle que la présente la recommandation 198, n'existe à sa connaissance que dans un seul pays. Il ne faudrait donc pas la proposer comme une option dans le projet de guide, sans y réfléchir très sérieusement. Le Groupe de travail a rédigé son projet de recommandation 199 après de longues délibérations pour parvenir à un équilibre et pour accroître le plus possible l'offre de crédit en encourageant à la fois le financement par cession de créances et le financement sur stocks. À l'opposé, l'adoption de la recommandation 198 découragerait le financement par cession de créances. Quand bien même cette solution serait présentée comme une option, elle serait mal interprétée, puisque l'objet du projet de guide est d'encourager le crédit en apportant de la sécurité juridique aux prêteurs. La recommandation 199 apporte cette sécurité aux parties finançant des acquisitions et aux parties accordant des financements par cession de créances.

63. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) partage cet avis. S'agissant de savoir si une notification est nécessaire pour le produit, il croit comprendre que, dans l'approche alternative, le vendeur obtiendrait la priorité pour ce qui concerne les marchandises et se verrait accorder un délai de grâce pour l'inscription. Si, toutefois, la superpriorité est étendue au produit, comme l'envisage la recommandation 198, l'objectif du projet de guide, qui est d'encourager le financement par cession de créances, serait gravement compromis et le vendeur se verrait reconnaître des droits bien supérieurs à ceux qui existent dans la plupart des pays, dans lesquels les droits de réserve de propriété du vendeur ne s'étendent pas au produit. La suppression de la recommandation 199 compromettrait gravement l'équilibre réalisé par le compromis auquel les participants sont précédemment parvenus.

64. **M. Wezenbeek** (Observateur de l'Union européenne) dit qu'il ressort clairement des discussions entre les États membres de l'Union européenne que l'Observateur de la Commercial Finance Association a tort de laisser entendre que l'Allemagne est le seul

pays qui souhaite conserver la mesure prévue dans la recommandation 198. Au contraire, cette mesure jouit d'un soutien relativement large et devrait trouver sa place dans le projet de guide. L'orateur ajoute qu'il n'est pas totalement convaincu que l'inscription soit le système idéal.

65. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) s'inquiète de voir rouvertes à chaque séance des questions qui ont déjà été résolues par le Groupe de travail et la Commission. Si une modification précise recueille un large soutien, sa délégation l'acceptera. Dans le cas des recommandations 189 et 192, par exemple, bien qu'elle ait nourri des doutes quant à l'ampleur du soutien qui serait exprimé en faveur d'un changement de principe, la délégation n'a pas soulevé d'objection par esprit de compromis. Pour autant, elle s'oppose fermement à ce que l'on continue à revenir sur des points qui ont déjà fait l'objet d'accords.

66. **M. Kemper** (Allemagne) dit qu'il n'a aucune proposition particulière visant à modifier soit la recommandation 198, soit la recommandation 199. Il souhaite simplement appeler l'attention des participants sur les conséquences de l'adoption de la deuxième option, en particulier pour la recommandation 198 qui fait pendant au libellé de la recommandation 189.

67. **La Présidente** dit qu'il convient de distinguer entre les changements d'ordre rédactionnel et les changements portant sur les principes. La décision sur les deux options entraînera des modifications de forme pour les recommandations 198 et 199.

68. **M. Bazinas** (Secrétariat) garantit au Comité que les recommandations 198 et 199 seront reformulées pour prendre en considération les changements qui ont été convenus.

La séance est levée à 12 h 30.

Compte rendu analytique de la 841e séance tenue au Centre international de Vienne, le mercredi 27 juin 2007, à 14 heures

[A/CN.9/SR.841]

Présidente: Mme Sabo (Présidente du Comité plénier) (Canada)

La séance est ouverte à 14 heures.

Adoption d'un projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties et travaux futurs possibles (suite) (A/CN.9/617, 620, 631 et Add.1 à 11, 632 et 633)

XII: Droits liés au financement d'acquisitions (suite) *(A/CN.9/631 et Add.9)*

Approche non unitaire des droits liés au financement d'acquisitions (suite) *(recommandations 184 à 201)*

Recommandations 198 et 199

1. **La Présidente** dit que, s'il n'y a pas d'opposition, elle considèrera que le Comité approuve quant au fond les recommandations 198 et 199 et laisse au Secrétariat le soin de procéder aux aménagements rédactionnels nécessaires. Elle considère également que le Comité souhaite supprimer les crochets de la recommandation 199 et conserver le texte figurant entre ceux-ci, comme cela a été fait pour la recommandation 199 dans la section relative à l'approche unitaire.

2. *Les recommandations 198 et 199 sont adoptées sous réserve de ces modifications.*

Recommandations 200 et 201

3. *Les recommandations 200 et 201 sont adoptées.*

Commentaire du chapitre XII: Droits liés au financement d'acquisitions (A/CN.9/631/Add.9)

4. **La Présidente** croit comprendre que le Comité souhaite approuver quant au fond le commentaire du chapitre XII, sous réserve de tout changement nécessaire pour tenir compte des modifications apportées aux recommandations 184 à 201 (approches unitaire et non unitaire).

5. *Le commentaire du chapitre XII est adopté quant au fond sous réserve de tout changement rendu nécessaire par la modification des recommandations.*

XIII: Droit international privé (A/CN.9/631 et Add.10)

6. **M. Deschamps** (Canada), soutenu par **M. Voulgaris** (Grèce) et **M. Riffard** (France), dit qu'il ne lui semble pas sage de remplacer le titre du chapitre "Conflits de lois" par "Droit international privé". Si les règles de conflit de lois font, à n'en point douter, partie du droit international privé, le chapitre XIII s'intéresse exclusivement aux règles régissant la loi applicable aux sûretés réelles mobilières. Le champ du droit international privé est bien plus large et englobe des règles non liées aux questions de conflit de lois, comme la compétence des tribunaux et la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers. Il serait donc préférable de conserver le titre utilisé précédemment.

7. **M. Marca Paco** (Bolivie) dit que ni le titre "Droit international privé" ni celui de "Conflits de lois" ne sont appropriés. L'objectif du chapitre est d'établir la loi applicable, indépendamment de l'existence éventuelle d'un conflit de lois. Le titre le plus approprié serait donc "Loi applicable".

8. **La Présidente** considère que le Comité souhaite remplacer le titre "Droit international privé" par un titre plus approprié, en laissant aux spécialistes en terminologie le soin de choisir le meilleur titre dans chaque langue.

9. *Il en est ainsi décidé.*

10. **M. Wezenbeek** (Observateur de l'Union européenne) propose de supprimer la note de bas de page faisant allusion à la coopération avec la Conférence de La Haye de droit international privé, note, qui ne semble pas avoir sa place là.

11. **La Présidente** dit que la coopération avec le Bureau permanent de la Conférence de La Haye est un

exemple de coopération entre institutions que le Groupe de travail a voulu encourager en le saluant dans cette note de bas de page.

12. **M. Kemper** (Allemagne) propose d'insérer les mots "Bureau permanent de" avant "la Conférence de La Haye de droit international privé".

13. *Il en est ainsi décidé.*

Recommandation 202

14. **La Présidente** demande si le Comité souhaite inclure le texte actuellement entre crochets dans la recommandation 202.

15. **Mme Okino Nakashima** (Japon) propose d'inclure le texte. Lorsque des biens meubles sont soumis à un système d'inscription sur un registre spécialisé, la loi de l'État sous l'autorité duquel le registre est tenu doit prévaloir.

16. **M. Voulgaris** (Grèce), **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) et **Mme McCreath** (Royaume-Uni) sont du même avis.

17. **M. Wezenbeek** (Observateur de l'Union européenne) dit que le thème du chapitre XIII peut susciter de vives controverses. La Convention sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire (Convention de La Haye sur les titres) a été adoptée hâtivement en 2002 mais à ce jour deux États seulement l'ont signée. En Europe, la question de savoir s'il faut ou non signer cette convention divise profondément. Une proposition de règlement sur la loi applicable aux accords contractuels (Rome I), qui prévoit des dispositions sur les cessions de créances et les conflits de lois, suscite également de vifs débats au sein de l'Union européenne. Le chapitre XIII est une composante essentielle du projet de guide et, compte tenu de la complexité des questions qu'il traite, il ne devrait pas être adopté à la hâte.

18. **La Présidente** note que la règle inscrite dans la recommandation 202 est conforme à la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (Convention des Nations Unies sur la cession). La Commission européenne a, dans le passé, fait connaître sa volonté d'œuvrer à une solution qui soit cohérente avec cet instrument, de sorte que les États membres de l'Union européenne puissent l'adopter.

19. **M. Rögner** (Observateur de la Fédération européenne d'assurance et de réassurance) souscrit aux commentaires de l'Observateur de l'Union européenne et se dit favorable à l'inclusion du texte entre crochets, qui explique pourquoi la *lex situs* devrait être la loi applicable.

20. **M. Marca Paco** (Bolivie) demande si la proposition figurant dans la note destinée à la Commission part du principe que le texte entre crochets sera conservé dans la recommandation 202. Selon lui, la question de l'insertion du texte a une incidence sur la décision que prendra le Comité d'ajouter, ou non, une recommandation à la lumière de la note.

21. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que la note ne préjuge pas de la décision du Comité sur le texte entre crochets.

22. **La Présidente** considère que le Comité souhaite inclure le texte entre crochets dans la recommandation 202.

23. *Il en est ainsi décidé.*

24. *La recommandation 202, telle que modifiée, est adoptée.*

25. **La Présidente** invite le Comité à examiner la proposition figurant dans la note qui fait suite à la recommandation 202.

26. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que la Commission est invitée à examiner si elle souhaite ajouter une recommandation qui traiterait du conflit de priorité entre deux créanciers, l'un titulaire d'une sûreté réelle mobilière avec dépossession sur un document négociable et l'autre titulaire d'une sûreté réelle mobilière sans dépossession sur les biens meubles corporels représentés par le document. La recommandation prévoirait explicitement, conformément aux pratiques actuelles, que la loi du lieu où se trouve le document devrait s'appliquer afin de préserver la négociabilité de ce dernier. La question pourrait être clarifiée dans le commentaire du chapitre XIII mais le Comité souhaitera peut-être la traiter dans une recommandation distincte.

27. **M. Deschamps** (Canada) fait connaître son soutien de principe à l'ajout d'une recommandation. Il juge cependant préférable de repousser la décision sur la question jusqu'aux conclusions de l'examen de la version révisée de la recommandation 107, qui

concerne la question de savoir si un créancier garanti détenant un connaissement a priorité sur un réclamant concurrent détenteur d'un droit sur les marchandises dans le cadre d'un autre mécanisme.

28. **M. Pendón Meléndez** (Espagne) rappelle son mécontentement à l'égard du traitement réservé aux documents négociables dans le projet de guide. Avant de donner suite à la note destinée à la Commission, le Comité devrait prendre une décision claire sur la recommandation 107. Il se range donc à la proposition du représentant du Canada.

29. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que le Comité pourrait aussi examiner le cas d'un conflit de priorité entre une sûreté sur un document négociable et une sûreté sur les marchandises représentées par le document, lorsque cette dernière est soumise à inscription dans un système spécialisé. L'orateur considère que la loi du lieu du document négociable devrait être applicable, mais le Comité voudra peut-être débattre la question à la lumière de la version révisée de la recommandation 107.

30. **La Présidente** considère que le Comité ne souhaite pas se prononcer sur la note destinée à la Commission tant qu'il n'aura pas eu la possibilité d'examiner la version révisée de la recommandation 107.

31. *Il en est ainsi décidé.*

Recommandation 203

32. **M. Pendón Meléndez** (Espagne) croit comprendre que la recommandation 203 ne s'applique qu'aux biens meubles corporels en transit pour lesquels aucun instrument ou document négociable n'a été émis. Si tel est le cas, cette exclusion devrait être mentionnée dans le commentaire du chapitre XIII.

33. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que la recommandation 203 s'applique indépendamment du fait que les marchandises soient représentées par un document négociable ou qu'un document voyage avec les marchandises. L'expression "biens meubles corporels autres que des instruments ou documents négociables" renvoie aux marchandises seulement et n'a pas d'incidence sur la question de l'existence d'un document négociable.

34. **M. Voulgaris** (Grèce) convient que les marchandises en transit devraient être considérées séparément des documents par lesquels elles pourraient être représentées. La recommandation devrait en outre préciser que le transit doit être achevé dans un délai de sept jours.

35. **M. Pendón Meléndez** (Espagne) dit que, puisque la question est liée au régime général applicable aux documents négociables et a une incidence sur d'autres recommandations, il serait utile d'inclure une note explicative générale dans le commentaire. Une règle générale non écrite du transport international veut que, si les biens meubles corporels en transit sont représentés par un document négociable, toute mesure touchant ces biens, par exemple la réalisation de sûretés réelles mobilières, devrait être prise sur la base du document négociable.

36. **M. Voulgaris** (Grèce) demande une discussion de fond sur ce point. Si, par exemple, un connaissement a été émis pour des marchandises en transit, la loi régissant les connaissements devrait, à l'évidence, être appliquée.

37. **La Présidente** suggère que la question soit traitée lorsqu'une décision aura été prise sur la recommandation 107 et sur la note suivant la recommandation 202.

38. *Il en est ainsi décidé.*

39. **M. Riffard** (France) dit que la question de la loi applicable dans le cas du transfert d'une sûreté réelle mobilière par cession d'une créance n'a pas été résolue. Il propose s'insérer une recommandation sur cette question, dont les répercussions sont importantes.

40. **La Présidente** est d'avis que la règle prévue sur ce point dans la Convention des Nations Unies sur la cession devrait s'appliquer.

41. **M. Deschamps** (Canada) dit que l'on peut déduire de l'article 22 de la Convention sur la cession, concernant la loi applicable aux droits concurrents, que la loi régissant la priorité déterminera si le cessionnaire peut se prévaloir d'une sûreté réelle mobilière sur une créance. La règle implicite est que la loi du constituant déterminera si des formalités sont nécessaires pour permettre au cessionnaire de bénéficier de la sûreté sur la créance. Cependant, la question est complexe et demande plus ample examen.

42. **La Présidente** suggère de repousser l'examen de la question et de la recommandation 203 jusqu'à ce que

toutes les recommandations du chapitre XIII aient été examinées.

43. *Il en est ainsi décidé.*

Recommandation 204

44. **Mme Perkins** (Royaume-Uni) dit que la règle posée par la recommandation 204 ne convient pas aux biens meubles incorporels, qui sont la monnaie des marchés financiers. En certaines circonstances, la recommandation suscitera des ambiguïtés insolubles pour le tribunal saisi, et l'insécurité juridique est précisément ce que la Commission souhaite éliminer. Certaines délégations estiment que les avantages pratiques découlant de la recommandation 204 pour les opérations ordinaires que sont la cession globale de créances ou la cession de créances futures l'emportent sur les inconvénients liés à l'insécurité juridique concernant les opérations non ordinaires. Cependant, on peut déduire de l'exception très générale prévue dans la Convention sur la cession pour les contrats financiers et les instruments financiers, autrement dit les autres biens incorporels, que la recommandation 204 ne fonctionne pas en dehors de la cession globale de créances ou de la cession de créances futures.

45. À titre d'illustration, l'oratrice décrit une situation dans laquelle un cédant consent une première sûreté réelle mobilière (sûreté A) sans dépossession en un lieu donné, puis change de lieu et octroie une deuxième sûreté réelle mobilière (sûreté B) dans ce deuxième lieu. Le tribunal compétent peut alors se trouver confronté à une situation dans laquelle soit les deux sûretés sont prioritaires, soit aucune ne l'est. Si, par exemple, la sûreté A sur les biens incorporels a été constituée la première mais inscrite la deuxième, et la sûreté B a été constituée la deuxième mais inscrite la première, et si la loi du premier lieu prévoit que la priorité est déterminée en fonction de la date de constitution, tandis que la loi du deuxième lieu prévoit que la priorité dépend de la date d'inscription, les deux sûretés auront alors, en vertu de la recommandation 204, priorité l'une sur l'autre.

46. De même, si la cession d'une lettre de crédit par le cédant à titre de garantie dans un lieu donné est suivie d'une nouvelle cession par le cessionnaire dans un lieu différent, et que la loi du premier lieu n'impose pas une notification à la banque émettrice afin d'acquérir la priorité mais que la loi du deuxième lieu l'exige, le tribunal compétent sera là encore confronté à une situation dans laquelle les deux sûretés seront prioritaires. La recommandation 204 est inappropriée, sans doute dans tous les cas et certainement pour les opérations portant sur des biens incorporels autres que les cessions globales de créances et les cessions de créances futures.

47. **M. Deschamps** (Canada) dit que les situations qui viennent d'être décrites peuvent surgir non seulement avec les contrats financiers mais aussi avec d'autres sortes de biens meubles incorporels ou de créances commerciales. Si un cédant établi dans un État accorde une cession à un premier créancier garanti, et s'il transfère ensuite son établissement principal dans un deuxième État où il accorde une cession à un deuxième créancier garanti pour la même créance, la même lettre de crédit ou le même contrat financier, il sera difficile de déterminer quelle loi s'applique aux droits concurrents des deux créanciers garantis, surtout si la loi du premier État donne priorité au premier créancier et la loi du deuxième État au second. L'orateur émet l'opinion que la solution réside dans la recommandation 216, selon laquelle dans les situations décrites par la représentante du Royaume-Uni, la loi du nouveau lieu de situation du constituant déterminera la priorité entre les réclamants concurrents.

48. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que le projet de guide considère la cession d'un cédant A à un cessionnaire B dans des pays différents qui est suivie d'une cession à un cessionnaire C conformément à la Convention sur la cession comme des cessions consécutives ne créant pas de conflit de priorité parce que le premier cessionnaire devient ensuite le cédant. Il n'y a donc pas ici de droits concurrents donnant lieu à un conflit de priorité.

La séance est suspendue à 15 h 35; elle est reprise à 16 h 5.

49. **Mme Perkins** (Royaume-Uni) dit que si la recommandation 216 apporte certes des solutions au tribunal saisi, elle le fait de manière largement arbitraire entre les cessionnaires des première et deuxième sûretés. Dans le cas de cessions concurrentes et lorsque les règles de priorité sont différentes entre les deux lieux de cession, le tribunal devra appliquer les règles de priorité du deuxième lieu. Une telle règle désavantage le premier cessionnaire qui n'a aucune garantie d'être prioritaire au moment où la sûreté est

accordée, puisqu'un changement futur du lieu de situation du constituant risque de modifier la priorité de sa sûreté et son opposabilité aux futurs cessionnaires. La recommandation 216 ne fournit donc pas de solution adéquate aux problèmes émanant de la recommandation 204.

50. L'oratrice pense qu'elle aurait peut-être dû formuler son objection à la recommandation 204 sous un angle autre que celui du tribunal saisi, en invoquant le problème de la position du débiteur, qui est souvent un débiteur sur les marchés financiers. Lorsqu'une sûreté est constituée sur un contrat financier, il est important pour le débiteur au titre de ce contrat, qui peut être une partie dans une transaction hors cours au titre d'instruments dérivés ou d'un contrat sur taux de change ou l'émetteur d'une lettre de crédit, de savoir qui payer si la dette est cédée. Si la loi régissant ces questions est déterminée en fonction du lieu de situation du constituant ou du cédant et que ce lieu change, le débiteur sur les marchés financiers ne sera pas en mesure d'identifier, avec une quelconque certitude, la loi applicable aux questions de priorité et vis-à-vis des nouveaux cessionnaires.

51. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que la recommandation 216, selon laquelle le lieu à prendre en considération est celui du constituant au moment où naît le conflit de priorité, peut donner l'impression que le cessionnaire du lieu initial perdra automatiquement sa priorité. Or, la recommandation 46 prévoit que le cessionnaire du lieu initial peut conserver son opposabilité et sa priorité en accomplissant les formalités d'opposabilité exigées dans le nouveau lieu pendant un délai de grâce. Une règle distincte figurant à la recommandation 208 régit la constitution, l'opposabilité, la priorité, l'exécution ainsi que les droits et obligations de l'émetteur d'une lettre de crédit.

52. **Mme Kaller** (Autriche) fait sien le commentaire du représentant de l'Union européenne sur la complexité des questions abordées dans le chapitre XIII, qui ont été examinées à plusieurs occasions. Si l'inclusion de ce chapitre dans le projet de guide la laisse perplexe, elle respecte le fait que des décisions ont déjà été prises, notamment dans le contexte de la Convention des Nations Unies sur la cession, et qu'il est difficile de revenir en arrière. Cependant, la solution qu'apporte la recommandation 204 n'est pas satisfaisante. Dans le cadre de la proposition de la Commission européenne en vue d'un règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), la loi du lieu du cédant et la loi régissant la créance cédée sont envisagées comme autant d'options pour la loi applicable aux effets des cessions à l'égard des tiers.

53. **M. Ghia** (Italie) soutient les déclarations des représentantes du Royaume-Uni et de l'Autriche. Il exprime une préférence pour l'application de la *lex contractus* choisie par les parties.

54. **Mme Walsh** (Canada) dit que la recommandation 213 règle le problème soulevé par la représentante du Royaume-Uni à propos de la nécessité dans laquelle se trouve le débiteur de savoir qui il doit payer pour être libéré de ses obligations. La recommandation confirme que la loi applicable est celle régissant l'obligation de paiement, en d'autres termes le contrat qui donne naissance à l'obligation ayant fait l'objet d'une cession ou de la création d'une sûreté réelle mobilière. La question de savoir si la personne ayant droit au paiement a aussi un droit de priorité doit être réglée entre les cessionnaires ou les créanciers garantis concurrents. Les débiteurs en compte qui ont rempli leurs obligations de paiement conformément à la loi régissant le contrat générateur de l'obligation sont toujours protégés. Cette loi régit aussi l'existence et la portée de tout droit à compensation.

55. **M. Weise** (Observateur de l'American Bar Association) dit qu'il ne faut pas oublier que le choix de la loi applicable régit aussi l'opposabilité aux tiers. Si la loi qui régit la créance s'applique aussi à l'opposabilité, des inscriptions multiples dans des États multiples seront possibles. Il faudrait aussi garder à l'esprit que les règles concernant la loi applicable sont généralement fondées sur le principe que les autres États ont des lois comparables, de sorte que l'hypothèse décrite par la représentante du Royaume-Uni, dans laquelle l'opposabilité intervient lors de la création, resterait rare.

56. **M. Murray** (Royaume-Uni) dit que la structure du projet de guide, qui oblige les législateurs à se référer aux recommandations 204, 216 et 46 lorsqu'ils aborderont la question en cours de discussion, est peu pratique. De plus, la recommandation 46 semble exiger de la part du cessionnaire une vigilance qui entre en

contradiction avec les attentes sur les marchés financiers.

57. Alors que la recommandation 213 énonce une position formelle s'agissant de la protection du débiteur, les débiteurs de créances financières sont rarement indifférents au fait de savoir si le créancier final est la banque avec laquelle ils sont normalement en rapport ou bien un fonds vautour. Ils souhaitent généralement être certains que la loi dont ils sont convenus qu'elle régira leur dette déterminera aussi la question de la cessibilité d'une créance.

58. **La Présidente** rappelle au Comité que le débat à venir sur les contrats financiers aidera peut-être à résoudre certaines des questions soulevées. Compte tenu de la discussion, elle ne voit aucune raison de modifier la recommandation 204.

59. **Mme McCreath** (Royaume-Uni) fait entendre à nouveau les profondes inquiétudes de sa délégation quant à la recommandation 204, inquiétudes que partagent à son avis plusieurs autres délégations. Elle propose de repousser la décision finale sur la recommandation jusqu'à l'issue de la discussion sur les contrats financiers.

60. **M. Kemper** (Allemagne) soutient cette proposition.

61. **M. Deschamps** (Canada), revenant sur la question du débiteur d'une créance dans le cadre d'un contrat financier qui refuse d'avoir une obligation de paiement envers un fonds vautour, dit que la question de la cessibilité de la créance est traitée à l'alinéa b) de la recommandation 213. Si le contrat donnant naissance à la créance contient une clause d'incessibilité, et si cette clause est valable au regard de la loi régissant le contrat, la clause sera opposable sauf si la créance est une créance commerciale.

62. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) soutient fermement le libellé de la recommandation 204. Il ne souhaite pas débattre la question plus avant.

63. **La Présidente** dit que le Groupe de travail a longuement examiné la question et que la Commission a tranché. Malgré les inquiétudes exprimées par certaines délégations, il ne semble pas que l'idée de rouvrir le débat de fond sur la recommandation 204 soit majoritaire. De plus, l'oratrice est certaine que la discussion sur les contrats financiers dissipera toutes les inquiétudes restantes.

64. **Mme McCreath** (Royaume-Uni) exprime son désaccord avec cette conclusion. Les préoccupations exprimées par un certain nombre de délégations valent qu'on s'y arrête. Une fois adopté, le projet de guide sera considéré comme représentant les meilleures pratiques et si l'applicabilité de certaines recommandations suscite déjà des doutes réels, il est essentiel d'approfondir les discussions. Il ne sert à rien de se contenter de déclarer la question close, et cela sape le consensus. L'oratrice suggère, par exemple, que des renvois soient intégrés dans la recommandation 204, sous une forme ou une autre. En tout état de cause, la discussion devrait être repoussée jusqu'à ce que les recommandations sur les contrats financiers aient été examinées.

65. **La Présidente** dit que la décision sur la recommandation 204 se fonde non seulement sur les discussions du Groupe de travail et de la Commission mais aussi sur six années de négociations autour de la Convention sur la cession, auxquelles le Royaume-Uni a participé. Elle considère, cependant, que le Comité accepte d'inclure des renvois aux recommandations concernées.

66. *La recommandation 204 est adoptée sous réserve d'y inclure les renvois nécessaires.*

67. **M. Voulgaris** (Grèce) attire l'attention sur la question des droits de propriété industrielle et de propriété intellectuelle qui sont soumis à inscription. À son avis, ces droits devraient être régis par la loi de l'État dans lequel l'inscription a eu lieu.

68. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que la formulation employée dans une version précédente de la recommandation 204 concernant la loi qui déterminera le lieu du registre pour les biens incorporels soumis à inscription a été supprimée dans l'attente de l'examen d'un projet relatif aux sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles et des propositions émanant du Colloque consacré aux sûretés réelles mobilières sur les droits de propriété intellectuelle, qui s'est tenu à Vienne en janvier 2007 (A/CN.9/632). Le commentaire expliquera comment le projet de guide devrait en principe être appliqué aux sûretés grevant des propriétés intellectuelles dans l'attente de l'achèvement de tout projet futur, étant entendu que certaines recommandations pourraient se révéler inappropriées et que les États adoptants pourraient avoir besoin d'adapter leur législation. En

cas d'incohérence, le droit de la propriété intellectuelle prévaudra.

Recommandation 205

69. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que la note insérée après la recommandation 205 à l'intention de la Commission se rapporte à la deuxième phrase de cette recommandation, qui dispose que, dans un conflit de priorité entre des droits de créanciers concurrents inscrits dans un registre immobilier, la loi du lieu du registre devrait s'appliquer. La note propose de limiter la portée de cette règle aux situations dans lesquelles l'inscription au registre de biens immeubles a des incidences sur les questions de priorité. Si l'inscription n'a aucune conséquence pour les questions de priorité, la loi du lieu du cédant s'appliquera.

70. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) appuie la suggestion figurant dans la note. Le même principe serait applicable à la recommandation 202 et à toute autre disposition relative aux registres. Il propose donc que chaque référence à un registre de biens soit réexaminée pour déterminer si l'inscription a des incidences en matière de priorité, par opposition aux incidences fiscales ou autres non liées à la priorité.

71. **La Présidente** dit que, s'il n'y a pas d'opposition, elle considérera que le Comité approuve la proposition faite par le représentant des États-Unis et souhaite aller dans le sens de la suggestion figurant dans la note.

72. *Il en est ainsi décidé.*

73. *La recommandation 205, telle que modifiée, est adoptée.*

Recommandation 206

74. **La Présidente** rappelle au Comité que le Groupe de travail a décidé, après une longue discussion infructueuse, de présenter deux variantes A et B dans la recommandation.

75. **M. Wiegand** (Suisse) appuie fermement la variante B, qui, de fait, permet de concilier les intérêts du client et de la banque sur la base de l'autonomie des parties. Il n'a jusqu'à cet instant entendu aucun argument convaincant concernant les intérêts que la variante A est censée protéger.

76. **M. Umarji** (Inde) soutient la variante A, selon laquelle la loi de l'État où la banque tenant le compte a son établissement devrait s'appliquer. Comme les banques sont tenues de respecter toutes sortes de règles concernant, entre autres, la fiscalité, les opérations douteuses et le blanchiment d'argent, la logique veut que les affaires liées aux sûretés réelles mobilières sur un compte soient régies par la loi du lieu de situation de la banque.

77. **M. Riffard** (France), soutenu par **Mme Kaller** (Autriche), dit que la variante A ne cherche à protéger aucun intérêt particulier et est donc la solution la plus objective.

78. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique), soutenu par **Mme McCreath** (Royaume-Uni), a le sentiment très fort que la variante B est plus neutre et plus facile à appliquer mais propose, à la lumière des divergences d'opinions persistantes, que les deux variantes soient conservées.

79. **Mme Kolibabska** (Pologne) dit que, compte tenu du débat approfondi dont la recommandation 206 a fait l'objet dans son pays, elle soutient la variante A comme étant l'option la plus favorable à la stabilité.

80. **M. Cochard** (Observateur de l'Association française des entreprises privées) soutient la variante A, qui est préférable tant pour sa cohérence avec d'autres réglementations applicables aux banques que dans l'optique de la sécurité juridique. Il est beaucoup plus simple de déterminer la loi applicable sur la base du lieu de situation d'une banque qu'en cherchant à avoir accès à une convention de compte.

81. **M. Patch** (Australie) demande comment la variante A s'appliquera lorsqu'un compte en banque ne se trouve dans aucun lieu physique parce qu'il est tenu par une cyberbanque.

82. **La Présidente** dit que la question a été débattue dans le Groupe de travail et a suscité une divergence d'opinions.

83. Elle considère que, compte tenu des opinions très vivement défendues de part et d'autre, le Comité souhaite conserver tant la variante A que la variante B. Le commentaire expliquera les principes qui sous-tendent chacune des approches.

84. *Il en est ainsi décidé.*

85. *La recommandation 205 est adoptée.*

La séance est levée à 17 h 5.

Compte rendu analytique de la 842e séance tenue au Centre international de Vienne, le jeudi 28 juin 2007, à 9 h 30

[A/CN.9/SR.842]

Présidente: Mme Sabo (Présidente du Comité plénier) (Canada)

La séance est ouverte à 9 h 45.

Adoption d'un projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties et travaux futurs possibles (*suite*) (A/CN.9/617, 620, 631 et Add.1 à 11, 632 et 633)

XIII: Droit international privé (A/CN.9/631 et Add.10)

Recommandations 207 à 213

1. *Les recommandations 207 à 213 sont adoptées.*

Recommandation 214

2. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que la recommandation 214 est le résultat d'un compromis de dernière minute auquel est parvenu le Groupe de travail VI. Cette recommandation prévoit que la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels devrait être régie par la loi de l'État où a lieu la réalisation, tandis que la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles incorporels devrait être régie par la loi de l'État dont la loi régit la priorité des sûretés.

3. Dans la mesure où le terme "réalisation" peut désigner des actes accomplis dans différents pays, tels que la notification, la reprise de possession, la vente ou la redistribution du produit, et où le bien grevé pourrait être un meuble corporel avant une vente mais un meuble incorporel après la vente, le Secrétariat a proposé dans une note insérée après la recommandation que la Commission examine la question de savoir si une loi – la loi régissant la priorité – devrait être rendue applicable à la réalisation des sûretés réelles mobilières sur des biens meubles tant corporels qu'incorporels. Pour les biens meubles corporels, la réalisation interviendra le plus souvent dans l'État où se trouvent les biens et la loi de cet État régira la priorité. Pour les biens meubles incorporels, elle interviendra dans l'État où se trouve le constituant et la loi de cet État régira la priorité.

4. **M. Deschamps** (Canada) appuie la suggestion du Secrétariat.

5. **Mme Kaller** (Autriche) juge préférable le libellé actuel car, dans certains cas, un bien meuble corporel peut se trouver dans un État différent de l'État dont la loi régit la réalisation.

6. **M. Riffard** (France), évoquant l'affirmation dans la note du Secrétariat selon laquelle le lieu de la réalisation d'une sûreté sur un bien meuble corporel est dans la plupart des cas le lieu de situation de ce bien, demande si l'expression "dans la plupart des cas" renvoie aux exceptions mentionnées à la recommandation 202, concernant d'une part les sûretés sur un type de biens meubles corporels habituellement utilisé dans plusieurs États, sûretés auxquelles s'applique la loi de l'État du constituant et, d'autre part, les sûretés sur le même type de biens meubles corporels soumis à un système d'inscription sur un registre spécialisé, auxquelles s'applique la loi de l'État sous l'autorité duquel le registre est tenu. Dans ce cas, l'orateur entrevoit une incohérence potentielle entre la suggestion avancée dans la note destinée à la Commission et la recommandation 202.

7. **M. Deschamps** (Canada) dit que, dans l'idéal, la loi régissant la priorité et celle applicable à la réalisation devraient être les mêmes en raison des difficultés qui pourraient survenir lorsque les règles de réalisation d'un État interdisent à ce dernier de donner pleinement effet aux règles de priorité d'un autre État. Selon toute vraisemblance, un bien soumis à un système d'inscription sur un registre spécialisé se trouvera dans l'État sous l'autorité duquel le registre est tenu, de sorte que les cas où la loi applicable à la réalisation différera de celle du lieu de situation du bien seront rares.

8. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) dit qu'il ne peut appuyer ni le libellé actuel ni la suggestion du Secrétariat, mais que le représentant du Canada l'a convaincu des avantages que présente le fait d'aligner

les règles de conflit de lois relatives à la réalisation sur celles relatives à la priorité.

9. **M. Ghia** (Italie) exprime sa préférence pour le texte existant, qui assure un meilleur équilibre et une meilleure efficacité de la réalisation.

10. **Mme Okino Nakashima** (Japon), soutenue par **M. Kemper** (Allemagne), dit qu'elle partage l'avis du représentant de l'Italie. Les questions touchant la réalisation des sûretés réelles mobilières comportent des aspects à la fois de fond et de procédure, et la réalisation peut reposer sur des mesures tant judiciaires qu'extrajudiciaires. Elle estime donc, comme le prévoit la recommandation 214 a), que la réalisation d'une sûreté sur un bien meuble corporel devrait être régie par la loi du for.

11. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que l'expression "dans la plupart des cas" renvoie au fait que le lieu de la réalisation des sûretés réelles mobilières sur des biens meubles corporels est généralement le lieu de situation des biens – mais pas toujours–, puisqu'il pourrait s'agir, par exemple, du lieu où le registre est tenu. Il en va de même de certains biens meubles incorporels, comme indiqué dans la recommandation 107.

12. **M. Riffard** (France) dit que la suggestion du Secrétariat, selon laquelle le lieu de la réalisation des sûretés réelles mobilières sur des biens meubles corporels est – dans la plupart des cas – le lieu de situation des biens, est une option plus claire et plus objective.

13. **M. Deschamps** (Canada) dit que l'expression "lieu de la réalisation" est vague car on ne sait pas toujours où intervient la réalisation. Par exemple, un créancier garanti dans l'État A pourrait saisir un tribunal dans cet État pour réaliser une sûreté sur un bien situé dans l'État B. L'État A pourrait donc être considéré comme le "lieu de la réalisation" même si le bien se trouve ailleurs. L'orateur propose d'inclure le texte existant et la suggestion du Secrétariat en tant que variantes.

14. **Mme Kaller** (Autriche) soutient le texte existant. Des difficultés surgiront si le jugement d'un tribunal d'un État doit être reconnu par les tribunaux d'autres États. De plus, les problèmes qui se posent n'ont pas trait seulement au conflit de lois mais concernent également les aspects procéduraux. Les États qui ne reconnaissent pas la réalisation extrajudiciaire n'accepteront pas qu'un créancier étranger entre au domicile d'un débiteur pour saisir des biens en règlement d'une dette.

15. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) appuie la proposition du représentant du Canada de présenter des variantes. Il partage également l'opinion de la représentante de l'Autriche s'agissant de la réalisation judiciaire et de la réalisation extrajudiciaire. En l'absence de tribunal compétent dans le cadre de la réalisation extrajudiciaire, il faut une règle qui fonctionne tout aussi bien dans les deux types de réalisation. Alors que, normalement, l'orateur ne soutiendrait pas l'introduction de variantes dans une règle de conflit, il est prêt à faire une exception dans le cas présent parce que la recommandation existante ne peut apporter la certitude attendue d'une telle règle.

16. **M. Bazinas** (Secrétariat) demande au Comité comment une règle renvoyant à la loi régissant la priorité s'appliquera dans les États où le concept de priorité est inexistant ou, de façon plus générale, où la priorité ne se distingue pas de la constitution ni de l'opposabilité. Il demande aussi comment une telle règle sera appliquée aux droits découlant du financement d'acquisitions, puisque même certaines parties du projet de guide n'utilisent pas le terme "priorité" pour l'approche non unitaire.

17. **M. Pereznieto Castro** (Mexique) se dit favorable au texte existant et déclare que les aspects de procédure de la réalisation sur lesquels les tribunaux se prononcent ne devraient pas être confondus avec la loi applicable à la réalisation. Le projet de guide apporte suffisamment de clarté à cet égard et l'élargir plus encore pourrait être source de confusion.

18. **M. Riffard** (France) dit que la note destinée à la Commission répond à la question soulevée par le Secrétariat à propos du concept de priorité. Il propose de supprimer les mots "et la loi de cet État régirait la priorité" dans les deuxième et troisième phrases de la note se rapportant respectivement aux biens meubles corporels et aux biens meubles incorporels.

19. **M. Bazinas** (Secrétariat) demande si, dans ce cas, la référence au lieu de situation du bien s'agissant des meubles corporels et au lieu de situation du constituant pour les biens meubles incorporels devrait devenir une règle stricte, ou s'il faudrait prévoir des exceptions, par exemple la loi de l'État tenant le registre.

20. **M. Deschamps** (Canada) dit que la modification du texte dans le sens proposé par le représentant de la France créerait des problèmes car, ainsi que le Secrétariat vient de le souligner, des exceptions seront nécessaires. Cependant, le Comité ne devrait pas s'inquiéter exagérément du fait que, dans le chapitre consacré au financement d'acquisitions, l'approche non unitaire n'emploie pas le terme "priorité", car les règles de conflit seront interprétées comme étant applicables au système non unitaire et les termes utilisés seront adaptés en conséquence. Ainsi, le terme "priorité", au sens large, engloberait toute situation dans laquelle il y a conflit entre des droits concurrents.

21. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique), soutenu par **M. Ghia** (Italie), propose d'expliquer l'interprétation large du terme "priorité" dans le commentaire.

22. **Mme Stanivuković** (Serbie) dit qu'il est important de distinguer entre les questions de fond et les questions de procédure. Le terme "priorité" se rapporte à des questions de fond, qui seront régies par les règles de priorité déjà établies. Les questions de procédure, quant à elles, ne pourraient être régies que par la loi du lieu de la réalisation – la *lex fori*. L'oratrice suggère donc d'introduire le qualificatif "procédurales" après le mot "questions" dans le chapeau du texte existant de la recommandation 214. Elle s'interroge aussi sur le caractère éventuellement superflu de l'alinéa b) de la recommandation.

23. **M. Bazinas** (Secrétariat) attire l'attention sur le commentaire se rapportant à la loi applicable à la réalisation des sûretés réelles mobilières, figurant aux paragraphes 56 à 58 du document A/CN.9/631/Add.10, qui apporte des éclaircissements sur les questions de fond et de procédure.

24. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) demande si la réalisation extrajudiciaire comporte le moindre aspect procédural. Dans la négative, il propose que le commentaire indique clairement que la distinction entre fond et procédure ne vaut que dans le cas d'une action judiciaire et qu'elle n'intervient pas dans celui d'une réalisation extrajudiciaire.

25. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que des questions de procédure pourraient surgir à certains stades de la réalisation extrajudiciaire et que ces questions pourraient être abordées dans le commentaire.

26. **M. Ghia** (Italie) soutient le libellé original de la recommandation 214. Tous les points pertinents complémentaires pourraient être intégrés au commentaire.

27. **La Présidente** considère que le Comité souhaite adopter la version originale de la recommandation 214 et examiner dans le commentaire d'autres approches, notamment celle proposée dans la note destinée à la Commission.

28. *Il en est ainsi décidé.*

29. *La recommandation 214 est adoptée.*

Recommandation 215

30. **M. Voulgaris** (Grèce) note que la recommandation 215 suit la solution retenue dans la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (la Convention des Nations Unies sur la cession), à savoir que le lieu de situation du constituant désigne le lieu où s'exerce l'administration centrale de ce dernier. Il aurait préféré que référence soit faite au lieu de la succursale du constituant qui présente le lien le plus étroit avec la convention constitutive de sûreté.

31. *La recommandation 215 est adoptée.*

Recommandation 216

32. **M. Voulgaris** (Grèce) dit que la référence, dans la recommandation 216 a), au "moment où la sûreté réelle mobilière a été créée" est trop vague et risque de semer la confusion.

33. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que le "moment de la constitution" fait l'objet de la recommandation 12.

34. **M. Cohen** (États-Unis d'Amérique) dit que le représentant de la Grèce a raison d'attirer l'attention sur les problèmes émanant de l'expression "moment où la sûreté réelle mobilière a été créée". Un problème de conflit de lois se posera si les États concernés ont des règles différentes en ce qui concerne la notion de constitution des sûretés. La simple référence au moment de la création ne permet pas de régler ce problème puisque, dans certains États, une sûreté réelle mobilière peut être constituée verbalement, tandis que d'autres États imposent qu'elle le soit par écrit. Il serait préférable de recourir à un libellé ayant la forme suivante: "le moment auquel il est fait valoir que la sûreté a été créée".

35. **Mme Walsh** (Canada) dit que l'expression appropriée pourrait être celle de "constitution présumée" de la sûreté réelle mobilière.

36. **Mme Stanivuković** (Serbie) suggère l'expression "constitution prétendue".

37. **La Présidente** considère que le Comité souhaite modifier la recommandation dans ce sens et laisser le soin au Secrétariat d'en rédiger le libellé final.

38. *Il en est ainsi décidé.*

39. *La recommandation 216 est adoptée sous réserve des modifications convenues.*

Recommandation 217

40. *La recommandation 217 est adoptée.*

La séance est suspendue à 11 h 5; elle est reprise à 11 h 35.

Recommandation 218

41. **M. Deschamps** (Canada) propose de modifier comme suit l'alinéa c) de la recommandation 218: "Les dispositions matérielles de la loi du for sur l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière ou sa priorité sur les droits des réclamants concurrents ne peuvent être appliquées en vertu des règles énoncées aux alinéas a) et b) de la présente recommandation". Cette formulation se fonde sur la disposition correspondante de la Convention sur la cession. L'alinéa c) a pour objectif d'énoncer clairement que si les règles de conflit du projet de guide exigent l'application d'une loi d'un autre État aux questions d'opposabilité ou de priorité, le tribunal compétent ne pourra pas invoquer des principes d'ordre public pour écarter ces règles. Cependant, des principes d'ordre public pourront être invoqués pour empêcher l'application d'une loi d'un autre État à d'autres questions, telles que la constitution. Si, par exemple, la loi d'un autre État permet la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur les salaires et que les règles d'ordre public du for ne le permettent pas, ces règles pourraient être invoquées pour écarter la loi de l'autre État.

42. **M. Bazinas** (Secrétariat) demande si l'ajout de l'adjectif "matérielles" est nécessaire, compte tenu de la règle énoncée à la recommandation 217. Il suppose que la dernière partie de la version originale, à savoir les mots "sauf si la loi du for est la loi applicable en vertu des dispositions de la présente loi relatives au droit international privé", a été supprimée parce qu'elle allait de soi.

43. **Mme Walsh** (Canada) dit que l'exclusion de la règle du renvoi dans la recommandation 217 traite d'un point différent. La proposition d'introduire l'adjectif "matérielles" dans l'alinéa c) de la recommandation 218 vise à préciser que les dispositions de fond de la loi du for en matière d'opposabilité ou de priorité d'une sûreté réelle mobilière ne sont pas applicables. L'intervenante attire l'attention sur une utilisation analogue de l'expression "de droit matériel" dans la recommandation 220.

44. **La Présidente** souligne que, tout au long du projet de guide, le mot "loi" est employé au sens de "droit matériel". Elle considère que le Comité accepte d'adopter la version modifiée de la recommandation sans l'adjectif "matérielles".

45. *Il en est ainsi décidé.*

46. *La recommandation 218, telle que modifiée, est adoptée.*

Recommandations 219 et 220

47. **La Présidente** attire l'attention des participants sur la proposition, formulée dans une note insérée après la recommandation 220, de supprimer l'alinéa b) de la recommandation 219 au motif qu'il est couvert, quant au fond, par la recommandation 220.

48. **M. Deschamps** (Canada) soutient la proposition.

49. **La Présidente** considère que le Comité souhaite supprimer l'alinéa b) de la recommandation 219 et laisser au Secrétariat le soin de modifier en conséquence la formulation des recommandations 219 et 220.

50. *Il en est ainsi décidé.*

51. *Les recommandations 219 et 220 sont adoptées sous réserve de ces modifications.*

Recommandations 221 et 222

52. *Les recommandations 221 et 222 sont adoptées.*

Commentaire du chapitre XIII: Droit international privé (A/CN.9/631/Add.10)

Paragraphe 1

53. *Le paragraphe 1 est approuvé quant au fond.*

Paragraphe 2

54. **M. Deschamps** (Canada) dit que le paragraphe 2 du commentaire contredit les principes qui sous-tendent les recommandations correspondantes dans le projet de guide. Celui-ci dispose que les tribunaux doivent, préalablement à l'application des règles de conflit de lois, déterminer si l'affaire est nationale ou internationale. Les critères sur lesquels le tribunal fonderait cette décision ne sont pas précisés dans le commentaire, qui renvoie simplement aux règles générales de droit international privé du for. Il s'ensuit qu'un tribunal pourrait décider qu'une affaire n'est pas internationale même si la règle de conflit énoncée dans le projet de guide indique que la loi d'un autre État est applicable. Une telle approche entrerait en contradiction avec la recommandation 218 et les phrases en question devraient être supprimées du paragraphe 2.

55. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) soutient vivement la proposition du représentant du Canada.

56. **M. Voulgaris** (Grèce) exprime aussi son soutien à la proposition. Il propose en outre de supprimer les expressions "for" et "tribunal", qui donnent l'impression que des questions litigieuses sont invariablement soulevées. Il suggère donc de remplacer l'expression "que si le for est situé dans un État" dans la première phrase par les mots "que si l'opération est examinée dans un État".

57. **La Présidente** dit que, si les expressions contre lesquelles s'est élevé le représentant de la Grèce ne sont pas idéales, elle doute qu'on puisse trouver une autre solution acceptable par tous. Cependant, elle croit comprendre que le Comité souhaite laisser au Secrétariat le soin de réécrire le paragraphe à la lumière des propositions faites par les représentants du Canada et de la Grèce.

58. *Il en est ainsi décidé.*

59. *Le paragraphe 2 est approuvé quant au fond sous réserve des modifications convenues.*

Paragraphes 3 à 13

60. *Les paragraphes 3 à 13 sont approuvés quant au fond.*

Paragraphe 14

61. **M. Voulgaris** (Grèce) propose que le paragraphe 14 soit revu de manière à ne pas laisser entendre que tous les systèmes juridiques adoptent une position identique s'agissant de l'application de la loi du lieu de situation du bien à la constitution d'une sûreté réelle mobilière entre les parties.

62. *Le paragraphe 14 est approuvé quant au fond sous réserve de la modification convenue.*

Paragraphes 15 à 34

63. *Les paragraphes 15 à 34 sont approuvés quant au fond.*

Paragraphes 35 à 47

64. **Mme McCreath** (Royaume-Uni), attirant l'attention sur les liens entre les paragraphes 35 à 40 et la recommandation 204, propose d'inclure dans ces paragraphes des renvois semblables à ceux qui ont été convenus pour la recommandation. De plus, dans la mesure où des questions communes relevant des contrats financiers restent ouvertes, elle propose de différer l'approbation des paragraphes 35 à 40.

65. **M. Wezenbeek** (Observateur de l'Union européenne) abonde dans le sens de la représentante du Royaume-Uni. La question traitée à la recommandation 204 fait l'objet d'un vif débat dans l'Union européenne, dans le cadre de la proposition de la Commission européenne en vue d'un règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I). Compte tenu de la nature très complexe de la question, les discussions dureront vraisemblablement un certain temps encore.

66. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit qu'il a fallu six ans à la CNUDCI pour négocier la Convention des Nations Unies sur la cession, qui a été adoptée par l'Assemblée générale. La Commission a donc résolu la question de la loi régissant les créances par opposition à la loi du cédant. L'adoption d'une règle cohérente dans le projet de guide est le résultat de six nouvelles années de négociations.

67. Les recommandations, pas plus que le commentaire, ne font allusion à la proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), car celui-ci n'a pas été finalisé. L'unique projet de texte disponible adopte la loi du cédant avec certaines différences dans la définition de la règle sur le lieu de situation. De plus, l'unique déclaration officielle faite à cet égard à la trente-neuvième session de la Commission a eu pour objet de souligner que la Commission européenne partage les préoccupations de la CNUDCI à propos de l'impact potentiel de l'adoption d'une loi différente sur le financement par cession de créances et qu'elle est prête à élaborer une approche cohérente, de sorte qu'une règle de conflit de lois uniforme puisse être adoptée. Bien que la CNUDCI ait conscience que la mise au point finale du document Rome I est un processus complexe et long, on ne peut attendre d'elle qu'elle modifie des règles adoptées après de longues négociations pour s'aligner sur un projet d'instrument. Tout en ayant toujours été ouverte aux efforts d'harmonisation régionaux, elle ne peut être liée par ces efforts dans la mesure où il est demandé à l'Organisation des Nations Unies et à la CNUDCI de représenter la communauté internationale dans son ensemble.

68. **Mme McCreath** (Royaume-Uni) dit que le but de la présente discussion est de parvenir à un consensus sur le meilleur projet de guide possible. À cette fin, des efforts doivent être faits pour s'adapter aux besoins d'un environnement mondial changeant. Le secteur britannique du financement par cession de créances est sans doute le plus important d'Europe et fonctionne sur la base de règles de conflit de lois très différentes de celles actuellement proposées dans le projet de guide.

La séance est levée à 12 h 30.

Compte rendu analytique de la 843e séance tenue au Centre international de Vienne, le jeudi 28 juin 2007, à 14 heures

[A/CN.9/SR.843]

Présidente: Mme Sabo (Présidente du Comité plénier) (Canada)

La séance est ouverte à 14 h 10.

Adoption d'un projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties et travaux futurs possibles (*suite*) (A/CN.9/617, 620, 631 et Add.1 à 11, 632 et 633)

Commentaire du chapitre XIII: Droit international privé (suite) *(A/CN.9/631/Add.10)*

*Paragraphes 35 à 47 (*suite)

1. **La Présidente** dit que la discussion que le Comité tiendra ultérieurement sur les contrats financiers pourrait avoir une incidence sur la portée du projet de guide et, par voie de conséquence, modifier l'impact – mais pas le fond – de la recommandation 204 et partant le texte des paragraphes 35 à 40 du commentaire du chapitre XIII.

2. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) dit que toutes les opérations concernées ont été examinées dans les plus grands détails par la Commission lors de l'élaboration de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (la Convention des Nations Unies sur la cession). Ce processus a conduit non seulement à traiter indépendamment les contrats financiers dans la Convention, mais aussi à inclure des exceptions et énumérer diverses pratiques. Bien que les pratiques utilisées dans les opérations évoluent constamment, tous les aspects fondamentaux sont traités dans la Convention et aucun changement de fond n'est intervenu qui justifierait de réexaminer les questions concernées.

3. **M. Cochard** (Association française des entreprises privées), se référant aux paragraphes 42 à 44 du commentaire et aux deux variantes énoncées dans la recommandation 206, estime qu'à la lumière du rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa douzième session (A/CN.9/620), le commentaire devrait indiquer que la majorité des États membres soutient la variante A, c'est-à-dire la loi de l'État dans lequel la banque tenant le compte a son établissement ou, s'il existe plusieurs établissements, la loi de l'État où se trouve la succursale qui tient le compte.

4. **La Présidente** dit que le Groupe de travail a décidé de mettre les deux variantes sur un pied d'égalité. La question de savoir si une majorité des membres du Groupe de travail a soutenu l'une ou l'autre des variantes est dès lors sans intérêt et il n'y a pas lieu d'en faire mention dans le commentaire, qui doit faire l'objet d'une adoption consensuelle.

5. **Mme Kaller** (Autriche) propose d'indiquer au paragraphe 38 du commentaire qu'il existe des solutions autres celles fixées par la Convention sur la cession.

6. **Mme Walsh** (Canada) dit que, si des personnes raisonnables peuvent être en désaccord sur une quelconque question juridique, la question qui anime les participants est celle du choix de la loi en matière de priorité entre les droits de tiers concurrents. Une règle sur le choix de la loi ne remplira pas son objectif si les États peuvent "faire leur marché" parmi les différentes règles sur le choix du droit régissant les questions de priorité et d'opposabilité. Si l'on prévoit différentes options dans ce domaine, il s'ensuivra qu'un créancier garanti pourrait se voir accorder une priorité au titre de la loi applicable conformément à la règle sur le choix de la loi d'un État A, tandis qu'un autre créancier garanti pourrait jouir d'un droit de rang supérieur en vertu de la loi applicable dans l'État B, qui appliquerait une règle différente sur le choix de la loi. Cette situation ne favorisa ni la prévisibilité ni la sécurité juridique dans l'ordonnancement des priorités. Laisser aux États le libre choix entre différentes approches les encouragera à rechercher le for le plus avantageux. On peut certes regretter que des États, par exemple ceux qui participent aux négociations sur la proposition de la Commission européenne en vue de l'élaboration d'un règlement sur la loi applicable aux

obligations contractuelles (Rome I), soient incapables de parvenir à un accord sur une règle qui soit cohérente avec celle énoncée par la Convention sur la cession, mais la Commission ne peut modifier les décisions adoptées dans le cadre d'un tel instrument qui, au contraire d'un guide législatif, a pour objectif de promouvoir l'uniformité. Tout l'objet de l'adoption d'une règle sur le choix de la loi est d'assurer une uniformité mondiale.

7. **M. Bazinas** (Secrétariat), tout en remerciant la représentante du Canada pour son vote de confiance à la Commission, exprime sa déception devant le manque de confiance d'autres États envers la Convention sur la cession, qu'ils ont pourtant activement contribué à élaborer. Les recommandations sur les créances figurant dans le projet de guide n'ont pas été formulées comme des recommandations générales assorties de variantes parce que le Groupe de travail et la Commission ont décidé d'adopter l'approche fixée dans la Convention sur la cession. Il serait quelque peu étrange que la Commission entreprenne de saper dans un guide législatif l'acceptabilité de l'un de ses récents instruments, qui plus est pour renforcer une position de négociation spécifique lors d'un processus normatif en cours au sein d'une autre instance.

8. **La Présidente** considère que le Comité souhaite approuver les paragraphes 35 à 47 quant au fond, sous réserve de toute modification susceptible de s'avérer nécessaire à la lumière de la discussion sur les contrats financiers et de l'insertion des renvois proposés par la représentante du Royaume-Uni lors de la séance précédente.

9. *Il en est ainsi décidé.*

10. *Les paragraphes 35 à 47 sont approuvés quant au fond sous réserve des modifications convenues.*

Paragraphes 48 à 64

11. **M. Bazinas** (Secrétariat), se référant aux paragraphe 56, dit que tout sera mis en œuvre pour que le commentaire reflète les principaux points soulevés pendant la discussion lors de la séance précédente, concernant les recommandations sur la loi applicable à la réalisation, notamment le point selon lequel, en l'absence de réalisation judiciaire, la question de savoir si l'affaire est liée à une question de fond ou de procédure, n'est pas pertinente. Le commentaire clarifiera le fait que la recommandation 214 est destinée à traiter des questions de fond liées à la réalisation, et non à saper la règle généralement admise selon laquelle les questions de procédure sont soumises à la loi du lieu où la réalisation intervient.

12. *Les paragraphes 48 à 64 sont approuvés quant au fond sous réserve des modifications convenues.*

Paragraphes 65 à 75

13. *Les paragraphes 65 à 75 sont approuvés quant au fond.*

Discussion préliminaire sur les contrats financiers

14. **M. Murray** (Royaume-Uni) dit que le Royaume-Uni considère les contrats financiers comme une catégorie spéciale de biens meubles incorporels utilisés sur des types de marchés spéciaux, à savoir les marchés financiers. Il estime aussi que des travaux techniques supplémentaires sont nécessaires sur la question pour que les règles du projet de guide soient applicables à bon escient et n'interfèrent pas avec les pratiques communes des marchés financiers et les impératifs d'efficacité et de transparence. Comme le Groupe de travail ne s'est pas encore concentré sur les contrats financiers en tant que type particulier de bien grevé, ces derniers n'ont pas pu être abordés de manière appropriée au stade actuel des discussions relatives au projet de guide.

15. Les contrats financiers devraient être traités comme une forme de bien grevé plutôt que comme un accord de garantie. Si la définition des contrats financiers dans la Convention sur la cession peut servir de point de départ, il faudrait toutefois en élargir la portée. Les contrats financiers sont, au sens large, des cessions de positions sur des marchés boursiers réglementés, des contrats financiers régis par des conventions de compensation globale et des opérations de change. D'autres types de contrats financiers, tels que les dépôts bancaires et les engagements de garantie indépendants, ont déjà été définis dans le projet de guide et obéissent à des règles distinctes. L'orateur se concentre donc sur les produits dérivés non cotés, généralement soumis à des conventions de compensation globale, les marchés de devises au comptant, les conventions de rachat et les prêts de titres en tant que formes de biens grevés, plutôt qu'en tant qu'opérations garanties, ce qui est quelque peu troublant puisqu'ils servent ces deux objectifs. Dans le

cadre des financements structurés, pratiquement tous comportent maintenant des opérations de couverture, reposant sur des taux d'intérêt, des devises et occasionnellement le crédit. La titrisation synthétique, opération clef, est en réalité un dérivé de crédit. Les avantages des contrats de couverture passés par des entités ad hoc dans le cadre de financements structurés sont toujours intégrés au mécanisme de sûreté. Il s'ensuit que ces types de biens meubles incorporels sont utilisés comme garanties et doivent être soumis à des règles claires.

16. S'agissant de la règle de conflit de lois relative aux sûretés sur un contrat financier, l'orateur soutient qu'il ne serait pas contraire à la Convention sur la cession d'élaborer une règle distincte, car les contrats financiers sont exclus du champ d'application de la Convention.

17. Le représentant du Royaume-Uni croit fermement que le meilleur moyen d'établir une priorité sur des contrats financiers affectés en garantie est d'utiliser le concept du contrôle. La définition que le projet de guide donne de la notion de contrôle se limite aux dépôts bancaires et aux engagements de garantie indépendants et n'est pas suffisamment large pour englober ce qu'il entend par contrats financiers. Il faudrait énoncer clairement que le contrôle est le moyen principal et, dans l'idéal, le moyen exclusif de rendre opposable une sûreté sur un contrat financier, mais aussi que le contrôle l'emporte sur l'inscription. Compte tenu de la rapidité de mouvement des marchés financiers, même si l'inscription n'était pas nécessaire, elle pourrait être source de confusion si certaines parties croient qu'elles doivent procéder à une inscription par mesure de précaution. Il serait donc préférable de dire clairement que le contrôle est le moyen de rendre opposable une sûreté réelle mobilière sur un contrat financier.

18. La recommandation 25, qui interdit les clauses d'incessibilité, se limite en théorie aux créances, mais l'orateur se demande si l'actuelle définition de la créance exclut effectivement les contrats financiers. L'orateur note que la recommandation prévoit une exception pour des contrats de fourniture de services financiers, mais il ne pense pas que ce concept soit suffisamment clair et large pour couvrir tout ce qui est désigné sous l'acception de contrat financier.

19. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) dit que le représentant du Royaume-Uni a formulé des remarques importantes, dont certains éléments pourraient être inclus dans le projet de guide après un examen soigneux au regard de la pratique et de la Convention sur la cession. Les questions soulevées pourraient être discutées entre les sessions et des recommandations pourraient être élaborées lors de consultations informelles, pour être soumises à la Commission lors de la reprise de sa session en décembre 2007.

20. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) salue la volonté du représentant du Royaume-Uni de travailler sur les définitions et les exclusions énoncées dans la Convention sur la cession comme un moyen de limiter toute adaptation qui pourrait être nécessaire aux fins du projet de guide. Il note que la Convention sur la cession exclut certes les contrats financiers, tels que définis dans cet instrument, mais qu'elle n'exclut que ceux qui sont soumis à des conventions de compensation globale et quelques autres contrats tels que les contrats de change et les dispositifs de prêts de titres. Comme le projet de guide contient des recommandations sur des biens particuliers, tout examen plus approfondi de la question des contrats financiers devrait être guidé par l'idée d'inclure, avec des adaptations éventuelles, des règles spécifiques aux contrats financiers qui soient conformes à la définition et au traitement de ces dispositifs dans la Convention sur la cession.

21. **M. Murray** (Royaume-Uni) demande si le représentant des États-Unis, qui a évoqué la possibilité d'adaptations, a quelque idée sur la question de l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur des contrats financiers.

22. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation n'a pas de position arrêtée sur la question du contrôle en tant que moyen exclusif ou non exclusif de rendre une sûreté opposable. Le concept existe aux États-Unis, mais uniquement par rapport aux valeurs mobilières et autres titres d'investissement, aux comptes de dépôt et aux lettres de crédit.

23. **M. Werner** (International Swaps and Derivatives Association) dit que le secteur mondial des produits dérivés est très préoccupé par la question des contrats financiers. En général, le secteur considère le projet de guide comme un outil utile, en particulier pour la réforme des lois dans les marchés émergents, qui jouent un rôle de plus en plus important dans les marchés financiers, les marchés de capitaux et les marchés "développés". L'inclusion, dans le projet de

guide, des contrats financiers et des valeurs mobilières et leur traitement en tant que biens affectés en garantie revêtent une importance cruciale pour le secteur des produits dérivés. Cependant, la définition des contrats financiers doit être à la fois solide et actuelle, et nombre de détails techniques restent, de toute évidence, à discuter. Du fait que la définition qui sera adoptée restera gravée dans le marbre pendant de nombreuses années, l'orateur propose de laisser de côté pour l'instant la question des contrats financiers de sorte que la Commission puisse adopter les parties restantes du projet de guide. Les contrats financiers pourraient ensuite faire l'objet d'une discussion plus précise au sein de l'organe délibérant qui sera jugé le plus approprié.

24. **Mme McCreath** (Royaume-Uni) se dit encouragée par la volonté de la délégation des États-Unis d'examiner les arguments en faveur du concept de contrôle. Cependant, comme le Comité n'en est qu'à une discussion préliminaire, il n'est pas nécessaire pour l'instant d'examiner s'il est souhaitable d'inclure ou d'exclure de tels concepts, puisque cela pourrait conduire à une discussion longue et prématurée sur les positions respectives des États.

25. **La Présidente** dit ne pas très bien savoir si la liste des contrats financiers énumérés par le représentant du Royaume-Uni se veut fermée, ou présentée à titre d'illustration.

26. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) dit que le Comité a besoin de se faire une idée stable de ce qu'il faut entendre par contrat financier. Tout en reconnaissant que le secteur des contrats financiers élabore constamment de nouveaux produits, il ne faut pas oublier que la définition du contrat financier que propose la Convention sur la cession a été fortement influencée par les contributions de l'International Swaps and Derivatives Association et d'autres acteurs du marché, et qu'elle est également souple parce qu'elle renvoie non seulement à des opérations spécifiques mais aussi à des opérations "similaires". L'orateur propose que, pour se conformer à la Convention, le Comité conserve cette définition et explique dans le commentaire pourquoi la CNUDCI pense que les nouveaux produits qui ont vu le jour depuis l'entrée en vigueur de la Convention tomberaient dans la définition du contrat financier en tant qu'opérations "similaires".

27. **M. Murray** (Royaume-Uni), tout en reconnaissant que la définition du contrat financier figurant au chapitre II, article 5 k), de la Convention sur la cession pourrait être un point de départ utile et tout en convenant de l'importance que revêtent la stabilité et la cohérence, croit comprendre que ce terme englobe non seulement nombre des opérations énumérées à l'article 4-2 de la Convention, mais aussi d'autres opérations qu'il désignera en temps voulu. La définition devrait donc être suffisamment large pour englober ce que les marchés financiers considèrent comme des contrats financiers, et pour faire en sorte que l'instrument reste valide et n'ait pas besoin d'être revu en fonction de l'évolution sur les marchés. Dans les premières législations sur la compensation globale, par exemple, il était courant d'inclure des listes relativement strictes et fermées de types de contrats financiers. En conséquence, pratiquement tous les États, notamment les États-Unis, ont dû revoir et modifier à plusieurs reprises leur définition des contrats financiers. La Commission devrait donc avoir l'ambition de rechercher une définition large, souple et ouverte.

28. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que lorsque la Commission a élaboré la Convention sur la cession, elle a exclu les contrats financiers régis par des conventions de compensation globale et un certain nombre d'autres opérations parce qu'elle considérait que certaines des dispositions de la Convention n'étaient pas susceptibles de s'appliquer correctement à de telles opérations. Deux problèmes principaux avaient été relevés: la règle de la loi applicable et l'interdiction des clauses d'incessibilité. La question de savoir s'il faut inclure certains contrats financiers et d'autres contrats similaires dans le projet de guide, en adaptant ce dernier en conséquence, ou de les exclure, devrait être examinée dans le cadre de la discussion sur les valeurs mobilières, puisque les conclusions de cette discussion auront une incidence sur la discussion relative aux contrats financiers. La Convention sur la cession s'intéresse principalement aux exclusions et autres limitations, et les définitions sont un moyen de parvenir à ce résultat. Il pourrait donc s'avérer difficile d'arrêter des définitions avant de décider si le but doit être l'inclusion ou l'exclusion. Toute inclusion devrait respecter les dispositions de la Convention, de même que toute modification des dispositions sur les clauses d'incessibilité ou la loi applicable apportée pour tenir

compte des pratiques adoptées en rapport avec les contrats financiers.

29. **M. Deschamps** (Canada) dit que les intervenants qui suggèrent que des règles différentes de celles proposées dans le projet de guide s'appliquent aux contrats financiers dans certains cas semblent partir du principe que le droit existant fonctionne bien. Il invite l'observateur de l'International Swaps and Derivatives Association ou le représentant du Royaume-Uni à fournir des exemples de droits existants fonctionnant bien au sujet, par exemple, de l'opposabilité des sûretés réelles mobilières grevant les droits d'un cocontractant au titre d'un contrat sur produits dérivés ou d'une convention de change.

30. **M. Murray** (Royaume-Uni) dit que la question soulevée par le représentant du Canada ne peut être traitée convenablement dans une discussion préliminaire mais relève du travail technique nécessaire pour décider des adaptations à introduire dans le projet de guide.

31. Constatant que le Secrétariat n'a pas mentionné la question des moyens appropriés pour rendre opposable une sûreté réelle mobilière grevant un contrat financier, l'orateur demande à être rassuré sur le fait que cette question sera bien étudiée.

32. Le concept de contrôle n'existe pas en droit anglais mais a été introduit récemment au Royaume-Uni par la directive de l'Union européenne concernant les contrats de garantie financière. Une autre question connexe est celle de la qualification, en d'autres termes la question de savoir si une cession de créance constitue un transfert de la propriété de la créance ou une sûreté. Il suggère que ce point soit abordé dans le cadre des valeurs mobilières.

33. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) note l'importance de la coordination avec les travaux de l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) relatifs à l'élaboration d'un projet de convention sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiés.

34. **M. Umarji** (Inde) demande si la créance au titre d'un contrat financier servant, par exemple, d'opération de couverture contre la fluctuation des taux d'intérêt ou de change serait considérée dans la pratique comme une sûreté valable et si des sommes d'argent seraient avancées sur la base de cette sûreté malgré des incertitudes en présence.

35. **M. Murray** (Royaume-Uni) dit que s'il est vrai qu'un contrat financier en tant que produit dérivé non coté aura généralement une valeur incertaine voire n'aura aucune valeur du tout au moment de sa cession à titre de sûreté à la partie garantie, en cas de réalisation avant que le contrat n'arrive à terme ou n'entraîne une obligation de paiement, la partie garantie occupe la position du constituant eu égard au contrat. Tout paiement final au titre du produit dérivé ira à la partie garantie. Donc, si une société emprunteuse passe une convention de couverture sur les taux d'intérêt relatifs à son emprunt, elle pourra se prévaloir d'un paiement en liquidation, par exemple en cas de manquement de la banque ayant procuré la couverture. Elle cèdera naturellement le bénéfice de ce paiement conditionnel aux prêteurs.

36. **Mme McCreath** (Royaume-Uni) souligne que tout travail supplémentaire sur le sujet discuté devrait être entrepris par le Groupe de travail VI plutôt que par un groupe intersessions.

37. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) dit que, s'il convient qu'il faudrait confier ce projet au Groupe de travail, des consultations informelles intersessions pourraient aider aussi à clarifier les questions avant que la Commission se réunisse en session formelle. Les conclusions de ces consultations ne seraient bien entendu aucunement contraignantes.

38. **M. Riffard** (France) dit qu'il ne faut pas oublier que le projet de guide est avant tout destiné aux législateurs des pays qui ne disposent pas d'une législation efficace et qu'il devrait donc être simple, compréhensible et lisible. Il a déjà exprimé la crainte que les propositions d'inclure des dispositions sur des biens particuliers tels que les sûretés réelles mobilières sur le produit d'un engagement de garantie indépendant ne rendent le projet de guide excessivement sophistiqué et complexe. Il en va de même des contrats financiers. Si les sûretés réelles mobilières sur des contrats financiers exigent une étude spéciale et une adaptation des règles générales du projet de guide, il pourrait être nécessaire de reporter les travaux sur le sujet et d'aborder ce dernier dans une annexe à laquelle pourraient se reporter les législateurs déjà familiarisés avec les contrats financiers.

39. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que les valeurs mobilières et les contrats financiers pourraient être confiés au Groupe de travail VI dans le cadre de travaux futurs. La question des sûretés réelles

mobilières grevant des propriétés intellectuelles sera probablement aussi confiée au Groupe de travail, sous réserve d'approbation par la Commission. Entretemps, cependant, il faut prendre une décision sur la manière de traiter le reste du texte du projet de guide. M. Bazinas attire l'attention des participants sur les inclusions prévues sous certaines conditions aux alinéas a) et b) de la recommandation 4 et sur la question des inclusions ou exclusions conditionnelles des valeurs mobilières à l'alinéa c) de la recommandation 4. Si le Comité opte pour l'exclusion pure et simple des valeurs mobilières, il souhaitera peut-être élaborer, dans une première étape, trois ou quatre règles relatives aux contrats financiers, par exemple sur la loi applicable, les dispositions sur la cession, l'opposabilité et la qualification. S'il opte pour une exclusion limitée des valeurs mobilières, il devra aussi se pencher sur les implications de cette approche pour le traitement des contrats financiers.

40. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) dit que le Comité souhaitera peut-être reporter sa décision sur la recommandation 4 c) jusqu'à la reprise de la session de la Commission en décembre 2007. Si une décision doit être prise dans les jours à venir, les motifs d'exclusion seront peut-être plus nombreux, car le Comité n'aura pas le temps nécessaire pour examiner les questions en jeu, ni pour s'assurer du soutien des secteurs professionnels et commerciaux à cet égard.

41. **M. Pereznieto Castro** (Mexique) indique son soutien aux commentaires du représentant de la France. Les pays émergents auxquels le projet de guide est destiné ont besoin de l'utiliser le plus vite possible. Le processus de rédaction, commencé six ans auparavant, semble interminable, car de nouvelles questions sont ajoutées à chaque session et l'instrument est en train de devenir une véritable encyclopédie des sûretés réelles mobilières. Si les États souhaitent examiner d'autres questions, les conclusions de leurs délibérations pourraient être incluses dans des annexes au projet de guide ou dans d'autres documents.

42. **M. Voulgaris** (Grèce) et **M. Ghia** (Italie) soutiennent les déclarations des représentants de la France et du Mexique.

43. **Mme McCreath** (Royaume-Uni) dit qu'elle ne veut pas donner l'impression que sa délégation cherche à surcharger le Groupe de travail et à retarder la mise au point finale du projet de guide. Si le Comité décide d'exclure pour l'instant les contrats financiers, elle se rangera avec plaisir à cette décision.

44. **La Présidente** dit que la discussion préliminaire sur les contrats financiers montre clairement que des travaux techniques plus poussés sont nécessaires. De fait, compte tenu du caractère complexe de ces contrats, il est peut-être préférable de réserver le sujet pour des travaux futurs. Cependant, si la Commission décide de reprendre sa session en décembre 2007, le Comité souhaitera peut-être déterminer si des travaux préliminaires sur le sujet pourraient être entrepris lors de cette reprise de session.

La séance est suspendue à 15 h 40; elle est reprise à 16 h 15.

XIV: Transition (A/CN.9/631 et Add.11)

Recommandations 223 à 230

45. *Les recommandations 223 à 230 sont adoptées.*

Commentaire du chapitre XIV: Transition (A/CN.9/631/Add.11)

46. *Le commentaire du chapitre XIV est approuvé quant au fond.*

VII: Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur les droits de réclamants concurrents (suite) *(A/CN.9/631 et Add.4)*

*Recommandation 107 (*suite*)*

47. **La Présidente** dit que les délégations des États-Unis d'Amérique et du Canada ont mené des consultations informelles avec d'autres délégations intéressées afin d'élaborer une version révisée de la recommandation 107 concernant la priorité entre des sûretés concurrentes grevant des biens soumis à un document négociable.

48. **M. Cohen** (États-Unis d'Amérique) dit qu'à l'issue des discussions, il a été généralement admis, à une exception près, qu'une partie disposant d'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels représentés par un document négociable et qui a rendu cette sûreté opposable en prenant possession du document, aura priorité sur une partie garantie concurrente ayant rendu sa sûreté opposable par d'autres moyens. Ce principe est conforme à nombre des principes examinés par le Groupe de travail à propos de l'importance qu'il y a à pouvoir se fier aux

documents négociables. La principale exception concerne les cas où au moins une des sûretés non seulement existe mais a été rendue opposable avant que les biens ne soient soumis au document négociable. Les attentes en de tels cas peuvent être quelque peu différentes de celles que l'on rencontre lorsque la sûreté voit le jour après la création du document négociable. Le nouveau texte proposé prévoit donc que, lorsque la sûreté a été rendue opposable avant que les biens ne soient soumis au document négociable, les règles normales de priorité s'appliquent; par conséquent, la première sûreté à devenir opposable ou à faire l'objet d'une inscription prévaut. Cette disposition ne s'applique cependant pas aux stocks, car une partie qui accorde un crédit sur la base de stocks a des motifs de supposer que ces biens meubles corporels seront commercialisés, peut-être à l'aide d'un document négociable comme un connaissement. Pour ce qui concerne certains contrats prévoyant la délivrance d'un titre représentatif, la règle première est que celui-ci prévaut, hormis dans une situation où l'une des sûretés a été rendue opposable avant que les biens meubles corporels ne soient soumis au document, et pourvu que ces biens meubles corporels ne soient pas des stocks.

49. **M. Bazinas** (Secrétariat), mentionnant la situation dans laquelle une sûreté existe avant que les biens meubles corporels ne soient soumis à un document négociable, auquel cas les règles générales de priorité s'appliquent, demande ce qu'il adviendra du créancier garanti qui par la suite prend possession du document négociable, et comment les règles de priorité existantes protègent les intérêts de cette personne.

50. **M. Cohen** (États-Unis d'Amérique) dit qu'il y a toujours un gagnant et un perdant en de telles circonstances. La recommandation proposée, telle que révisée, prévoit que de manière générale la partie en possession du document aura priorité et sera par conséquent la gagnante. Exceptionnellement, la partie ayant un droit préexistant sur les biens meubles corporels aura priorité. Puisqu'il y a un gagnant et un perdant dans les deux cas, les parties ont intérêt à pouvoir déterminer à l'avance, dans la mesure du possible, si elles occupent le premier ou le deuxième rang. Il n'y a pas de solution parfaite, puisque si les deux parties agissent de bonne foi, toutes deux peuvent être considérées comme méritant la priorité.

51. Lorsque la partie en possession du document négociable l'emporte, celle qui a accordé le crédit et rendu sa sûreté réelle mobilière opposable par un moyen autre que la possession du document a, en un sens, choisi le risque d'avoir un rang inférieur. Cette partie aura cependant des raisons d'établir que les biens meubles corporels sont soumis à un document car, dans l'affirmative, le constituant n'en a pas la possession. Si les biens meubles corporels sont des stocks, et même s'ils ne sont pas encore représentés par un document négociable, le seul fait qu'il s'agisse de stocks alertera le créancier sur cette possibilité.

52. Dans une situation où l'exception s'applique et où une partie a rendu sa sûreté opposable avant que les biens meubles corporels soient représentés par le document, et à condition que ces biens meubles corporels ne soient pas des stocks, l'autre partie, c'est-à-dire la partie ayant possession du document, devra être en mesure d'établir si elle court un risque. Comme l'unique autre manière de rendre une sûreté réelle mobilière opposable est l'inscription, elle peut, bien entendu, vérifier le registre.

53. Certes, cette possibilité de vérification n'est parfaite ni dans un cas ni dans l'autre et exige du travail. Cependant, la version actuelle de la recommandation 107 comme celle suggérée dans la note destinée à la Commission exigent également une certaine diligence de la part des parties.

54. **M. Voulgaris** (Grèce) soutient la proposition des représentants des États-Unis. La solution est équitable et exhaustive. Comme les exceptions sont très rares, elles ne sont, concrètement, que théoriques.

55. **Mme Walsh** (Canada) dit que la recommandation révisée ne semble pas déboucher sur les résultats envisagés sur le principe, en dépit de l'accord sur les principes eux-mêmes. Les délégations concernées ont donc besoin de davantage de temps pour convenir d'une formulation précise du texte.

56. **La Présidente** considère que le Comité décide de reporter l'examen de la recommandation 107.

57. *Il en est ainsi décidé.*

XIII: Droit international privé (suite) *(A/CN.9/631 et Add.10)*

*Recommandation 202 (*suite*)*

58. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que la note destinée à la Commission insérée après la recommandation 202 traite la question d'un conflit de priorité entre un créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière avec dépossession sur un document négociable et un créancier garanti titulaire d'une sûreté réelle mobilière sans dépossession sur les biens meubles corporels représentés par le document. La question est de savoir si la loi du lieu de situation du document devrait s'appliquer au conflit. Le représentant de l'Espagne a proposé d'élargir cette règle afin que, si les biens meubles corporels sont soumis à un document négociable et si les biens meubles corporels et le document ne se trouvent pas dans le même lieu, toutes les questions relatives à la constitution, la priorité et l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière soient régies par la loi du lieu où se trouve le document. Si le Comité souhaite inclure une telle recommandation, il lui faudra déterminer si une telle règle doit prévaloir aussi s'agissant des biens meubles corporels en transit ou exportés, qui font l'objet de la recommandation 203.

59. Le représentant de la Bolivie a noté que si des biens meubles corporels soumis à un système d'inscription sur un registre spécialisé sont représentés par un document négociable, il faudra éventuellement examiner si la loi applicable à la constitution, à l'opposabilité et à la priorité de la sûreté réelle mobilière sera la loi du lieu de situation du document ou celle de l'État dans lequel le registre spécialisé est tenu.

60. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) se dit favorable à la proposition contenue dans la note destinée à la Commission mais non à la celle d'élargir la règle qu'elle contient. Une règle disposant que l'efficacité est régie par le lieu de situation du document négociable sapera le principe selon lequel tout est inscriptible et qu'il est nécessaire de procéder à une inscription et d'effectuer des recherches en un seul et unique lieu. De même, il semble moins pratique et efficace d'avoir des règles multiples régissant la constitution et l'opposabilité.

61. **La Présidente** dit que, s'il n'y a pas d'opposition, elle considérera que le Comité souhaite insérer une nouvelle recommandation fondée sur le libellé de la note destinée à la Commission qui suit la recommandation 202.

62. *Il en est ainsi décidé.*

Recommandations 203 et 204 (suite)

63. **La Présidente** note que le représentant de la France a soulevé la question, pendant la discussion sur les recommandations 203 et 204, de savoir si une recommandation s'intéressant à la loi applicable au transfert des sûretés réelles mobilières par voie de cession devrait être incluse dans le projet de guide.

64. **M. Riffard** (France) dit qu'il est important d'établir quelle loi est applicable au transfert d'une sûreté réelle mobilière dans le cas d'une cession de la créance à laquelle la sûreté est liée. Il y a deux possibilités: soit la loi applicable au contrat de cession soit celle applicable à la sûreté qui a été transférée.

65. **M. Macdonald** (Canada) dit que la question clef est de savoir dans quelle mesure le projet de guide devrait sortir du cadre de la loi sur les opérations garanties pour aborder les règles générales de conflits de lois. Il met en garde contre le fait de recommander une règle de conflit spéciale qui régirait le transfert des obligations lorsque ces obligations sont adossées à une sûreté réelle mobilière du type décrit par le projet de guide, car cela imposerait aux États de déterminer si cette règle est conforme à la règle générale de conflit qu'ils appliquent aux transferts d'obligations. Le point soulevé est très important, mais l'orateur a le sentiment qu'il devrait être abordé dans le commentaire plutôt que dans une recommandation.

66. **M. Riffard** (France) convient avec le représentant du Canada qu'une recommandation supplémentaire n'est pas nécessaire et risque en fait de soulever plus de questions qu'elle n'en résoudra. Il se considère satisfait si la question est abordée dans le commentaire.

67. **La Présidente** dit que, s'il n'y a pas d'opposition, elle considérera que le Comité souhaite voir la question abordée dans le commentaire.

68. *Il en est ainsi décidé.*

La séance est levée à 17 heures.

Compte rendu analytique de la 844e séance tenue au Centre international de Vienne, le vendredi 29 juin 2007, à 9 h 30

[A/CN.9/SR.844]

Présidente: Mme Sabo (Présidente du Comité plénier) (Canada)

La séance est ouverte à 9 h 50.

Adoption d'un projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties et travaux futurs possibles (*suite*) (A/CN.9/617, 620, 631 et Add.1 à 11, 632 et 633; A/CN.9/XL/CRP.7)

XII: Droits liés au financement d'acquisitions (suite) *(A/CN.9/631)*

Section B: Approche non unitaire des droits liés au financement d'acquisitions (suite) *(recommandations 184 à 201)*

Terminologie et règles d'interprétation (A/CN.9/631/Add.1)

Proposition de la délégation canadienne sur le financement d'acquisitions (approche non unitaire) (A/CN.9/XL/CRP.7)

1. **La Présidente** invite la délégation canadienne à présenter le document A/CN.9/XL/CRP.7 contenant une proposition de version révisée des recommandations 184 à 201 du projet de guide, recommandations concernant l'approche non unitaire des droits liés au financement d'acquisitions. Elle note que d'autres délégations se sont vu offrir la possibilité d'émettre des commentaires sur un projet antérieur.

2. **M. Macdonald** (Canada) dit que sa délégation n'a pas cherché à modifier les recommandations sur le fond. Son objectif principal était de les reformuler en veillant à ce qu'elles soient conformes à la notion de sûreté découlant de la propriété et, dans la mesure du possible, de suivre la logique et l'ordre des recommandations figurant dans la section relative à l'approche unitaire.

3. Dans un souci de clarté, certaines des définitions pertinentes figurant dans le document A/CN.9/631/Add.1 ont été reformulées. Comme le terme "droit lié au financement d'acquisitions" n'est pas un concept très connu ni facilement compréhensible, et ce quels que soient le soin et la précision que le Groupe de travail VI a mis à le définir, il a été décidé, aux fins de transparence, de réutiliser le terme "droit de réserve de propriété" et "droit du crédit-bailleur" dans la section, selon le cas.

4. La recommandation 184 dispose clairement que la loi devrait prévoir un régime des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'une acquisition dans le système non unitaire qui soit identique à celui adopté dans le système unitaire. Cependant, dans le système non unitaire, la loi devrait aussi prévoir un régime de financement d'acquisitions fondé sur des clauses de droit de réserve de propriété et des crédits-bails. De plus, un prêteur qui finance une acquisition devrait être en mesure d'acquérir, par la cession des obligations dues, non seulement des droits ordinaires liés au financement de l'acquisition mais aussi les droits d'un vendeur réservataire en obtenant la cession des obligations dues.

5. Le principe fondamental fixé par la recommandation 185 est que les droits exercés par un vendeur réservataire devraient équivaloir fonctionnellement à ceux d'une partie finançant l'acquisition.

6. Comme tout, dans l'approche unitaire, pourrait être exprimé en termes de sûretés réelles mobilières, toute question surgissant pourrait être exprimée de façon globale comme une question de priorité. En revanche, dans un système non unitaire, le vendeur réservataire conserve la propriété, de sorte que sa relation avec la partie finançant l'acquisition ne peut s'exprimer en termes de priorité, car la priorité du vendeur est une conséquence naturelle du fait qu'il est le propriétaire. Il a donc été décidé de reformuler ce qui était exprimé comme un droit de priorité dans le système unitaire comme un droit découlant du fait qu'un vendeur réservataire ou un crédit-bailleur dispose d'un droit opposable aux tiers.

7. Dans le système unitaire, si la partie finançant l'acquisition n'a pas entièrement rempli les conditions

nécessaires à l'obtention d'un droit lié au financement de l'acquisition et de la superpriorité qui lui est attachée, le créancier garanti perdra simplement la superpriorité attachée au fait de financer l'acquisition, mais conservera ses autres droits. En revanche, dans un système non unitaire où la réserve de propriété est en cause, un vendeur réservataire qui ne respecterait pas pleinement les conditions lui permettant de conserver l'opposabilité du droit de propriété, perdra ce droit au profit de l'acheteur. Devant cette divergence, la recommandation 198 a été reformulée pour dire clairement que si un vendeur ou un bailleur ne respecte pas les conditions d'obtention de l'opposabilité d'une réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bailleur, il aura une sûreté réelle mobilière grevant les biens meubles corporels objets de la vente ou du bail, et le régime général des sûretés réelles mobilières s'appliquera.

8. **La Présidente** invite les participants à faire des commentaires sur les définitions figurant dans le document A/CN.9/XL/CRP.7.

9. **M. Macdonald** (Canada), présentant la section des définitions, dit que les définitions des termes "créancier garanti finançant l'acquisition" et "sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'une acquisition" du document A/CN.9/631/Add.1 ont été conservées telles quelles. De même, la nouvelle définition de "droit du crédit-bailleur" est largement identique à celle de "crédit-bail" et a simplement été alignée sur la définition du terme "droit de réserve de propriété". Le principal changement est que les termes "droit lié au financement d'acquisitions" et "bénéficiaire des biens financés" ne sont plus utilisés comme concepts génériques. Au contraire, l'alinéa iv) de l'ancienne définition des "droits liés au financement d'acquisitions" a été inséré à la fin de la définition, pour l'essentiel inchangée, du "droit de réserve de propriété".

10. En réponse à une question de **M. Kemper** (Allemagne), l'orateur dit que la raison initiale de l'élaboration de la section du chapitre XII sur l'approche non unitaire des droits liés au financement d'acquisitions était le désir d'aborder, entre autres, la question de savoir si la réserve de propriété et le crédit-bail sont les seuls types de dispositifs grâce auxquels les créanciers pourraient recourir à la propriété pour garantir une obligation. Le Groupe de travail a établi que ce n'étaient pas les seuls dispositifs disponibles pour remplir cet objectif mais, plutôt que de citer chacun de ces dispositifs dans chaque recommandation, il a été décidé d'utiliser le terme générique "droits liés au financement d'acquisitions" pour couvrir non seulement la réserve de propriété et le crédit-bail, mais aussi toutes les autres opérations sur la propriété. Le Comité a donc trois choix: il pourrait adopter le nouveau terme générique; il pourrait conserver le terme initial "droit de réserve de propriété", en s'appuyant sur la "clause générique" de l'alinéa c) de la section "Objet" au début du chapitre XII; ou bien il pourrait décider de recommander, dans le projet de guide, qu'aucun autre dispositif reposant sur la propriété ne soit autorisé.

11. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) suggère d'indiquer dans le commentaire que la clause générique a été insérée pour couvrir tout dispositif supplémentaire sur la propriété susceptible d'exister dans tel ou tel pays, mais qu'un État dans lequel aucun dispositif de ce type n'existe pourrait omettre ladite clause afin d'éviter de créer de nouveaux dispositifs.

12. **La Présidente** souligne que les définitions ne sont pas destinées à faire partie intégrante d'une loi ou d'un code, mais simplement à servir de glossaire de travail pour les législateurs.

13. **M. Kemper** (Allemagne) dit que la suggestion du représentant des États-Unis réduira certainement la confusion que la nouvelle définition du "droit de réserve de propriété" pourrait induire. La deuxième moitié de cette définition ne permet pas de voir clairement qu'elle est liée uniquement à une situation dans laquelle le créancier est propriétaire. Il est important d'éviter d'étendre le droit de réserve de propriété à des domaines où il pourrait y avoir ambiguïté.

14. **La Présidente** souligne que la proposition est une reformulation de principes décidés précédemment.

15. **M. Umarji** (Inde) dit qu'il faut établir une distinction claire entre un vendeur réservataire qui a acheté sur ses propres fonds les biens qu'il vend, et un vendeur ayant emprunté des fonds pour obtenir le bien. Dans ce dernier cas, le créancier pourrait obtenir la cession du contrat de réserve de propriété et la situation pourrait se compliquer plus encore dans le cas d'un emprunt pour des biens non particuliers.

16. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit qu'il a déjà été convenu, au niveau des principes, qu'un prêteur

pourrait obtenir ce dont parle la version originale du projet de guide, à savoir un "droit lié au financement d'une acquisition", terme général qui couvre la situation évoquée par le représentant de l'Inde. Comme ce terme général ne figure pas dans la nouvelle version proposée, l'idée du prêteur possédant un "droit lié au financement d'acquisitions" a été incluse dans la définition du "droit de réserve de propriété".

17. **Mme Stanivuković** (Serbie) soutient les observations des représentants de l'Inde et de l'Allemagne. Elle propose que la situation du prêteur ne soit pas mentionnée dans la définition du droit de réserve de propriété, en particulier à la lumière de la disposition explicite figurant dans la nouvelle version proposée pour la recommandation 184, affirmant qu'un prêteur pourrait acquérir le bénéfice d'un droit de réserve de propriété.

18. **Mme Walsh** (Canada) propose d'insérer le mot "irrévocablement" avant "transférés du vendeur à l'acheteur" dans la première partie de la nouvelle définition du "droit de réserve de propriété", pour couvrir le cas dans lequel un vendeur aurait transféré la propriété en se réservant le droit de la récupérer si l'obligation de paiement n'est pas satisfaite.

19. S'agissant du but de l'approche non unitaire qui est de permettre aux prêteurs d'obtenir des droits de réserve de propriété, il sera difficile, dans un cadre législatif traitant des ventes et des baux, de justifier que l'on puisse dire d'une partie ne jouissant pas de la propriété au départ qu'elle se réserve la propriété. Il serait donc plus logique de traiter cette question dans la recommandation 184 uniquement, qui prévoit que les prêteurs peuvent obtenir des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'une acquisition par cession des obligations dues au vendeur ou au bailleur. L'oratrice note que le processus de reformulation a été motivé par le souci de certains États de préserver la cohérence de leur système juridique fondé sur la réserve de propriété.

20. **La Présidente** note qu'il a déjà été décidé au niveau des principes que les prêteurs devraient être en mesure d'obtenir les droits en question directement mais aussi par cession.

21. **M. Voulgaris** (Grèce) dit que la proposition présentée au Comité est fidèle aux décisions de principe déjà prises. Il suggère cependant de fusionner les alinéas ii) et iii) de la définition des "droits du crédit-bailleur".

22. **M. Riffard** (France) dit que le nouveau texte proposé clarifie les principes qui ont été élaborés à ce jour, à savoir que dans le système non unitaire existe une catégorie générale de droits liés au financement d'acquisitions, divisée en deux sous-catégories. La première sous-catégorie réunit les créanciers ayant un droit sur des biens meubles corporels et qui, soit se réservent la propriété, soit la transfèrent contre paiement du prix d'achat, ainsi que les prêteurs qui obtiennent ce droit par cession d'une créance. Cette sous-catégorie est couverte à la fois par la définition du droit de réserve de propriété et par la recommandation 184 révisée. La deuxième sous-catégorie rassemble des créanciers ou des prêteurs ayant obtenu une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition sans droit de réserve de propriété. Cette sous-catégorie est également couverte par la recommandation révisée 184 ainsi que par la définition de la "sûreté réelle mobilière" figurant dans le document A/CN.9/631/Add.1.

23. **M. Bazinas** (Secrétariat) demande si la recommandation révisée 184 est destinée à produire le même résultat que la définition du "droit de réserve de propriété" figurant dans le document A/CN.9/XL/CRP.7. Alors que la deuxième partie de la recommandation semble laisser entendre qu'un prêteur ne peut obtenir un droit de réserve de propriété que par la cession de l'obligation garantie, la deuxième partie de la définition semble impliquer qu'il pourrait obtenir directement ce type de droit. Cette dernière approche correspondrait aux conclusions des discussions antérieures sur le texte approuvé par le Groupe de travail, conclusions qui ont été motivées, entre autres, par l'impact concret sur le coût du crédit.

24. **Mme Walsh** (Canada) dit que l'objet de la catégorie "fourre-tout" de la deuxième partie de la définition du "droit de réserve de propriété" est de couvrir des situations dans lesquelles un vendeur transfère la propriété à un acquéreur sous réserve du droit de recouvrer la propriété si l'obligation de paiement n'est pas remplie. Elle n'introduit aucun concept nouveau et peut donc être supprimée, sous réserve de l'inclusion d'une référence à l'irrévocabilité de la propriété dans la première partie de la définition.

25. Le document A/CN.9/ XL /CRP.7 a été élaboré à partir de l'hypothèse qu'une cession serait

indispensable à un prêteur qui voudrait obtenir un droit de réserve de propriété. La version originale du projet de guide ne dit pas que toutes les catégories de créanciers peuvent obtenir des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions dans le système non unitaire. La note destinée à la Commission suivant la recommandation 191 propose d'inclure une règle permettant aux créanciers d'obtenir une telle sûreté à titre d'alternative au droit de réserve de propriété. Le Comité a donné suite à cette suggestion et, en conséquence, le système non unitaire prévoit maintenant tant les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions que le droit de réserve de propriété, avec la restriction que les prêteurs ne peuvent obtenir ce dernier que par la cession. Une règle par laquelle un prêteur pourrait obtenir un droit de réserve de propriété sans avoir la propriété des biens meubles corporels se révèlerait probablement incompatible avec le droit des biens existant dans de nombreux pays.

26. **M. Marca Paco** (Bolivie) ne parvient pas à comprendre pourquoi il faudrait laisser les délégations avancer de nouvelles propositions qui contredisent les principes dont le Comité est déjà convenu.

27. **La Présidente** rappelle au Comité qu'il a décidé d'accepter la proposition du représentant de la France lors de la 840e séance de reformuler les recommandations sur les droits liés au financement d'acquisitions dans la section consacrée à l'approche non unitaire. Certaines délégations semblent voir cette décision et son résultat comme entraînant un changement de principes, tandis que d'autres ne partagent pas ce point de vue.

28. **M. Pereznieto Castro** (Mexique) soutient la proposition contenue dans le document A/CN.9/XL/CRP.7. Plutôt que d'introduire des concepts nouveaux, elle reformule ceux qui sous-tendent la version originale de la recommandation 184. Il est, certes, exact que les principes ne sont pas facilement incorporés dans les systèmes de droit romano-germanique, mais le Mexique a déjà réussi à intégrer des dispositions semblables issues de la Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières. Les seules réserves de l'orateur concernent la deuxième partie de la définition des droits de réserve de propriété, qui a besoin d'être clarifiée.

La séance est suspendue à 11 h 10; elle est reprise à 11 h 35.

29. **M. Kemper** (Allemagne) dit que les prêteurs qui ne sont pas propriétaires des biens ne devraient se voir accorder un droit de réserve de propriété que par cession. Ce principe respecte la recommandation 184 telle que révisée. L'orateur souhaite qu'on lui rappelle les termes exacts de la décision précédente évoquée par la Présidente.

30. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que le Groupe de travail a décidé de prévoir non seulement un traitement égal pour tous les fournisseurs de crédit destiné à financer des acquisitions, mais aussi l'équivalence fonctionnelle. En conséquence, les prêteurs, vendeurs et autres fournisseurs de crédit en vue d'acquisitions seront traités également. Le terme "équivalence fonctionnelle" signifie qu'aucun fournisseur de crédit ne devrait jouir d'un avantage qui fausserait la concurrence et, par-là, aurait un effet négatif sur la disponibilité ou le coût du crédit. De plus, le Comité a décidé que le deuxième paragraphe de la note destinée à la Commission suivant la recommandation 191, dans la section relative à l'approche non unitaire, devrait être reflété dans la version finale du texte. Le représentant du Canada a émis l'opinion que ce paragraphe n'est pas destiné à empêcher les prêteurs d'obtenir des droits liés au financement d'acquisitions par des moyens autres que la cession.

31. **M. Macdonald** (Canada), se reportant à la définition que donne le document A/CN.9/631/Add.1 du droit lié au financement d'une acquisition, dit que le premier alinéa est destiné à englober les opérations classiques avec réserve de propriété; le deuxième couvre les crédits-bails traditionnels; le troisième couvre toute autre clause ou technique par laquelle un vendeur utiliserait le droit de propriété pour garantir l'exécution d'une obligation; et l'objet du quatrième alinéa est d'indiquer que l'équivalence fonctionnelle complète permettrait aux prêteurs non propriétaires de biens d'acquérir directement un droit réel. Le texte du quatrième alinéa a été inséré à la fin de la version révisée de la définition du droit de réserve de propriété car il s'agit, clairement, de l'endroit tout indiqué pour traiter du transfert de propriété concernant un prêteur. Cependant, de toute évidence, les membres du Comité n'ont pas tous compris de la même manière la définition des droits liés au financement d'une acquisition. Certains considèrent que ce droit englobe la propriété-sûreté du prêteur, tandis que d'autres pensent le contraire. En conséquence, certains considèrent que la proposition contenue dans le

document A/CN.9/XL/CRP.7 modifie les principes convenus, tandis que d'autres pensent le contraire. Si le Comité se range à l'opinion que les prêteurs ne devraient pas avoir le droit d'acquérir directement un droit réel, la deuxième partie de la définition proposée pour le droit de réserve de propriété pourrait être supprimée.

32. **Mme Stanivuković** (Serbie) propose de supprimer la deuxième partie de la définition et d'insérer le mot "irrévocablement" dans la première partie, comme l'a proposé la délégation canadienne.

33. **M. Riffard** (France) dit qu'il a interprété le mot "créancier" de la deuxième partie de la définition du droit de réserve de propriété comme désignant un vendeur ayant un droit de propriété sur des biens meubles corporels. De toute évidence, beaucoup l'ont interprété de manière plus large comme permettant à un prêteur d'acquérir directement un droit de réserve de propriété, ce qui n'est pas possible dans le contexte de l'approche non unitaire. Il soutient donc la proposition de la représentante de la Serbie. Il faut cependant garder à l'esprit qu'un vendeur pourrait obtenir une sûreté réelle mobilière comparable à un droit de réserve de propriété au moyen d'une convention stipulant qu'il récupérera la propriété en cas de manquement de l'acquéreur. Cette éventualité est couverte par la définition de la sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition, mais il ne s'agit pas d'une réserve de propriété.

34. **M. Pendón Meléndez** (Espagne) approuve l'idée de supprimer la deuxième partie de la définition du droit de réserve de propriété. Tout en considérant inutile l'insertion du mot "irrévocablement", il ne s'y opposera pas.

35. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) dit que la Commission a déjà pris une décision de fond en faveur du principe de l'équivalence fonctionnelle. La deuxième partie de la définition proposée pour le droit de réserve de propriété va dans le sens de ce principe. Il note, par exemple, que la recommandation 199 proposée dans le document A/CN.9/XL/CRP.7 relative à la réalisation après défaillance semble contenir, pour les vendeurs réservataires, des mesures différentes de celles applicables aux détenteurs de sûretés réelles mobilières – d'où l'importance de conserver la clause soutenant l'équivalence fonctionnelle dans la définition. Permettre à un prêteur d'obtenir les droits d'un vendeur réservataire est également conforme au droit interne des pays qui prévoient une telle éventualité par subrogation. L'orateur ajoute que la nouvelle version de la recommandation 184 ne règle pas le problème parce qu'elle exige le consentement du vendeur à la cession par laquelle un prêteur pourrait obtenir l'équivalence fonctionnelle.

36. **M. Umarji** (Inde) dit que, dans les États où le système du droit de réserve de propriété prévaut, un détenteur d'un droit de réserve de propriété pourrait, en droit commun, céder ses droits à un prêteur. Dans d'autres pays, les créanciers garantis seraient libres, en droit commun, de convertir leurs sûretés réelles mobilières en réserves de propriété. Il n'est donc pas nécessaire de prévoir une mesure spéciale à cet égard dans le projet de guide.

37. **M. Kohn** (Observateur de la Commercial Finance Association) exprime son soutien aux commentaires du représentant des États-Unis. Le projet de guide devrait affirmer clairement qu'un prêteur pourrait acquérir des droits de réserve de propriété par subrogation ou cession de la part d'un vendeur réservataire, ou bien, qu'un prêteur devrait être en mesure de créer des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions. Les voies de droit dont disposerait un prêteur en matière de respect des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions dans un système non unitaire seraient fonctionnellement équivalentes à celles dont dispose un vendeur réservataire. En d'autres termes, aucun n'aurait avantage sur l'autre.

38. **M. Riffard** (France) dit que la modification proposée à la définition du droit de réserve de propriété ne vise pas à saper le principe de l'équivalence fonctionnelle. Elle vise simplement à assurer la cohérence en réservant cette définition aux créanciers dotés d'une sûreté réelle mobilière assise sur la propriété et en traitant la question des prêteurs possédant des sûretés réelles mobilières ordinaires dans la définition des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions. L'équivalence fonctionnelle est clairement garantie par l'alinéa b) de la section révisée "Objet", qui prévoit une égalité de traitement à tous les fournisseurs de financement d'acquisitions. Si la nouvelle version proposée de la recommandation 199 pose des problèmes, ceux-ci pourraient être abordés lorsque cette recommandation sera examinée.

39. **M. Macdonald** (Canada) propose de réviser la nouvelle version de la recommandation 184 pour qu'un prêteur puisse acquérir un droit de propriété non seulement par cession mais aussi par subrogation, ce qui n'exigerait pas le consentement du vendeur. Cependant, il faudra établir clairement que dans le droit commun de la subrogation, le vendeur conserve la préséance.

40. **Mme Kasule** (Ouganda), se référant à l'objectif du projet de guide qui est de promouvoir une concurrence loyale, suggère d'examiner les inconvénients potentiels pour les vendeurs si la définition du droit de propriété est maintenue dans son entièreté, c'est-à-dire si les prêteurs peuvent acquérir un droit sur la propriété non seulement par la cession mais, aussi, directement.

41. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) dit que l'élément de concurrence est absent aussi dans le cas d'une cession, qui exige le consentement du vendeur.

42. S'il est important de préserver la distinction entre prêteur et vendeur dans les définitions, il est prêt à accepter la suppression de la deuxième moitié de la définition proposée pour le droit de réserve de propriété. Il soutient la proposition du représentant du Canada d'insérer une clause dans la nouvelle version de la recommandation 184 ou ailleurs, pour permettre au prêteur d'acquérir des droits de propriété par subrogation. Il faudrait aussi établir clairement qu'une cession est réalisable et qu'il est possible aussi pour un prêteur d'obtenir directement des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions sans passer par la cession ou la subrogation, pourvu qu'il ait accordé un crédit aux fins d'acquisition de l'usage avec dépossession de biens meubles corporels.

43. **Mme Walsh** (Canada) dit qu'il a été décidé unanimement qu'un transfert de propriété d'un emprunteur à un créancier ne peut être considéré comme attribuant la propriété au créancier. Elle constate donc avec satisfaction que le représentant des États-Unis est disposé à accepter la subrogation comme un moyen indirect d'ouvrir aux prêteurs le statut de réservataire.

La séance est levée à 12 h 30.

Compte rendu analytique de la 845e séance tenue au Centre international de Vienne, le vendredi 29 juin 2007, à 14 heures

[A/CN.9/SR.845]

Présidente: Mme Sabo (Présidente du Comité plénier) (Canada)

La séance est ouverte à 14 h 5.

Adoption d'un projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties et travaux futurs possibles (*suite*) (A/CN.9/617, 620, 631 et Add.1-11, 632 et 633; A/CN.9/XL/CRP.7)

XII: Droits liés au financement d'acquisitions (suite) *(A/CN.9/631)*

Section B: Approche non unitaire des droits liés au financement d'acquisitions (suite) *(recommandations 184 à 201) (*suite*)*

Terminologie et règles d'interprétation (A/CN.9/631/Add.1)

Proposition de la délégation canadienne sur le financement d'acquisitions (approche non unitaire) (suite) *(A/CN.9/XL/CRP.7)*

Définition du droit de réserve de propriété

1. **La Présidente** dit que, s'il n'y a pas d'opposition, elle considérera que le Comité souhaite adopter la définition du droit de réserve de propriété, qui figure dans le document A/CN.9/XL/CRP.7, telle que modifiée ci-après: "Le terme 'droit de réserve de propriété', employé uniquement dans l'approche non unitaire, désigne le droit du vendeur sur un bien meuble corporel, autre qu'un instrument ou document négociable, découlant d'un accord avec l'acheteur en vertu duquel la propriété du bien faisant l'objet de la vente n'est pas transférée ou transférée irrévocablement du vendeur à l'acheteur tant que n'a pas été remboursé leur prix d'achat".

2. *La définition du droit de réserve de propriété, telle que modifiée, est adoptée.*

3. **La Présidente** considère aussi que le Comité accepte le principe selon lequel un prêteur peut acquérir des droits tant par cession que par subrogation.

4. *Il en est ainsi décidé.*

Définition du droit du crédit-bailleur

5. **M. Bazinas** (Secrétariat) suggère de remplacer le terme "droit du crédit-bailleur" par "droit de crédit-bail" afin de l'harmoniser avec le terme "droit de réserve de propriété".

6. **La Présidente** considère que le Comité souhaite modifier le terme lui-même aux fins de cohérence et adopter la définition proposée.

7. *La définition du droit de crédit-bail est adoptée.*

Définitions du créancier garanti finançant l'acquisition et de la sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition.

8. *Les définitions du créancier garanti finançant l'acquisition et de la sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition sont adoptées.*

Proposition de nouvelle recommandation 184

9. **M. Macdonald** (Canada) suggère que les mots "ou par subrogation" soient ajoutés à la fin de la dernière phrase de la nouvelle recommandation 184 proposée.

10. **M. Riffard** (France) soutient la modification proposée et suggère d'inclure dans le commentaire une explication du terme subrogation.

11. **Mme Stanivuković** (Serbie) propose de supprimer les mots "des obligations dues au vendeur ou au bailleur" et de clore la nouvelle recommandation 184 proposée par les mots "par cession ou par subrogation".

12. **La Présidente** dit que, s'il n'y a pas d'opposition, elle considère que le Comité souhaite laisser le soin au Secrétariat d'arrêter le libellé final de la modification.

13. *Il en est ainsi décidé.*

14. *La nouvelle recommandation 184 proposée, telle que modifiée, est adoptée.*

Proposition de nouvelle recommandation 185

15. *La nouvelle recommandation 185 proposée est adoptée.*

Proposition de nouvelle recommandation 186

16. **M. Cohen** (États-Unis d'Amérique) demande si la recommandation selon laquelle un droit de réserve de propriété et un droit du crédit-bailleur doivent être constatés par écrit "avant" que l'acheteur ou le crédit-preneur prenne possession des biens, est destinée à exclure non seulement un écrit ultérieur mais aussi une situation dans laquelle le droit était attesté par écrit simultanément à la prise de possession par l'acheteur ou le crédit-preneur.

17. **M. Macdonald** (Canada) pense que telle est l'intention. Le mot "avant" est repris de la version originale de la recommandation 185.

18. **M. Cohen** (États-Unis d'Amérique) propose d'indiquer clairement que ce droit doit être constaté par écrit avant la prise de possession par l'acheteur ou le crédit-preneur, ou simultanément à celle-ci.

19. **M. Macdonald** (Canada) dit que la proposition du représentant des États-Unis exprime probablement ce que la recommandation originale voulait dire. La modification irait aussi dans le même sens que la décision déjà prise au sujet des droits liés au financement d'une acquisition.

20. **La Présidente** dit que, s'il n'y a pas d'opposition, elle considérera que le Comité souhaite modifier la recommandation dans le sens proposé, en laissant au Secrétariat le soin d'en arrêter le texte final.

21. *Il en est ainsi décidé.*

22. *La nouvelle recommandation 186 proposée, telle que modifiée, est adoptée.*

Proposition de nouvelle recommandation 187

23. **M. Macdonald** (Canada) dit que la deuxième phrase de la nouvelle recommandation proposée dispose clairement, quoique maladroitement, que le droit du créancier garanti finançant l'acquisition ou autre créancier garanti naît immédiatement et est donc opposable dans une procédure de faillite.

24. **M. Kemper** (Allemagne) dit que la nouvelle recommandation proposée laisse entendre qu'un acheteur pourrait légalement s'attendre à devenir le propriétaire d'une sûreté réelle mobilière. Il se demande comment cela pourrait être considéré comme constituant un droit de réserve de propriété.

25. **Mme Walsh** (Canada) dit que la nouvelle recommandation proposée ne parle pas du droit de réserve de propriété mais de la sûreté réelle mobilière. Un acheteur pourrait créer une sûreté réelle mobilière nonobstant le fait que la propriété n'a pas encore été transférée.

26. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que la nouvelle recommandation proposée s'inspire de certaines dispositions du droit allemand qui confèrent à l'acheteur "un droit de propriété éventuel", dont la valeur fait partie du prix d'achat payé. Une telle valeur pourrait servir à l'acheteur pour créer une sûreté réelle mobilière, même si le vendeur conserve la pleine propriété au regard de la loi.

27. **M. Kemper** (Allemagne) se demande si on peut à juste titre qualifier le droit " de propriété éventuelle" de droit de réserve de propriété.

28. **M. Macdonald** (Canada) dit qu'alors que le vendeur réservataire conserve la propriété, le droit de propriété éventuelle dont bénéficie l'acquéreur est suffisant pour servir de base à la création d'une sûreté réelle mobilière mais non à l'acquisition d'un droit de réserve de propriété.

29. **M. Kohn** (Observateur de la Commercial Finance Association) dit que la deuxième phrase de la nouvelle recommandation 187 proposée laisse entendre que la sûreté réelle mobilière ne pourra être réalisée que lorsque l'obligation envers le vendeur aura été pleinement acquittée. Aussi propose-t-il un libellé différent: "Cette sûreté n'est réalisable qu'à concurrence de la valeur de ces biens excédant l'obligation due au vendeur ou au crédit-bailleur".

30. **Mme Walsh** (Canada) dit qu'elle peut soutenir cette suggestion car la nouvelle recommandation proposée est destinée à limiter la valeur de la sûreté réelle mobilière à la valeur restant après satisfaction de l'obligation due au vendeur, et non à dicter le moment auquel cette sûreté pourra être réalisée. Comme avec toutes les règles relatives à la réserve de propriété et au crédit-bail, il y a une règle de priorité implicite voulant que le vendeur réservataire soit en droit de recevoir le

premier paiement sur la valeur des biens, le créancier garanti venant en deuxième position et recevant seulement la valeur résiduelle. Dans un système unitaire, cette situation serait désignée comme une question de priorité.

31. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) convient que la règle figurant dans la nouvelle recommandation proposée ne s'intéresse ni aux modalités ni au moment de la réalisation, mais simplement aux priorités relatives. Il propose donc de supprimer la référence à la réalisation dans la deuxième phrase de la nouvelle recommandation proposée.

32. **La Présidente** suggère le libellé suivant: "Cette sûreté est limitée à la valeur résiduelle de ces biens dépassant le montant de l'obligation due au vendeur ou au crédit-bailleur". La formulation définitive pourrait être laissée au Secrétariat. En l'absence d'opposition, la Présidente considère que le Comité souhaite adopter la nouvelle recommandation 187 telle que modifiée.

33. *La nouvelle recommandation 187 proposée, telle que modifiée, est adoptée.*

Proposition de nouvelle recommandation 188

34. **M. Kemper** (Allemagne) demande si la disposition exigeant que le droit de réserve de propriété et le droit du crédit-bailleur sur les biens de consommation soient constatés par écrit est vraiment nécessaire et si un droit de réserve de propriété est opposable aux tiers du fait de la création.

35. **M. Macdonald** (Canada) note que la version initiale de la recommandation 187, sur laquelle est fondée la recommandation 188 proposée, est libellée comme suit: "La loi devrait prévoir qu'un droit grevant des biens de consommation lié au financement de leur acquisition est opposable dès sa constitution". Comme l'expression "droit lié au financement d'une acquisition" a été remplacée par le "droit de réserve de propriété" et le "droit du crédit-bailleur" dans la nouvelle recommandation, la notion de constitution n'est plus pertinente. Le point crucial est le moment auquel les parties ont passé un accord, puisqu'il marque l'instant où le droit devient opposable aux tiers. L'orateur convient donc qu'il n'est pas nécessaire de faire référence à un écrit.

36. **La Présidente** suggère de supprimer les mots "par écrit" mais de conserver la référence à la nouvelle recommandation 186. S'il n'y a pas d'opposition, elle considérera que le Comité souhaite adopter la recommandation 188 telle que modifiée.

37. *La recommandation 188, telle que modifiée, est adoptée.*

Proposition de nouvelles recommandations 189 et 190 (options A et B)

38. **M. Macdonald** (Canada) dit que la nouvelle recommandation 190 proposée dans les options A et B se fonde sur la recommandation 192 originale. La recommandation 190 originale, qui ne s'intéresse qu'aux biens de consommation, est devenue redondante car son contenu est traité dans la nouvelle recommandation 188 proposée, en vertu de laquelle la réserve de propriété sur des biens de consommation est opposable dès la conclusion du contrat de vente. La recommandation 191 originale est également devenue redondante car son contenu est traité dans la nouvelle recommandation 184 proposée.

39. **Mme Stanivuković** (Serbie), soutenue par **M. Macdonald** (Canada), propose d'indiquer dans l'alinéa b) de la nouvelle recommandation 189, dans les deux options, qu'un avis concernant le droit de réserve de propriété ou le droit du crédit-bailleur devrait être inscrit au registre général des sûretés.

40. **La Présidente** dit que, s'il n'y a pas d'opposition, elle considérera que le Comité souhaite adopter la modification proposée.

41. *Les nouvelles recommandations 189 et 190 proposées (options A et B), telles que modifiées, sont adoptées.*

Proposition de nouvelle recommandation 191

42. *La nouvelle recommandation 191 proposée est adoptée.*

Proposition de nouvelles recommandations 192 et 193

43. **Mme Stanivuković** (Serbie) dit que la nouvelle recommandation 192 proposée devrait figurer sous l'option A car la notification des parties finançant les stocks inscrites au registre n'est exigée que dans cette option. Elle propose donc de placer la nouvelle recommandation 192 à la suite de la nouvelle recommandation 190, sous l'option A.

44. **Mme Walsh** (Canada) soutient la proposition de la représentante de la Serbie. Elle propose aussi que le

titre de la recommandation 192 soit modifié pour devenir “Une notification suffit” et que celui de la recommandation 193 devienne “Une inscription suffit”.

45. **M. Riffard** (France) soutient la proposition de modifier l’ordre des nouvelles recommandations. Il souligne que le comité de rédaction a décidé que le terme “notification” ne devrait être utilisé que dans le cadre de la cession des créances. Le terme “avis” devrait être utilisé pour tous les autres types de communication écrite. En conséquence, les titres des nouvelles recommandations 192 et 193 proposées devraient être respectivement “Un avis suffit” et “Un avis inscrit suffit”.

46. **La Présidente** considère que le Comité souhaite déplacer la nouvelle recommandation 192 proposée pour l’insérer à la suite de la nouvelle recommandation 190, sous l’option A, et modifier les titres des nouvelles recommandations 192 et 193 proposées conformément à la proposition du représentant de la France.

47. *Il en est ainsi décidé.*

48. *Les nouvelles recommandations 192 et 193 proposées, telles que modifiées, sont adoptées.*

Proposition de nouvelles recommandations 194 à 197

49. **Mme Walsh** (Canada) dit que les nouvelles recommandations 194 à 197 proposées devraient être corrigées pour tenir compte de la décision de principe d’offrir deux options eu égard au financement des acquisitions. Conformément à cette décision, un créancier garanti disposant d’une sûreté réelle mobilière sur des stocks en garantie du paiement de leur acquisition a une superpriorité sur les stocks mais non sur le produit prenant la forme de créances, d’instruments négociables ou de droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire. Le projet actuel laisse entendre qu’un droit de réserve de propriété s’étend au produit prenant la forme de créances, de sorte qu’un vendeur réservataire aurait aussi une superpriorité sur le produit. Le texte proposé devrait être modifié pour indiquer clairement qu’il n’existe pas de droit de réserve de propriété vis-à-vis du produit de la vente de stocks face aux tiers, lorsque le produit prend la forme d’une somme d’argent, de créances, d’instruments négociables ou de droits au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire. Au lieu de cela, un vendeur réservataire dans cette situation obtiendrait une sûreté réelle mobilière qui serait opposable aux tiers sur les créances concernées. Un parallèle serait ainsi établi avec la situation des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d’une acquisition, c’est-à-dire qu’il n’y aurait pas de superpriorité vis-à-vis des prêteurs antérieurs s’agissant du produit de stocks prenant la forme d’actifs disponibles de ce type.

50. L’oratrice note que l’option A contient des règles spéciales pour le financement d’acquisitions concernant le produit de stocks, par opposition au produit des biens autres que les stocks, dans la mesure où cette option exige la notification de tout créancier garanti précédemment inscrit ayant une sûreté réelle mobilière sur des produits du même type. L’option B ne fait pas une telle distinction.

51. **M. Bazinas** (Secrétariat) croit comprendre des discussions précédentes sur la priorité en matière de produit que les options distinctes pour les biens soumis à réserve de propriété ne seraient pas applicables au produit, mais que deux règles différentes, selon le type de produit, s’appliqueraient à la fois aux options A et B. Un droit de réserve de propriété s’étendrait au produit de biens meubles corporels autres que des stocks ou des biens de consommation mais ne s’étendrait pas au produit de stocks prenant la forme des droits à paiement décrits dans la nouvelle recommandation 197 proposée. Selon qu’un État choisira l’option A ou l’option B, l’opposabilité du droit de réserve de propriété sera obtenue de différentes manières.

52. **M. Macdonald** (Canada) dit qu’il pourrait être utile de préciser, s’agissant de la nouvelle recommandation 197 proposée, que le droit en question doit avoir été rendu opposable aux tiers. Il suggère de modeler toutes les modifications des nouvelles recommandations proposées sur la règle posée dans la nouvelle recommandation 198 proposée, qui est applicable à différents contextes.

53. **M. Bazinas** (Secrétariat) croit comprendre que la proposition de la délégation canadienne suppose que les recommandations 195 et 196 seraient supprimées et qu’une recommandation serait ajoutée à la suite de la nouvelle recommandation 197 proposée, pour que, dans le cas du produit de stocks auquel le droit de réserve de propriété ne s’étend pas, le vendeur réservataire puisse conserver une sûreté réelle mobilière.

54. **Mme Walsh** (Canada) dit que les nouvelles recommandations 195 et 196 proposées traitent la question de savoir comment assurer l'opposabilité en cas d'extension du droit de réserve de propriété sur le produit. Elles reflètent les règles figurant dans les recommandations générales 40 et 41 sur l'opposabilité des sûretés réelles mobilières au chapitre V du projet de guide.

55. **M. Rehbein** (Allemagne) rappelle que sa délégation s'est opposée au libellé des recommandations originales 189 et 192 en raison de la difficulté à distinguer clairement les stocks et les autres biens meubles corporels. Il a donc été décidé d'adopter des variantes: l'option A et l'option B. Dans l'option B, aucune distinction n'est faite entre les stocks et les autres biens. L'orateur est donc contre la distinction faite entre les stocks et les autres biens dans la nouvelle recommandation 194 proposée.

56. **M. Bazinas** (Secrétariat) demande s'il serait acceptable d'éviter de faire une distinction entre stocks et biens autres que les stocks et d'établir clairement que la réserve de propriété et le droit de crédit-bail ne s'étendent pas au produit.

57. **La Présidente** dit que, s'il n'y a pas d'opposition, elle considérera qu'il n'y a pas de désaccord de fond sur ce point.

58. *Il en est ainsi décidé.*

59. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) dit que la plupart des pays connaissant la réserve de propriété ne permettent pas au vendeur réservataire d'avoir un droit sur le produit, même ceux qui se réfèrent à une sûreté réelle mobilière plutôt qu'à un droit de réserve de propriété. L'unique raison justifiant d'étendre le droit de réserve de propriété au produit dans les recommandations relatives à l'approche non unitaire serait de maintenir le principe de l'équivalence fonctionnelle. L'orateur propose donc que les vendeurs réservataires aient une sûreté réelle mobilière normale sur le produit, les règles de priorité étant celles fixées dans les recommandations 198 et 199.

La séance est suspendue à 15 h 45; elle est reprise à 16 h 15.

60. **M. Bazinas** (Secrétariat), résumant les propositions, dit que le droit de réserve de propriété ne s'étendra pas au produit prenant la forme de créances, d'instruments négociables, de fonds crédités sur un compte bancaire ni de l'obligation de payer en vertu d'un engagement de garantie indépendant. Le vendeur réservataire aurait au contraire une sûreté réelle mobilière et les règles générales applicables à une telle sûreté s'appliqueraient, en l'occurrence les recommandations 40 et 41 concernant l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière sur le produit.

61. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) dit que sa proposition est quelque peu différente en raison de l'importance qu'il accorde au principe d'équivalence fonctionnelle entre les approches unitaire et non unitaire. Dans le système unitaire, un créancier garanti finançant une acquisition a automatiquement une sûreté réelle mobilière sur le produit, y compris sous la forme de créances, d'argent ou d'instruments. Pour assurer l'équivalence fonctionnelle, un droit semblable devrait être conféré au vendeur réservataire dans le système non unitaire. De même, un vendeur réservataire devrait jouir de la même priorité pour sa sûreté réelle mobilière sur le produit qu'une partie finançant l'acquisition dans le système unitaire.

62. **Mme Walsh** (Canada) pense que la délégation allemande a demandé une option B pour le produit qui éviterait d'avoir à établir une distinction entre le produit de la revente par l'acheteur de matériel et de stocks et qui donnerait au vendeur une sûreté réelle mobilière ordinaire sur le produit, quelle que soit son origine. Cela serait quelque peu différent de la situation d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition, dans laquelle la superpriorité existe pour le produit issu de matériel, même sous la forme de créances.

63. **M. Bazinas** (Secrétariat) demande confirmation que le droit de réserve de propriété ne s'étend pas au produit sous la forme des droits de paiement décrits dans la nouvelle recommandation 197 proposée.

64. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) dit qu'il ne peut soutenir une recommandation par laquelle des règles différentes régissant la priorité sur le produit seraient applicables aux vendeurs, selon que le système serait unitaire ou non unitaire. Le principe d'équivalence fonctionnelle veut que les résultats soient identiques dans les deux systèmes. Dans le système non unitaire, les vendeurs réservataires devraient avoir exactement la même priorité que leurs homologues dans le système unitaire.

65. **M. Macdonald** (Canada) dit qu'il souhaite clarifier les différences entre les propositions présentées au Comité. Il croit comprendre que le représentant des États-Unis propose de modifier les nouvelles recommandations proposées de sorte qu'elles fassent référence à tous les types de produit, auquel cas le droit du vendeur réservataire sur le produit ne serait pas un droit de propriété mais une sûreté réelle mobilière, et les règles régissant l'existence ou l'inexistence d'une superpriorité eu égard à cette sûreté seraient identiques aux règles s'appliquant dans le système unitaire. Il demande confirmation de la délégation allemande qu'elle propose une règle sur le produit qui n'établit pas de distinction entre les stocks et les biens autres que les stocks, ainsi qu'un droit sur le produit qui est une sûreté réelle mobilière ordinaire n'ayant jamais de superpriorité.

66. **M. Kemper** (Allemagne) dit qu'il pourrait accepter le principe que les droits sur le produit de stocks et de matériel soient traités de la même manière.

67. **La Présidente** considère que le Comité souhaite demander au Secrétariat de reformuler les nouvelles recommandations 194 à 197 proposées à la lumière de la discussion.

68. *Il en est ainsi décidé.*

Proposition de nouvelle recommandation 198

69. **M. Macdonald** (Canada) dit que la règle figurant dans la nouvelle recommandation 198 proposée serait plus claire si les mots "la propriété est transférée à l'acheteur ou au crédit-preneur mais" étaient ajoutés après "si un vendeur ou un crédit-bailleur ne respecte pas les conditions requises pour obtenir l'opposabilité d'un droit de réserve de propriété ou du droit d'un crédit-bailleur".

70. **M. Kemper** (Allemagne) dit que le non-respect des conditions d'obtention de l'opposabilité est essentiellement une question concernant le vendeur réservataire et d'autres créanciers. Il ne peut donc comprendre pourquoi le non-respect de ces conditions par un vendeur devrait entraîner le transfert de la propriété à l'acheteur.

71. **Mme Walsh** (Canada) convient que la propriété ne peut être transférée du vendeur à l'acheteur tant que le prix d'achat n'a pas été payé. Le droit de réserve de propriété du vendeur serait réduit au statut de sûreté réelle mobilière uniquement dans l'objectif d'évaluer l'opposabilité. Il serait donc plus précis de dire que l'acheteur est considéré comme le propriétaire des biens vis-à-vis des tiers. La nouvelle recommandation proposée a été incluse pour faire pendant à la solution concernant les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'une acquisition. Ainsi, même si un vendeur réservataire n'a plus la propriété vis-à-vis de tiers s'il ne procède pas à l'inscription dans le délai de grâce applicable, il conservera une sûreté réelle mobilière.

72. **M. Voulgaris** (Grèce) propose de modifier la fin de la nouvelle recommandation proposée comme suit "le vendeur ou le bailleur peut avoir une sûreté sur le bien meuble corporel objet de la vente ou du bail si le régime général des sûretés s'applique".

73. **M. Riffard** (France) dit que les arrangements de réserve de propriété continuent d'être effectifs entre les parties. Cependant, si le créancier ne remplit pas les conditions pour obtenir l'opposabilité, il subit les conséquences traditionnelles. Les tiers seraient en droit de traiter l'acheteur comme le propriétaire, et le vendeur serait "rétrogradé" au rang de créancier ordinaire.

74. **M. Kemper** (Allemagne) continue de douter de la nécessité de la nouvelle recommandation proposée. Son champ semble s'étendre au-delà du simple manquement au devoir d'information dans le délai prescrit.

75. **Mme Walsh** (Canada) dit que lorsque, dans un système non unitaire, un vendeur inscrit le droit de propriété dans le délai de grâce spécifié aux fins d'opposabilité, cette propriété prévaut sur une sûreté réelle mobilière d'un prêteur antérieur inscrite sur des biens acquis après coup par l'acheteur. Si le vendeur ne procède pas à l'inscription dans le délai de grâce, la conséquence légale logique est que la réserve de propriété n'est plus opposable. Dans le système unitaire, un créancier garanti qui ne procède pas à l'inscription perd sa superpriorité sur les prêteurs antérieurs et ne dispose plus que d'une sûreté réelle mobilière ordinaire. Il est donc subordonné aux prêteurs antérieurs mais a une sûreté réelle mobilière vis-à-vis d'autres tiers. Afin de parvenir au même résultat dans un système de réserve de propriété, dans lequel la superpriorité se fonde sur la réserve de propriété, cette propriété doit être convertie en sûreté réelle mobilière ordinaire. Le vendeur conserverait alors un droit effectif sur le bien mais ne prévaudrait pas sur les prêteurs antérieurs.

76. **M. Riffard** (France) souligne qu'une sûreté réelle mobilière ordinaire devrait être enregistrée afin d'être opposable aux tiers.

77. **La Présidente** demande à la délégation allemande si une réponse a été donnée à ses préoccupations.

78. **M. Kemper** (Allemagne) dit que sa délégation ne demandera pas la suppression de la nouvelle recommandation 198 proposée.

79. **Mme McCreath** (Royaume-Uni) suggère que les explications apportées au sujet de la recommandation soient ajoutées au commentaire.

80. **La Présidente** considère que le Comité souhaite modifier la nouvelle recommandation 198 proposée pour inclure une référence à l'opposabilité et clarifier le fait que le non-accomplissement de formalités d'inscription entraînera l'acquisition d'une sûreté réelle mobilière par le vendeur ou le bailleur, qui devra aussi être inscrite.

81. *Il en est ainsi décidé.*

82. *La nouvelle recommandation 198 proposée, telle que modifiée, est adoptée.*

La séance est levée à 17 heures.

Compte rendu analytique de la 846e séance tenue au Centre international de Vienne, le lundi 2 juillet 2007, à 9 h 30

[A/CN.9/SR.846]

Présidente: Mme Sabo (Présidente du Comité plénier) (Canada)

La séance est ouverte à 9 h 40.

Adoption d'un projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties et travaux futurs possibles (*suite*) (A/CN.9/617, 620, 631 et Add.1-11, 632 et 633; A/CN.9/XL/CRP.4 et 7)

XII: Droits liés au financement d'acquisitions (suite) *(A/CN.9/631)*

*Section B. Approche non unitaire des droits liés au financement d'acquisitions (recommandations 184 à 201) (*suite*)*

Proposition de la délégation canadienne sur le financement d'acquisitions (approche non unitaire) (suite) *(A/CN.9/XL/CRP.7)*

Proposition de nouvelles recommandations 199 à 201

1. *Les nouvelles recommandations 199 à 201 proposées sont adoptées.*

VII: Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur les droits de réclamants concurrents (suite) *(A/CN.9/631)*

Recommandation 107 (suite)

2. **M. Cohen** (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation propose la version modifiée suivante de la recommandation 107:

> "La loi devrait prévoir qu'une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles corporels qui a été rendue opposable par transfert de la possession d'un document négociable a priorité sur une sûreté réelle mobilière concurrente rendue opposable par une autre méthode. La présente règle ne s'applique pas i) si les biens en question ne sont pas des stocks et ii) si la sûreté du créancier garanti qui n'est pas en possession du document négociable a été rendue opposable avant l'une des dates suivantes, la plus rapprochée étant retenue: x) celle à laquelle les biens meubles corporels sont devenus des biens représentés par le document négociable, ou y) celle à laquelle le constituant et un créancier garanti en possession du document négociable ont conclu un accord prévoyant que les biens seront représentés par un document négociable pour autant que les biens deviennent ainsi représentés dans un délai de [30 jours] à compter de la date de l'accord."

3. La version originale comme la version modifiée de la recommandation 107 sont destinées à traiter un conflit entre deux intérêts légitimes: a) celui d'une personne ayant une sûreté réelle mobilière sur un document et donc sur les biens représentés, qui a rendu cette sûreté opposable en prenant possession du document; et b) celui d'une personne ayant une sûreté réelle mobilière sur les biens qui a été rendue opposable par une méthode autre que la prise de possession du document. Le texte original ne prend pas en compte la grande diversité des opérations dans lesquelles un tel conflit peut surgir. La version modifiée proposée accorde une protection importante à une partie dont les intérêts ont été rendus opposables par prise de possession d'un document, mais prévoit une exception dans certains cas lorsque les biens meubles corporels deviennent grevés d'une sûreté réelle mobilière d'au moins une des parties avant d'être représentés par un document. Par exemple, une personne qui rend une sûreté réelle mobilière opposable par inscription d'un avis avant l'existence d'un document a un intérêt légitime et la personne qui est en possession du document a aussi un intérêt légitime. Lorsque le constituant est défaillant et que les biens n'ont pas une valeur suffisante pour satisfaire les deux obligations, la loi doit déterminer qui a priorité. Le texte proposé pour la recommandation prévoit que, lorsque les biens meubles corporels sont des stocks et que le créancier garanti aurait pu prévoir que le constituant commercialiserait ces biens et qu'ils pourraient donc être représentés par un document, le détenteur du document prévaut. Lorsque les biens

meubles corporels ne sont pas des stocks et que la sûreté réelle mobilière est rendue opposable avant la délivrance du document, le détenteur du document ne prévaudra pas. La disposition suivant le point "(y)" dans le texte traite d'une situation dans laquelle la délivrance d'un document a été prévue, mais retardée. En de tels cas aussi, la sûreté réelle mobilière du créancier qui n'est pas en possession du document doit être rendue opposable.

4. **La Présidente** dit que, s'il n'y a pas d'opposition, elle considérera que le Comité souhaite adopter le texte proposé.

5. *La recommandation 107, telle que modifiée, est adoptée.*

6. **M. Deschamps** (Canada) espère que le commentaire expliquera la recommandation.

XIII: Droit international privé

Note suivant la recommandation 202 (suite)

7. **M. Deschamps** (Canada) rappelle au Comité qu'il a décidé de reporter l'examen de la note suivant la recommandation 202 jusqu'à ce qu'il ait pris une décision sur la recommandation 107.

8. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que le Comité est convenu qu'une nouvelle recommandation devrait être ajoutée à la suite de la recommandation 202 à propos de la loi applicable aux conflits de priorité entre un créancier garanti en possession d'un document négociable et un créancier garanti ayant une sûreté opposable sur les biens.

9. **La Présidente** considère que le Comité accepte d'insérer une nouvelle recommandation dans ce sens.

10. *Il en est ainsi décidé.*

XI: Insolvabilité (suite) *(A/CN.9/631 et Add.8)*

Section A: Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité: définitions et recommandations

11. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que le chapitre XI est le résultat de la coordination entre le Groupe de travail V (Insolvabilité) et le Groupe de travail VI (Sûretés). Lors de sa trente-neuvième session, la Commission a décidé que le projet de guide tiendrait compte des recommandations du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (le Guide sur l'insolvabilité) et serait parfaitement conforme aux dispositions de ce dernier. Les définitions ont été fournies dans le projet de guide afin de faciliter la compréhension de la terminologie de l'insolvabilité. Les nouvelles recommandations de la section B et le commentaire du chapitre sont à lire à la lumière du Guide sur l'insolvabilité. Les recommandations mettent en évidence des questions relatives aux opérations garanties qui ont été examinées dans le Guide sur l'insolvabilité mais qui n'ont pas fait l'objet de recommandations spécifiques. Le commentaire du chapitre XI souligne les différences entre les deux guides, par exemple les différentes utilisations des termes "sûretés" et "sûretés réelles mobilières".

12. **Mme McCreath** (Royaume-Uni) note que le Comité devra peut-être réexaminer la définition du "contrat financier" à la lumière de ses discussions à ce propos.

13. **La Présidente** dit que, même si les définitions extraites du Guide sur l'insolvabilité ne sont pas ouvertes à la discussion, le Comité pourrait avoir besoin d'établir une définition différente pour le projet de guide.

14. **M. Kemper** (Allemagne) s'enquiert du statut des recommandations tirées Guide sur l'insolvabilité pour être incluses à la section A du chapitre XI.

15. **La Présidente** dit qu'il a été décidé que le moyen le plus efficace d'assurer l'uniformité entre le guide sur l'insolvabilité et celui sur les opérations garanties serait d'incorporer les recommandations pertinentes du Guide sur l'insolvabilité dans le projet de guide.

16. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que si le projet de guide s'était simplement contenté d'une référence d'ordre général au Guide sur l'insolvabilité, les législateurs auraient été contraints d'étudier la totalité du document pour identifier les questions se rapportant aux opérations garanties. Il observe que le commentaire du chapitre XI attire aussi l'attention sur plusieurs passages pertinents du commentaire du Guide sur l'insolvabilité. Les recommandations de la section B n'introduisent pas de concepts nouveaux mais traitent de l'applicabilité aux régimes des opérations garanties des principes sous-jacents au Guide sur l'insolvabilité.

17. **M. Kemper** (Allemagne) suggère d'insérer une note avant la liste des recommandations provenant du Guide sur l'insolvabilité, pour en souligner le caractère non exhaustif.

18. **Mme Walsh** (Canada) soutient cette proposition. Elle suggère de présenter les recommandations comme un texte unifié, en supprimant la numérotation initiale du Guide sur l'insolvabilité et en mentionnant cette numérotation dans des notes de bas de pages et d'insérer la phrase explicative suivante en guise d'introduction: "Les recommandations suivantes tirées du Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité s'appliquent aux opérations garanties." Une présentation homogène des recommandations existantes et des nouvelles recommandations traitant de thèmes semblables serait également utile.

19. **M. Redmond** (American Bar Association) dit que les Groupes de travail V et VI sont convenus lors de leurs deux réunions conjointes que l'inclusion des recommandations pertinentes tirées du Guide sur l'insolvabilité aiderait grandement les législateurs dans leur compréhension du projet de guide. Son organisation soutient le projet du chapitre XI tel qu'actuellement structuré. La numérotation des recommandations dans la section A devrait être identique à celle du Guide sur l'insolvabilité, de manière à faciliter une utilisation parallèle des deux documents.

20. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) rejette la proposition de restructurer les recommandations empruntées au Guide sur l'insolvabilité. La combinaison des deux ensembles de recommandations brouillerait la distinction entre elles et la structure du texte devrait montrer clairement que le chapitre XI n'est pas simplement une réaffirmation du droit de l'insolvabilité.

21. **M. Riffard** (France) suggère de placer les recommandations venant du Guide sur l'insolvabilité dans la section préliminaire du commentaire du chapitre XI. Le commentaire serait alors suivi par les nouvelles recommandations. Il suggère en outre de reproduire toutes les recommandations en annexe au projet de guide.

22. **Mme Walsh** (Canada) suggère de déplacer le chapitre XI à la fin du projet de guide, car les recommandations qu'il contient concernent la loi sur l'insolvabilité de l'État adoptant, alors que toutes les autres recommandations concernent la loi sur les opérations garanties.

23. **La Présidente** dit que les diverses propositions du Comité concernant la présentation du chapitre XI seront examinées en temps voulu.

24. **Mme McCreath** (Royaume-Uni), se référant au rapport du Groupe de travail sur les travaux de sa onzième session (A/CN.9/617), dit que sa délégation a suggéré lors de cette session que la recommandation 63 du Guide sur l'insolvabilité soit incluse dans le projet de guide.

25. **Mme Clift** (Secrétariat) dit que la recommandation 63 n'a pas été incluse dans le projet de guide parce qu'elle ne se rapporte pas spécifiquement aux créanciers garantis. Certaines recommandations qui n'ont pas été sélectionnées pour être incluses sont néanmoins proches de la façon dont les régimes d'insolvabilité fonctionnent, et concernent tous les types de créanciers. Une annexe au Guide sur l'insolvabilité renvoie à ces recommandations et à leurs répercussions spécifiques sur les créanciers garantis.

26. **Mme McCreath** (Royaume-Uni) dit qu'elle a suggéré d'inclure la recommandation 63 de sorte que les lecteurs du projet de guide prennent conscience que les dispositions relatives au financement postérieur à l'ouverture de la procédure et citées dans le projet de guide ne sont pas les seules existantes.

27. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) exprime son soutien à la proposition de la représentante du Royaume-Uni.

28. **La Présidente** dit que, s'il n'y a pas d'opposition, elle considérera que le Comité souhaite inclure la recommandation 63 du Guide sur l'insolvabilité dans le chapitre XI.

29. *Il en est ainsi décidé.*

Section B. Recommandations supplémentaires du Guide sur les opérations garanties concernant l'insolvabilité (recommandations 173 à 183)

Recommandation 173

30. *La recommandation 173 est adoptée.*

Recommandation 174

31. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que la recommandation 174 (approche non unitaire) devra être modifiée compte tenu de la décision du Comité de

remplacer le terme “droit lié au financement d’une acquisition” par “droit de réserve de propriété” et “droit de crédit-bail” dans le contexte de l’approche non unitaire du financement des acquisitions.

32. *La recommandation 174, telle que modifiée, est adoptée.*

Recommandations 175 à 180

33. *Les recommandations 175 à 180 sont adoptées.*

Recommandation 181

34. **M. Burman** (États-Unis d’Amérique) propose de modifier la recommandation 181 pour qu’elle indique clairement qu’un accord de cession de rang dans une procédure d’insolvabilité ne s’imposera au débiteur que dans la mesure où il produit effet en vertu d’une loi autre que la loi sur l’insolvabilité.

35. *La recommandation 181, telle que modifiée, est adoptée.*

Recommandations 182 et 183

36. *Les recommandations 182 et 183 sont adoptées.*

La séance est suspendue à 11 heures; elle est reprise à 11 h 30.

Commentaire du chapitre XI: Insolvabilité (A/CN.9/631/Add.8)

37. **M. Bazinas** (Secrétariat) note que l’introduction du commentaire renvoie le lecteur aux recommandations du Guide sur l’insolvabilité et au commentaire s’y rapportant. Les nouvelles recommandations du projet de guide suivront le commentaire du chapitre XI.

Paragraphes 1 à 15

38. **M. Redmond** (Observateur de l’American Bar Association) suggère que le commentaire renvoie plus clairement aux recommandations pertinentes du Guide sur l’insolvabilité et examine des recommandations supplémentaires extraites du Guide. Il suggère en outre que la section 4 intitulée “Loi applicable dans la procédure d’insolvabilité” (par. 11 à 15) soit déplacée à la fin du commentaire par souci de clarté, c’est-à-dire juste avant les nouvelles recommandations.

39. **La Présidente** dit que, s’il n’y a pas d’opposition, elle considérera que le Comité souhaite aller dans le sens des suggestions de l’Observateur de l’American Bar Association.

40. *Il en est ainsi décidé.*

41. *Les paragraphes 1 à 15 sont approuvés quant au fond compte tenu de ces suggestions.*

Paragraphes 61 à 76

42. *Les paragraphes 16 à 76 sont approuvés quant au fond.*

43. *L’ensemble du commentaire du chapitre XI est approuvé quant au fond, sous réserve des modifications convenues.*

Coordination avec l’avant-projet de loi type sur le leasing (A/CN.9/XL/CRP.4)

44. **M. Bazinas** (Secrétariat) appelle l’attention des participants sur les commentaires formulés par l’Institut international pour l’unification du droit privé (Unidroit) dans le document A/CN.9/XL/CRP.4. Il se félicite de la coordination entre Unidroit et la CNUDCI lors de l’élaboration des définitions des termes “droit lié au financement d’une acquisition”, “crédit-bail”, “droit de réserve de propriété” et “sûreté réelle mobilière”.

45. Les participants au prochain congrès de la CNUDCI intitulé “Un droit moderne pour le commerce mondial” pourront entendre comment la coopération entre la CNUDCI, Unidroit et d’autres organes a contribué au développement d’orientations complètes destinées aux États qui souhaitent améliorer leur droit des opérations garanties.

46. **M. Kronke** (Secrétaire général d’Unidroit) dit que le projet de guide et l’avant-projet de loi type d’Unidroit sur le leasing (l’avant-projet de loi type) font partie d’une entreprise lancée dans les années 1970, qui vise à harmoniser la législation sur les opérations garanties, notamment par l’élaboration d’une loi type. Cependant, cette entreprise d’uniformisation s’est révélée trop ambitieuse à l’époque et, au lieu de cela, un certain nombre d’instruments différents ont été élaborés: la Convention d’Unidroit sur le crédit-bail international (1988); la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d’équipement

mobiles (2001), dite Convention du Cap et ses protocoles; et la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (2001). Le projet de guide actuel vise à réunir l'ensemble de ces instruments.

47. Les éléments d'une proposition conjointe concernant la relation entre l'avant-projet de loi type et le projet de guide ont été définis lors d'une réunion entre des représentants de la CNUDCI, d'Unidroit et de la Conférence de La Haye de droit international privé en 2006. Premièrement, l'avant-projet de loi type devrait clarifier qu'un contrat de leasing donnant naissance à une sûreté réelle mobilière ou à un droit lié au financement d'une acquisition devra être traité comme une sûreté réelle mobilière, qui n'entrera pas dans le champ de l'avant-projet de loi type. Deuxièmement, la définition d'une "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition" devrait être revue pour refléter le fait que tous les "crédits-bails" ne créent pas des sûretés réelles mobilières. Troisièmement, le projet de loi type devrait s'en remettre pour cette définition au projet de guide. Quatrièmement, il est inutile d'inclure des dispositions sur la loi applicable dans le projet de loi type puisque cette question sera traitée dans le projet de guide. Cinquièmement, l'article 3 de l'avant-projet de loi type sera élargi pour illustrer comment et pourquoi dans certains États la loi incorporant le projet de guide est applicable à certains types d'opérations de leasing. La proposition conjointe a été validée par le Comité d'experts gouvernementaux d'Unidroit.

48. **M. Bazinas** (Secrétariat) note qu'il faudra tenir compte de la décision du Comité de remplacer le terme "sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition" par "droit de réserve de propriété" et "droit de crédit-bail". Il suggère aussi que le commentaire explique que le terme "droit de crédit-bail" a été défini pour que seuls les crédits-bails créant une sûreté réelle mobilière soient couverts par le projet de guide.

49. **La Présidente** considère que le Comité souhaite faire sienne l'approche coordonnée proposée.

50. *Il en est ainsi décidé.*

Travaux futurs sur le projet de guide

51. **La Présidente** demande au Secrétariat d'informer le Comité sur l'ampleur des travaux restant à accomplir.

52. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que les chapitres I à VI du projet de guide (A/CN.9/631 et Add.1 à 3) doivent encore être examinés. S'agissant des chapitres VII à XIV, un nouvel examen des recommandations 194 à 197 pourrait être nécessaire, relativement à l'extension du droit de réserve de propriété ou du droit de crédit-bail au produit (approche non unitaire), ainsi que du commentaire sur les options relatives aux recommandations 189 et 192 concernant l'opposabilité du droit de réserve de propriété ou du droit de crédit-bail sur le produit (approches unitaire et non unitaire). M. Bazinas évoque la possibilité de convoquer une reprise de session de la Commission en décembre 2007.

53. **La Présidente** demande si le Comité voit des objections à la convocation d'une reprise de session.

54. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique), soutenu par **M. Kemper** (Allemagne), dit qu'il accueille favorablement la tenue d'une reprise de session, ajoutant qu'il serait utile que les délégations puissent recevoir dès que possible les versions révisées des chapitres déjà adoptés.

55. **La Présidente** considère que le Comité souhaite recommander à la Commission de tenir une reprise de session du 10 au 14 décembre 2007 afin d'achever l'examen du projet de guide et de l'approuver.

56. *Il en est ainsi décidé.*

La séance est levée à 12 h 30.

Compte rendu analytique de la 847e séance tenue au Centre international de Vienne, le lundi 2 juillet 2007, à 14 heures

[A/CN.9/SR.847]

Présidente: Mme Sabo (Présidente du Comité plénier) (Canada)

La séance est ouverte à 14 h 10.

Adoption d'un projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties et travaux futurs possibles (suite) (A/CN.9/617, 620, 631 et Add.1 à 11, 632 et 633; A/CN.9/XL/CRP.3, 4 et 5)

Travaux futurs sur les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle (A/CN.9/631 et 632; A/CN.9/XL/CRP.3)

1. **La Présidente** invite le Comité à examiner le traitement de la propriété intellectuelle tel que proposé par la recommandation 4 b) du projet de guide (A/CN.9/631) à la lumière des documents A/CN.9/632 et A/CN.9/XL/CRP.3.

2. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que la recommandation 4 b) tient compte de l'approche du Groupe de travail sur les sûretés réelles grevant la propriété intellectuelle, à savoir que le projet de guide devrait s'appliquer de manière générale à de telles sûretés, mais que, si des incompatibilités apparaissent entre la loi sur les opérations garanties recommandée dans le projet de guide et le droit interne ou les traités internationaux relatifs à la propriété intellectuelle, ce droit ou ces traités prévaudront. Le commentaire explique dans les grandes lignes comment un tel renvoi à la loi nationale ou aux traités internationaux fonctionnera et note aussi que les États devront peut-être revoir leur loi nationale pour s'assurer de la compatibilité entre les lois sur les opérations garanties et celles sur la propriété intellectuelle. Le commentaire pourrait aussi évoquer des travaux futurs de la Commission sur la propriété intellectuelle.

3. **M. Bazinas** observe que le Groupe de travail n'est pas parvenu à un accord sur le texte de la recommandation 4 b) entre crochets: "et où les matières régies par la présente loi le sont aussi par cette loi nationale ou cet accord international", qui a été ajouté comme suggestion à la Commission en vue d'aligner la recommandation 4 b) et la recommandation 4 a).

4. Le document A/CN.9/XL/CRP.3 rend compte des décisions auxquelles le Groupe de travail est parvenu s'agissant des questions demandant clarification dans le commentaire du projet de guide.

5. Le document A/CN.9/632 propose des travaux futurs possibles sur les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle, en vue de promouvoir une mise en œuvre efficace du projet de guide dans ce domaine.

6. **M. Lawrence** (Observateur de l'Independent Film and Television Alliance) dit que les milieux de la propriété intellectuelle des États-Unis soutiendraient la suppression du texte entre crochets car il limite inutilement la portée de l'exclusion.

7. **La Présidente** dit que, s'il n'y a pas d'opposition, elle considérera que le Comité souhaite adopter la recommandation 4 b) sans le texte entre crochets.

8. *Il en est ainsi décidé.*

9. *La recommandation 4 b), telle que modifiée, est adoptée.*

10. **La Présidente** invite le Comité à examiner le document A/CN.9/XL/CRP.3, concernant les ajouts au commentaire de diverses parties du projet de guide qui ont un rapport avec la propriété intellectuelle.

11. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) dit que la deuxième phrase de la section 1 f) concernant un ajout au commentaire du chapitre X sur les droits après défaillance sort largement du cadre de la propriété intellectuelle lorsqu'elle indique que la règle énoncée dans la première phrase, à savoir que le créancier garanti ne peut réaliser que les droits du constituant sur le bien grevé, n'a pas pour objet d'écarter les dispositions limitant le droit du constituant de vendre un bien grevé ou d'en disposer d'une autre manière, de

le louer ou de le mettre sous licence. Elle laisse entendre qu'un créancier garanti est lié par des restrictions contractuelles relatives au bien grevé qui pourraient n'avoir rien à faire avec les droits de propriété intellectuelle. L'orateur propose donc que la première phrase soit libellée ainsi: "Le créancier garanti peut réaliser uniquement la sûreté réelle mobilière qu'il détient jusqu'à concurrence des droits du constituant sur le bien grevé". La deuxième phrase serait alors supprimée et le reste du paragraphe conserverait sa forme actuelle.

12. **La Présidente** dit que, s'il n'y a pas d'opposition, elle considérera que le Comité accepte la modification proposée.

13. *La section 1 f) est approuvée quant au fond, sous réserve de la modification convenue.*

14. **La Présidente** croit comprendre que le Comité souhaite ajouter le contenu du document A/CN.9/XL/CRP.3, tel qu'amendé, aux commentaires du projet de guide.

15. *Il en est ainsi décidé.*

16. **La Présidente** invite le Comité à examiner le document A/CN.9/632 concernant les travaux futurs possibles sur les sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles. S'il a été convenu que la finalisation du projet de guide ne devrait pas être retardée pour de traiter des particularités de la propriété intellectuelle, il serait néanmoins bon que le Comité convienne de la marche à suivre.

17. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que le document A/CN.9/632 est largement fondé sur les suggestions faites lors du colloque sur les sûretés réelles grevant des droits de propriété intellectuelle organisé en coopération avec l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) et tenu à Vienne les 18 et 19 janvier 2007.

18. **La Présidente** remercie au nom du Comité les représentants de l'OMPI et les autres experts des milieux de la propriété intellectuelle pour la qualité des documents qu'ils lui ont soumis.

19. **M. Goodger** (Observateur de l'Association des propriétaires européens de marques de commerce) dit que son organisation soutient le projet de guide et ses objectifs. Il note cependant que, compte tenu de l'importance cruciale de la propriété intellectuelle dans l'économie moderne, il est essentiel que les questions relatives à la titrisation des biens de propriété intellectuelle soient traitées dans une annexe distincte du projet de guide. Cette annexe devrait être soumise dès que possible aux fins d'adoption et le projet de guide devrait contenir une référence explicite à celle-ci.

20. **Mme Longcroft** (Observatrice de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle), soulignant l'importance sans précédent de la propriété intellectuelle dans la sphère commerciale et les incompatibilités reconnues entre le projet de guide, d'une part, et les droits internes et les traités internationaux relatifs à la propriété intellectuelle, d'autre part, dit que des travaux plus poussés concernant les recommandations se rapportant spécialement à la propriété intellectuelle devraient être entrepris dès que possible, pour éviter d'envoyer aux États et aux prêteurs un message qui pourrait être mal interprété quant à la faisabilité et à l'intérêt de prêter sur la base de la propriété intellectuelle. L'adoption d'un programme de travail rigoureux permettrait aussi de soumettre les éléments à prendre en considération en matière de propriété intellectuelle et les projets de modification des recommandations à tous les États membres de la Commission lorsqu'ils recevront le texte final du projet de guide. L'oratrice suggère en outre que les États soient invités à inclure des représentants des ministères chargés de la propriété intellectuelle dans les discussions futures du Groupe de travail.

21. **M. Agthe** (Observateur de l'Association internationale des marques) appuie fermement l'idée d'une annexe au projet de guide. Les travaux sur l'annexe devraient être menés aussi rapidement que possible et le projet de guide devrait spécifiquement faire référence à ceux-ci.

22. **M. Rivers** (Observateur de l'Association des télévisions commerciales européennes) dit que la propriété intellectuelle et le besoin en financements extérieurs sont des questions extrêmement importantes pour les sociétés de télévision représentées par son organisation, qui porte un vif intérêt aux travaux de la Commission. Son organisation serait aussi tout à fait disposée à contribuer par ses connaissances aux travaux futurs sur les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle qui, il n'en doute pas, seront menés dès que possible.

23. **M. Lawrence** (Observateur de l'Independent Film and Television Alliance) remercie la Commission pour son attachement à faire en sorte que les avis de toutes les parties intéressées soient sollicités et écoutés. Lors du Colloque de la CNUDCI tenu en janvier 2007, il a été encouragé par la souplesse dont la Commission a fait preuve pour réfléchir aux aspects de propriété intellectuelle qui sont difficiles à concilier avec le texte actuel du projet de guide. Son organisation fait siennes les observations de la Communauté européenne et de ses États membres, exposées dans le document A/CN.9/633, selon lesquelles des travaux supplémentaires sont nécessaires en matière de sûretés sur la propriété intellectuelle. L'orateur soutient la proposition de mener à bonne fin le reste du projet de guide et de le compléter en temps voulu par une annexe sur la propriété intellectuelle. Il met en garde contre tout chevauchement entre le projet de guide et le travail de rédaction actuellement réalisé par l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit). Comme l'a reconnu la Commission, le projet de guide vise au premier chef les éléments essentiels de l'actif commercial que sont les biens à usage commercial, les stocks et le matériel, ainsi que les créances commerciales.

24. Pour illustrer le besoin de discussions plus approfondies, l'orateur note que, dans le contexte de la propriété intellectuelle même le mot "créance" a un sens très différent. Ce terme ne désigne pas le paiement direct de biens stockés ou achetés, mais le revenu provenant régulièrement de la distribution de biens sous licence réalisée au nom de détenteurs de droits de propriété intellectuelle par des tiers, avec participation aux gains, bien que ceux-ci ne soient pas propriétaires de la propriété intellectuelle contenue dans les biens distribués. Les travaux futurs devraient aussi permettre de mieux distinguer entre les brevets, les marques, les droits d'auteur et les droits voisins.

25. Son organisation se tient prête à apporter son expertise commerciale aux travaux futurs et espère que les recommandations pourront être soumises au Groupe de travail VI d'ici mai 2008.

26. **M. Cohen** (États-Unis d'Amérique) exprime un large soutien au projet de travaux futurs énoncé dans le document A/CN.9/632.

27. **M. Bazinas** (Secrétariat), répondant à une question de **M. Wezenbeek** (Observateur de l'Union européenne), dit qu'il ressort clairement de la discussion du Comité sur les questions de propriété intellectuelle mais aussi à propos des valeurs mobilières et des contrats financiers qu'un compromis devrait être trouvé entre le souhaitable et le faisable. Plusieurs délégations ont souligné que des retards supplémentaires dans la publication du projet de guide réduiraient son utilité. Il croit donc comprendre que le Comité souhaiterait achever son travail sur le projet de guide pendant la session en cours et aborder les questions relatives à la propriété intellectuelle, aux valeurs mobilières et aux contrats financiers à une date ultérieure.

28. **M. Riffard** (France) exprime son soutien à la proposition d'adopter la version actuelle du projet de guide lors de la reprise de la session en décembre 2007, et d'entamer des travaux supplémentaires ensuite sur une annexe traitant de la propriété intellectuelle et éventuellement aussi des valeurs mobilières et des contrats financiers.

29. **M. Markus** (Suisse) soutient lui aussi le programme qui vient d'être décrit. Il espère que les travaux sur les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle pourront débuter dès que le projet de guide aura été finalisé, étant entendu que le texte de la future annexe sur la propriété intellectuelle prévaudra en cas d'incompatibilités entre ce dernier et le texte du projet de guide.

30. **La Présidente** dit qu'il n'y aura pas d'incompatibilités car le Comité a déjà adopté la recommandation 4 b), en vertu de laquelle la loi nationale et les traités internationaux prévaudront sur le projet de guide en cas d'incompatibilité, et aussi parce que les recommandations sur des biens particuliers du projet de guide seront applicables.

31. **M. Voulgaris** (Grèce) soutient le programme proposé pour autant qu'il soit tenu compte du travail actuellement mené dans le même domaine par d'autres organisations internationales et régionales.

32. **La Présidente** souligne que la CNUDCI est une instance internationale qui se doit d'adopter des solutions adaptées au contexte mondial.

33. Elle considère que le Comité souhaite suggérer à la Commission qu'à la suite de l'adoption du projet de guide, elle charge le Groupe de travail VI d'élaborer, sous la forme d'annexe au projet de guide, un texte traitant spécifiquement des sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle. Si la Commission

est d'accord, il serait utile d'insérer dans le projet de guide une référence à la future annexe. Le Groupe de travail devrait s'appuyer sur le document A/CN.9/623 et prendre en compte les travaux pertinents actuellement menés par d'autres organisations internationales.

34. *Il en est ainsi décidé.*

Valeurs mobilières et contrat financiers

a) Valeurs mobilières (A/CN.9/631; A/CN.9/XL/CRP.4 et 5)

35. **M. Bazinas** (Secrétariat) attire l'attention sur la recommandation 4 c) du projet de guide (A/CN.9/631), pour l'essentiel entre crochets. La note du Secrétariat suivant la recommandation 4 c) invite la Commission à examiner si tous les types de valeurs mobilières devraient être exclus du projet de guide ou seulement les titres intermédiés tels que définis dans le projet de convention d'Unidroit sur les règles de droit matériel applicables aux titres intermédiés (le projet de convention). La section II du document A/CN.9/XL/CRP.4 contient les observations et suggestions d'Unidroit sur la question. Le document A/CN.9/XL/CRP.5 contient une proposition de la Commercial Finance Association concernant le traitement des valeurs mobilières dans le projet de guide ou dans le cadre de travaux futurs sur le sujet.

36. **M. Kronke** (Institut international pour l'unification du droit privé) dit que les efforts réalisés à un stade précoce du processus de coordination entre Unidroit et la CNUDCI pour élaborer une définition claire des titres intermédiés ont échoué. Le Groupe de travail VI de la CNUDCI a donc envisagé d'exclure purement et simplement les valeurs mobilières car une question aussi complexe englobant plusieurs branches différentes du droit aurait considérablement alourdi sa charge de travail. Le Comité d'experts gouvernementaux d'Unidroit, qui prépare actuellement le projet de convention, a décidé, lors de sa première session, d'utiliser le terme "titres détenus de façon indirecte", c'est-à-dire des titres qui ne sont pas détenus directement par l'investisseur final mais auprès de diverses strates d'intermédiaires. Il a découvert par la suite que le terme ne décrit pas correctement les nombreux systèmes de détention que le projet de convention doit aborder. Par exemple, les pays nordiques, l'Espagne, le Brésil, la Colombie, la Chine et la Malaisie ont élaboré des systèmes dits "transparents", dans lesquels le dépositaire central de titres tient des comptes de valeurs mobilières pour des investisseurs identifiés et sait quels types d'opérations sont réalisés. Ces modèles de détention hybrides ont été pris en compte de façon satisfaisante dans la version actuelle du projet de convention.

37. Le Comité d'experts gouvernementaux s'est penché, lors de sa dernière session, sur la question de savoir si certains systèmes qui pourraient ne pas être des modèles de détention indirecte devraient être couverts par le projet de guide. À la fin de la session à laquelle le Secrétariat de la CNUDCI a été représenté, le consensus est que de bonnes raisons justifient l'exclusion des valeurs mobilières du champ du projet de guide au début des délibérations du Groupe de travail et que davantage de recherches sont nécessaires, par exemple sur les accords de rachat et certaines opérations intragroupe. Il est nécessaire également de mettre les propositions et les modèles à l'épreuve de cas réels et des coutumes de fonctionnement du marché.

38. L'orateur assure que le Comité qu'Unidroit sera heureux de participer à toutes les discussions ultérieures sur la manière d'avancer sur tous ces fronts.

39. **M. Kohn** (Commercial Finance Association) dit que son organisation souhaite requalifier sa proposition présentée dans le document A/CN.9/XL/CRP.5 comme une demande de travaux futurs devant être réalisés par la Commission. Les catégories de valeurs mobilières et d'opérations décrites dans le document sont extrêmement importantes dans la mesure où elles permettent de proposer des crédits aux sociétés privées n'ayant qu'un petit nombre d'actionnaires et peut-être une ou plusieurs filiales en propriété exclusive. Les titres des sociétés ne font l'objet d'aucun échange sur un marché reconnu mais jouent un rôle important en tant que titres non intermédiés dans de nombreux types d'opérations de financement, par exemple lorsqu'il n'existe pas suffisamment d'autres biens sous la forme de stocks, créances ou matériel pour justifier la demande de financement, ou lorsque l'application des lois sur l'aide financière ou la gouvernance des entreprises ou encore des considérations fiscales empêchent les sociétés d'obtenir un financement sur la base de leurs autres biens. Son organisation estime que l'inclusion des valeurs mobilières non intermédiées de ce type dans le champ d'application du projet de guide favoriserait grandement l'offre de crédit pour de

nombreuses entreprises dans de nombreux pays. Cependant, comme elle reconnaît que certaines questions ont besoin d'être pleinement définies et comprises avant que la Commission puisse prendre une décision, elle demande instamment au Comité de recommander que ces questions fassent l'objet de travaux futurs.

40. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) dit que, s'il aurait préféré aborder plus d'aspects concernant les opérations sur valeurs mobilières dans le corps principal du projet de guide, il se rallie aux préoccupations exprimées au sujet du risque de ne pas achever le travail de la Commission en temps voulu. Il est maintenant favorable à une exclusion large.

41. Il s'interroge sur l'utilisation du terme "intermédié", car il est clair maintenant que le projet de convention d'Unidroit traitera de certains aspects des titres non intermédiés. Il exprime des réserves similaires s'agissant du terme "titres" tel que défini dans le projet de convention. Il y a un fort soutien en faveur de travaux futurs de la Commission sur le traitement approprié à accorder aux valeurs mobilières, notamment aux opérations mentionnées par l'Observateur de la Commercial Finance Association. La recommandation 4 c) devrait donc rester ouverte, et prévoir l'exclusion de tout ce qui sera couvert par le projet de convention d'Unidroit, ainsi que l'incorporation des éléments inclus dans une annexe au projet de guide.

42. **M. Kemper** (Allemagne) se dit favorable à une exclusion large des valeurs mobilières. De plus, il estime que toute décision sur les travaux futurs de la Commission devrait être repoussée à la reprise de la session en décembre 2007. Cependant, il ne s'oppose pas à l'insertion d'une référence, dans la version du projet de guide adoptée à cette session, à la possibilité d'élaborer des règles plus précises par la suite pour traiter, entre autres, de certains types de valeurs mobilières.

43. **M. Voulgaris** (Grèce) soutient une exclusion large des valeurs mobilières tant intermédiées que non intermédiées, puisque l'inclusion de ces dernières pourrait être source de confusion.

44. **Mme Perkins** (Royaume-Uni) exprime son soutien à une exclusion générale des valeurs mobilières. Elle appelle également à la prudence concernant tout travail qui pourrait être entrepris sur les valeurs mobilières. Aussi longtemps que la définition du terme "intermédié" restera incertaine, le concept de "valeurs mobilières non intermédiées" restera lui-même incertain et il serait étrange d'élaborer des règles régissant un bien qui ne peut être identifié. Deuxièmement, si Unidroit et la CNUDCI entreprennent de travailler sur les valeurs mobilières, ces travaux ne devraient pas déboucher sur l'application de régimes totalement différents pour des questions qui sont essentiellement unitaires eu égard au concept sous-jacent. Troisièmement, tout traitement spécial concernant les titres intermédiés et négociables envisagé dans des travaux futurs laisserait subsister un vide autour des valeurs mobilières non intermédiées négociables.

45. Les travaux futurs devraient se concentrer sur les domaines suivants: a) réviser les définitions initiales et les sections du projet de guide délimitant le champ d'application pour préciser que la forme juridique des arrangements de transfert de la propriété en relation avec les valeurs mobilières est préservée; b) examiner méticuleusement les dispositions sur l'inscription pour établir si elles devraient s'appliquer aux valeurs mobilières; c) réfléchir aux dispositions sur les biens particuliers en ce qui concerne la possession, car la possession est un concept inapproprié et il serait probablement nécessaire d'élaborer un concept de contrôle; et d) examiner attentivement les règles de conflit. La règle de conflit prévue dans la recommandation 204 serait vraisemblablement applicable par défaut, mais l'opinion de sa délégation sur l'application de cette recommandation aux contrats financiers et aux valeurs mobilières est bien connue.

46. **M. Deschamps** (Canada) pense que, quelle que soit la décision qui sera prise à propos de l'exclusion partielle ou totale et sur les travaux futurs, les règles sur les titres intermédiés devraient être intégrées aux règles sur les titres non intermédiées, et rendues conceptuellement compatibles avec ces dernières. Par exemple, il ne voit pas comment le transfert de propriété peut être admis en tant que dispositif de sûreté pour les titres intermédiés s'il n'est pas admis pour les titres non intermédiés, ou vice-versa. L'anomalie semble plus grande encore à la lumière du fait que la distinction entre les titres intermédiés et les titres non intermédiés n'est pas évidente et que les titres directement détenus pourraient aussi être considérés comme des titres intermédiés.

47. **M. Branciforte** (Italie) exprime son soutien à l'exclusion générale des valeurs mobilières.

48. **La Présidente** dit que, s'il n'y a pas d'opposition, elle considérera que le Comité est d'accord pour exclure tous les types de valeurs mobilières du projet de guide et charger la CNUDCI d'élaborer, dans le cadre de ses travaux futurs, une annexe au projet de guide qui abordera certains types de valeurs mobilières, notamment, entre autres, certains titres non intermédiés et non échangés sur un marché. Elle considère aussi que le Comité souhaite laisser au Secrétariat le soin d'apporter les modifications nécessaires à la recommandation 4 c).

49. *Il en est ainsi décidé.*

b) Contrat financiers

50. **La Présidente** pense que du fait de l'exclusion générale des valeurs mobilières, un certain nombre de questions se rapportant aux contrats financiers ont été résolues.

51. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) exprime son soutien à une exclusion large des contrats financiers.

52. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) note que l'article 4-2 b) de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (Convention des Nations Unies sur la cession) exclut les contrats financiers régis par des conventions de compensation, sauf dans le cas d'une créance due après la liquidation de toutes les opérations. L'article 4-2 c) exclut aussi les opérations de change, que le projet de guide devrait exclure pareillement. Si le Comité décide d'exclure les contrats financiers, il propose que ces derniers fassent l'objet de travaux futurs en même temps que les valeurs mobilières.

53. **M. Murray** (Royaume-Uni) dit qu'il soutiendra l'exclusion des contrats financiers du champ d'application du projet de guide. Si de nouveaux travaux sont entrepris sur le sujet, il faudra se pencher sur un certain nombre de points, comme la terminologie. Selon l'acception commerciale normale du terme "contrat financier", une opération de change entrerait dans le champ de la définition. Par conséquent, si les définitions données par la Convention sur la cession peuvent être considérées comme un point de départ logique, elles ne sont pas nécessairement adaptées aux travaux de la Commission sur une annexe au projet de guide, compte tenu des objectifs et des centres d'intérêt différents des deux instruments. De même, limiter l'exclusion aux contrats financiers faisant l'objet de conventions de compensation avait un sens dans le contexte de la Convention sur la cession mais n'en a pas nécessairement dans celui du projet de guide dont l'orientation, l'objet et le champ d'application sont différents.

54. **M. Deschamps** (Canada) exprime son soutien à la proposition de la délégation des États-Unis. Les considérations de principe qui ont présidé à l'élaboration de la Convention sur la cession sont aussi applicables au projet de guide. De plus, la Convention sur la cession traite des sûretés réelles sur des créances.

55. **M. Kemper** (Allemagne) exprime son soutien à l'exclusion des contrats financiers. Il souligne que le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, récemment adopté, contient une définition du "contrat financier", dont on pourrait s'inspirer pour délimiter le champ de l'exclusion.

56. **La Présidente** fait observer que cette dernière définition est compatible avec celle de la Convention sur la cession.

57. **Mme Perkins** (Royaume-Uni) dit que, bien que sa délégation estime qu'une définition différente du "contrat financier" serait désormais plus appropriée, elle ne s'opposera pas à une exclusion des contrats financiers tels que définis par la Convention sur la cession. Elle suggère en outre une exclusion des produits dérivés et des opérations similaires qui ne reposent pas sur une convention de compensation et, enfin, l'exclusion des opérations de change, en particulier les opérations au comptant.

58. **Mme Walsh** (Canada) souligne que les contrats financiers, les contrats sur produits dérivés et les opérations de change ne sont pas des biens susceptibles de faire l'objet d'une cession ou de la création d'une sûreté réelle mobilière. Comme la Convention sur la cession le reconnaît, ce sont les obligations découlant de ces opérations qui constituent les biens pouvant faire l'objet d'une cession ou de l'octroi d'une sûreté. Il serait utile que les représentants proposant une exclusion plus large que celle de la Convention sur la cession puissent expliquer les fondements de leurs objections contre l'application des règles générales du

projet de guide à une créance due à la liquidation de toutes les opérations en cours.

59. **M. Bazinas** (Secrétariat) fait observer que le projet de rapport tient déjà compte de la décision à laquelle le Comité est parvenu à la session actuelle de considérer que la notion de contrats financiers mentionnée dans le projet de guide désigne des droits à paiement conditionnels susceptibles de naître d'un contrat financier. Il suggère que Comité se concentre sur deux questions non résolues: a) si les produits dérivés et instruments similaires qui ne se fondent pas sur une convention de compensation pourraient être exclus; et b) quel traitement devrait être accordé aux créances dues à la liquidation de toutes les opérations en cours.

60. **M. Murray** (Royaume-Uni) dit que la définition du contrat financier dans la Convention sur la cession couvre tant les produits dérivés et contrats similaires soumis à une convention de compensation que ceux qui ne font pas l'objet d'un tel accord. L'article 4-2 b) de la Convention a exclu les contrats financiers régis par des conventions de compensation, en grande partie parce que ses clauses d'incessibilité risquent de compromettre ces conventions de compensation.

61. Des problèmes différents se posent cependant lorsqu'il s'agit de créer une sûreté réelle mobilière sur ce type de biens meubles incorporels. Sa délégation estime donc que les contrats financiers en général, et pas seulement ceux soumis à une convention de compensation, devraient être exclus pour le moment et étudiés séparément. D'après son expérience, des sûretés sont créées tous les jours sur des contrats financiers, dont certains sont soumis à une convention de compensation, sur des contrats de change et sur des créances dues à la liquidation de toutes les opérations. Il est donc nécessaire, de toute évidence, de rechercher un moyen approprié pour assurer l'opposabilité de ce type de sûreté grâce, par exemple, à l'inscription ou au contrôle. Une autre question, disjointe, est celle de la loi applicable.

62. L'orateur préfère donc partir de la définition générale des contrats financiers figurant à l'article 5 de la Convention sur la cession et élargir cette définition pour couvrir les opérations de change.

63. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) se dit opposé à une exclusion plus large que celle fixée par la Convention sur la cession. Il admet que la préoccupation première qui a conduit à l'exclusion des contrats financiers est la protection des conventions de compensation. Cependant, lorsqu'une seule créance est due, qu'elle émane d'une compensation de liquidation ou d'un contrat financier unique, les principes concernant la cession de cette créance sont exactement les mêmes que ceux relatifs à la vente de biens corporels ou à la prestation de services.

64. **M. Murray** (Royaume-Uni) dit que, malgré cette clarification, il a le sentiment qu'il serait inutile de se concentrer sur les principes de la Convention sur la cession. Il est préférable d'examiner les problèmes de principes qui se posent, en particulier la question de l'opposabilité, lorsque toutes sortes de créances financières sont incluses dans le champ d'application du projet de guide.

65. **La Présidente** dit que, s'il n'y a pas d'opposition, elle considérera que le Comité accepte d'appliquer les définitions utilisées et l'approche adoptée à l'article 4-2 b) et c) et l'article 5 k) et l) de la Convention sur la cession.

66. *Il en est ainsi décidé.*

67. **Mme Perkins** (Royaume-Uni) suggère que les experts intéressés étudient la portée de l'exclusion dans le contexte des travaux préparatoires pour la reprise de la session en décembre.

68. **M. Bazinas** (Secrétariat) demande aux participants de fournir des orientations au Secrétariat sur le travail qui sera attendu de lui à cet égard. Il demande si ce dernier doit élaborer une recommandation selon laquelle les sûretés réelles mobilières sur des droits à paiement au titre de contrats financiers sont opposables par contrôle ou par contrôle et inscription. Une deuxième recommandation pourrait énoncer qu'une sûreté réelle mobilière rendue opposable par contrôle aura priorité, et une troisième pourrait traiter de la loi applicable aux sûretés réelles mobilières.

69. **M. Kemper** (Allemagne), observant que la délégation du Royaume-Uni souhaite fortement élargir la portée de l'exclusion, propose de laisser la question ouverte, de sorte que les délégations puissent l'étudier de plus près avant la reprise de session en décembre.

70. **Mme Perkins** (Royaume-Uni) dit qu'elle préconise une exclusion large afin que les travaux futurs puissent être entrepris avec tout le soin et

l'attention qu'ils méritent. Elle note que le Comité vient effectivement de décider, en adoptant l'approche fixée à l'article 4-2 c) de la Convention sur la cession, d'exclure les opérations de change.

71. Bien que le Comité ait convenu de ne pas rouvrir le débat concernant la règle sur la loi applicable figurant à la recommandation 204, il semble maintenant sur le point de le faire. Il a aussi convenu de ne pas surcharger le projet de guide par des considérations sophistiquées sur des instruments complexes. Pourtant, c'est précisément ce qu'il fait.

72. **M. Deschamps** (Canada) dit que, à ses yeux, l'unique différence d'opinion a trait à un type de créance très restreint, à savoir le montant net payable à la liquidation lorsqu'un contrat financier contient une convention de compensation. Ce type de créance est couvert par la Convention sur la cession, et la question est de savoir s'il devrait être exclu du projet de guide. Il se dit favorable à l'idée que la question soit résolue en examinant si des règles spéciales régissant l'opposabilité et la priorité devraient être applicables à de telles créances. La Convention sur la cession renvoie ces sujets à la loi applicable, à savoir la loi du lieu du cédant. La question est de savoir si la Commission pourrait proposer une règle de conflit qui soit différente de celle applicable à ce type de créance en vertu de la Convention sur la cession.

73. **Mme Kaller** (Autriche) se dit d'accord pour que tous les types de contrat financiers cités par les représentants du Royaume-Uni soient exclus du projet de guide, car il pourrait être risqué d'introduire des modifications que les délégations n'ont pas eu le temps d'examiner.

74. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) dit qu'il ne serait pas favorable à des travaux futurs dont découlerait une règle sur la loi applicable incompatible avec celle prévue par la Convention sur la cession. Cependant, il serait prêt à étudier, préalablement à la reprise de la session en décembre 2007, d'autres modifications éventuelles pour les créances naissant de la compensation avec déchéance du terme ou d'un contrat financier unique, pourvu qu'elles soient conformes aux règles de la Convention sur la cession.

75. **M. Wezenbeek** (Observateur de l'Union européenne) se range à l'avis de la représentante de l'Autriche pour dire qu'il faudrait davantage de temps pour réfléchir aux implications des questions à l'étude. Il conteste l'argument selon lequel les dispositions de la Convention sur la cession sont gravées dans le marbre. Dans le monde réel, les choses évoluent et les changements doivent être pris en compte. Les travaux futurs ne devraient pas consister seulement à développer les décisions qui ont déjà été prises.

76. **La Présidente**, résumant la discussion, note que le Comité est convenu d'adopter l'approche des contrats financiers fixée dans la Convention sur la cession, non seulement pour assurer la cohérence avec cette Convention et avec le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité mais aussi parce que les mêmes considérations de fond s'appliquent dans le contexte du projet de guide.

77. Elle invite la délégation du Royaume-Uni à élaborer des propositions sur l'opposabilité et la priorité et à les soumettre au Comité lors de la reprise de la session en décembre. Les propositions devront être présentées dix semaines à l'avance, de façon à pouvoir être traduites dans toutes les autres langues de travail.

78. **Mme McGrath** (Royaume-Uni) dit que sa délégation sera heureuse de donner suite à cette invitation.

79. **La Présidente** dit que, s'il n'y a pas d'opposition, elle considérera que le Comité est d'accord pour que la question de la réalisation de travaux futurs sur les contrats financiers après l'adoption du projet de guide soit soulevée en temps voulu devant la Commission.

80. *Il en est ainsi décidé.*

Présentation du projet de guide

81. **La Présidente** dit que, s'il n'y a pas d'opposition, elle considérera que le Comité est d'accord pour que chaque chapitre du projet de guide soit constitué d'un commentaire suivi des recommandations, et que le dernier chapitre soit suivi par un ensemble consolidé de recommandations et une liste terminologique.

82. *Il en est ainsi décidé.*

83. **La Présidente** dit que, s'il n'y a pas d'opposition, elle considérera que le Comité accepte de déplacer le chapitre XI sur l'insolvabilité pour en faire le dernier chapitre du projet de guide, parce que toutes

les recommandations qu'il contient concernent des lois autres que celles relatives aux opérations garanties.

84. *Il en est ainsi décidé.*

La séance est levée à 17 heures.

Compte rendu analytique de la 853e séance tenue au Centre international de Vienne, le vendredi 6 juillet 2007, à 10 heures

[A/CN.9/SR.853]

Président: M. Mitrović (Serbie)

La séance est ouverte à 10 h 5.

Adoption du rapport de la Commission (A/CN.9/XL/CRP.1/Add.1 à 21)

Le débat consigné dans le compte rendu analytique commence à 10 h 15.

III: Adoption d'un projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties et travaux futurs possibles (A/CN.9/XL/CRP.1/Add.1 à 6)

A. Adoption du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties (A/CN.9/XL/CRP.1/Add.1)

1. **Mme Sabo** (Canada) propose d'insérer la phrase suivante à la fin du paragraphe 1: "Le Comité a exprimé sa profonde gratitude au Secrétariat pour le travail d'élaboration des documents".

2. **Le Président** suggère de remplacer "a exprimé sa profonde gratitude" par "remercie spécialement" pour éviter de devoir insérer la même remarque dans chaque section du projet de rapport.

3. *Il en est ainsi décidé.*

1. Chapitre VII: Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur les droits de réclamants concurrents

a) Recommandations (A/CN.9/631, recommandations 74 à 107) et b) Commentaire (A/CN.9/631/Add.4)

4. **M. Bazinas** (Secrétariat) suggère de placer l'expression "entre consommateurs" se trouvant dans la troisième phrase du paragraphe 5, immédiatement après "en cas de vente", de sorte que l'on puisse lire: "en cas de vente entre consommateurs de biens grevés d'une sûreté".

5. *Il en est ainsi décidé.*

6. **M. Bazinas** (Secrétariat) suggère de supprimer les mots "définition e)" du paragraphe 6.

7. *Il en est ainsi décidé.*

8. **M. Bazinas** (Secrétariat) suggère d'insérer une référence à la fin du paragraphe 7 de la discussion sur les valeurs mobilières et les contrats financiers résumée aux paragraphes 17 à 22 du document A/CN.9/XL/CRP.1/Add.4 et aux paragraphes 16 à 22 du document A/CN.9/XL/CRP.1/Add.6.

9. *Il en est ainsi décidé.*

10. **M. Bazinas** (Secrétariat) suggère d'insérer les mots "de priorités" après "conflit" à la quatrième phrase du paragraphe 11.

11. *Il en est ainsi décidé.*

12. **M. Bazinas** (Secrétariat) suggère d'insérer une référence aux paragraphes 3 à 6 du document A/CN.9/XL/CRP.1/Add.6 à la fin du paragraphe 12.

13. *Il en est ainsi décidé.*

14. *Le document A/CN.9/XL/CRP.1/Add.1, tel que modifié, est adopté.*

A. Adoption d'un projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties et travaux futurs possibles (suite) *(A/CN.9/XL/CRP.1/Add.2)*

*1. Chapitre VII: Priorité d'une sûreté réelle mobilière sur les droits de réclamants concurrents (*suite*)*

b) Commentaire (suite) *(A/CN.9/631/Add.4)*

15. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) s'oppose à la modification mentionnée à l'alinéa xviii) du paragraphe 14, consistant à insérer le mot "actuel" avant "droit à compensation" au paragraphe 112 du commentaire du chapitre VII (A/CN.9/631/Add.4) et les mots "à moins qu'elle n'ait renoncé à ce droit" après "droit des opérations non garanties". Il ne se souvient pas que le Comité soit parvenu à un consensus sur ces amendements.

16. **Mme Sabo** (Canada) dit que les modifications semblent refléter ce que le Comité a décidé et qu'elle préférerait donc les maintenir.

17. **M. Weise** (Observateur de l'American Bar Association) dit que, d'après ses notes, il y a eu quelques désaccords entre les délégations à propos de la règle en question et qu'aucun consensus ne s'est dégagé.

18. **Mme Sabo** (Canada) dit qu'elle est prête, dans ce cas, à accepter la suppression proposée par le représentant des États-Unis.

19. **Le Président** considère que la Commission souhaite supprimer la partie de l'alinéa xviii) du paragraphe 14 relative à la sixième ligne du paragraphe 112.

20. *Il en est ainsi décidé.*

21. *La section du projet de rapport relative au chapitre VII et au commentaire y afférent est adoptée tel que modifiée.*

2. Chapitre VIII: Droits et obligations des parties

a) Recommandations (A/CN.9/631, recommandations 108 à 113) et b) Commentaire (A/CN.9/631/Add.5)

22. *La section du projet de rapport relative au chapitre VIII et au commentaire y afférent est adoptée.*

3. Chapitre IX: Droits et obligations des tiers débiteurs

a) Recommandations (A/CN.9/631, recommandations 114 à 127) et b) Commentaire (A/CN.9/631/Add.6)

23. *La section du projet de rapport relative au chapitre IX et au commentaire y afférent est adoptée.*

4. Chapitre X: Droits après défaillance

a) Recommandations (A/CN.9/631, Recommandations 128 à 172) et b) Commentaire (A/CN.9/631/Add.7)

24. **M. Bazinas** (Secrétariat) suggère de déplacer l'expression "par exemple" figurant à la cinquième phrase du paragraphe 5 immédiatement avant "un créancier garanti". Il suggère en outre d'insérer la phrase suivante à la fin du paragraphe 5: "Il a été convenu que le commentaire expliquerait le terme "règles de conduite commercialement raisonnables en donnant des exemples".

25. **Le Président** considère que la Commission souhaite adopter les suggestions du Secrétariat.

26. *Il en est ainsi décidé.*

27. **M. Bazinas** (Secrétariat) suggère de modifier la première phrase du paragraphe 8 comme suit: "En ce qui concerne la mention dans les recommandations 147, alinéa a), 149 et 150, de l'envoi ou de la réception d'une notification, différents points de vue ont été exprimés".

28. *Il en est ainsi décidé.*

29. **M. Bazinas** (Secrétariat) suggère d'insérer les mots "car elle renvoyait à la distribution du produit obtenu par disposition judiciaire" à la fin de la première phrase du paragraphe 11. De plus, la référence aux "recommandations 114 à 127" au paragraphe 13 devrait être corrigée puisqu'il s'agit des "recommandations 128 à 172".

30. **Le Président** considère que la Commission souhaite adopter les suggestions du Secrétariat.

31. *Il en est ainsi décidé.*

32. *La section du projet de rapport relative au chapitre X et au commentaire y afférent est adoptée telle que modifiée.*

5. Chapitre XII: Droits liés au financement d'acquisitions

a) Recommandations (A/CN.9/631, recommandations 184 à 201)

33. *La section du projet de rapport relative au chapitre XII figurant dans le document A/CN.9/XL/CRP.1/Add.2 est adoptée.*

34. *L'intégralité du document A/CN.9/XL/CRP.1/Add.2 est adopté tel que modifié.*

A. Adoption du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties et travaux futurs possibles (suite) *(A/CN.9/XL/CRP.1/Add.3)*

*5. Chapitre XII: Droits liés au financement d'acquisitions (*suite*)*

*a) Recommandations (A/CN.9/631, recommandations 184 à 201) (*suite*)*

*ii) Approche non unitaire (*suite*)*

b) Commentaire (A/CN.9/631/Add.9)

35. **M. Rehbein** (Allemagne) propose de remplacer la mention "produit autre que des stocks", à la

cinquième ligne du paragraphe 8 par “produit de stocks”.

36. **M. Bazinas** (Secrétariat) suggère de modifier la phrase comme suit: “Ainsi, la priorité prévue dans la nouvelle recommandation devrait s’étendre au produit des biens meubles corporels autres que des stocks, par exemple du matériel ainsi qu’au produit de stocks, à l’exception du produit sous forme de créances ou d’autres droits à paiement”.

37. **M. Rehbein** (Allemagne) dit que la nouvelle formulation proposée est acceptable.

38. **Mme Sabo** (Canada) propose de remplacer le terme “tangible property” (biens meubles corporels) dans la proposition du Secrétariat par “tangible assets” pour tenir compte de la préférence exprimée par une délégation lors des discussions du Comité.

39. **Le Président** considère que la Commission souhaite adopter la formulation suggérée par le Secrétariat telle que modifiée par la représentante du Canada.

40. *Il en est ainsi décidé.*

41. *La section du projet de rapport relative au chapitre XII figurant dans le document A/CN.9/XL/CRP.1/Add.3 et au commentaire y afférent est adoptée telle que modifiée.*

6. Chapitre XIII: Droit international privé

a) Recommandations (A/CN.9/631, recommandations 202 à 222)

42. **M. Salam-Alada** (Nigéria), se référant au paragraphe 12, note que le Comité est convenu non seulement que le titre du chapitre XIII devrait être remplacé par “Conflits de lois” ou “Loi applicable” mais aussi que les terminologues de l’Organisation des Nations Unies devraient être autorisés à suggérer tout autre titre convenable. Il propose donc que la formule “ou tout autre titre suggéré par les experts en terminologie de l’Organisation des Nations Unies” soit insérée à la fin du paragraphe.

43. *Il en est ainsi décidé.*

44. **M. Smith** (États-Unis d’Amérique) propose de remplacer l’expression “qui ne s’appliquaient pas” au paragraphe 20 par “qui pouvaient ne pas s’appliquer”, car le Comité n’a pas encore établi que la recommandation 204 n’est pas applicable aux sûretés réelles mobilières.

45. *Il en est ainsi décidé.*

46. *La section du projet de rapport relative au chapitre XIII figurant dans le document A/CN.9/XL/CRP.1/Add.3 est adoptée telle que modifiée.*

47. *L’intégralité du document A/CN.9/XL/CRP.1/Add.3 est adopté tel que modifié.*

A. Adoption du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties et travaux futurs possibles (suite) *(A/CN.9/XL/CRP.1/Add.4)*

*6. Chapitre XIII: Droit international privé (*suite*)*

a) Recommandations (suite) *(A/CN.9/631, Recommandations 202 à 222)*

48. **M. Voulgaris** (Grèce) propose de mettre le titre du chapitre XIII, “Droit international privé”, entre crochets car il pourrait être remplacé par un terme plus approprié.

49. **Mme Sabo** (Canada) dit que le projet de rapport reflète l’état du texte au moment de la discussion. Il est donc préférable de ne pas modifier le titre.

50. *Il en est ainsi décidé.*

b) Commentaire (A/CN.9/631/Add.10)

51. **M. Bazinas** (Secrétariat) suggère de modifier comme suit la fin de l’alinéa v) du paragraphe 12): “et que, dans certains États, ces questions ne pourraient se poser que dans le cadre d’une réalisation judiciaire”.

52. *Il en est ainsi décidé.*

53. *La section du projet de rapport relative au chapitre XIII et au commentaire y afférent est adoptée telle que modifiée.*

7. Priorité d’une sûreté réelle mobilière grevant un document négociable ou des biens meubles corporels représentés par un document négociable/loi applicable à cette priorité

54. **M. Smith** (États-Unis d’Amérique), se référant à la troisième phrase du paragraphe 13, dit qu’il n’y a qu’une seule exception à laquelle les recommandations générales sur la priorité s’appliqueraient. Il propose donc de remplacer dans cette phrase la mention “deux exceptions” par “une exception”. De plus, les mots “la

première " dans la troisième phrase et "l'autre exception" de la cinquième phrase devraient être remplacés par "l'exception".

55. *Il en est ainsi décidé.*

56. *La section A.7 du projet de rapport est adoptée telle que modifiée.*

8. Chapitre XIV: Transition

a) Recommandations (A/CN.9/631, recommandations 223 à 230) et b) Commentaire (A/CN.9/631/Add.11)

57. *La section du projet de rapport relative au chapitre XIV et au commentaire y afférent est adoptée.*

9. Contrats financiers

58. *La section A.9 du projet de rapport est adoptée.*

59. *L'intégralité du document A/CN.9/XL/CRP.1/Add.4 est adopté tel que modifié.*

A. *Adoption du projet de Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties et travaux futurs éventuels* (suite) *(A/CN.9/XL/CRP.1/Add.5)*

*10. Chapitre XII: Droits liés au financement d'acquisitions/Approche non unitaire (*suite*)*

60. **M. Bazinas** (Secrétariat) suggère de lier la discussion du paragraphe 1 à une décision antérieure du Comité concernant la révision de certaines définitions et recommandations, en supprimant le début du paragraphe: "Le Comité était saisi d'une" et en insérant le texte suivant: "Rappelant qu'il avait décidé d'utiliser dans les recommandations sur l'approche non unitaire une terminologie reposant sur la notion de propriété (voir document A/CN.9/XL/CRP.1/Add.3, par. 8 et 10), le Comité a examiné une proposition…"

61. **M. Marca Paco** (Bolivie) s'inquiète de ce que certains des amendements suggérés par le Secrétariat semblent modifier le fond même du rapport. Il est difficile pour les délégations d'examiner de tels amendements alors que le Comité est sur le point d'adopter le texte.

62. **M. Sekolec** (Secrétaire de la Commission) dit que le projet de rapport a été rédigé immédiatement après les séances de chaque journée et que le projet original est donc susceptible de ne pas refléter les discussions avec une exactitude absolue. Les amendements qui ont été suggérés ne sont pas destinés à modifier les conclusions des délibérations mais plutôt en rendre compte avec plus d'exactitude.

63. **Mme Sabo** (Canada), parlant en sa qualité de Présidente du Comité plénier, s'excuse du fait que le Comité n'ait pas facilité la tâche du Secrétariat en avançant d'une manière quelque peu fragmentée et en changeant occasionnellement d'avis. Les amendements suggérés sont destinés à faire en sorte que le projet de rapport reflète l'ensemble des discussions sur chaque sujet et elle fait donc siennes ces propositions de modification.

64. **M. Marca Paco** (Bolivie) dit qu'il faudrait prendre garde, en de telles circonstances, à ne pas introduire des modifications de fond, ou de nouvelles idées.

65. **Le Président** considère que la Commission souhaite adopter l'amendement suggéré par le Secrétariat.

66. *Il en est ainsi décidé.*

67. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) propose de remplacer l'expression "des biens meubles corporels" dans le passage entre parenthèses à la troisième phrase du paragraphe 1 par "du matériel", et d'insérer "sur le matériel" après "priorité" dans le passage entre parenthèses à la fin du paragraphe. Les clauses entre parenthèses visent à rappeler au lecteur les moyens par lesquels une partie finançant une acquisition obtient une superpriorité. Elles seraient cependant incomplètes si elles renvoyaient à tous les biens meubles corporels car des conditions supplémentaires sont exigées pour la superpriorité sur les stocks. Les clauses ne seront exactes que si elles sont limitées à la superpriorité d'une sûreté réelle mobilière grevant du matériel.

68. **M. Kemper** (Allemagne) fait part de sa réticence à accepter la proposition des États-Unis parce que le Comité a décidé qu'il y aurait deux options pour les recommandations 189 et 192. L'une d'elles prévoirait un traitement égal du matériel et des stocks en matière de modalités d'inscription. Il pourrait donc être préférable de conserver une formulation plus ouverte que celle qui est suggérée par le représentant des États-Unis.

69. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) dit que c'est en raison de l'existence des deux options qu'il a proposé de limiter au matériel la référence figurant

dans les clauses entre parenthèses. Pour le matériel, le résultat est en fait identique dans les deux options.

70. **M. Al-Anbaki** (Observateur de l'Iraq) fait part de sa préférence pour l'expression "biens meubles corporels" (goods), qui est plus générale et souple et qui est conforme aux termes techniques et juridiques utilisés dans la plupart des pays.

71. **M. Salam-Alada** (Nigéria) propose de conserver l'expression "biens meubles corporels" et d'insérer "autres que des stocks" immédiatement après.

72. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) soutient cette proposition.

73. **Le Président** considère que la Commission souhaite adopter le libellé proposé par le représentant des États-Unis, tel que modifié par le représentant du Nigéria.

74. *Il en est ainsi décidé.*

75. **M. Kemper** (Allemagne), se référant au paragraphe 34, dit que très peu de délégations ont participé au débat résumé au paragraphe 33 et que les nouvelles recommandations 194 à 197 proposées n'ont pas été adoptées. Il a été convenu qu'elles devraient être reformulées, mais sa délégation n'a pas encore vu la nouvelle version. Il propose qu'elles soient examinées lors de la reprise de la session de la Commission en décembre 2007, et que le paragraphe 34 soit reformulé comme suit: "Bien qu'un accord semble s'être dégagé de cette discussion, une délégation a dit qu'elle souhaitait d'abord voir un projet sur le texte relatif aux droits sur le produit qui remplacerait les recommandations 194 à 197".

76. **M. Bazinas** (Secrétariat) suggère le libellé suivant pour refléter le point soulevé par le représentant de l'Allemagne: "Le Comité a approuvé sur le fond l'approche proposée concernant les recommandations 194 à 197 et est convenu de réexaminer ces recommandations lors de la reprise de sa session". Cette phrase serait suivie par une référence entre parenthèses au paragraphe 25 du document A/CN.9/XL/CRP.1/Add.6, qui rend compte de la décision du Comité de réviser ces recommandations lors de la reprise de sa session.

77. **Mme Sabo** (Canada) reconnaît que le paragraphe 34 ne rend pas exactement compte de la décision du Comité. La formulation proposée par le Secrétariat est préférable.

78. **M. Kemper** (Allemagne) dit qu'il peut se ranger à l'affirmation selon laquelle le Comité a approuvé le sur le fond l'approche proposée pour les recommandations. De plus, le texte suggéré par le Secrétariat ne mentionne pas le nouveau projet de recommandations.

79. **Mme Sabo** (Canada) propose la variante suivante: "Le Comité a approuvé provisoirement sur le principe les recommandations 194 à 197 mais est convenu d'examiner un projet de recommandations en décembre 2007". Il serait clair ainsi que, lors de la reprise de sa session, le Comité examinera à la fois le libellé et les principes.

80. **M. Kemper** (Allemagne) dit qu'il pourrait accepter le libellé proposé par la représentante du Canada, même s'il conteste toujours l'affirmation selon laquelle le Comité a approuvé sur le fond des recommandations.

81. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) exprime son soutien au libellé proposé par la représentante du Canada.

82. **Le Président** considère que la Commission souhaite adopter le libellé proposé par la représentante du Canada.

83. *Il en est ainsi décidé.*

La séance est suspendue à 11 h 35; elle est reprise à 11 h 55.

84. **Mme Walsh** (Canada), se référant au paragraphe 19, propose de remplacer le mot "biens" dans la deuxième phrase par "biens meubles corporels", les mots "fraction payée de leur prix d'achat", dans la même phrase, par "valeur qui dépasse le montant de l'obligation due au vendeur ou au crédit-bailleur", et les mots "biens après que", dans le texte cité à la quatrième phrase, par "de ces biens meubles corporels dépassant".

85. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) dit que s'il n'a pas d'objection à l'amendement proposé pour la quatrième phrase, il en a eu égard à ceux proposés pour la deuxième, car celle-ci est destinée à attirer l'attention sur une lacune de la recommandation qui a été corrigée dans la version révisée de la quatrième phrase.

86. **Le Président** considère que la Commission souhaite remplacer les mots "biens après que" dans la

quatrième phrase du paragraphe 19 par "biens dépassant".

87. *Il en est ainsi décidé.*

88. **Mme Walsh** (Canada), se référant au paragraphe 36, propose d'insérer les mots "la propriété passerait à l'acheteur ou au preneur" après "modifier […] pour indiquer que" à la troisième phrase, et d'insérer "et" avant "que le vendeur ou le crédit-bailleur". La phrase en question deviendrait alors: "il a été suggéré de modifier le texte proposé pour indiquer que la propriété passerait à l'acheteur ou au preneur, "à l'égard des tiers", et que le vendeur ou le bailleur aurait une sûreté …".

89. *Il en est ainsi décidé.*

90. *Le document A/CN.9/XL/CRP.1/Add.5 est adopté tel que modifié.*

A. Adoption du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties et travaux futurs possibles (suite) *(A/CN.9/XL/CRP.1/Add.6)*

*10. Chapitre XII: Droits liés au financement d'acquisitions/Approche non unitaire (*suite*)*

91. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) dit que le paragraphe 5 devrait être harmonisé avec le paragraphe 13 tel que modifié du document A/CN.9/XL/CRP.1/Add.4, précédemment adopté lors de la séance. Il propose de remplacer les mots "deux exceptions" figurant à la deuxième ligne du paragraphe 5 par "une exception" et de supprimer le mot "première" de la deuxième phrase et le mot "deuxième " à la cinquième.

92. *Il en est ainsi décidé.*

93. *L'intégralité de la section du projet de rapport relative au chapitre XII est adoptée telle que modifiée.*

11. Insolvabilité

a) Définitions et recommandations (A/CN.9/631, chapitre XI) et b) Commentaire (A/CN.9/631/Add.8)

94. **M. Redmond** (Observateur de l'American Bar Association) dit que la deuxième partie de la première phrase du paragraphe 11 est source de confusion en faisant référence aux "États adoptants". Il suggère de la remplacer par le passage suivant: "et, si nécessaire, pour clarifier le commentaire, inclure des recommandations supplémentaires tirées du Guide sur l'insolvabilité".

95. **Le Président** considère que la Commission souhaite adopter la suggestion de l'observateur de l'American Bar Association.

96. *Il en est ainsi décidé.*

97. *La section du projet de rapport relative au chapitre XI et au commentaire y afférent est adoptée telle que modifiée.*

12. Valeurs mobilières et contrats financiers

a) Valeurs mobilières et b) Contrats financiers

98. **M. Kemper** (Allemagne) propose de supprimer les deux dernières phrases du paragraphe 18, car le Groupe de travail VI n'a pas été mandaté pour élaborer une annexe au projet de guide sur certains types de valeurs mobilières.

99. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) dit que, d'après ses notes, le Comité a décidé de renvoyer la question à la Commission, qui tranchera.

100. **Mme Sabo** (Canada), parlant en sa qualité de Présidente du Comité plénier, dit qu'elle se souvient que le Comité a reconnu la nécessité de nouveaux travaux pour définir les types de valeurs mobilières visés. Le Comité a aussi noté que la question devrait être portée devant la Commission et que le calendrier du Groupe de travail devrait donner priorité à la propriété intellectuelle. Elle propose donc d'ajouter les mots "travaux futurs" à la fin du paragraphe 18.

101. **M. Cochard** (Association française des entreprises privées) fait part de son soutien à la proposition de la Présidente du Comité plénier.

102. **M. Kemper** (Allemagne) dit être prêt à accepter l'amendement proposé par la Présidente du Comité plénier.

103. **Le Président** considère que la Commission souhaite adopter l'amendement proposé par la Présidente du Comité plénier.

104. *Il en est ainsi décidé.*

105. *La section A.12 du projet de rapport est adoptée telle que modifiée.*

13. Coordination avec le projet de loi type d'Unidroit sur le leasing

106. *La section A.13 du projet de rapport est adoptée.*

14. Travaux futurs sur le projet de guide

107. **M. Bazinas** (Secrétariat) suggère de modifier le paragraphe 25 pour refléter le libellé exact du paragraphe 12 du document A/CN.9/XL/CRP.1, qui mentionne l'approbation des décisions du Comité plénier par la Commission.

108. *Il en est ainsi décidé.*

109. *La section A.14 du projet de rapport est adoptée telle que modifiée.*

15. Travaux futurs sur les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle

110. *La section A.15 du projet de rapport est adoptée.*

111. *Le document A/CN.9/XL/CRP.1/Add.6 est adopté tel que modifié.*

Le débat résumé dans le compte rendu analytique prend fin à 12 h 20.

Compte rendu analytique de la 855e séance tenue au Centre international de Vienne, le lundi 10 décembre 2007, à 10 heures

[A/CN.9/SR.855]

Président provisoire: M. Sekolec (Secrétaire de la Commission)

Présidente: Mme Sabo (Vice-Présidente) (Canada)

La séance est ouverte à 10 h 15.

Ouverture de la session

1. **Le Président provisoire** ouvre la reprise de la quarantième session de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI, ci-après "la Commission").

Nomination d'un président par intérim

2. **Le Président provisoire** annonce que le Président, M. Mitrović (Serbie), ne peut pas participer à la reprise de la session et a proposé d'être remplacé par Mme Sabo (Canada), la Vice-Présidente.

3. *Il en est ainsi décidé.*

4. *Mme Sabo prend la présidence.*

Adoption d'un projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties et travaux futurs possibles (A/CN.9/617, 620, 631 et Add.1 à 11, et 637 et Add.1 à 8; A/CN.9/XL/CRP.10 et 11 et Add.1) (*suite*)

5. **La Présidente** note que la Commission a adopté, à la première partie de sa quarantième session, la recommandation 4, alinéas b) et c), sur l'application du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties (ci-après dénommé "le guide") à la propriété intellectuelle, aux valeurs mobilières et aux contrats financiers, ainsi que les recommandations 74 à 230 (A/CN.9/631, chapitres I et VII à XIV), et a approuvé quant au fond le commentaire sur la propriété intellectuelle (A/CN.9/631/Add.1), le commentaire sur les chapitres VII à XIV (A/CN.9/631/Add.4 à 11) et la terminologie (A/CN.9/631). Elle note également que les parties suivantes des documents examinés à la première partie de la session ont pu être revues: les recommandations sur l'extension d'un droit de réserve de propriété ou du droit de crédit-bail sur le produit (approche non unitaire) et le commentaire sur les variantes des recommandations sur l'opposabilité d'un droit de réserve de propriété ou d'un droit de crédit-bail sur le produit (approches unitaire et non unitaire).

6. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que la Commission est à présent saisie d'un ensemble complet de recommandations et de commentaires révisés élaborés par le Secrétariat à la lumière des décisions prises à la première partie de la session (A/CN.9/637 et Add.1 à 8). Elle est également saisie de documents comprenant des commentaires qui n'ont pas encore été approuvés (A/CN.9/631/Add.1 à 3). Deux documents contenant des propositions de modification à apporter à l'introduction, au chapitre premier, à la section C du chapitre II et au chapitre III (A/CN.9/XL/CRP.11 et Add.1), qui ont été élaborés par le Secrétariat afin de faciliter l'utilisation du projet de guide, ainsi qu'un document présenté par la délégation américaine, qui contient des propositions de modification de certaines recommandations (A/CN.9/XL/CRP.10), sont sur le point d'être distribués.

7. **La Présidente** note que les documents relatifs aux chapitres IV à VI sont déjà disponibles. Elle propose donc que la Commission commence à examiner le chapitre IV sur la constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties).

8. *Il en est ainsi décidé.*

Chapitre IV: Constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties) (A/CN.9/631/Add.1 et 637)

Recommandations (recommandations 13 à 28) (A/CN.9/637)

Recommandation 13

9. *La recommandation 13 est adoptée.*

Recommandation 14

10. **La Présidente** attire l'attention sur une note suivant la recommandation concernant l'obligation figurant à l'alinéa b) d'identifier le créancier garanti et le constituant dans une convention constitutive de sûreté. La Commission est priée de décider s'il suffirait, pour des raisons de confidentialité, que la convention constitutive de sûreté identifie un représentant du créancier garanti plutôt que le créancier garanti lui-même.

11. **M. Umarji** (Inde) souligne qu'une convention constitutive de sûreté, à la différence d'un avis d'inscription, n'est pas accessible au public. Toutefois, elle sert de point de départ si une réalisation est déclenchée par les tribunaux ou par le créancier garanti. Il est donc d'avis que tous les renseignements relatifs au créancier garanti doivent être révélés.

12. *La recommandation 14 est adoptée.*

Recommandation 15

13. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique), appuyé par **M. Macdonald** (Canada), propose d'insérer les mots "à lui seul ou" entre les mots "elle doit être conclue ou constatée par un écrit qui exprime" et les mots "en rapport avec le comportement des parties", car la recommandation, telle qu'elle est rédigée à l'heure actuelle, semble indiquer qu'il faut dans tous les cas examiner le comportement des parties. Or un écrit peut être suffisant.

14. *La recommandation 15 est adoptée telle que modifiée.*

Recommandations 16 à 28

15. *Les recommandations 16 à 28 sont adoptées.*

Commentaire sur le chapitre IV: Constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties) (A/CN.9/631/Add.1, par. 142 à 247)

16. **La Présidente** attire l'attention sur une note suivant le paragraphe 168, dans laquelle le Secrétariat prie la Commission d'examiner s'il convient de modifier la recommandation 14 pour préciser que, si le créancier garanti renonce à la possession du bien grevé sur lequel une sûreté a été constituée par convention verbale et transfert de possession, une convention écrite est nécessaire pour que la sûreté continue d'exister.

17. **M. Umarji** (Inde) dit qu'à son avis, une convention écrite est nécessaire dans de telles circonstances.

18. **M. Macdonald** (Canada) suggère d'apporter cette précision dans le commentaire, plutôt que de modifier la recommandation 14.

19. *Il en est ainsi décidé.*

20. **Mme Walsh** (Canada) suggère de modifier les paragraphes 174 à 176 de manière à ce qu'ils présentent les avantages et les inconvénients des deux possibilités suivantes de manière plus équilibrée: a) l'obligation, pour une convention constitutive de sûreté, de préciser le montant maximal pour lequel des obligations peuvent être garanties; et b) la possibilité d'octroyer ultérieurement des crédits de manière illimitée. Le commentaire semble privilégier la seconde, bien que les recommandations soient neutres sur ce point et laissent les États libres de décider. S'agissant de la première possibilité, la fixation d'un montant maximal, qui est indiqué dans un avis inscrit, a pour objet d'attirer l'attention des créanciers garantis tiers sur leur éventuelle position prioritaire. La phrase du paragraphe 175 qui revient à dire que la fixation d'un montant maximal permet de protéger un débiteur contre le surendettement et lui donne la possibilité d'obtenir de nouveaux crédits auprès d'une autre partie ne donne pas suffisamment d'orientations aux États.

21. *Il en est ainsi décidé.*

22. **Mme Walsh** (Canada) suggère de modifier la quatrième phrase du paragraphe 182, qui prévoit actuellement que la convention de location "doit identifier le bien comme un bail", pour la libeller ainsi: "doit identifier le bien comme le droit du constituant en tant que preneur en vertu du bail".

23. *Il en est ainsi décidé.*

24. **Mme Walsh** (Canada) note que la deuxième phrase du paragraphe 184 concernant le droit des parties de convenir de constituer une sûreté sur un bien futur précise que la disposition intervient en vertu d'un accord présent mais qui ne produira ses effets sur le bien futur que lorsque le constituant deviendra propriétaire du bien ou lorsque le bien existera effectivement. On prévoit donc deux possibilités, mais la distinction entre les deux n'est pas claire. Dans le

premier cas, le constituant acquiert ultérieurement un bien qui existe déjà. Dans le second, le bien n'est créé qu'ultérieurement car il doit être fabriqué. Il n'est pas logique de faire référence à la disposition actuelle d'un bien futur, ce qui implique le transfert d'un droit de propriété. Mme Walsh propose de modifier la phrase de manière à ce qu'elle indique clairement que la constitution d'une sûreté exige soit l'acquisition, soit l'existence du bien.

25. *Il en est ainsi décidé.*

26. **Mme Walsh** (Canada) demande au Secrétariat s'il serait en mesure d'apporter au texte des modifications rédactionnelles, et non de fond, de manière à le clarifier au terme des délibérations de la Commission.

27. **La Présidente** dit qu'il est parfois difficile de définir la frontière entre les modifications rédactionnelles et les modifications de fond. Toutefois, s'il n'y a pas d'objection de la part des membres de la Commission, elle demandera au Secrétariat d'apporter les modifications rédactionnelles qui paraîtront appropriées, sous réserve qu'il n'y ait pas de doute sur leur nature. Parallèlement, elle invite les membres de la Commission à proposer les modifications rédactionnelles qu'ils jugent importantes et qui pourront être effectuées rapidement.

28. **Mme Walsh** (Canada) note que la dernière phrase du paragraphe 190 recommande que soient autorisées les descriptions générales concernant les stocks présents et futurs, bien que les paragraphes 188 et 189 ne traitent pas simplement de stocks, mais de catégories génériques de biens futurs. Elle propose donc de remplacer le mot "stocks" par "biens".

29. *Il en est ainsi décidé.*

30. **Mme Walsh** (Canada) souligne que si le paragraphe 190 mentionne que certains systèmes juridiques limitent les sûretés sur les biens à venir à des fins de protection du consommateur, la section d) concernant une sûreté réelle mobilière sur l'ensemble des biens d'un constituant (par. 191 à 199) ne mentionne pas cette limite. Elle propose soit d'ajouter une telle mention, soit de regrouper les sections c) et d).

31. **La Présidente** considère que la Commission laisse au Secrétariat le soin de prendre en compte le commentaire de Mme Walsh.

32. *Il en est ainsi décidé.*

33. **Mme McCreath** (Royaume-Uni) s'oppose à la partie suivante de la première phrase du paragraphe 196: "la sûreté portant sur tous les biens prend la forme d'une 'charge flottante' qui est simplement une sûreté potentielle". Elle propose de supprimer le mot "so-called" dans la version anglaise et d'indiquer qu'une charge flottante constitue effectivement une sûreté, plutôt qu'une sûreté potentielle.

34. *Il en est ainsi décidé.*

35. **Mme Walsh** (Canada), se référant au paragraphe 222 concernant des biens meubles corporels mélangés pour former une masse ou un produit fini, propose de mettre davantage l'accent sur le fait que la sûreté automatique sur un produit fabriqué ou transformé se limite à la valeur du bien meuble corporel avant le mélange.

36. *Il en est ainsi décidé.*

37. **Mme Walsh** (Canada) note que la section B.2 relative à l'efficacité d'une cession de créances faite en dépit d'une clause d'incessibilité (par. 229 à 232) explique la raison pour laquelle les clauses d'incessibilité sont déconseillées dans le cas de certaines catégories de créances, mais n'explique pas pourquoi ce genre de clause est acceptable dans certains cas et pas dans d'autres. Elle propose de modifier le commentaire pour expliquer pourquoi les clauses d'incessibilité sont invalidées pour certains types de créances et maintenues pour d'autres.

38. *Il en est ainsi décidé.*

39. **Mme Walsh** (Canada) propose de modifier la deuxième phrase du paragraphe 247 concernant la constitution d'une sûreté réelle mobilière sur un document négociable ou sur des biens meubles corporels représentés par un document négociable et de la libeller comme suit: "Par conséquent, ... à condition que la sûreté sur le document soit constituée alors que les biens sont couverts par le titre représentatif".

40. *Il en est ainsi décidé.*

41. *La Commission approuve, quant au fond, le commentaire sur le chapitre IV, sous réserve des modifications dont il a été convenu.*

Chapitre V: Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière (A/CN.9/631/Add.2 et 637)

Recommandations (recommandations 29 à 53) (A/CN.9/637)

42. *Les recommandations 29 à 53 sont adoptées.*

Commentaire sur le chapitre V: Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière (A/CN.9/631/Add.2, par. 1 à 130)

43. **Mme Walsh** (Canada) appelle l'attention sur la deuxième phrase du paragraphe 17, selon laquelle des règles de "contrôle" spécialisées sont souvent adoptées concernant les sûretés sur le droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire et les sûretés sur le droit au produit d'un engagement de garantie indépendant. Cette approche, qui est recommandée par le projet de guide, étant nouvelle pour la plupart des États, Mme Walsh propose de modifier comme suit le début de la phrase: "Certains pays ont adopté des règles de 'contrôle' spécialisées".

44. *Il en est ainsi décidé.*

45. **Mme Walsh** (Canada) propose de modifier l'avant-dernière phrase du paragraphe 20, qui mentionne une exception au principe de non-exclusivité découlant du caractère particulier des opérations sur les lettres de crédit, afin de souligner que cette approche est recommandée par le projet de guide.

46. *Il en est ainsi décidé.*

47. **Mme Walsh** (Canada) appelle l'attention sur le paragraphe 42, qui fait référence à la politique que suivent certains États et qui consiste à autoriser un créancier judiciaire à obtenir une sûreté sur un bien grevé par l'inscription dans le registre des sûretés, et sur les conséquences de cette politique en cas d'insolvabilité. À son avis, le commentaire selon lequel le représentant de l'insolvabilité du débiteur judiciaire est généralement fondé à revendiquer la compensation pécuniaire de la priorité d'un créancier judiciaire inscrit au bénéfice de tous les créanciers chirographaires ne reflète pas avec exactitude le traitement des hypothèques judiciaires dans la plupart des États. Elle propose par conséquent de supprimer la première phrase et de modifier la deuxième comme suit: "Dans les États qui ont adopté cette approche, il faut veiller à ce que les droits du créancier judiciaire soient compatibles avec les principes de l'insolvabilité." La dernière phrase, qui précise que le projet de guide ne fait pas de recommandation sur ce point car la question relève du droit de l'insolvabilité, doit être conservée.

48. *Il en est ainsi décidé.*

49. **Mme Walsh** (Canada) note que certains passages de la section 8 (par. 95 à 98) concernant la continuité de l'opposabilité d'une sûreté réelle mobilière après un changement de lieu de situation des biens ou du constituant n'expliquent pas clairement que la règle recommandée s'applique dans tous les cas aux deux situations, c'est-à-dire un changement de lieu de situation du constituant, lorsque ce lieu est le facteur de rattachement pour déterminer l'application de la règle de conflit de lois, ou un changement de lieu de situation des biens, lorsque ce lieu est le facteur de rattachement pertinent. Elle propose de clarifier le commentaire sur la section 8.

50. *Il en est ainsi décidé.*

51. **Mme Walsh** (Canada) propose de remplacer, au début du paragraphe 115, les mots "D'autres États" par "Certains États".

52. *Il en est ainsi décidé.*

53. **Mme Walsh** (Canada) appelle l'attention sur la comparaison qui est faite au paragraphe 117 entre a) l'approche qui donne la priorité, parmi les créanciers garantis qui disposent d'une sûreté sur un compte, à celui qui a été le premier à inscrire sa sûreté, et b) l'approche qui donne la priorité d'abord à la banque dépositaire, puis à tout autre créancier garanti qui a obtenu le contrôle en remplaçant le constituant en tant que client de la banque sur le compte. Il est dit que la première approche garantit la transparence et permet au constituant de constituer une sûreté sans obtenir l'accord de la banque dépositaire. Il est ensuite dit que la seconde est plus conforme à la pratique bancaire, ce qui n'est pas tout à fait exact puisque seuls quelques États ont choisi cette approche. Mme Walsh suggère par conséquent que le commentaire explique plus en détail les raisons pour lesquelles les États ont choisi la première approche et celles pour lesquelles le projet de guide recommande qu'ils optent pour la seconde. Il est, à son avis, plus pertinent d'expliquer qu'il est nécessaire de protéger les banques dépositaires contre toute ingérence dans le contrôle qu'elles exercent sur les comptes et de protéger leurs droits à compensation, conformément aux obligations existantes.

54. *Il en est ainsi décidé.*

55. *La Commission approuve, quant au fond, le commentaire sur le chapitre V, sous réserve des modifications dont il a été convenu.*

Chapitre VI: Le système de registre (A/CN.9/631/Add.3 et 637)

Recommandations (recommandations 54 à 72) (A/CN.9/637)

Recommandations 54 à 56

56. *Les recommandations 54 à 56 sont adoptées.*

Recommandation 57

57. *La recommandation 57 est adoptée.*

Recommandations supplémentaires proposées X, Y et Z

58. **La Présidente** appelle l'attention sur une note suivant la recommandation 57, relative à la teneur exigée d'un avis, dans laquelle le Secrétariat propose d'introduire trois recommandations supplémentaires (X, Y et Z), qui pourraient être intitulées "Avis erronés".

59. **M. Cohen** (États-Unis d'Amérique), s'exprimant au sujet de la recommandation X relative à une erreur dans l'élément identifiant le créancier garanti ou son représentant, propose de modifier la fin de la recommandation, "à condition qu'elle n'ait pas gravement induit en erreur une personne raisonnable effectuant une recherche", pour la libeller comme suit: "sauf si elle induit gravement en erreur une personne raisonnable effectuant une recherche". Ce nouveau libellé définirait une norme objective et ne nécessiterait pas que l'on apporte la preuve qu'une personne effectuant une recherche a été induite en erreur. Il est également conforme au libellé de la recommandation 58.

60. **M. Riffard** (France), appuyé par **M. Cohen** (États-Unis d'Amérique), propose d'introduire la même règle dans la recommandation Y, qui traite des erreurs dans la description de certains biens grevés. Telle qu'elle est actuellement libellée, la recommandation Y prévoit qu'une telle erreur ne prive pas d'effet un avis inscrit "concernant les autres biens". Il propose d'ajouter une deuxième phrase prévoyant que l'erreur ne prive pas d'effet l'avis concernant les biens qui ne sont pas décrits de façon satisfaisante, sauf si elle induit gravement en erreur une personne raisonnable effectuant une recherche.

61. **M. Bazinas** (Secrétariat) propose plutôt d'introduire cette précision dans la recommandation X et de laisser la recommandation Y inchangée, car elle traite d'une autre question, celle de savoir si une erreur dans la description de certains biens prive d'effet un avis concernant les autres biens décrits de façon satisfaisante.

62. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) dit qu'une autre solution consisterait à ajouter une recommandation séparée, qui appliquerait le critère de la "personne raisonnable effectuant une recherche" non seulement à la description des biens grevés, mais aussi à toute autre teneur de l'avis, à l'exception de la durée et du montant maximum, qui sont traités dans la recommandation Z, et de la disposition de la recommandation 58, qui a déjà été approuvée par la Commission.

63. **M. Umarji** (Inde) dit que la recommandation Y a uniquement pour objet de préciser que dans un avis contenant deux descriptions, l'une suffisante et l'autre pas, la validité de la première n'est pas remise en question. La question des informations trompeuses ne se pose pas dans ce contexte.

64. **M. Schöfisch** (Allemagne) s'interroge sur l'utilisation du terme "erreur", qui peut être interprété comme signifiant une erreur de la part du lecteur, alors que les recommandations font référence à la présentation d'informations incorrectes.

65. **La Présidente** répond que le terme "erreur" fait référence à des indications incorrectes fournies par la partie qui inscrit l'avis, ce qui devrait peut-être être précisé dans le texte.

66. **M. Weise** (observateur de l'American Bar Association) dit que la question soulevée par le représentant de la France est déjà traitée dans la recommandation 63, qui prévoit qu'une description des biens grevés est suffisante si elle satisfait aux exigences de la recommandation 14, alinéa d), à savoir que ces biens doivent être décrits de façon à ce qu'ils soient suffisamment identifiables. La recommandation Y pourrait donc faire référence aux descriptions de biens grevés qui ne satisfont pas aux exigences de la recommandation 63.

67. **M. Riffard** (France) dit qu'il ne s'agit pas tout à fait de cela. Il pense, par exemple, à une personne qui, procédant à l'inscription, décrit un bien grevé tel qu'une voiture de marque BMW comme étant un modèle Z4, alors qu'il s'agit en fait d'un modèle Z3. La modification qu'il propose vise à faire en sorte qu'une erreur de description mineure de ce genre ne prive pas d'effet un avis.

68. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) dit qu'une indication incorrecte du genre de celle qui est décrite par le représentant de la France devrait simplement être ignorée si la description est par ailleurs complète et exacte.

69. **M. Marca Paco** (Bolivie) dit qu'une loi qui mentionne la possibilité qu'une personne procédant à une inscription fournisse des informations erronées dans un avis risque de préoccuper et de troubler les créanciers. Il propose par conséquent de supprimer les recommandations relatives aux avis erronés.

70. **La Présidente** explique les considérations de principe sur lesquelles s'appuient ces nouvelles recommandations: il s'agit de trouver un équilibre entre le besoin de certitude et la nécessité de garantir qu'un débiteur ne puisse pas invoquer une erreur minime dans un avis pour invalider l'inscription. L'idée est de définir une norme que l'on puisse utiliser pour évaluer une indication incorrecte.

71. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que les nouvelles recommandations proposées visent à préserver la validité d'un avis contenant une indication incorrecte mineure s'agissant d'éléments qui ne sont pas essentiels à l'indexation ou à la recherche, et à rassurer un créancier légitime, qui souhaite être certain qu'il a obtenu une sûreté opposable aux tiers, dont la priorité est déterminée par l'ordre d'inscription.

72. **M. Riffard** (France) dit appuyer les nouvelles recommandations, qui envoient aux législateurs un message important, à savoir qu'il faut s'efforcer de maintenir un équilibre entre les intérêts des créanciers et des constituants. Des débiteurs ou des constituants qui agissent de mauvaise foi, ou des juges tentés de protéger des constituants contre des créanciers qu'ils estiment tyranniques ne devraient pas pouvoir invoquer une erreur mineure pour priver d'effet une sûreté et son inscription pour des motifs déraisonnables.

73. La recommandation Z énonce qu'une erreur dans les informations fournies sur l'avis concernant la durée de l'inscription et le montant maximum garanti ne prive pas d'effet un avis inscrit. On peut en conclure qu'une erreur n'a absolument aucune conséquence. Dans ce cas, une personne raisonnable procédant à l'inscription s'abstiendra d'indiquer un montant maximum. M. Riffard suggère de décrire dans le commentaire sur la recommandation Z les conséquences pratiques qu'aurait la présentation d'informations erronées concernant la durée de l'inscription et le montant maximum garanti.

La séance est levée à 12 h 30.

Compte rendu analytique de la 856e séance tenue au Centre international de Vienne, le lundi 10 décembre 2007, à 14 heures

[A/CN.9/SR.856]

Présidente: Mme Sabo (Canada)

La séance est ouverte à 14 h 10.

Adoption d'un projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties et travaux futurs possibles (A/CN.9/617, 620, 631 et Add.1 à 11, et 637 et add.1 à 8; A/CN.9/XL/CRP.10 et 11 et Add.1) (*suite*)

*Chapitre VI: Le système de registre (A/CN.9/631/Add.3 et 637) (*suite*)*

*Recommandations (recommandations 54 à 72) (A/CN.9/637) (*suite*)*

*Recommandations supplémentaires proposées X, Y et Z (*suite*)*

1. **La Présidente** considère que la Commission est convenue d'inclure les recommandations supplémentaires proposées X, Y et Z dans le chapitre VI.

2. *Il en est ainsi décidé.*

3. **Mme Walsh** (Canada) propose de remplacer les mots "ne prive pas d'effet un avis inscrit", qui figurent dans les recommandations X, Y et Z, par les mots "ne prive pas d'effet l'inscription d'un avis". Dans les recommandations du projet de guide relatives à l'opposabilité l'inscription d'un avis est considérée comme un mode d'opposabilité. La question est donc de savoir si une erreur dans l'avis invalide l'inscription en tant que mode d'opposabilité.

4. Le représentant de la France a fait valoir qu'un constituant ou un débiteur pourrait chercher à priver d'effet une inscription. Mme Walsh fait observer qu'une telle tactique n'aurait aucune incidence sur l'efficacité de l'inscription d'une sûreté entre les parties, mais pourrait compromettre son opposabilité. Cela dit, elle estime elle aussi que les tiers pourraient avoir intérêt à faire valoir qu'une erreur mineure prive l'inscription d'effet.

5. S'agissant de la recommandation Z, le représentant de la France a souligné qu'une erreur dans les informations concernant la durée de l'inscription ou le montant maximum garanti semblait n'avoir aucune conséquence. Dans la pratique, si le montant maximum garanti figurant dans une convention constitutive de sûreté est de 100 000 dollars, et si l'avis inscrit indique un montant de 50 000 dollars, les tiers peuvent être en droit de se fier au montant inférieur. Un créancier de rang inférieur se fondant sur l'avis en déduira qu'il est prioritaire pour tous les prêts supérieurs à 50 000 dollars. D'autre part, l'inscription ne sera pas privée d'effet vis-à-vis du premier créancier garanti, qui sera lié par le montant de 100 000 dollars. Toutefois, dans la situation inverse, à savoir lorsque l'avis inscrit indique 100 000 dollars et la convention constitutive de sûreté 50 000 dollars, le créancier garanti sera limité par ce dernier montant. De même, si la durée figurant dans l'avis inscrit est plus courte que celle figurant dans la convention, ce sera la première qui sera déterminante du point de vue des tiers.

6. Pour terminer, elle note que la recommandation Y, telle qu'elle est libellée actuellement, ne couvre peut-être pas toutes les situations imaginables. Elle propose par conséquent d'indiquer en premier lieu qu'une erreur dans la description des biens grevés ne prive pas d'effet un avis, à moins qu'elle n'induise gravement en erreur, et ensuite de préciser que, dans ce dernier cas, l'inscription est uniquement privée d'effet par rapport aux biens qui ont été décrits de manière inexacte, et pas par rapport aux autres biens, qui ont été décrits avec précision.

7. En réponse à une question posée par **M. Bazinas** (Secrétariat) concernant son commentaire selon lequel les tiers devraient pouvoir se fier à la durée ou au montant maximum figurant dans l'avis d'inscription, **Mme Walsh** (Canada) dit qu'elle se référait en l'occurrence uniquement à la recommandation Z, et non aux recommandations X et Y.

8. **M. Cohen** (États-Unis d'Amérique), appuyé par **M. Schöfisch** (Allemagne), propose de déplacer les recommandations X, Y et Z après la recommandation 58.

9. **La Présidente** suggère de laisser le Secrétariat décider de l'ordre des recommandations, selon ce qu'il estimera être le plus logique.

10. **M. Schöfisch** (Allemagne) note que la recommandation 58 évoque une "indication incorrecte". Il propose que l'on énonce, en tant que règle principale, qu'une indication incorrecte est uniquement privée d'effet si elle induit gravement en erreur une personne raisonnable effectuant une recherche. À son avis, il n'est pas vraiment nécessaire de faire une distinction entre différents aspects de la même règle. Le projet de guide n'est pas censé aborder tous les sujets imaginables, mais plutôt fournir des recommandations générales aux États et aux législateurs.

11. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique), évoquant la proposition de la représentante du Canada tendant à remplacer les mots "ne prive pas d'effet un avis inscrit" par les mots "ne prive pas d'effet l'inscription d'un avis", dit qu'il trouve le libellé initial plus exact, parce que l'inscription est faite en bonne et due forme; c'est l'avis qui contient des informations erronées.

12. Il propose de préciser dans la recommandation Z que les tiers devraient pouvoir se fier à la durée ou au montant maximum figurant dans l'avis.

13. Toujours au sujet de la recommandation Z, **M. Patch** (Australie) dit qu'une personne qui inscrit dans l'avis une durée plus courte que celle figurant dans la convention constitutive de sûreté doit de toute évidence être liée par la durée plus courte. La situation est toutefois différente lorsque la durée indiquée dans l'avis est plus longue que la durée autorisée par la législation pertinente. Il propose de préciser dans la recommandation Z que, dans ces circonstances, la durée par défaut est la durée maximale autorisée par la loi. De même, lorsque la législation interdit à une partie garantie de spécifier un montant maximum dépassant un certain pourcentage des biens du débiteur et que le montant indiqué dans l'avis d'inscription dépasse ce pourcentage, il estime que le montant par défaut doit être le maximum autorisé par la législation pertinente.

14. **Mme Walsh** (Canada) dit que les recommandations ne sont pas censées régler les erreurs de droit, mais les erreurs découlant de la différence entre la manière dont les conditions définies par le constituant et le créancier garanti sont indiquées dans la convention constitutive de sûreté et dans l'avis d'inscription, dans les États qui ont adopté le système recommandé par le projet de guide. Le problème soulevé par le représentant de l'Australie ne se pose qu'en relation avec la durée de l'inscription, pour laquelle il existe deux possibilités: soit les parties peuvent la choisir elle-même, soit les États peuvent préciser une durée maximale dans leur législation. Mme Walsh ne pense pas que les recommandations devraient couvrir les erreurs survenant dans ce contexte. Il est évident qu'une durée qui excède la durée autorisée par la loi serait sans effet. Par ailleurs, le registre devrait normalement être conçu de manière à empêcher ce genre d'erreurs.

15. Elle n'estime pas nécessaire de préciser dans la recommandation Z que les tiers sont en droit de se fier au montant maximum inscrit.

16. S'agissant de la proposition visant à énoncer en tant que règle principale qu'une indication incorrecte prive d'effet une inscription uniquement si elle induit gravement en erreur, elle estime qu'il serait plus utile d'énoncer toutes les possibilités, à savoir, en gros, une erreur dans la description, une erreur dans la durée (pour les systèmes autorisant le choix par les parties) et une erreur dans le nom.

17. Bien qu'elle ne soit pas convaincue par l'argument avancé par le représentant des États-Unis, elle n'insistera pas pour que l'on retienne sa proposition visant à remplacer les mots "ne prive pas d'effet un avis inscrit" par les mots "ne prive pas d'effet l'inscription d'un avis". Elle cherchait simplement à aligner le libellé sur celui qui est utilisé dans le chapitre sur l'opposabilité.

18. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) dit qu'il devrait être précisé, lorsque l'on énumère les conséquences d'erreurs, qu'une personne qui s'est fiée, à ses dépens, à des informations erronées est protégée contre ces conséquences.

19. Il convient que les erreurs portant sur la durée diffèrent d'autres types d'erreurs. Dans les cas où un État impose une durée précise, les erreurs seront corrigées par le système de registre. Si la personne

procédant à l'inscription est libre de choisir la durée, les erreurs seront également corrigées puisque, si elle a payé pour 5 ans et indiqué 10 ans sur l'avis, ce dernier sera annulé au terme de la période de 5 ans, et si elle a payé pour 10 ans et indiqué 5 ans, elle peut modifier l'avis à tout moment. S'agissant des cas où le constituant risque d'être lésé, le projet de guide contient déjà des dispositions qui exigent que le créancier garanti fasse radier l'avis et autorisent le constituant à engager une procédure ou à demander la modification de l'avis inscrit.

20. **M. Riffard** (France) note que, s'agissant des recommandations X et Y, un avis continue de produire effet malgré une erreur et, si cette dernière est mineure, il est opposable aux tiers qui ont consulté le registre et peuvent employer un moyen raisonnable pour remédier à la situation. L'avis produit donc effet vis-à-vis de la situation réelle, et non vis-à-vis de l'indication inexacte figurant dans l'avis. M. Riffard estime que la conséquence d'une erreur devrait être similaire dans le cas de la recommandation Z. Ainsi, lorsqu'un avis indique un montant maximum ou une durée qui dépassent le montant ou la durée prévus dans la convention constitutive de sûreté, le chiffre erroné ne devrait pas être opposable aux tiers qui n'ont pas accès à la convention et n'ont donc pas la possibilité de prendre des mesures pour corriger l'erreur.

21. **Mme Walsh** (Canada) et **M. Umarji** (Inde) partagent cette opinion.

22. **La Présidente** invite le Secrétariat à résumer ce qui s'est dit au sujet des nouvelles recommandations.

23. **M. Bazinas** (Secrétariat) note que la Commission semble convenir qu'il faudrait remplacer le mot "erreur" par l'expression "indication incorrecte".

24. S'il était fait référence à la description des biens grevés dans la recommandation X, le libellé suivant pourrait être acceptable: "La loi devrait prévoir qu'une indication incorrecte dans l'élément identifiant le créancier garanti ou son représentant ou dans son adresse, ou dans la description des biens grevés, ne prive pas d'effet un avis ou une inscription, à moins qu'elle n'induise gravement en erreur une personne raisonnable effectuant une recherche".

25. **La Présidente** dit qu'en l'absence d'objection, elle considère que la Commission approuve le libellé ainsi modifié de la recommandation X. Le commentaire devra bien préciser que le terme "indication incorrecte" renvoie à une indication de la partie qui procède à l'inscription.

26. *La recommandation X est adoptée telle que modifiée.*

27. **M. Bazinas** (Secrétariat) note que la Commission semble convenir que la recommandation Y peut rester telle quelle, à l'exception du mot "erreur", qui doit être remplacé par le terme "indication incorrecte".

28. **La Présidente** considère que la Commission approuve le libellé ainsi modifié de la recommandation Y.

29. *La recommandation Y est adoptée telle que modifiée.*

30. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que, s'agissant de la recommandation Z, la Commission semble généralement convenir qu'il convient de protéger un tiers qui a subi un dommage parce qu'il s'était fié à une indication incorrecte figurant dans un avis d'inscription. Toutefois, il lui semble que les opinions divergent au sujet de la situation des tiers lorsqu'il y a des différences entre le montant maximum indiqué dans la convention constitutive de sûreté et celui indiqué dans l'avis d'inscription.

31. **M. Patch** (Australie) souhaiterait savoir ce qui se passe, concrètement, lorsque le registre reçoit un avis mentionnant une durée d'inscription qui dépasse la durée maximale autorisée par la loi.

32. **M. Bazinas** dit que la réponse dépend de la structure du registre. Toutefois, dans un État qui prescrit une durée d'inscription maximale, le résultat est identique, indépendamment de la réponse. Il n'est donc pas nécessaire de modifier la recommandation Z.

33. **M. Patch** (Australie) croit comprendre que, si le message électronique envoyé par la personne procédant à l'inscription contient une durée supérieure à la durée maximale autorisée par la loi, l'inscription produit uniquement effet pour cette dernière durée.

34. **Mme Walsh** (Canada) dit que la question d'une erreur de droit commise par la personne procédant à l'inscription devrait être traitée dans le commentaire.

35. Elle confirme que les tiers doivent être protégés lorsque la convention constitutive de sûreté précise un montant maximum supérieur au montant figurant dans l'avis inscrit. Dans ce cas de figure, la personne procédant à l'inscription pourrait réaliser sa sûreté

contre le constituant à concurrence du solde de l'obligation garantie, mais n'aurait priorité sur les autres réclamants concurrents qu'à hauteur du montant inférieur figurant dans l'avis. Inversement, lorsque le montant précisé dans la convention constitutive de sûreté est inférieur au montant figurant dans l'avis inscrit, la personne procédant à l'inscription ne peut réaliser sa sûreté prioritaire qu'à hauteur du montant figurant dans la convention. Il n'est pas nécessaire que la recommandation Z aborde ces cas de figure puisqu'ils sont traités par ailleurs dans le projet de guide.

36. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) dit que, par principe, il est opposé à l'inclusion d'un montant maximum dans l'avis inscrit. Toutefois, dans les États qui adoptent cette approche, il est important de protéger une personne qui s'est raisonnablement fiée à des informations erronées contre les conséquences de cette situation. Dans la plupart des opérations, un prêteur potentiel demandera un exemplaire de la convention constitutive de sûreté au constituant ou au créancier garanti préalablement inscrit. Si le montant figurant dans l'avis est inférieur à celui qu'indique la convention, il ne sera pas induit en erreur par l'avis.

37. **Mme McCreath** (Royaume-Uni) demande qui sera tenu responsable lorsqu'une partie est induite en erreur.

38. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) dit que la question de la responsabilité ne devrait normalement pas se poser. Ce qui est en cause, ce sont plutôt les conséquences, et ces dernières varient selon la mesure dans laquelle la sûreté est réalisable vis-à-vis de la partie protégée.

39. **Mme Kaller** (Autriche) dit que l'expression "personne raisonnable effectuant une recherche" semble supposer qu'un tiers est tenu de chercher des informations en dehors du registre afin de pouvoir déterminer, par exemple, si une erreur a été commise dans l'avis.

40. **M. Bazinas** (Secrétariat) fait observer que le registre n'a pas pour fonction de donner tous les renseignements disponibles concernant l'existence d'une sûreté, mais qu'il sert à appeler l'attention de toute personne raisonnable effectuant une recherche sur le fait qu'un bien donné peut-être grevé par une autre sûreté. Pour vérifier si tel est le cas, il faudra chercher des informations en dehors du registre. Il ressort clairement du commentaire que toute personne raisonnable effectuant une recherche doit consulter le registre en se fondant sur le nom du constituant pour retrouver un avis. Pour vérifier si les biens d'une partie à laquelle elle a proposé d'octroyer un crédit sont déjà grevés, elle doit entreprendre des recherches en dehors du registre.

41. **Mme Walsh** (Canada) estime que les préoccupations exprimées par la représentante de l'Autriche sont fondées en ce sens que l'expression "personne raisonnable effectuant une recherche" peut donner à penser qu'il faut nécessairement entreprendre de nouvelles recherches lorsqu'une erreur apparaît dans l'avis. Le commentaire devrait clairement indiquer que la question de savoir si une personne raisonnable effectuant une recherche a été induite en erreur se rapporte uniquement aux informations figurant dans le registre.

42. **La Présidente** fait observer que, selon un avis largement partagé, la recommandation Z devrait préciser que, dans les systèmes exigeant que soit indiqué un montant maximal, une protection devrait être prévue pour les tiers qui auraient pu faire fond sur ce montant à leurs dépens. Dans les systèmes où la loi prescrit une durée maximale d'inscription, le registre devrait normalement être conçu de manière à empêcher l'inscription d'une période supérieure à la durée maximale. En tout état de cause, les utilisateurs du système devraient être censés connaître le règlement. Lorsqu'un système laisse à la partie qui enregistre la liberté de choisir une période de temps, les tiers devraient bien entendu pouvoir se fier à la durée précisée dans l'avis.

43. En l'absence d'objection, la Présidente considère que la Commission entend adopter la recommandation Z, sous réserve de remplacer le mot "erreur" par les mots "indication incorrecte" et d'ajouter une clause portant sur les conséquences à envisager lorsqu'un tiers se fie à une indication incorrecte. La question d'une erreur en droit commise par la personne procédant à l'inscription sera abordée dans le commentaire.

44. *Cela étant, la recommandation Z est adoptée.*

45. **M. Macdonald** (Canada) a remarqué qu'il y avait peut-être une disparité entre un précédent chapitre du projet de guide et le chapitre sur le système d'inscription à l'étude. Conformément à la

recommandation 57 d), lorsqu'un État estime qu'il est utile pour faciliter des prêts subordonnés d'indiquer le montant monétaire maximum, une déclaration de ce montant maximum devrait figurer sur l'avis. Toutefois, la recommandation 14 au chapitre IV concernant la forme d'une convention constitutive de sûreté ne prévoit pas cette éventualité. À son avis, il importe de faire figurer une déclaration du montant maximum dans la convention constitutive de sûreté car, autrement, un créancier garanti pourrait de façon unilatérale fixer un montant maximum dans l'avis inscrit, sans mentionner une éventuelle convention qu'il aurait pu préalablement conclure avec le constituant.

La séance est suspendue à 15 h 30; elle est reprise à 15 h 55.

46. **La Présidente** considère que la Commission entend inclure dans la recommandation 14 un libellé semblable à celui de la recommandation 57 d).

47. *Il en est ainsi décidé.*

48. **Mme Walsh** (Canada) propose de souligner dans le commentaire que les conditions de forme minimales pourraient être satisfaites dans le cas de la recommandation 14 lorsqu'il existe plusieurs conventions, à condition que ces dernières contiennent des renvois. Il n'est pas nécessaire d'énoncer toutes les informations pertinentes dans une seule convention constitutive de sûreté.

49. *Il en est ainsi décidé.*

50. **Mme McCreath** (Royaume-Uni) doute de l'utilité du mot "seuls" dans le chapeau de la recommandation 57: "La loi devrait prévoir que seuls les éléments suivants doivent figurer sur l'avis". À son avis, ce libellé est trop restrictif. Par exemple, au Royaume-Uni, certaines informations qui ne sont pas énumérées dans la recommandation 57 doivent être consignées dans un avis inscrit.

51. **La Présidente** dit que le libellé de la recommandation 57 a été examiné de façon approfondie par le Groupe de travail VI (Sûretés) et qu'il a déjà été approuvé dans le principe par la Commission.

52. **Mme Walsh** (Canada) fait observer que l'objet de la restriction visant la quantité d'informations à consigner dans l'avis inscrit est d'éviter toute confusion moyennant la normalisation des données que les tiers doivent consulter afin de protéger leurs intérêts. Toute information supplémentaire compliquerait davantage le fonctionnement du registre et il serait plus difficile pour les tiers de mettre en évidence des questions touchant leurs droits nés *ex lege*.

53. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) dit qu'en limitant le contenu de l'avis on rendrait le principe d'un registre plus acceptable dans les pays qui n'ont pas connaissance de l'existence d'un tel dispositif. Si les informations à consigner sont à la fois brèves et simples, les États pourront concevoir un système d'inscription électronique peu coûteux qui pourra être utilisé tant par les non-spécialistes que par les institutions financières.

Recommandations 58 à 60.

54. *Les recommandations 58 à 60 sont adoptées.*

Recommandations 61 et 62

55. **M. Umarji** (Inde) fait observer que, conformément à la recommandation 62 concernant l'incidence du transfert d'un bien grevé sur l'efficacité de l'inscription, il incombe au créancier garanti, et non au constituant ou au bénéficiaire du transfert, de modifier l'avis inscrit dans un délai spécifié. Cette approche n'est pas applicable dans la pratique et elle est incompatible avec l'objet du projet de guide qui est d'encourager le crédit garanti. Les droits du créancier garanti devraient être protégés lorsque, par exemple, un constituant dissimule le transfert d'un bien grevé. M. Umarji propose donc de modifier cette recommandation pour faire en sorte que la responsabilité de modifier l'avis inscrit incombe au constituant ou au bénéficiaire du transfert.

56. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) dit que le représentant de l'Inde vient de soulever une importante question de fond. Lorsqu'un bien, grevé d'une sûreté, est transféré, le bénéficiaire du transfert peut vouloir obtenir un crédit auprès d'un autre créancier garanti ou vendre le bien grevé. Le créancier garanti du bénéficiaire du transfert devrait en tout état de cause exercer toute la diligence voulue pour déterminer à qui a successivement appartenu le bien. Il serait donc raisonnable de décider de faire porter la responsabilité de déterminer si la sûreté a été levée au créancier garanti du bénéficiaire du transfert ou à l'acquéreur du

bien auprès du bénéficiaire du transfert, et non au créancier garanti initial.

57. **Mme Walsh** (Canada) estime qu'il ne semble pas logique de faire porter cette responsabilité sur le bénéficiaire du transfert, compte tenu de l'objectif de la recommandation qui est de protéger ledit bénéficiaire ou un créancier garanti ultérieur en rapport avec un constituant qui a traité avec un créancier garanti antérieur sous un identifiant différent.

58. **M. Patch** (Australie) dit que l'obligation de mettre à jour l'avis inscrit devrait incomber au créancier garanti initial, mais que la recommandation 62 devrait être modifiée pour proroger la période pendant laquelle la partie garantie – qui, dans un premier temps, risque de ne pas être informée du transfert du bien – peut mettre à jour l'avis inscrit. Le bénéficiaire du transfert ou le créancier garanti de ce dernier n'est pas incité à effectuer une inscription de nature à protéger les intérêts du créancier garanti du transférant.

59. **M. Bazinas** (Secrétariat) suggère que la recommandation 62 prenne en compte la proposition du représentant de l'Inde en précisant que le constituant ou le bénéficiaire du transfert devrait informer le créancier garanti du transfert d'un bien grevé. Ainsi, incomberait-t-il au créancier garanti de prendre les mesures nécessaires.

60. **M. Umarji** (Inde) estime que la suggestion du Secrétariat est acceptable. Le transfert devrait être dûment notifié au créancier garanti initial qui, s'il accepte le transfert, devrait modifier l'avis inscrit. La sûreté initiale se maintiendrait après le transfert.

61. **Mme McCreath** (Royaume-Uni) fait observer que si la modification proposée par le Secrétariat était acceptée, il faudrait, dans la deuxième phrase de la recommandation, remplacer les mots "après le transfert" par les mots "après la notification du transfert".

62. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) dit que le cas à l'étude se pose lorsqu'un constituant transfère un bien grevé d'une sûreté. Dans de nombreux cas, toutefois, le créancier garanti n'a pas connaissance du transfert. Si le bénéficiaire du transfert a consulté le système public d'inscription, il y aura trouvé un avis sous le nom du constituant visant le bien grevé. Mais il se peut aussi qu'il ne consulte pas ce système et cherche à obtenir un crédit auprès d'un autre prêteur sur la base du bien grevé. Se pose alors la question de savoir si le deuxième prêteur à l'obligation d'exercer toute la diligence voulue pour déterminer si le bien est libre de toute sûreté, ou s'il peut simplement se fier au système d'inscription. Une règle exigeant du bénéficiaire du transfert qu'il corrige les données enregistrées n'aurait aucune utilité si ledit bénéficiaire négligeait de consulter le registre et n'avait pas connaissance de la sûreté. En outre, une règle exigeant du créancier garanti du transférant qu'il corrige des données publiques dès lors qu'il a été notifié du transfert, n'aurait pas d'incidence sur l'obligation du créancier garanti du bénéficiaire du transfert d'exercer toute la diligence voulue, étant donné que ce dernier ne pourrait avoir la certitude qu'un éventuel créancier garanti du transférant n'était pas informé du transfert. Il s'ensuit que la meilleure solution est de faire porter le risque sur le créancier garanti du bénéficiaire du transfert et non d'imposer au créancier garanti du transférant des coûts liés à la surveillance du bien, ce qui aurait pour effet d'accroître le coût du crédit.

63. **M. Patch** (Australie) approuve dans une certaine mesure l'approche qui vient d'être exposée. Le constituant et le bénéficiaire du transfert n'ont guère de raisons de procéder à l'inscription en ce sens qu'ils agissent probablement dans un sens contraire à la convention constitutive de sûreté. La question est de savoir s'il faut imposer les coûts liés à la surveillance du bien au bénéficiaire du transfert et au créancier de ce dernier, ou bien au créancier du transférant. M. Patch propose que le créancier garanti du constituant soit tenu de procéder à l'inscription dans un délai qui pourrait être fixé à cinq jours après que ledit créancier a pris connaissance du transfert du bien. À l'issue de cette période, en l'absence d'inscription, un créancier garanti du bénéficiaire du transfert pourrait être certain de constituer une sûreté sur le bien. Si le créancier garanti du constituant n'était pas informé du transfert, il continuerait de détenir la priorité sur les sûretés du créancier garanti du bénéficiaire du transfert, mais si ce dernier prenait connaissance de la sûreté en exerçant la diligence voulue, il pourrait informer le créancier garanti du constituant, attendre l'expiration du délai de grâce et prendre une sûreté sur le bien si le créancier garanti du constituant avait négligé de procéder à l'inscription. Le créancier garanti du bénéficiaire du transfert est ainsi encouragé à aviser le créancier du constituant.

64. **Mme Walsh** (Canada) ne croit pas qu'il serait utile que le projet de guide impose au constituant l'obligation d'informer son créancier garanti du transfert du bien affecté en garantie, dans la mesure où le problème considéré découle d'une situation dans laquelle le constituant a transféré le bien affecté en garantie sans l'autorisation ou le consentement de son créancier garanti. Un tel cas constitue normalement une violation de la convention constitutive de sûreté.

65. Le projet de guide part de l'hypothèse que toute personne acquérant ou prenant une sûreté sur un bien devrait effectuer une recherche dans le registre. Il s'ensuit que le bénéficiaire du transfert devrait avoir consulté le registre et s'être rendu compte qu'il acquérait un bien grevé par une sûreté antérieure. Lorsque le bénéficiaire du transfert sollicite un nouveau créancier garanti ou acquéreur, le prêteur ou l'acquéreur ne peuvent pas trouver dans le registre la trace de la sûreté, car celle-ci a été consignée sous le nom du constituant et non sous celui du bénéficiaire du transfert. Il y a donc deux victimes innocentes: le premier créancier garanti dont le bien a été transféré sans son consentement ou son autorisation, et l'acquéreur ou le créancier garanti qui ont fait affaire avec le bénéficiaire du transfert, pensant qu'il s'agissait du propriétaire d'un bien non grevé. La question est de savoir si les pertes qui découlent de cette situation doivent être à la charge du créancier garanti ou de l'acquéreur qui ont fait affaire avec le bénéficiaire du transfert, ou du créancier garanti initial. Le Groupe de travail a estimé qu'il importait de protéger la fiabilité du registre qui fait fond sur le constituant. Si le créancier garanti du bénéficiaire du transfert ou l'acquéreur ne trouve pas la trace d'une sûreté dans le registre, il n'est pas visé par la sûreté existante.

66. La délégation canadienne n'est pas hostile à l'adoption d'une règle qui préciserait que le créancier garanti initial ne court pas de risque s'il ne modifie pas le registre après un transfert, sauf s'il s'abstient de le modifier dans un bref délai après avoir pris connaissance du transfert. À titre de compromis, Mme Walsh propose d'appliquer cette règle lorsque le bien grevé est transféré à un autre créancier garanti qui a probablement les connaissances spécialisées et les ressources nécessaires pour rechercher s'il existe une sûreté antérieure. En revanche, lorsqu'un acquéreur acquiert le bien auprès du bénéficiaire du transfert avant que la modification n'ait été opérée, ledit acquéreur devrait être protégé en toutes circonstances.

67. **M. Schneider** (Allemagne) partage l'avis du représentant de l'Inde selon lequel la recommandation 62 n'est pas satisfaisante, en ce sens qu'il incombe au créancier garanti de modifier l'inscription alors qu'il peut très bien ne pas être informé du transfert du bien grevé. Rien n'encourage le constituant à informer le créancier garanti. En outre, si le constituant n'est pas le débiteur, il n'y a pas de relation contractuelle et partant pas d'obligation légale. M. Schneider se demande pourquoi il est nécessaire de modifier l'inscription d'une sûreté et pourquoi le créancier garanti perdrait ses droits en l'absence de modification.

68. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) croit comprendre que le représentant de l'Allemagne propose de supprimer la recommandation 62. À son avis, ce serait la solution la plus simple. La modification proposée pour la recommandation 62 tendant à protéger deux parties garanties a priori innocentes, ne ferait qu'ajouter à la complexité du projet de guide. Si cette recommandation était supprimée, la partie garantie initiale serait dégagée de l'obligation de surveiller le bien en vertu d'une disposition qui exigerait d'elle qu'elle modifie l'inscription à un certain moment. Vouloir que le créancier garanti ait connaissance de certaines données pourrait être la cause de litiges sur le point de savoir notamment: si le créancier garanti a connaissance des nouvelles données; ce que l'on entend par connaissance; et quand cette connaissance est requise. Globalement, la solution la moins coûteuse pour le système est de renoncer à l'obligation de modifier les données. L'idée d'adopter des règles distinctes pour les acquéreurs et les parties garanties est particulièrement inopportune, compte tenu de l'objectif qui est de rendre le projet de guide le plus simple possible.

69. **M. Umarji** (Inde) dit qu'il ne faudrait pas que l'on puisse penser que le projet de guide tolère le comportement d'un constituant qui a transféré un bien grevé sans faire part de ce transfert au créancier garanti.

70. **M. Voulgaris** (Grèce) partage le point de vue du représentant de l'Inde. Il ne faut pas oublier que le créancier garanti possède un droit réel. Si on le rendait responsable du transfert ultérieur du bien grevé, les responsabilités seraient en fait inversées. On ne peut

attendre du créancier garanti qu'il joue le rôle de détective à l'égard du constituant. Ainsi, la recommandation 62 devrait être soit supprimée, soit modifiée de manière à exiger du constituant qu'il informe le créancier garanti de tout transfert d'un bien grevé. À défaut, cela ne devrait en aucun cas entraîner la déchéance de la sûreté du créancier garanti.

71. **M. Boulet** (Observateur pour la Belgique) fait remarquer, comme l'a indiqué la représentante du Canada, qu'il y a deux victimes innocentes potentielles, l'acquéreur et le créancier garanti initial. La règle énoncée dans la recommandation 62 est donc mal conçue, car il serait injustifié de sanctionner le créancier garanti initial pour le transfert d'un bien grevé dont il ne serait pas responsable. Le constituant pourrait éventuellement être tenu d'informer le créancier garanti initial du transfert, à la suite de quoi il serait plus raisonnable d'exiger de ce dernier qu'il modifie l'avis. La situation est quelque peu différente dans le cas d'un acquéreur, dans la mesure où l'on peut s'attendre à ce qu'il vérifie le registre afin de déterminer si le bien transféré par le constituant est grevé par une sûreté antérieure.

72. **M. Deschamps** (Canada) est favorable au maintien d'une version révisée de la recommandation 62. Il propose de modifier la deuxième phrase de la recommandation comme suit: "S'il n'enregistre pas la modification dans un délai de [bref délai à spécifier] jours après avoir pris connaissance du transfert, la sûreté réelle mobilière est inopposable...".

73. **M. Markus** (Suisse) appuie la proposition tendant à supprimer la recommandation 62 pour les raisons mentionnées par le représentant des États-Unis. La notion "prendre connaissance" est difficile à prouver et les occasions dans lesquelles un créancier garanti initial souhaite modifier un avis inscrit sont, de son point de vue, extrêmement rares.

La séance est levée à 17 heures.

Compte rendu analytique de la 857e séance tenue au Centre international de Vienne, le mardi 11 décembre 2007, à 9 h 30

[A/CN.9/SR.857]

Présidente: Mme Sabo (Canada)

La séance est ouverte à 9 h 40.

Adoption d'un projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties et travaux futurs possibles (A/CN.9/617, 620, 631 et Add.1 à 11, et 637 et Add.1 à 8; A/CN.9/XL/CRP.10 et 11 et Add.1) (*suite*)

Chapitre VI: Le système de registre (A/CN.9/631/Add.3 et 637) (suite)

Recommandations (recommandations 54 à 72) (A/CN.9/637) (suite)

Recommandations 61 et 62 (suite)

1. **La Présidente** fait savoir qu'elle a examiné les considérations générales qui ont conduit le Groupe de travail VI (Sûretés) à inclure la recommandation 62 dans le projet de Guide. L'une de ces considérations a été la nécessité de concilier les intérêts des différentes parties en présence et une autre celle de préserver l'intégrité du système de registre. Si l'intérêt du cessionnaire devrait prévaloir sur celui du créancier garanti initial, l'intégrité du système de registre s'en trouverait considérablement amoindrie. Ces considérations de principe devront être prises en compte dans toute proposition visant à modifier la recommandation en question ou à la supprimer. À ce propos, la Présidente appelle l'attention de la Commission sur la recommandation 31 (Maintien de l'opposabilité aux tiers après transfert du bien grevé), qui énonce la règle supplétive. Si la recommandation 62 devait être supprimée, les droits du créancier garanti initial prévaudraient conformément à la recommandation 31. Toutefois, il a été convenu lors de la discussion qui a eu lieu à la séance précédente que l'acheteur, le cessionnaire ou le créancier garanti d'un cessionnaire devraient également jouir d'une certaine protection.

2. **M. Riffard** (France) dit qu'il est impossible à son avis d'apporter une réponse satisfaisante à la question que soulève un système de registre axé sur le constituant. La Commission doit par conséquent concilier les intérêts de deux parties innocentes: le créancier garanti initial du constituant, qui peut ignorer le transfert du bien grevé, et l'acheteur ou le créancier garanti du cessionnaire, qui n'a aucun moyen d'apprendre l'existence du transfert à partir de l'avis enregistré. Aucune des trois solutions possibles n'est satisfaisante. La première consisterait à faire prévaloir les intérêts du créancier garanti de sorte que celui-ci ne subisse pas les conséquences de la conduite frauduleuse du débiteur. Une deuxième solution pourrait être de protéger une tierce partie agissant de bonne foi et ne pouvant pas avoir eu connaissance de l'existence de la sûreté. La troisième solution, qui pourrait à première vue apparaître comme un compromis acceptable, consisterait à exiger du constituant qu'il informe le créancier garanti du transfert de sorte que ce dernier puisse alors modifier l'avis inscrit au registre. Regrettablement, après réflexion, cette solution doit être écartée parce que, d'une part, elle n'est pas réaliste dans la mesure où le constituant a déjà violé son obligation contractuelle de conserver la possession du bien grevé et, de l'autre, l'on voit difficilement quelle serait la modification que devrait apporter au registre le créancier garanti après avoir appris le transfert. Le nom du constituant ne pourrait pas être modifié sans compromettre l'intégrité du système de registre.

3. Il s'ensuit que le législateur devra prendre une décision de principe sur le point de savoir si la loi devrait protéger le créancier garanti ou des tierces parties agissant de bonne foi. Les États de tradition romaniste tendront à privilégier les tierces parties, mais le législateur devra demeurer libre de sa décision. M. Riffard propose par conséquence de supprimer la recommandation 62 et de discuter plutôt des options pouvant être envisagées dans le commentaire, en soulignant que la question, bien qu'importante en théorie, se pose rarement dans la pratique.

4. **M. Bazinas** (Secrétariat) souhaiterait savoir si le représentant de la France a des réserves à formuler concernant la disposition selon laquelle le constituant doit informer le créancier garanti, un manquement à cette obligation pouvant être à l'origine d'une cause contractuelle d'action.

5. **Mme Stanivuković** (Serbie) fait observer que, si la recommandation 62 est supprimée, il faudra aussi supprimer la recommandation 61 étant donné que l'une et l'autre ont pour but de protéger la bonne foi de tierces parties ayant fait fond sur des informations figurant dans le registre.

6. La personne protégée visée aux recommandations 61 a) et 62 a) est un créancier garanti subséquent ignorant l'existence d'une sûreté précédente pour avoir fait fond sur les résultats d'une recherche dans un registre, et la personne protégée visée dans les recommandations 61 b) et 62 b) est un acheteur subséquent. Supprimer les deux recommandations compromettrait l'intégrité du système de registre. Si la vente intervient dans le cours normal des affaires, l'acheteur n'a pas besoin de faire des recherches dans le registre car il acquiert la propriété libre de la sûreté. Si la vente n'intervient pas dans le cours normal des affaires, il est inutile de vérifier le registre étant donné qu'aucune modification n'y a été introduite. La représentante de la Serbie propose par conséquent de conserver les deux recommandations mais d'imposer une obligation au constituant et au cessionnaire plutôt qu'au créancier garanti et d'inclure dans le texte une disposition concernant la responsabilité en cas de dommages. Le chapeau de la recommandation 62 se lirait alors comme suit:

> "La loi devrait prévoir que si, après enregistrement d'un avis, le constituant transfère le bien grevé, le constituant et le bénéficiaire du transfert ont l'obligation de modifier l'avis inscrit de manière à modifier l'élément identifiant du constituant pour le remplacer par le nom du bénéficiaire du transfert. Cette modification peut également être apportée par le créancier garanti. Si la modification n'est pas enregistrée dans un délai de [bref délai à spécifier] jours après le transfert, la sûreté réelle mobilière est inopposable: ..."

Les alinéas a) et b) de la recommandation 62 demeureraient inchangés mais la phrase suivante serait ajoutée à la fin de la recommandation:

> "Le constituant et le bénéficiaire du transfert sont conjointement et solidairement responsables à l'égard du créancier garanti des dommages pouvant découler du non-enregistrement de l'amendement visé dans la présente recommandation."

7. **La Présidente** relève que l'amendement proposé transformerait le droit du créancier garanti en un droit d'action contre le constituant et le bénéficiaire du transfert.

8. **Mme Deschamps** (Canada) convient que les recommandations 61 et 62 doivent être examinées ensemble.

9. En réponse à une question soulevée par le représentant de la France, Mme Deschamps dit que, dans le cas de la recommandation 61, le créancier garanti devrait modifier l'avis enregistré de manière à indiquer le nouvel élément identifiant le constituant. Dans le cas de la recommandation 62, l'avis indiquerait que le bénéficiaire du transfert a désormais acquis la propriété du bien.

10. Il conviendrait de conserver les recommandations 61 et 62, à condition que le délai imparti pour la modification de l'enregistrement commence à courir à la date à laquelle le créancier garanti a eu connaissance du changement. La pratique habituellement suivie au Canada est semblable à celle envisagée dans la recommandation 62. Les bénéficiaires de transferts ou prêteurs potentiels à ces derniers informent le créancier garanti initial du transfert et ont alors l'assurance d'acquérir la propriété libre de la charge intérieure si l'avis enregistré n'a pas été modifié dans un nombre déterminé de jours. Cette façon de procéder est considérée comme étant parfois plus simple que la formule consistant à obtenir une décharge du créancier garanti précédent, ce qui peut parfois être difficile.

11. **M. Voulgaris** (Grèce) dit que la recommandation 62 est illogique et que, même si elle est modifiée, elle ne sera pas acceptée par les États. Un créancier garanti qui a correctement enregistré sa sûreté ne peut pas être tenu, par la faute d'un concédant, de renoncer à ses droits ou de jouer le rôle de détective. C'est le droit commun qui doit déterminer quelle est la partie qui est responsable du préjudice subi.

12. **M. Umarji** (Inde) appelle l'attention de la Commission sur la recommandation 76 relative à la priorité en cas de transfert, qui protège le créancier

garanti. L'obligation d'information qui incombe au concédant est appliquée également dans le cas de la recommandation 61. En Inde, par exemple, lorsque deux sociétés envisagent de fusionner et que l'une et l'autre ont emprunté en donnant leurs avoirs en garantie, la fusion ne peut pas être effectuée sans l'approbation des créanciers garantis.

13. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) déclare que sa délégation continue d'appuyer la suppression de la recommandation 62 afin de maintenir le projet de Guide aussi simple que possible et de pouvoir offrir le crédit le meilleur marché possible de la manière la plus efficace. Le représentant de la France a éloquemment exposé les arguments qui militent en faveur de sa possession. Il ne s'agit pas de l'intégrité du registre mais de son utilité. Les créanciers garantis ont l'assurance que si leur sûreté est inscrite correctement et opportunément, ils seront protégés. L'intégrité n'est pas synonyme de possibilité pour un chercheur d'obtenir des réponses complètes à toutes les questions possibles et dans toutes les circonstances. Lorsqu'un concédant transfère un bien grevé et que le bénéficiaire du transfert le cède à nouveau, l'acheteur ou prêteur subséquent est en fait une quatrième partie qui doit faire preuve de la diligence voulue pour déterminer quels sont les titulaires successifs du droit. Il n'est imposé aucune charge nouvelle, et l'exactitude du registre ne peut pas être mise en question.

14. Une disposition concernant la responsabilité en cas de dommages ne serait d'aucune utilité, surtout en cas d'insolvabilité du constituant. En tout état de cause, les constituants ou bénéficiaires de transfert n'agissant pas de bonne foi seraient responsables en vertu d'autres lois.

15. **La Présidente**, passant en revue les options qui s'offrent à la Commission, déclare qu'il faudrait avoir de très bonnes raisons de modifier des dispositions qui ont été discutées de manière approfondie au Groupe de travail et ont déjà été examinées par la Commission. Le consensus paraît être que la recommandation 62 n'est pas tout à fait satisfaisante mais, comme l'a relevé le représentant de la France, il n'y a apparemment pas de solution parfaite au problème. Simultanément, plusieurs délégations sont opposées à la suppression de la recommandation 62. Comme des craintes ont été exprimées quant à l'obligation de contrôle qui serait imposée au créancier garanti initial, il a été suggéré que le concédant et le bénéficiaire du transfert soient tenus d'informer le créancier garanti de tout transfert. Toutefois, une telle obligation a été considérée comme dépourvue de réalisme dans la mesure où, le plus souvent, le constituant contrevient déjà à la convention constitutive de sûreté en transférant le bien grevé. Une autre option consisterait à exiger du créancier garanti initial qu'il modifie l'avis publié au registre, mais seulement lorsqu'il a eu connaissance du transfert ou en a été informé par écrit. Dans tous les autres cas, ses intérêts continueraient d'être protégés. Quelques orateurs ont souligné qu'il est dans l'intérêt du bénéficiaire du transfert et du créancier garanti de celui-ci de veiller à ce que le créancier garanti du constituant soit informé. La Présidente souhaiterait savoir si la Commission est disposée à accepter cette option.

16. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) déclare que s'il n'est pas possible de supprimer la recommandation 62, sa délégation préférerait qu'elle soit conservée telle quelle étant donné qu'introduire un critère de connaissance ne ferait que créer des causes de procès. Sous sa forme actuelle, la recommandation protégerait les parties subséquentes.

17. **M. Schöfisch** (Allemagne) fait savoir que sa délégation aurait préféré que la recommandation 62 soit supprimée. Il souscrit à l'observation du représentant des États-Unis concernant le critère de connaissance. Par exemple, si le créancier garanti n'a connaissance du transfert qu'un an après que celui-ci a été effectué, la situation sera extrêmement incertaine dans l'intervalle. À titre de compromis, toutefois, la délégation allemande serait disposée à appuyer un amendement allant dans le sens de la proposition de la délégation canadienne.

18. **M. Patch** (Australie) dit que les intérêts du créancier garanti doivent être protégés jusqu'à ce qu'il ait connaissance du transfert. Toutefois, il est opposé à l'idée tendant à exiger du concédant ou du bénéficiaire du transfert qu'il en avise le créancier garanti. Il y a certes opposition entre deux parties innocentes, mais le créancier garanti initial perd son innocence dès lors qu'il a connaissance du transfert et ne modifie pas l'avis publié au registre. M. Patch appuie le compromis proposé par le représentant du Canada.

19. **M. Macdonald** (Canada) rappelle que l'un des principes à la base du projet de Guide est que le créancier garanti conserve un droit sur le produit de l'aliénation d'un bien grevé. Toutefois, si le créancier

garanti initial peut toujours faire valoir ses droits sur les biens transférés, quelles que soient les parties entre les mains desquelles ils sont passés, nul ne pourra jamais accorder un prêt sur un bien s'il ne sait pas avec précision quelle est son histoire. L'objet de la règle proposé par la délégation canadienne est de permettre au créancier garanti de se protéger lorsqu'il acquiert connaissance du transfert mais aussi de permettre à son bénéficiaire d'utiliser la valeur du bien qu'il a acquis pour garantir un prêt de son propre créancier. M. Macdonald propose que le commentaire expose en détail toutes les politiques en présence.

20. **M. Bazinas** (Secrétariat) propose d'adopter comme règle, dans les recommandations 61 et 62, que le créancier garanti initial doit être informé par écrit de tout transfert. L'on pourrait ainsi éviter l'aspect subjectif de la question de la connaissance et concilier les intérêts des parties innocentes.

21. **M. Voulgaris** (Grèce) dit que, si la proposition tendant à supprimer la recommandation 62 n'est pas acceptable, il n'appuierait une autre solution que si elle est viable.

22. **M. Fall** (Sénégal) fait observer que le terme "transfert" est juridiquement assez vague. En principe, si un bien est grevé, le concédant n'a pas le droit de le transférer pendant la période de l'enregistrement. Si les incidences de la recommandation 62 ne peuvent pas être élucidées, la délégation sénégalaise préférerait qu'elle soit supprimée.

23. **La Présidente** considère que le commentaire devrait exposer les différentes considérations de principe et refléter les difficultés qu'il y a à concilier les intérêts contradictoires en présence.

24. La Commission doit examiner la question de savoir non seulement comment les recommandations figurant dans le projet de Guide pourront être reflétées dans les législations nationales mais aussi quelles seront leurs conséquences dans la pratique. Un mécanisme qui protégerait les intérêts de toutes les parties devrait être fondé à la fois sur la législation, sur le fonctionnement du registre et sur le comportement des parties elles-mêmes. Les parties commerciales auront manifestement intérêt à éviter une action en justice en adoptant une mesure simple qui puisse protéger leurs droits. Ainsi, il est dans l'intérêt du bénéficiaire d'un transfert de veiller à ce que le créancier garanti en ait connaissance. La formule consistant à exiger une notification écrite n'a pas été appliquée, mais la Présidente invite à nouveau la Commission à envisager une solution de compromis qui comporterait un critère de connaissance.

25. **M. Weise** (observateur de l'American Bar Association), se référant à la question de savoir si les recommandations 61 et 62 devraient être traitées de la même façon, fait observer qu'il est beaucoup moins difficile et moins coûteux pour le créancier garanti du constituant d'apprendre un changement de nom dans le contexte de la recommandation 61 que de savoir si son constituant a transféré le bien grevé. L'équilibre des intérêts respectifs reflété par la recommandation 62 ne serait donc pas nécessairement garanti aussi dans le contexte de la recommandation 61.

26. **M. Cercone** (Italie) suggère à la Commission, en l'absence de solution équilibrée, de reconnaître que l'arbitrage est inévitable et offrir aux États plusieurs options parmi lesquelles ils pourraient choisir.

27. **La Présidente** dit que, si elle n'entend pas d'objection, elle considérera que la Commission souhaite modifier la recommandation 62 de manière à préciser que la question soulevée doit être réglée par le droit applicable. Le commentaire expliquerait alors en détail les avantages et les inconvénients des différentes politiques pouvant être envisagées.

28. *Sur la base de cette suggestion, la recommandation 62 est adoptée.*

29. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique), appuyé par **M. Umarji** (Inde), relève que les questions de politique générale soulevées par la recommandation 62 sont tout aussi applicables que la recommandation 61. Lorsqu'il existe un bien grevé au moment de la modification de l'élément identifiant le constituant, l'effet est le même que si celui-ci avait transféré le bien grevé. M. Smith propose par conséquent de laisser la recommandation 61 inchangée pour ce qui est des biens futurs mais de préciser clairement dans le commentaire que les mêmes questions concernant les options pouvant être envisagées s'appliquent aux avoirs existants au moment de la modification de l'élément identifiant le constituant.

30. **Mme Kaller** (Autriche) appuie la proposition tendant à ce que la recommandation 61 ne soit pas modifiée. Il importe de faire en sorte que les créanciers garantis potentiels puissent trouver l'élément identifiant le constituant. Selon la recommandation 62,

en revanche, les bénéficiaires du transfert qui ne consulteraient pas le registre pour établir l'existence d'une sûreté antérieur seraient en faute.

31. **Mme Walsh** (Canada) dit que la personne protégée par la recommandation 62 n'est pas le bénéficiaire initial du transfert qui aurait dû faire une recherche dans le registre mais plutôt le créancier garanti ou l'acheteur ayant traité ultérieurement avec lui. La question de savoir si la recommandation 61 devrait être traitée différemment devrait, à son avis, être abordée sous l'angle de la charge que représente la nécessité de procéder à un contrôle. La délégation canadienne n'est pas opposée à ce que la recommandation demeure telle quelle, mais elle ne pourrait pas appuyer la proposition tendant à établir une distinction entre les biens existants et les biens futurs.

32. **Mme McCreath** (Royaume-Uni) dit qu'il est difficile de décider quel est le sort qui doit être réservé à la recommandation 61 sans savoir quel serait exactement le contenu du commentaire relatif à la recommandation 62. Elle propose que le commentaire de la recommandation 61 traite des incidences possibles des options reflétées dans le commentaire de la recommandation 62.

33. **Mme Walsh** (Canada) propose en outre que le commentaire indique les raisons qui pourraient conduire à adopter les différentes approches des recommandations 61 et 62.

34. **La Présidente** considère que la Commission souhaite laisser la recommandation 61 inchangée et décider que le commentaire reflétera les points mentionnés par les représentantes du Royaume-Uni et du Canada.

35. *Il en est ainsi décidé.*

36. *La recommandation 61 est adoptée.*

Recommandations 63 à 72

37. *Les recommandations 63 à 72 sont adoptées.*

La séance, suspendue à 11 heures, est reprise à 11 h 30.

Commentaire du chapitre VI: Le système du registre (A/CN.9/631/Add.3, par. 1 à 92)

38. **M. Macdonald** (Canada) propose de donner dans l'introduction (paragraphes 1 à 8) une explication plus systématique des raisons pour lesquelles tout un chapitre du projet de Guide est consacré au système de registre. Il faudrait élucider la différence entre les droits réels et les droits personnels et expliquer pourquoi un système de registre constitue un mécanisme important pour faire connaître l'existence potentielle de sûretés réelles sur des biens.

39. *Il en est ainsi décidé.*

40. **Mme Walsh** (Canada) relève que, selon la deuxième phrase du paragraphe 8, les caractéristiques particulières de chacun des différents modèles pouvant être envisagés pour la création d'un système de registre sont examinées dans les diverses sections du chapitre VI. Or, la majeure partie du chapitre VI est consacrée à un examen des diverses caractéristiques d'un régime général de sûretés fondé sur la publication d'avis, tandis que c'est seulement dans les paragraphes précédents que l'on trouve une comparaison des différentes approches de l'enregistrement. Mme Walsh propose de modifier la description du contenu du chapitre pour indiquer que celui-ci a pour objet d'examiner en détail les éléments distinctifs d'un registre général des sûretés fondées sur la publication d'avis à la lumière des différentes approches possibles.

41. *Il en est ainsi décidé.*

42. **Mme Walsh** (Canada) fait observer que la première phrase du paragraphe 18, où il est *dit* que, dans les États qui adoptent un système d'inscription d'avis, il n'existe généralement aucune restriction quant aux personnes autorisées à effectuer une inscription, implique que le principe de liberté d'accès du public ne s'applique que dans le contexte des systèmes de registre fondés sur l'inscription d'avis, ce qui n'est pas le cas. Il serait bon de modifier ce paragraphe et les autres passages semblables de ce chapitre pour éviter de donner cette impression.

43. *Il en est ainsi décidé.*

44. **Mme Walsh** (Canada), se référant aux deux premières phrases du paragraphe 22, relève que les États peuvent légitimement s'inquiéter de l'égalité d'accès des usagers, même dans le cas des systèmes

électroniques. Elle propose que ce point soit précisé dans le texte.

45. *Il en est ainsi décidé.*

46. **Mme Walsh** (Canada) propose d'insérer plutôt au paragraphe 28 l'avant-dernière phrase du paragraphe 27, qui résume la position reflétée dans le projet de Guide, à savoir qu'il ne faudrait pas autoriser une recherche par référence au nom du créancier garanti. Il conviendrait toutefois de souligner aussi que les États sont autorisés à mettre en place à des fins internes une fonctionnalité technique de la recherche.

47. *Il en est ainsi décidé.*

48. **Mme Walsh** (Canada) note que le paragraphe 34, dans la section du chapitre VI consacrée au constituant comparé à l'index des biens envisage la possibilité de mettre en place un système supplémentaire de recherche axé sur les biens qui permettrait de procéder à des recherches en se référant, par exemple, au numéro de série de biens comme des véhicules routiers. Il serait bon de développer le commentaire pour souligner la nécessité d'assortir un tel mécanisme de certaines conditions. Par exemple, le numéro d'identification du bien doit être unique et fiable. De plus, les recherches devraient être limitées à des biens d'assez grande valeur pour lesquels il existe d'importants débouchés à la revente.

49. *Il en est ainsi décidé.*

50. **La Présidente** appelle l'attention de la Commission sur la note insérée par le Secrétariat après le paragraphe 34, invitant la Commission à envisager de refléter dans une recommandation la règle figurant à la dernière phrase de ce paragraphe, à savoir que les demandes d'identification obligatoires du numéro de série devraient être limitées aux cas dans lesquels le bien revêtu d'un numéro de série n'est pas considéré comme stock.

51. **Mme Walsh** (Canada) relève que le projet de Guide ne contient aucune recommandation touchant d'éventuels mécanismes supplémentaires de recherche axés sur les biens. Elle propose par conséquent que la règle énoncée au paragraphe 34 soit indiquée uniquement dans le commentaire.

52. *Il en est ainsi décidé.*

53. **Mme Walsh** (Canada) rappelle que la Commission a décidé dans le contexte du chapitre IV, concernant la constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties), que le commentaire devrait établir un équilibre approprié dans son examen des avantages et des inconvénients de l'exigence selon laquelle le montant maximum de l'obligation garantie doit être indiqué dans l'avis enregistré. Il se pose un même problème d'équilibre aux paragraphes 57 et 58. Le problème tient apparemment en partie à la référence qui est faite dans la comparaison entre les deux approches à la position de certains États, à savoir qu'il n'est pas possible de garantir des obligations futures. Le projet de guide rejette totalement cette position, et il devrait traiter de cette question séparément. La comparaison devrait porter exclusivement entre, d'une part, l'approche qui autorise la garantie d'obligations futures mais n'oblige pas la spécification d'un montant maximum et, de l'autre, l'approche autorisant la garantie d'obligations futures mais exigeant des parties qu'elles indiquent le montant maximum de la garantie, sans pour autant limiter leurs autres droits. Mme Walsh propose de modifier le commentaire pour refléter ces points de manière plus équilibrée.

54. *Il en est ainsi décidé.*

55. **M. Macdonald** (Canada) appelle l'attention de la Commission sur le fait que le paragraphe 66 contient une brève discussion de la distinction entre les personnes physiques et les personnes morales. Il propose de développer le commentaire pour discuter du statut d'une personne qui opère dans le cadre d'une association en participation ou qui opère sous un nom autre que l'élément personnel d'identification du concédant.

56. *Il en est ainsi décidé.*

57. **La Présidente** note que les paragraphes 67 à 69 du commentaire devront être développés pour refléter les décisions qui viennent d'être prises au sujet des recommandations 61 et 62.

58. *Le commentaire du chapitre IV est approuvé quant au fond, sous réserve des modifications convenues.*

Révision et réaménagement de l'introduction, du chapitre I (Principaux objectifs) et la section C du chapitre II (Champ d'application et autres règles générales) (A/CN.9/631/Add.1 et 637 et A/CN.9/XL/CRP.11)

59. **La Présidente** appelle l'attention de la Commission sur le document A/CN.9/XL/CRP.11, qui contient des propositions tendant à réaménager et à réviser les parties ci-après du document A/CN.9/631/Add.1: l'introduction, chap. I (Principaux objectifs) et la section C du chapitre II (Champ d'application et autres règles générales). Les parties révisées seraient insérées dans une nouvelle introduction du projet de Guide.

60. **M. Bazinas** (Secrétariat) déclare que l'objet du document A/CN.9/XL/CRP.11 est de rendre le projet de guide plus convivial, particulièrement pour le lecteur d'un pays qui applique en matière d'opérations garanties une loi différente de celle qui est recommandée. Il ne se substitue pas à l'ensemble du document A/CN.9/631/Add.1 mais réaménage son contenu et contient certains passages supplémentaires pour que le lecteur puisse passer plus facilement des informations de caractère général aux informations spécifiques.

61. La section A du nouveau chapitre liminaire, qui expose l'objet du projet de Guide, demeure inchangée par rapport à l'introduction initiale. La section B reprend les exemples de pratiques de financement couvertes dans le projet de guide qui figuraient initialement dans la section du chapitre II (par. 57 à 77 du document A/CN.9/631/Add.1). La section C, intitulée "Principaux objectifs et principes fondamentaux d'un régime efficace et effectif en matière d'opérations garanties" reprend le texte qui figurait initialement au chapitre I (par. 20 à 31 du document A/CN.9/631/Add.1) mais contient également des informations supplémentaires. Cette section a pour but de rattacher les objectifs généraux du projet de guide aux recommandations détaillées en énonçant un certain nombre de principes fondamentaux qui sont à la base de tout système moderne d'opérations garanties, comme une portée globale, l'approche intégrée et fonctionnelle et les sûretés sur des biens futurs. Une nouvelle section D, intitulée "Mise en œuvre d'une nouvelle loi sur les opérations garanties", a pour but de donner au législateur national les indications sur les différentes façons dont les recommandations reflétées dans le projet de guide doivent être appliquées, compte tenu des législations, des méthodes d'élaboration des lois et des techniques de rédaction existantes. Cette section met également l'accent sur la nécessité de diffuser des informations appropriées parmi les juristes, juges et praticiens qui sont appelés à appliquer la loi. La section E contient la terminologie figurant dans le document A/CN.9/637 et la section F la recommandation 1.

62. **La Présidente** considère que la Commission souscrit aux propositions concernant la révision et le réaménagement du texte constituant le nouveau chapitre liminaire.

63. *Il en est ainsi décidé.*

Introduction (A/CN.9/631/Add.1 et 637 et A/CN.9/XL/CRP.11)

Introduction: section A: Objet du Guide (A/CN.9/631/Add.1, par. 1 à 12)

64. *La section A est approuvée quant au fond.*

Introduction: section B: Exemples de pratiques de financement visées dans le Guide (A/CN.9/631/Add.1, par. 57 à 77, renumérotés 13 à 33)

65. *La section B est approuvée quant au fond.*

Introduction: section C: Principaux objectifs et principes fondamentaux d'un régime efficace et effectif en matière d'opérations garanties (A/CN.9/XL/CRP.11, par. 34 à 62)

66. **Mme Walsh** (Canada) propose d'ajouter un nouvel objectif principal, à savoir la nécessité d'harmoniser le droit des opérations garanties et le droit de l'insolvabilité.

67. En réponse à une question posée par **M. Bazinas** (Secrétariat), **Mme Walsh** (Canada) confirme qu'il serait acceptable de refléter plutôt ce point à l'objectif j), intitulé "Établir un équilibre entre les intérêts des personnes concernées".

68. *Il en est ainsi décidé.*

69. **M. Riffard** (France) relève que l'avant-dernière phrase du paragraphe 53 concernant l'approche intégrée et fonctionnelle paraît, sous sa forme actuelle, préconiser l'approche unitaire et écarter l'approche non unitaire. Il propose par conséquent de la modifier de manière qu'elle se lise comme suit: "... dans toute la mesure possible, toutes les opérations créant un droit sur tous types de biens afin de garantir l'exécution d'une obligation... doivent être considérées comme des sûretés et être régies par les mêmes règles ou, tout au moins, par les mêmes principes".

70. **M. Macdonald** (Canada) appuie l'amendement proposé. Il serait utile de signaler dès le début du projet de guide l'existence d'une approche dualiste du financement d'acquisitions.

71. *Il en est ainsi décidé.*

72. **Mme Okino Nakashima** (Japon) a quelques difficultés à comprendre la relation entre l'intitulé du paragraphe 58, "Priorité entre plusieurs sûretés", et les deux premières phrases, qui mettent en relief qu'il importe de pouvoir constituer plusieurs sûretés sur le même bien meuble. Elle suggère que le titre reflète à la fois la nécessité d'établir une règle claire en matière de priorité et l'importance que revêt la possibilité de créer plusieurs sûretés.

73. **M. Macdonald** (Canada) fait observer que la distinction relevée par la représentante du Japon revêt une telle importance qu'il serait sans doute préférable que le commentaire discute séparément de la nécessité de permettre la constitution de sûretés multiples et celle d'établir une règle claire concernant la priorité entre elles.

74. *Il en est ainsi décidé.*

75. **Mme Walsh** (Canada) relève que le paragraphe 61 contient deux exemples de cas dans lesquels une réalisation de la sûreté par la voie extrajudiciaire est habituellement autorisée. L'exemple des prêteurs sur gages est correct mais celui des créanciers titulaires de sûretés générales sur une entreprise, à son avis, ne l'est pas. Mme Walsh propose que cet exemple soit supprimé.

76. *Il en est ainsi décidé.*

77. **Mme Walsh** (Canada) appelle l'attention de la Commission sur l'avant-dernière phrase du paragraphe 62 concernant l'égalité de traitement des acheteurs et des vendeurs, où il est dit que les vendeurs avec réserve de propriété pourraient bénéficier de la gamme complète de droits reconnus aux créanciers garantis, lesquels dépassent à certains égards les droits dont peuvent se prévaloir les vendeurs avec réserve de propriété en vertu de la législation en vigueur dans la plupart des États. Mme Walsh est d'avis que cette affirmation est inexacte dans la mesure où les vendeurs, grâce à leur réserve de propriété, bénéficient tout aussi fréquemment de droits qui dépassent ceux des créanciers garantis traditionnels. Elle propose par conséquent de supprimer cette phrase.

78. **M. Bazinas** (Secrétariat) explique que la phrase en question a été incluse dans le texte étant donné que les recommandations figurant dans le projet de guide donneraient aux vendeurs avec réserve de propriété des sûretés ayant priorité s'ils les inscrivaient avant l'expiration d'un délai de grâce suivant la livraison des biens. Ils jouiraient également d'une sûreté sur le produit des biens, à l'exception du produit en espèce, et les recommandations figurant dans le projet de guide au sujet des conflits de loi prévoyaient la reconnaissance transfrontière de la sûreté.

79. **Mme Walsh** (Canada) fait observer que le produit en espèces, les créances et les dépôts bancaires seraient tous exclus. Il n'est donc pas tout à fait exact de suggérer que les vendeurs avec réserve de propriété jouiraient de nouveaux droits. Le principe fondamental énoncé au paragraphe 62 est que tous les créanciers qui accordent un crédit pour permettre aux constituants d'acquérir des biens corporels devraient être traités de la même façon.

80. **M. Umarji** (Inde) appuie la proposition de la représentante du Canada.

81. **La Présidente** dit que, si elle n'entend pas d'objection, elle considérera que la Commission souhaite supprimer l'avant-dernière phrase du paragraphe 62.

82. *Il en est ainsi décidé.*

83. *La section C est approuvée quant au fond, sous réserve des modifications convenues.*

Introduction: section D: Application d'une loi sur les opérations garanties (A/CN.9/XL/CRP.11, par. 63 à 79)

84. *La section D est approuvée quant au fond.*

Introduction: section E: Terminologie (A/CN.9/637, paragraphes 1 à 6, renumérotés 80 à 85)

85. **La Présidente** appelle l'attention de la Commission sur une note qui figure à son intention au début de la section concernant la terminologie du document A/CN.9/637 touchant une proposition, formulée au début de la session, tendant à ce que la terminologie et toutes les recommandations soient reproduites dans un appendice séparé du projet de guide.

86. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) et **M. Umarji** (Inde) appuient cette proposition.

87. *Il en est ainsi décidé.*

La séance est levée à 12 h 30.

Compte rendu analytique de la 858e séance tenue au Centre international de Vienne, le mardi 11 décembre 2007, à 14 heures

[A/CN.9/SR.858]

Présidente: Mme Sabo (Canada)

La séance est ouverte à 14 h 10.

Adoption d'un projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties et travaux futurs possibles (A/CN.9/617, A/CN.9/620, A/CN.9/631 et Add.1 à 11; A/CN.9/637 et Add.1 à 8; A/CN.9/XL/CRP.10 et A/CN.9/XL/CRP.11 et Add.1) (*suite*)

*Introduction (A/CN.9/631/Add.1, A/CN.9/637 et A/CN.9/XL/CRP.11) (*suite*)*

*Introduction: section E: Terminologie (A/CN.9/637, par. 1 à 6, renumérotés par. 80 à 85) (*suite)

1. *La section E est approuvée quant au fond.*

2. *Le commentaire du nouveau chapitre introductif, dans son ensemble, est approuvé quant au fond, sous réserve des modifications convenues.*

Recommandation 1 (A/CN.9/637)

3. *La recommandation 1 est adoptée.*

Révision et réorganisation des chapitres II et III (A/CN.9/631/Add.1, A/CN.9/637 et A/CN.9/CRP.11/Add.1)

4. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que le document A/CN.9/CRP.11/Add.1 contient une proposition tendant à réviser et à restructurer les chapitres II (Champ d'application et autres règles générales) et III (Approches fondamentales en matière de sûretés), figurant dans le document A/CN.9/631/Add.1, et de les regrouper dans un nouveau chapitre premier intitulé "Champ d'application et approches fondamentales en matière d'opérations garanties". La section A (Champ d'application) reproduit la section correspondante du chapitre II telle qu'elle figurait dans le document A/CN.9/631/Add.1, avec quelques modifications et ajouts visant à tenir compte des décisions prises à un stade antérieur de la session. La section B (Approches fondamentales en matière de sûretés) reprend les paragraphes 78 à 141 du document A/CN.9/631/Add.1, correspondant au chapitre III, avec quelques modifications mineures. La section C (Deux thèmes clefs communs à tous les chapitres du Guide) est fondée sur la section B du chapitre II concernant l'autonomie des parties et les communications électroniques.

5. **La Présidente** considère que la Commission accepte de réviser et de restructurer comme proposé les chapitres II et III, qui forment désormais un nouveau chapitre premier.

6. *Il en est ainsi décidé.*

Commentaire du chapitre premier (A/CN.9/631/Add.1, A/CN.9/637 et A/CN.9/XL/CRP.11/Add.1)

Section A: Champ d'application (A/CN.9/XL/CRP.11/Add.1, par. 86 à 122)

7. **Mme McCreath** (Royaume-Uni), se référant au paragraphe 118, rappelle à la Commission que, de l'avis de sa délégation les sûretés réelles mobilières sur des droits à paiement découlant de contrats financiers devraient être exclues du projet de guide, que ces contrats soient régis ou non par une convention de compensation.

8. *La section A est approuvée quant au fond.*

Section B: Approches fondamentales en matière de sûretés (A/CN.9/631/Add.1, par. 78 à 141, devant être renumérotés par. 123 à 186, et A/CN.9/XL/CRP.11/Add.1)

9. **M. Macdonald** (Canada) propose d'ajouter à divers endroits dans cette section une phrase indiquant le contexte historique et expliquant de la manière la plus complète possible pourquoi différentes approches en matière de sûretés ont été adoptées au fil du temps.

10. *Il en est ainsi décidé.*

11. *La section B est approuvée quant au fond compte tenu de cette proposition.*

Section C: Deux thèmes clefs communs à tous les chapitres du Guide (A/CN.9/XL/CRP.11/Add.1, par. 187 à 196)

12. *La section C est approuvée quant au fond.*

13. *Le commentaire du nouveau chapitre premier, dans son ensemble, est approuvé quant au fond, sous réserve des modifications convenues.*

Recommandations 2 à 12 (A/CN.9/637)

Recommandations 2 à 6

14. *Les recommandations 2 à 6 sont adoptées.*

Recommandation 7

15. **M. Bazinas** (Secrétariat), se référant à la note du Secrétariat figurant après la recommandation 7, dit qu'une version antérieure de cette recommandation préconisait d'exclure les sûretés réelles mobilières grevant des avantages sociaux. La Commission avait toutefois pris la décision de principe d'éviter de donner des exemples de pratiques à exclure par crainte que cela n'encourage les États à restreindre le champ d'application de la loi. La première phrase de la recommandation 7 indique désormais que la loi ne devrait pas prévoir d'autres limites à son champ d'application et la deuxième phrase exhorte les législateurs qui décident néanmoins d'introduire des limites supplémentaires de les énoncer clairement dans la loi. Cette dernière formulation est fondée sur une recommandation relative aux créances privilégiées qui a déjà été adoptée.

16. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) soutient la nouvelle version de la recommandation.

17. *La recommandation 7 est adoptée.*

Recommandations 8 à 12

18. *Les recommandations 8 à 12 sont adoptées.*

Chapitre XI: Financement d'acquisitions (A/CN.9/637 et Add.5)

Recommandations (recommandations 174 à 199) (A/CN.9/637)

19. **La Présidente** note que la Commission a adopté la plupart des recommandations relatives au chapitre XI concernant le financement d'acquisitions au cours de la première partie de la session, mais que quelques questions en suspens doivent être réglées.

Recommandations 176, 182, 189 et 196

20. **M. Bazinas** (Secrétariat) note que la Commission est précédemment convenue, pendant la session, de proposer des variantes concernant les règles de priorité applicables aux sûretés en garantie du paiement d'acquisitions ou aux droits liés au financement d'acquisitions sur des biens meubles corporels dans les sections A et B du chapitre XI (approches unitaire et non unitaire). La variante A dans la recommandation 176 (approche unitaire) fait une distinction entre les stocks et les biens meubles corporels autres que des stocks. S'agissant des biens autres que des stocks, la règle veut que, pour obtenir la priorité, le créancier garanti finançant l'acquisition enregistre un avis avant l'expiration d'un délai de grâce consécutif à la remise de ces biens. S'agissant des stocks, deux conditions doivent être réunies pour obtenir la priorité: a) l'opération doit être inscrite dans le registre général des sûretés avant la remise des stocks au constituant; et b) les parties octroyant un financement sur stocks doivent être avisées, de sorte qu'elles n'aient pas à vérifier le registre à chaque cycle de remise pour s'assurer que leur rang de priorité n'a pas changé. La variante B ne fait aucune distinction entre les stocks et les biens autres que les stocks. Elle indique simplement qu'un créancier garanti finançant une acquisition obtient la priorité s'il enregistre un avis concernant l'opération dans le registre général des sûretés avant l'expiration d'un certain délai après la remise des biens meubles corporels. La recommandation 189 propose des variantes analogues pour l'approche non unitaire.

21. Les notes figurant après les recommandations 182 et 196 soulèvent la question de savoir si la Commission souhaite adopter la même approche pour les sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'acquisitions grevant le produit.

22. **M. Schöfisch** (Allemagne) se dit favorable aux recommandations 176 et 189 ainsi qu'aux propositions formulées dans les notes figurant après les recommandations 182 et 196.

23. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) s'oppose aux propositions qui tendent à accorder la superpriorité au produit des stocks car cela découragerait le financement par cession de créances.

24. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que même si la sûreté réelle mobilière sur le bien initial en garantie du paiement de son acquisition a une priorité spéciale, le droit sur le produit sera une sûreté réelle mobilière normale sans priorité spéciale.

25. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) retire son objection.

26. *Les recommandations 176 et 189 ainsi que les nouvelles recommandations proposées dans les notes relatives aux recommandations 182 et 196 sont adoptées.*

Emplacement des recommandations 183 et 198

27. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que les recommandations 183 et 198 concernent le traitement des sûretés réelles mobilières en garantie du paiement d'une acquisition (dans l'approche unitaire) et des droits de réserve de propriété et de crédit-bail (dans l'approche non unitaire) dans le contexte d'une procédure d'insolvabilité. Il a été dit que le fait de placer ces recommandations dans le chapitre sur l'insolvabilité risquait de donner l'impression que la qualification des opérations de financement d'acquisitions en sûretés réelles mobilières ou en mécanismes de transfert de la propriété relevait de la loi sur l'insolvabilité, ce qui serait contraire au Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité. Les recommandations ont donc été transférées au chapitre sur le financement d'acquisitions.

28. **La Présidente** considère que la Commission approuve la décision de placer les recommandations 183 et 198 dans le chapitre XI.

29. *Il en est ainsi décidé.*

Recommandation 178

30. **M. Bazinas** (Secrétariat) attire l'attention sur la note figurant après le paragraphe 178 dans le commentaire du chapitre sur le financement d'acquisitions (document A/CN.9/637/Add.5) concernant la recommandation 178 qui traite de la priorité entre des sûretés réelles mobilières concurrentes en garantie du paiement d'acquisitions et qui accorde la priorité à la sûreté d'un fournisseur par rapport à celle d'un prêteur. Cette note invite la Commission à examiner s'il convient d'inclure une recommandation similaire dans la section relative à l'approche non unitaire du chapitre XI. Le commentaire pourrait aussi préciser que dans l'approche non unitaire, un vendeur réservataire ou un crédit-bailleur aura toujours la priorité en vertu de son droit de propriété.

31. **M. Macdonald** (Canada) dit que le principe énoncé dans la recommandation 178 s'applique automatiquement dans l'approche non unitaire du fait de la réserve de propriété du vendeur. Il estime donc inutile d'ajouter une recommandation, mais il propose de préciser dans le commentaire que le concept de la propriété implique que le droit d'un vendeur réservataire aura priorité sur une sûreté en garantie du paiement d'une acquisition constituée par l'acheteur.

32. **M. Schneider** (Allemagne) soutient cette proposition.

33. **La Présidente** dit qu'en l'absence d'objection, elle considèrera que la Commission est convenue qu'il n'est pas nécessaire d'ajouter une recommandation mais qu'il faudra tenir compte dans le commentaire de la proposition du représentant canadien.

34. *Il en est ainsi décidé.*

Recommandation 193

35. **M. Bazinas** (Secrétariat) attire l'attention sur la note figurant après le paragraphe 182 du commentaire du chapitre sur le financement d'acquisitions (document A/CN.9/637/Add.5) invitant la Commission à examiner si elle devrait ajouter une recommandation allant dans le sens de la recommandation 193 (Existence d'une sûreté réelle mobilière sur le produit d'un bien meuble corporel soumis à un droit de réserve de propriété ou à un droit de crédit-bail) pour traiter les cas où un vendeur réservataire ou un crédit-bailleur est privé de ses droits de propriété. Par exemple, lorsque le droit du vendeur d'un bien qui est attaché à un bien immeuble n'est pas inscrit dans les délais, le vendeur ou le crédit-bailleur perd son droit de propriété. Comme il est indiqué dans le paragraphe 182 du commentaire, toutefois, une fois que l'opposabilité est assurée, le vendeur ou le crédit-bailleur peut revendiquer une sûreté ordinaire.

36. **M. Schneider** (Allemagne) dit que la question soulevée dans le paragraphe 182 est très importante dans la pratique et se dit favorable à l'inclusion d'une nouvelle recommandation pour la traiter.

37. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) n'est pas convaincu de la nécessité d'une nouvelle recommandation car, dans de telles circonstances, un droit de réserve de propriété sera automatiquement converti en sûreté réelle mobilière ordinaire.

38. **M. Macdonald** (Canada) propose de séparer le paragraphe 182 des paragraphes précédents, de lui donner un titre et de le développer. Il est également favorable à l'ajout d'une recommandation car, à la différence de la situation abordée précédemment, dans le cas d'un bien attaché à un bien immeuble, le droit de réserve de propriété ne sera pas automatiquement converti en sûreté ordinaire.

39. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) retire son objection à l'ajout d'une recommandation.

40. **La Présidente** considère que la Commission souhaite inclure une nouvelle recommandation allant dans le sens proposé dans la note figurant après le paragraphe 182 du commentaire.

41. *Il en est ainsi décidé.*

Commentaire du chapitre XI: Financement d'acquisitions (A/CN.9/637/Add.5, par. 118 à 182)

42. **La Présidente** note que le commentaire du chapitre XI a été approuvé au cours de la première partie de la session et qu'il sera révisé de manière à tenir compte des dernières décisions.

43. *Le commentaire du chapitre XI portant sur les recommandations venant d'être adoptées est approuvé quant au fond.*

La séance est suspendue à 15 h 30. Elle est reprise à 16 h 5.

Chapitre X: Réalisation d'une sûreté réelle mobilière (A/CN.9/637 et Add.4 et A/CN.9/XL/CRP.10)

Recommandations (recommandations 128 à 173) (A/CN.9/637 et A/CN.9/XL/CRP.10)

44. **La Présidente** note que les recommandations du chapitre X ont déjà été adoptées au cours de la première partie de la session, mais que certaines modifications pourront être nécessaires pour traiter les questions soulevées lors de la finalisation du commentaire par le Secrétariat.

Recommandation 137

45. **M. Bazinas** (Secrétariat) attire l'attention sur la note figurant après la recommandation 137 (Extinction de la sûreté réelle mobilière après exécution intégrale de l'obligation garantie). Cette recommandation prévoit actuellement que le droit d'exécuter une obligation garantie dans son intégralité peut être exercé jusqu'à ce que le créancier garanti dispose d'un bien grevé, l'acquière ou reçoive paiement sur ce bien. La note soulève la question de savoir si la Commission souhaite conserver le texte figurant entre crochets qui vise la situation où un créancier garanti a conclu un contrat pour disposer du bien grevé avant que n'ait lieu l'acte de disposition même.

46. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) se dit favorable au maintien du texte figurant entre crochets, indiquant qu'il est courant pour le créancier garanti de conclure un contrat afin de disposer d'un bien grevé. À défaut d'une telle clause, les actes de disposition risquent d'être découragés et les acheteurs potentiels risquent d'être peu enclins à mobiliser des ressources financières ou à supporter les coûts de l'exercice d'une diligence raisonnable s'ils ne sont pas sûrs de pouvoir acheter le bien.

47. **M. Bazinas** (Secrétariat) attire l'attention sur une autre modification proposée au paragraphe 19 du document A/CN.9/XL/CRP.10, à savoir l'ajout des mots "selon ce qui intervient en premier" dans la phrase contenant le texte entre crochets, qui serait alors libellée comme suit: "Ce droit peut être exercé jusqu'à ce que le créancier garanti dispose d'un bien grevé, l'acquière ou reçoive paiement sur ce bien ou conclue une convention pour en disposer selon ce qui intervient en premier".

48. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) se dit favorable à cette modification.

49. **La Présidente** dit qu'en l'absence d'objection, elle considèrera que la Commission souhaite conserver le texte figurant entre crochets et ajouter la précision proposée dans le document A/CN.9/XL/CRP.10.

50. *La recommandation 137, ainsi modifiée, est adoptée.*

Recommandation 142

51. **M. Bazinas** (Secrétariat) attire l'attention sur une note figurant après la recommandation 142 (Droit du créancier garanti de rang supérieur de prendre le contrôle de la réalisation) dans laquelle le Secrétariat propose d'aligner la recommandation avec le texte entre crochets adopté pour la recommandation 137 en ajoutant les mots suivants: "avant que le créancier garanti conclue une convention pour en disposer". Il propose aussi d'ajouter les mots "selon ce qui intervient en premier" à l'endroit approprié dans la phrase.

52. **La Présidente** dit qu'en l'absence d'objection, elle considèrera que la Commission souhaite adopter les modifications proposées par le Secrétariat.

53. *Il en est ainsi décidé.*

54. **M. Bazinas** (Secrétariat) attire l'attention sur une autre question soulevée dans la note figurant après la recommandation 142: celle de savoir s'il serait préférable de traiter la question du paiement sur un bien dans la recommandation 164, dans la partie consacrée aux recommandations sur des biens particuliers, concernant le recouvrement des créances. La note relative à la recommandation 164 comprend un projet de recommandation fondé sur le libellé de la recommandation 142 qui traite de l'affectation du produit net de la réalisation au paiement de l'obligation garantie. La deuxième phrase de ce texte vise à assurer une certaine protection à un créancier garanti de rang supérieur à celui du créancier garanti qui procède à la réalisation.

55. **M. Cohen** (États-Unis d'Amérique) dit qu'il faut faire ressortir de manière explicite qu'un créancier garanti de rang supérieur a le droit de prendre le contrôle de la réalisation à tout moment avant l'acte de disposition ou le recouvrement. Le projet de texte dans la note figurant après la recommandation 164 est proche du libellé de la recommandation 149 qui, dans sa rédaction actuelle, ne reconnaît pas au créancier garanti antérieur le droit de prendre le contrôle. La suppression des mots "ou paiement sur ce bien" de la recommandation 142 n'aura d'utilité que si une disposition énonçant ce droit est ajoutée soit dans la recommandation 149, soit dans le projet de texte figurant après la recommandation 164.

56. **M. Macdonald** (Canada) appuie cet avis.

57. **La Présidente** considère que la Commission souhaite supprimer les crochets entourant les mots "ou paiement sur ce bien" dans la recommandation 142.

58. *Il en est ainsi décidé.*

59. *La recommandation 142, ainsi modifiée, est adoptée.*

Recommandation 144

60. **M. Bazinas** (Secrétariat) note que la Commission est déjà convenue qu'un créancier garanti ne pourra obtenir la possession d'un bien grevé par des voies extrajudiciaires que si les trois conditions ci-après sont réunies: a) le constituant y a consenti dans la convention constitutive de sûreté; b) le créancier garanti a avisé le constituant et toute personne en possession du bien grevé de la défaillance et de son intention d'obtenir la possession par des voies extrajudiciaires; et c) le constituant ne s'y oppose pas au moment où le créancier garanti cherche à obtenir la possession du bien. Une note du Secrétariat figurant après la recommandation soulève la question de savoir si ces conditions doivent être remplies lorsque le constituant et toute personne en possession du bien a expressément consenti à une telle prise de possession extrajudiciaire. Dans le cas contraire, le Secrétariat propose d'insérer dans la recommandation une phrase à cet effet qui deviendra l'alinéa d).

61. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) et **M. Riffard** (France) soutiennent l'ajout proposé par le Secrétariat.

62. **M. Macdonald** (Canada) appuie également dans son principe la modification proposée, mais demande des clarifications concernant les implications pratiques d'une telle disposition, par exemple dans le cas où un créancier garanti ultérieur prendrait une sûreté sur le bien grevé en se fiant à l'absence de clause autorisant la réalisation extrajudiciaire dans la convention constitutive de sûreté.

63. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) répond que, dans la pratique, les autres créanciers garantis fondent généralement leur décision d'octroyer ou non un crédit sur le fait qu'ils seront avisés avant que le créancier ne dispose du bien grevé ou ne l'acquière à titre d'exécution de l'obligation garantie, et non sur l'absence de clause autorisant la prise de possession de ce bien.

64. **M. Morse** (Observateur de la Commercial Finance Association) confirme que l'existence d'une telle clause dans une convention constitutive de sûreté n'aura généralement aucune incidence sur la décision d'un créancier ultérieur.

65. **M. Macdonald** (Canada) dit que sa délégation est rassurée par les deux déclarations précédentes.

66. **M. Umarji** (Inde) dit que la règle énoncée à l'alinéa b) de la recommandation 144, qui exige du créancier garanti qu'il notifie la défaillance et son intention d'obtenir la possession par des voies extrajudiciaires, doit être conservée dans tous les cas. Une fois avisé, le constituant peut par exemple souhaiter remédier à la défaillance et rembourser le prêt, ce qui sera dans l'intérêt du créancier garanti. Il est nécessaire d'aviser aussi les autres parties intéressées, comme les garants.

67. Répondant à une question de **M. Bazinas** (Secrétariat), **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) dit que, dans sa déclaration précédente, selon laquelle les créanciers garantis fondent généralement leur décision sur le fait qu'ils seront avisés avant l'acte de disposition, il ne faisait pas référence à la notification visée à l'alinéa b) de la recommandation 144, mais à celle adressée par tout créancier garanti aux autres créanciers garantis lorsqu'il vend le bien, en dispose d'une autre manière, ou l'acquière à titre d'exécution d'une obligation garantie. À son avis, si un constituant a expressément consenti à la prise de possession, le fait qu'il soit avisé conformément à l'alinéa b) n'a aucune importance.

68. **M. Voulgaris** (Grèce) dit qu'il ne voit pas non plus l'utilité de la notification préalable visée à l'alinéa b) dans les cas où le constituant ou toute personne en possession du bien grevé donne explicitement son consentement au moment où le créancier garanti prend possession du bien par des voies extrajudiciaires. Il appuie non seulement l'ajout proposé par le Secrétariat, mais propose aussi de le reformuler de manière à remplacer l'ensemble de la recommandation. Il ne propose pas de modifier la recommandation 144 quant au fond, mais simplement d'en alléger le libellé.

69. **Mme Walsh** (Canada) dit que si la recommandation 144 a pour objet de protéger le constituant, il devrait suffire que ce dernier donne son consentement à tout moment, y compris au moment de la défaillance, et non uniquement dans la convention constitutive de sûreté, comme il est proposé à l'alinéa a). Elle note que la loi est généralement plus méfiante face au consentement donné dans la convention, car, à ce stade, un constituant qui a besoin d'argent sera prêt à accepter n'importe quelle condition. En outre, si la référence à la convention constitutive de sûreté est supprimée de l'alinéa a), il ne sera pas nécessaire d'ajouter le texte proposé par le Secrétariat.

70. **La Présidente** fait remarquer que le libellé de cette recommandation a été examiné de façon approfondie par le Groupe de travail VI (Sûretés) et a déjà été adopté par la Commission pendant la première partie de sa session. Elle demande si l'ajout proposé par le Secrétariat constituerait une solution de compromis acceptable s'il ne renvoyait qu'aux alinéas a) et c), en d'autres termes si la condition énoncée à l'alinéa b) devait encore être remplie.

71. **M. Riffard** (France) se dit favorable à l'inclusion du texte supplémentaire en tant qu'alinéa d) sans aucune modification. Il fait observer que la recommandation 144 ne vise pas à traiter la question de la défaillance de façon générale, mais seulement dans les cas où le créancier garanti prend possession d'un bien grevé détenu par le constituant ou une autre personne qui en a la possession. La question de savoir s'il est nécessaire d'aviser les autres créanciers en cas de défaillance est traitée ailleurs dans le projet de guide.

72. **M. Boulet** (Observateur de la Belgique) attire l'attention sur la recommandation 130, qui donne au constituant et à toute autre personne tenue d'exécuter une obligation garantie la possibilité de renoncer unilatéralement aux droits que lui confèrent les dispositions relatives à la réalisation après défaillance. Compte tenu de cette recommandation, il s'interroge sur la nécessité d'ajouter l'alinéa d) proposé et estime que cette règle devrait peut-être plutôt être mentionnée dans le commentaire.

73. **Mme Walsh** (Canada) partage cet avis. La seule raison de réaffirmer cette règle dans la recommandation 144 serait d'empêcher que l'on fasse valoir, après les faits, que le consentement a été obtenu par abus de la bonne foi.

74. Si la Commission décide d'insérer le nouvel alinéa d) concernant le consentement explicite, il est

quelque peu illogique d'affirmer que la condition énoncée à l'alinéa c) n'est plus applicable puisqu'elle concerne l'absence d'objection de la part du constituant.

75. **M. Riffard** (France) souscrit aussi à l'argument avancé par le représentant de la Belgique. Il préconise néanmoins de réaffirmer la règle dans la recommandation 144 afin que la situation soit absolument claire.

76. **Mme Walsh** (Canada) fait remarquer que si la règle énoncée dans la recommandation 130 est réaffirmée dans la recommandation 144, elle devra l'être aussi dans les recommandations analogues qui ne font pas expressément référence à la renonciation aux droits. Elle soutient donc la proposition tendant à laisser la recommandation 144 inchangée et à examiner dans le commentaire la teneur de l'alinéa d) proposé.

77. **La Présidente** invite la Commission à examiner les différentes options avant de reprendre la discussion à sa prochaine séance.

La séance est levée à 17 h 5.

Compte rendu analytique de la 859e séance tenue au Centre international de Vienne, le mercredi 12 décembre 2007, à 9 h 30

[A/CN.9/SR.859]

Présidente: Mme Sabo (Canada)

La séance est ouverte à 9 h 40.

Adoption d'un projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties et travaux futurs possibles (A/CN.9/617, 620, 631 et Add. 1 à 11, et 637 et Add.1 à 8; A/CN.9/XL/CRP.10 et 11 et Add.1) (*suite*)

*Chapitre X: Réalisation d'une sûreté réelle mobilière (A/CN.9/637 et Add.4) (*suite*)*

*Recommandations (recommandations 128 à 173) (A/CN.9/637) (*suite*)*

*Recommandation 144 (*suite*)*

1. **La Présidente** dit qu'elle considère que, eu égard aux discussions de la précédente séance, la Commission souhaite qu'il soit tenu compte du contenu de la note du secrétariat suivant la recommandation 144 dans le commentaire du chapitre X.

2. *Il en est ainsi décidé.*

3. **La Présidente** appelle l'attention sur la proposition faite dans cette note d'examiner si l'alinéa c) de la recommandation 144 devrait aussi se référer à la personne en possession du bien grevé, et pas seulement au constituant.

4. **M. Macdonald** (Canada) appuie cette proposition de modification puisque l'objet principal de la disposition est de permettre la réalisation extrajudiciaire sans qu'il n'y ait atteinte à l'ordre public. Le principal acteur visé par l'alinéa c) est donc la personne en possession du bien grevé.

5. **La Présidente** dit que, sauf objection, elle considérera que la Commission souhaite modifier l'alinéa c) pour tenir compte de la proposition faite dans la note du Secrétariat.

6. *Il en est ainsi décidé.*

7. *La recommandation 144 est adoptée, telle que modifiée.*

Recommandation 148

8. **La Présidente** appelle l'attention sur la note du secrétariat suivant la recommandation 148, qui invite la Commission à examiner si l'alinéa c) de la recommandation devrait être modifié pour l'aligner sur le paragraphe 1 de l'article 16 de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (Convention des Nations Unies sur la cession). Il a été proposé d'ajouter la phrase suivante à l'alinéa: "Il suffit en tout état de cause que l'avis soit formulé dans la langue de la convention constitutive de sûreté qui est exécutée."

9. **M. Ginting** (Observateur de l'Indonésie) dit qu'il serait plus équitable et pour le constituant et pour le créancier garanti que l'avis soit formulé dans la langue de la convention constitutive de sûreté qui est exécutée.

10. **M. Cohen** (États-Unis d'Amérique) souligne que le paragraphe 1 de l'article 16 de la Convention des Nations Unies sur la cession vise uniquement un avis adressé à un débiteur qui a constitué une convention dans la langue concernée. Une disposition parallèle dans la recommandation 148 devrait donc indiquer qu'il suffit que l'avis adressé "au constituant" soit formulé dans la langue de la convention constitutive de sûreté qui est exécutée. Les autres destinataires de l'avis peuvent avoir communiqué dans une autre langue que celle de la convention constitutive de sûreté.

11. **M. Macdonald** (Canada) partage cet avis. Par exemple, un débiteur situé en France, qui a conclu une convention constitutive de sûreté en anglais avec un créancier au Royaume-Uni, peut avoir conclu des conventions constitutives de sûreté en France avec d'autres parties qui ont un droit sur le même bien mais qui ne maîtrisent pas l'anglais. Il est raisonnable d'estimer que ces parties ont également le droit de recevoir les avis dans une langue qu'elles comprennent.

12. **M. Bazinas** (secrétariat) note que l'alinéa a) de la recommandation 148 dresse une liste de toutes les parties auxquelles l'avis doit être adressé. On peut supposer que les autres créanciers garantis qui détiennent des droits sur le bien grevé tiendront à vérifier le contenu de la convention constitutive de sûreté auprès du constituant.

13. **La Présidente** souligne que la première phrase de l'alinéa c), qui indique que l'avis doit être formulé dans une langue dont il est raisonnable de penser qu'elle permet à ses destinataires d'en comprendre le contenu, engloberait également le cas des tiers.

14. **M. Cohen** (États-Unis d'Amérique), se référant à l'exemple cité par le représentant du Canada, dit que les parties visées à l'alinéa a) iii) de la recommandation 148, à savoir les autres créanciers garantis qui ont inscrit un avis concernant une sûreté réelle mobilière sur le bien grevé, auraient dans ce cas procédé à l'inscription en France, là où se trouve le constituant. Elles auraient certainement vérifié le registre, mais n'auraient probablement pas eu accès à la convention constitutive de sûreté, qui est un document privé, et elles ne sauraient donc pas dans quelle langue celle-ci a été formulée.

15. **M. Voulgaris** (Grèce) dit que la phrase que le secrétariat propose d'ajouter lui inspire des réserves, car les autres parties concernées ne maîtrisent pas forcément la langue dans laquelle est formulée la convention constitutive de sûreté. Même si la recommandation est modifiée dans le sens proposé par la délégation des États-Unis, il se peut que le constituant ne reçoive pas l'avis en temps voulu si, en vertu des règles de procédure civile, cet avis doit être formulé dans la langue locale. Toutefois, M. Voulgaris est prêt à souscrire à la décision que prendra la Commission à cet égard, quelle qu'elle soit.

16. **La Présidente** présume que la Commission accepte d'ajouter la phrase proposée par le secrétariat, qui sera modifiée de manière à se lire comme suit: "Il suffit en tout état de cause que l'avis soit formulé dans la langue de la convention constitutive de sûreté applicable."

17. *Il en est ainsi décidé.*

18. *La recommandation 148 est adoptée, telle que modifiée.*

Recommandation 149

19. **M. Bazinas** (secrétariat) dit que la Commission voudra peut-être examiner, en ce qui concerne la recommandation 149, si la question de la répartition du produit de la disposition d'un bien grevé, dans le cas d'une créance, devrait être traitée dans une recommandation distincte s'inspirant du libellé proposé dans la note suivant la recommandation 164. Le libellé proposé dispose que le créancier garanti qui procède à la réalisation doit affecter le produit net de la réalisation au paiement de l'obligation garantie et qu'il doit verser tout excédent restant aux réclamants concurrents qui l'ont avisé de leurs droits, à concurrence de ces droits. Tout solde restant serait remis au constituant. La phrase concernant les réclamants concurrents vise à protéger un créancier garanti de rang supérieur à celui du créancier garanti qui procède à la réalisation. Un créancier garanti de rang supérieur est protégé parce que sa sûreté sur le bien dont il est disposé est maintenue.

20. **M. Ginting** (Observateur de l'Indonésie), se référant au texte initial de la recommandation 149, se demande si c'est le constituant ou une autre partie qui doit aviser le créancier garanti procédant à la réalisation. Il voudrait également savoir pourquoi celui-ci ne remet pas l'ensemble de l'excédent au constituant mais à n'importe quel réclamant concurrent de rang inférieur, puisqu'il n'a pas de relation commerciale directe avec ce réclamant.

21. **M. Bazinas** (secrétariat) dit que les réclamants concurrents de rang inférieur aviseraient le créancier garanti qui procède à la réalisation. Concernant la deuxième question, il note que la recommandation 149 devrait être lue conjointement avec la recommandation 150, de sorte que si le créancier garanti qui procède à la réalisation est convaincu que les réclamants concurrents de rang inférieur ont un droit valable, il leur remettrait l'excédent. En cas de litige concernant le montant auquel ils ont droit, il verserait l'excédent, conformément aux règles de procédure généralement applicables, à une autorité judiciaire ou autre autorité compétente ou à un organisme public de consignation pour répartition.

22. **La Présidente** demande à la Commission si elle souhaite conserver le membre de phrase "ou de demande de paiement d'une créance, d'un instrument négociable ou d'une autre obligation" figurant entre crochets dans la recommandation 149.

23. **M. Umarji** (Inde) propose de remplacer le texte entre crochets par la nouvelle recommandation présentée dans la note suivant la recommandation 164, qui établit une distinction entre la disposition extrajudiciaire d'un bien et le recouvrement d'une créance.

24. **La Présidente** dit que, sauf objection, elle considérera que la Commission souhaite remplacer la recommandation 149 par la nouvelle recommandation portant spécifiquement sur les biens présentée dans la note suivant la recommandation 163.

25. *Il en est ainsi décidé.*

Recommandation 152

26. **La Présidente** appelle l'attention sur la note du secrétariat suivant la recommandation 152, qui propose de supprimer la mention "sauf convention contraire" figurant entre crochets, étant donné que les recommandations 8 et 130 traitent déjà de l'autonomie des parties. Sauf objection, elle considérera que la Commission approuve la suppression proposée.

27. *Il en est ainsi décidé.*

28. *La recommandation 152 est adoptée, telle que modifiée.*

Recommandation 163

29. **La Présidente** appelle l'attention sur la recommandation 163, qui figure entre crochets car il s'agit d'une nouvelle recommandation qui a été proposée pour traiter la question de la réalisation d'une sûreté réelle mobilière sur un bien attaché à un bien meuble. Sauf objection, elle considérera que la Commission approuve l'inclusion de cette nouvelle recommandation.

30. *La recommandation 163 est adoptée.*

Recommandation 164

31. **Mme Walsh** (Canada) propose que la recommandation 164 a) renvoie non seulement à la recommandation 128, qui énonce la règle générale de conduite dans le contexte de la réalisation, mais aussi à la recommandation 129, qui dispose que la règle générale de conduite ne peut faire l'objet d'une renonciation unilatérale ni d'une modification par convention.

32. **La Présidente** dit que, sauf objection, elle considérera que la Commission accepte qu'un renvoi à la recommandation 129 soit ajouté.

33. *Il en est ainsi décidé.*

34. *La recommandation 164 est adoptée, telle que modifiée.*

Commentaire du chapitre X: Réalisation d'une sûreté réelle mobilière (A/CN.9/637/Add.4)

35. **La Présidente** note que le commentaire du chapitre X a été approuvé quant au fond à la première partie de la session. Il sera modifié afin de tenir compte des décisions qui viennent d'être prises.

36. *Le commentaire du chapitre X expliquant les recommandations adoptées ci-dessus est approuvé quant au fond.*

Chapitre XII: Conflit de lois (A/CN.9/637 et Add.6)

Recommandations (recommandations 200 à 224) (A/CN.9/637)

37. **La Présidente** note que les recommandations se rapportant au chapitre XII ont déjà été adoptées pendant la première partie de la session. Cependant, certaines questions laissées en suspens doivent encore être examinées.

Recommandation 214

38. **M. Bazinas** (secrétariat) dit que la Commission a demandé au secrétariat de s'assurer que le projet de guide était conforme au projet de convention de la CNUDCI sur le transport de marchandises. Après avoir consulté le Groupe de travail III (Droit des transports), le secrétariat a décidé de proposer de supprimer la mention dans la recommandation 214 a) de la loi applicable aux rapports "entre l'émetteur d'un document négociable et le titulaire d'une sûreté réelle mobilière sur ce document" afin d'éviter d'éventuelles incohérences avec le projet de convention sur le transport de marchandises ou toute autre législation nationale sur les transports.

39. **La Présidente** dit que, sauf objection, elle considérera que la Commission accepte qu'il soit procédé, dans la recommandation 214 a), à la suppression proposée par le secrétariat.

40. *Il en est ainsi décidé.*

41. *La recommandation 214 est adoptée, telle que modifiée.*

Recommandation 220

42. **M. Bazinas** (secrétariat) dit que la recommandation 220 a été transférée du chapitre XIV (Incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière) afin d'éviter des incohérences avec le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité), qui traite de la loi applicable à la validité et à l'opposabilité des droits et des créances en cas d'insolvabilité, et non de la loi applicable à la priorité générale ou à la réalisation d'une sûreté. Le texte de la recommandation 220 a été légèrement modifié par souci de clarté. La règle de conflit de lois qu'elle contient est à la fois généralement acceptable et conforme au Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité étant donné que la deuxième phrase maintient le principe de l'applicabilité de la *lex fori concursus*.

43. **La Présidente** dit que, sauf objection, elle considérera que la Commission décide de transférer la recommandation 220 au chapitre XII et d'adopter le texte tel que modifié.

44. *Il en est ainsi décidé.*

45. *La recommandation 220 est adoptée, telle que modifiée.*

46. **M. Wezenbeek** (Observateur de la Commission européenne) demande à être autorisé à présenter à la prochaine séance, après avoir consulté les membres de la Commission, une proposition concernant la recommandation 205.

47. **La Présidente** dit que la Commission a longuement débattu de la recommandation 205 pendant la première partie de la session et qu'elle n'est guère disposée à rouvrir le débat.

48. **M. Wezenbeek** (Observateur de la Commission européenne) dit qu'il a exprimé des réserves au sujet du chapitre sur le conflit de lois précédemment au cours de la session parce que la règle énoncée dans la recommandation 205 a fait l'objet de discussions tout aussi longues et difficiles au sein de l'Union européenne. Elle est l'un des éléments centraux du règlement proposé concernant la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), qui serait applicable à tous les États Membres de l'Union européenne. Une proposition formulée par la Commission européenne en 2005 en tenant compte de la règle de la CNUDCI n'avait pas reçu l'appui nécessaire. La Commission européenne doit à présent faire savoir au Conseil de l'Union européenne et au Parlement européen ce qu'elle considère être la meilleure règle. Elle peut recommander soit la règle énoncée dans la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international, soit une autre règle, celle de la loi régissant la réclamation principale, qui n'est même pas mentionnée dans le commentaire du chapitre XII, mais qui est fortement privilégiée par le secteur de la titrisation. Estimant que cette question revêt une importance internationale qui dépasse le cadre européen, l'orateur souhaite mener des consultations informelles avec les membres de la Commission avant de proposer une quelconque modification.

49. **La Présidente** dit qu'il serait injuste vis-à-vis des membres de la Commission, qui ont passé beaucoup de temps à débattre du contenu de la recommandation 205, pas seulement à la session en cours mais aussi pendant la précédente session, de rouvrir le débat. Cependant, elle invite les parties intéressées à mener des consultations informelles pendant la suspension de séance pour trouver un moyen de répondre aux préoccupations de la Commission européenne sans rouvrir le débat.

La séance est suspendue à 10 h 40 et reprend à 11 h 15.

50. **La Présidente** propose que la Commission examine les chapitres restants du projet de guide et les autres questions laissées en suspens avant de revenir à la question soulevée par l'Observateur de la Commission européenne.

51. *Il en est ainsi décidé.*

Commentaire du chapitre XII: Conflit de lois (A/CN.9/637/Add.6)

52. **La Présidente** note que le commentaire du chapitre XII a été approuvé quant au fond à la première partie de la session. Il sera modifié pour tenir compte des décisions prises ci-dessus.

53. *Le commentaire du chapitre XII expliquant les recommandations adoptées ci-dessus est approuvé quant au fond.*

Chapitre XIII: Transition (A/CN.9/637 et Add.7)

Recommandations (recommandations 225 à 231) (A/CN.9/637)

54. **La Présidente** note que les recommandations se rapportant au chapitre XIII ont déjà été adoptées pendant la première partie de la session. Cependant, deux questions doivent encore être examinées.

Recommandation 226

55. **M. Bazinas** (secrétariat) appelle l'attention sur la note suivant la recommandation 226. La deuxième phrase de la recommandation indique que, si la réalisation d'une sûreté réelle mobilière a commencé avant la date d'entrée en vigueur d'une nouvelle loi, elle peut se poursuivre en vertu de la loi en vigueur avant cette date. Si la Commission estime que l'exercice d'une voie de droit pour cause de défaillance avant la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi devrait emporter l'application de l'intégralité de la loi antérieure à la réalisation, elle souhaitera peut-être remplacer le mot "peut" dans la deuxième phrase par un terme plus fort comme "devrait" ou "doit".

56. **M. Umarji** (Inde) dit que toute nouvelle loi adoptée en application du projet de guide concernerait la procédure et ne changerait pas quant au fond le processus de création de sûretés ou les droits des créanciers garantis. Les États adoptants devraient avoir une certaine souplesse pour décider si la nouvelle loi pouvait être appliquée aux cas en suspens ou si ces derniers continueraient d'être régis par la loi antérieure. Il est donc favorable au maintien du mot "peut" dans la deuxième phrase.

57. **M. Macdonald** (Canada) estime que la deuxième phrase concerne davantage le statut du créancier qui procède à la réalisation que les mesures législatives à adopter. La question soulevée par le secrétariat est de savoir si la Commission considère que, une fois qu'une personne a engagé une procédure de réalisation en vertu de la loi antérieure, elle n'aurait plus la possibilité d'abandonner cette procédure et d'en engager une autre en vertu de la nouvelle loi. Cette approche porterait sérieusement atteinte aux principes habituels en matière de procédure civile. M. Macdonald est donc favorable au maintien du texte actuel, car celui-ci laisse à juste titre au créancier qui procède à la réalisation la liberté de décider de poursuivre la procédure ou de l'abandonner.

58. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) propose de traiter les situations décrites par les représentants de l'Inde et du Canada dans le commentaire de sorte que les législateurs comprennent que l'objet de la recommandation est de donner une plus grande souplesse.

59. **La Présidente** croit comprendre que la Commission souhaite laisser la recommandation 226 inchangée, mais expliquer dans le commentaire qu'un créancier garanti qui a engagé une procédure de réalisation en vertu de la loi en vigueur avant la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi devrait avoir le choix entre poursuivre cette procédure en vertu de l'ancienne loi ou l'abandonner et en engager une autre en vertu de la nouvelle loi.

60. *Il en est ainsi décidé.*

Recommandation 231

61. **M. Bazinas** (secrétariat) dit que l'objet de la recommandation 231 est d'expliquer ce que l'on entend dans la recommandation 230 par changement de situation d'une sûreté réelle mobilière. La question soulevée dans la note suivant la recommandation 231 est de savoir s'il faudrait supprimer cette recommandation étant donné qu'il est déjà clair que la recommandation 230 se réfère au rang de priorité d'une sûreté. La question de fond soulevée dans la recommandation 231 pourrait donc être traitée dans le commentaire.

62. **M. Cohen** (États-Unis d'Amérique), avec le soutien de **M. Umarji** (Inde), propose de conserver la recommandation 231 car il serait plus difficile de comprendre la recommandation 230 si elle était supprimée. Toutefois, le mot "situation" devrait être remplacé par "rang de priorité" dans le chapeau de la recommandation 231.

63. *La recommandation 231 est adoptée, telle que modifiée.*

Commentaire du chapitre XIII: Transition (A/CN.9/637/Add.7)

64. **La Présidente** note que le commentaire du chapitre XIII a été approuvé quant au fond à la première partie de la session. Il sera modifié pour tenir compte des décisions qui viennent d'être prises.

65. *Le commentaire du chapitre XIII expliquant les recommandations adoptées ci-dessus est approuvé quant au fond.*

Chapitre XIV: Incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière (A/CN.9/637 et Add.8)

Recommandations (recommandations 232 à 239) (A/CN.9/637)

66. **La Présidente** note que les recommandations se rapportant au commentaire du chapitre XIV ont déjà été approuvées à la première partie de la session. Certaines d'entre elles ont été reprises du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité.

67. **Mme McCreath** (Royaume-Uni) indique que la définition du terme "contrat financier" reprise du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité est incompatible avec la définition approuvée au paragraphe 6 q) de la section "Terminologie" du projet de guide.

68. **La Présidente** dit que les deux définitions, qui devraient être considérées comme faisant partie d'un glossaire plutôt que comme des définitions juridiques au sens strict, se fondent sur la Convention des Nations Unies sur la cession.

69. **M. Bazinas** (secrétariat) appelle l'attention sur la note de bas de page se rapportant à la définition donnée au paragraphe 6 q), qui renvoie le lecteur à l'alinéa k) de l'article 5 de la Convention des Nations Unies sur la cession et à la définition correspondante dans le Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité. Le paragraphe suivant la définition explique que la référence dans cette définition à "toute autre opération analogue à l'une des précédentes effectuée sur les marchés financiers" englobe l'ensemble des opérations effectuées sur les marchés financiers. La note à l'intention de la Commission figurant après la définition du terme "contrat financier" dans le chapitre sur l'insolvabilité renvoie également le lecteur à l'alinéa k) de l'article 5 de la Convention sur la cession.

70. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) dit que l'objet de la mention "toute autre opération analogue à l'une des précédentes" était d'assurer une certaine souplesse, autrement dit de tenir compte du fait qu'à l'avenir de nouveaux types d'opérations devront être englobés dans la définition des contrats financiers.

71. **Mme McCreath** (Royaume-Uni) propose de reproduire le paragraphe explicatif dans la section "Terminologie" du chapitre relatif à l'insolvabilité.

72. **La Présidente** indique que les définitions figurant dans le chapitre relatif à l'insolvabilité sont reprises du Guide de la CNUDCI sur l'insolvabilité. Elle propose quant à elle d'ajouter une explication dans le commentaire.

73. *Il en est ainsi décidé.*

Commentaire du chapitre XIV: Incidence de l'insolvabilité sur une sûreté réelle mobilière (A/CN.9/637/Add.8)

74. **La Présidente** note que le commentaire du chapitre XIV a été approuvé quant au fond à la première partie de la session. Il sera modifié pour tenir compte des décisions prises ci-dessus.

75. *Le commentaire du chapitre XIV est approuvé quant au fond.*

Propositions de la délégation des États-Unis d'Amérique (A/CN.9/637 et A/CN.9/XL/CRP.10)

76. **La Présidente** invite la délégation des États-Unis à expliquer l'objet des propositions figurant dans le document A/CN.9/XL/CRP.10.

77. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) dit que ces propositions, qui concernent la section "Terminologie" et les recommandations figurant dans le document A/CN.9/637, visent pour la plupart à apporter des modifications d'ordre rédactionnel ou des clarifications qui n'auraient aucune incidence sur les décisions de principe déjà prises. En outre, certaines d'entre elles ont déjà été traitées au cours des discussions et d'autres ont été retirées.

Terminologie (A/CN.9/637 et A/CN.9/XL/CRP.10)

Proposition de modification de la définition du terme "contrôle", en ce qui concerne un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire

78. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) propose de clarifier la définition du terme "contrôle", en ce qui concerne un droit au paiement de fonds crédités sur un compte bancaire, figurant à l'alinéa t) ii), où il est question d'un "accord de contrôle" alors que ce terme n'a pas été défini dans le projet de guide. Il propose

donc de supprimer la fin du sous-alinéa à partir du mot "constaté" et d'ajouter la définition suivante:

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

79. **M. Schöfisch** (Allemagne) dit qu'il ne voit aucune objection à cette proposition. Il indique, toutefois, qu'il s'agit d'une nouvelle définition plutôt que d'une clarification.

80. **M. Deschamps** (Canada) demande si la définition proposée du terme "accord de contrôle" est employée ailleurs dans le guide.

81. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) dit qu'il n'est pas sûr que ce terme soit employé ailleurs. Il signale, toutefois, que le libellé de la définition proposée reprend celui de l'alinéa t) ii). Si le mot "accord" est supprimé, il ne verrait aucune objection au maintien du libellé initial.

82. **La Présidente** note que le terme "accord de contrôle" est employé dans les recommandations 100 et 123.

83. **M. Deschamps** (Canada) dit que, dans ce cas, il appuiera la proposition de la délégation des États-Unis.

84. *La modification proposée est adoptée.*

Proposition de modification de la définition du terme "émetteur"

85. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) propose de remplacer l'expression "que cette personne s'acquitte ou non de toutes les obligations" à la fin de la définition du terme "émetteur" par "que cette personne ait accepté ou non de s'acquitter de toutes les obligations".

86. **M. Pendón Maléndez** (Espagne) soutient cette proposition.

87. **M. Deschamps** (Canada) dit que les mots "toutes les obligations" sont un peu vagues. Il propose d'ajouter les mots "qui découlent du document" afin de préciser de quelles obligations il s'agit.

88. **La Présidente** dit que, sauf objection, elle considérera que la Commission approuve la proposition de la délégation des États-Unis, telle que modifiée par le représentant du Canada.

89. *La modification proposée est adoptée.*

Proposition d'insertion d'une nouvelle définition

90. **La Présidente** dit, à propos de la définition du terme "bien inscriptible" qu'il a été proposé d'ajouter, que le secrétariat l'a informée que ce terme n'est pas utilisé dans le projet de guide.

91. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation propose d'ajouter ce terme car presque tous les chapitres contiennent des dispositions relatives à des biens spéciaux qui ne sont pas définis. Les mentions concernant ces biens sont parfois incomplètes ou incohérentes. Par exemple, la recommandation 38 fait référence à "une sûreté réelle mobilière sur des biens meubles soumis à inscription" et la recommandation 202 contient l'expression "si un bien meuble corporel est soumis à une inscription". Dans tous les cas, ces expressions rallongent les libellés des dispositions et les rendent moins intelligibles. Si un seul terme préalablement défini était utilisé, toutes les références seraient identiques, cohérentes et complètes. Le terme proposé par sa délégation désigne un bien dont la propriété est inscrite dans un registre spécialisé et concernant lequel la constitution d'une sûreté réelle mobilière peut être également inscrite.

92. **La Présidente** dit que le terme employé dans le projet de guide est "biens meubles soumis à inscription sur un registre spécialisé".

93. **M. Schöfisch** (Allemagne) ne voit aucune objection à l'inclusion de la nouvelle définition, sous réserve que celle-ci n'apporte aucune modification de fond.

94. **M. Umarji** (Inde) et **M. Voulgaris** (Grèce) disent que, si le terme faisant l'objet de la nouvelle définition n'est pas employé dans le texte du projet de guide, ils ne voient aucune raison d'inclure cette définition.

95. **La Présidente** croit comprendre que l'objectif est de remplacer certaines expressions employées dans le projet de guide par le nouveau terme, ce qui peut en effet représenter une modification de fond.

96. **M. Riffard** (France) comprend parfaitement ce souci de rendre le texte du projet de guide plus concis mais n'est pas sûr qu'il soit judicieux d'employer le terme "bien inscriptible", car il peut être mal interprété.

97. **La Présidente** note que la proposition d'ajouter la nouvelle définition n'a pas reçu un appui suffisant.

Proposition de modification de la définition du terme "droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant"

98. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) note que le premier paragraphe de la définition indique que le terme "droit de recevoir le produit d'un engagement de garantie indépendant" ne désigne pas ce qui est reçu après que l'engagement de garantie indépendant a été honoré. Il propose de répéter "ce qui est reçu après que l'engagement de garantie indépendant a été honoré" dans la deuxième phrase explicative du deuxième paragraphe afin de ne pas donner l'impression qu'une autre norme est proposée.

99. **M. Deschamps** (Canada) soutient cette proposition.

100. *La modification proposée est adoptée.*

Symboles alphabétiques précédant la définition des termes

101. **Mme Stanivuković** (Serbie) propose de supprimer les symboles alphabétiques qui précèdent les définitions dans la section "Terminologie", étant donné que les termes définis sont classés par ordre alphabétique.

102. **La Présidente** propose de demander au secrétariat d'envisager de supprimer les symboles sous réserve que cela ne soit pas incompatible avec les règles éditoriales de l'Organisation des Nations Unies.

103. *Il en est ainsi décidé.*

Recommandations (A/CN.9/637 et A/CN.9/XL/CRP.10)

Proposition de modification de la recommandation 5

104. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) dit que la recommandation 5 vise à réaffirmer que la loi recommandée par le projet de guide ne s'applique pas aux biens immeubles, sous réserve des dispositions des recommandations 25 et 48 relatives à la constitution d'une sûreté réelle mobilière. Toutefois, d'autres recommandations portent également sur les biens immeubles, à savoir celles sur les biens attachés à des biens immeubles. L'objet de la proposition de modification est de donner la liste complète des exceptions à l'exclusion des biens immeubles du champ d'application du projet de guide.

105. **M. Riffard** (France) soutient la proposition de modification sous réserve qu'elle ne concerne que les biens attachés à des biens immeubles.

106. **M. Macdonald** (Canada) note que l'objet de la proposition de modification est d'assurer la cohérence. Son libellé devrait clairement préciser, toutefois, qu'un bien meuble ne devient pas un bien immeuble lorsqu'il est attaché à un tel bien.

107. **La Présidente** invite la Commission à étudier la proposition de modification avant sa prochaine séance.

La séance est levée à 12 h 30.

Compte rendu analytique de la 860e séance tenue au Centre international de Vienne, le mercredi 12 décembre 2007, à 14 heures

[A/CN.9/SR.860]

Présidente: Mme Sabo (Canada)

La séance est ouverte à 14 h 5.

Adoption d'un projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties et travaux futurs possibles (A/CN.9/617, A/CN.9/620, A/CN.9/631 et Add. 1 à 11; A/CN.9/637 et Add.1 à 8; A/CN.9/XL/CRP.10 et A/CN.9/XL/CRP.11 et Add.1) (*suite*)

*Recommandations (A/CN.9/637 et A/CN.9/XL/CRP.10) (*suite*)*

*Proposition de modification de la recommandation 5 (*suite*)*

1. **La Présidente** invite la Commission à poursuivre son examen des modifications à apporter aux recommandations proposées par la délégation des États-Unis dans le document A/CN.9/XL/CRP.10.

2. **M. Bazinas** (Secrétariat) demande s'il suffirait d'indiquer dans le commentaire que la recommandation 5 devrait être interprétée comme excluant les biens meubles corporels qui sont devenus attachés à des biens immeubles et sont traités comme des biens immeubles. Cette clarification ne serait pas nécessaire dans un système juridique prévoyant que de tels biens attachés demeurent des biens meubles corporels dans la mesure où ils peuvent être facilement séparés des biens immeubles.

3. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) dit qu'il se féliciterait d'un tel ajout au commentaire, mais que cela ne réglerait pas toutes les questions soulevées. Par exemple, certaines recommandations traitent des voies de droit après défaillance dont dispose le titulaire d'une sûreté réelle mobilière grevant un bien qui est devenu attaché à un bien immeuble. Il est évident que de telles dispositions ont une incidence sur les personnes ayant un droit sur le bien immeuble.

4. **M. Macdonald** (Canada) se dit favorable à la proposition de modification, car certaines recommandations pourraient affecter indirectement des droits sur des biens immeubles. Il propose de rechercher toutes les occurrences du mot "immeuble" dans le projet de guide et d'établir une liste des recommandations concernées.

5. **La Présidente** considère que la Commission souhaite modifier la recommandation de sorte que la première phrase indique simplement que la loi ne s'applique pas aux biens immeubles et que la deuxième énumère les recommandations susceptibles d'affecter les droits sur des biens immeubles.

6. *Il en est ainsi décidé.*

Propositions de modification de la recommandation 40

7. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) dit que les modifications proposées ont pour objet d'aligner la structure de la recommandation 40 sur celle de la recommandation 45 qui traite de circonstances analogues. Dans l'un et l'autre cas, une sûreté réelle mobilière est opposable pour une période déterminée et le demeure par la suite si une certaine condition est remplie. Par ailleurs, dans la nouvelle version proposée, les mots "la loi devrait prévoir que" ont été ajoutés au début de la recommandation et la conjonction "ou" figurant avant les mots "ne prend pas la forme" a été remplacée par la conjonction "et", dans un souci de logique.

8. **M. Deschamps** (Canada) soutient les modifications proposées.

9. Les modifications proposées pour la recommandation 40 sont adoptées.

Propositions de modification de la recommandation 54 h)

10. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) note que la disposition énonçant la teneur exigée d'un avis dans le registre (recommandation 57 a)) fait référence à "l'élément identifiant" le constituant et non au "nom" de celui-ci. C'est pourquoi il propose de remplacer le

mot “nom” par les mots “élément identifiant” dans la recommandation 54 h). Deuxièmement, il propose de remplacer les mots “ou de quelque autre élément fiable permettant d’identifier celui-ci” par “et de toute autre information identifiante fiable spécifiée dans la loi”. Dans de nombreux pays, des millions de personnes ont les mêmes nom et prénom et, dans ces cas, il serait raisonnable d’utiliser le nom comme élément identifiant de base, mais d’y ajouter, par exemple, un numéro de carte d’identité ou de sécurité sociale.

11. **Mme McCreath** (Royaume-Uni) propose de remplacer les mots “information identifiante fiable spécifiée dans la loi” par une formule du type: “information identifiante fiable et reconnue par la loi”.

12. **M. Deschamps** (Canada) soutient la proposition du représentant des États-Unis. Il propose toutefois d’insérer les mots “pouvant être” après les mots “information identifiante fiable” pour bien montrer qu’il n’est pas obligatoire de fournir ces informations.

13. **M. Sigman** (États-Unis d’Amérique) dit que les mots “spécifiée dans la loi” ont été ajoutés car il ne peut être laissé à la personne qui inscrit un avis le soin de déterminer quels autres types d’éléments identifiants sont acceptables. Le registre devrait établir une règle régissant de tels éléments identifiants secondaires, dans les cas où, par exemple, le nom et le prénom sont jugés insuffisants. Cette démarche n’est pas obligatoire pour un pays mais, là où le registre a établi une telle règle, les deux types d’éléments identifiants devraient être indexés et pouvoir être retrouvés. M. Sigman comprend l’objet de la proposition du représentant canadien, mais estime que l’inclusion du mot “toute” avant les mots “information identifiante fiable” suffit à cet égard.

14. **M. Umarji** (Inde) dit que l’emploi de la conjonction “et” plutôt que “ou” pour introduire les autres informations identifiantes induit en erreur car on a l’impression qu’à la fois l’élément identifiant et les autres informations identifiantes doivent être vérifiées en toutes circonstances.

15. **M. Sigman** (États-Unis d’Amérique) dit que, dans ce cas, l’emploi de la conjonction “ou” est acceptable.

16. **M. Bazinas** (Secrétariat) attire l’attention sur la recommandation 57 a), selon laquelle l’élément identifiant le constituant, conformément aux règles énoncées dans les recommandations 58 à 60, doit figurer dans l’avis; sur la recommandation 58, où il est question d’identifier correctement le constituant; et sur la recommandation 59 qui dispose que, lorsque le constituant est une personne physique, l’élément permettant de l’identifier pour que l’inscription produise effet est son nom et que, lorsque cela est nécessaire, des informations supplémentaires, comme la date de naissance ou le numéro de carte d’identité, devraient être exigées pour identifier le constituant de manière unique. Le concept d’“élément identifiant” engloberait donc déjà le nom et les informations supplémentaires. M. Bazinas demande aussi au représentant des États-Unis si la loi visée par l’expression “spécifiée dans la loi” est celle relative aux opérations garanties ou celle d’une autre branche du droit.

17. **M. Sigman** (États-Unis d’Amérique) propose que l’on assure la cohérence entre le libellé des recommandations 54 h) et 57 à 59.

18. **La Présidente** propose de prier le Secrétariat de revoir le libellé des recommandations mentionnées par le représentant des États-Unis pour s’assurer que les mots “élément identifiant” ont été employés de manière cohérente.

19. *Il en est ainsi décidé.*

Propositions de modification de la recommandation 61

20. **M. Sigman** (États-Unis d’Amérique) dit que la première phrase de la recommandation 61 fait référence à un changement de l’élément utilisé dans l’avis pour identifier le constituant, alors que c’est l’élément identifiant le constituant en tant que tel qui change. Sa délégation propose donc de modifier la première phrase qui serait libellée comme suit:

> “La loi devrait prévoir que si, après enregistrement d’un avis, l’élément identifiant le constituant change et, de ce fait, l’élément utilisé dans l’avis pour l’identifier n’est plus conforme aux règles …”.

21. **M. Deschamps** (Canada) soutient cette proposition.

22. *La première modification proposée pour la recommandation 61 est adoptée.*

23. **M. Sigman** (États-Unis d’Amérique) propose d’insérer les mots “après le changement de l’élément identifiant le constituant, mais” avant les mots “avant l’enregistrement de la modification” dans les alinéas a)

et b) de la recommandation 61. Il estime que cet ajout est conforme aux discussions de principe tenues la veille sur la nécessité de protéger les parties de bonne foi qui se fient aux fichiers du registre. À défaut d'un tel ajout, une personne qui achète un bien grevé à un constituant, et l'acquiert grevé d'une sûreté réelle mobilière à un moment où l'élément identifiant initialement le constituant est valable, pourra soudain acquérir le bien libre de la sûreté, si le constituant modifie l'élément l'identifiant, même si elle n'avait pas été induite en erreur par l'élément identifiant le constituant dans les fichiers publics. Cependant, si la Commission estime que cette proposition constitue une modification de fond, sa délégation est disposée à la retirer.

24. **Mme Walsh** (Canada) dit que, selon sa délégation, il ne s'agit pas d'une modification de fond, mais d'une clarification. Sa délégation soutient donc la proposition.

25. **Mme Stanivuković** (Serbie) se dit également favorable à cette proposition.

26. *La seconde modification proposée pour la recommandation 61 est adoptée.*

Proposition de modification de la recommandation 64

27. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation propose de répéter les mots "avant ou après" avant les mots "la conclusion de la convention constitutive de sûreté" afin de supprimer toute ambiguïté. La version révisée serait donc libellée comme suit: "La loi devrait prévoir qu'un avis relatif à une sûreté réelle mobilière peut être inscrit avant ou après la constitution de la sûreté et avant ou après la conclusion de la convention constitutive de sûreté."

28. **M. Deschamps** (Canada) soutient cette proposition.

29. **M. Ginting** (Observateur de l'Indonésie) demande comment une sûreté réelle mobilière pourrait être inscrite avant la conclusion de la convention puisque la constitution de la sûreté repose sur la convention. Il propose donc de supprimer les mots "avant ou" de l'expression "avant ou après la conclusion de la convention constitutive de sûreté".

30. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que la Commission a examiné des cas où le prêteur, à l'issue de négociations avec l'emprunteur, enregistre un avis avant la conclusion de la convention constitutive de sûreté. Cet avis ne porte pas création de la sûreté, mais la convention, une fois conclue, est antidatée au moment de l'inscription de l'avis. Si aucune convention n'est conclue, l'avis inscrit est sans effet et le constituant peut prendre des mesures pour veiller à ce qu'il soit immédiatement supprimé du registre.

31. **La Présidente** dit qu'en l'absence d'objection, elle considérera que la Commission souhaite adopter la proposition de modification de la recommandation 64.

32. *La modification proposée pour la recommandation 64 est adoptée.*

Proposition de modification de la recommandation 66

33. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) propose de remplacer, dans la version anglaise, le mot "time" par "duration" (durée) dans le membre ci-après de la troisième phrase: "si la loi spécifie la durée d'effet de l'inscription".

34. **M. Deschamps** (Canada) soutient cette proposition.

35. *La modification proposée pour la recommandation 66 est adoptée.*

Insertion d'une nouvelle recommandation après la recommandation 76

36. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) dit qu'à l'issue de consultations informelles, sa délégation a décidé de retirer la proposition figurant dans le document A/CN.9/XL/CRP.10 tendant à insérer une nouvelle recommandation après la recommandation 76. Cependant, il propose maintenant de traiter la question dans le commentaire.

37. La Commission a examiné la situation où un constituant octroie à un créancier garanti une sûreté réelle mobilière opposable, mais vend par la suite le bien grevé à un acheteur qui l'acquiert grevé de la sûreté. Si cet acheteur a lui aussi un créancier garanti qui a rendu sa sûreté opposable à l'égard de l'acheteur, il y aura un conflit de priorité concernant le bien grevé entre ce créancier garanti et celui du constituant. La règle de priorité prévue par le projet de guide dans la recommandation 73 vise à résoudre de tels conflits, mais, dans les cas où les deux créanciers garantis ont enregistré un avis, elle tranche le conflit en faveur de celui qui l'aura fait en premier. Ce résultat n'a aucun sens dans une situation où le premier à inscrire son avis peut être aussi bien le créancier garanti de

l'acheteur que celui du constituant. La proposition de nouvelle recommandation, que la délégation des États-Unis retire, visait à trancher le conflit en faveur du créancier garanti du constituant pour autant que la sûreté concernée demeure opposable. Cependant, eu égard à la complexité de la question, cette délégation demande maintenant à ce qu'il soit précisé dans le commentaire que la recommandation 73 est censée s'appliquer aux conflits de priorité dans lesquels des sûretés concurrentes sont octroyées par le même constituant.

38. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que cette question a été examinée à plusieurs reprises et que le commentaire explique déjà qu'un conflit de priorité ne se pose que lorsque des réclamants concurrents acquièrent une sûreté auprès de la même personne. Le conflit que le représentant des États-Unis vient de décrire n'étant pas un conflit de priorité au sens du projet de guide, il ne voit pas vraiment ce qui devrait être inséré dans le commentaire. Il pourrait éventuellement être fait référence aux principes généraux du droit de la propriété.

39. **M. Deschamps** (Canada) note que le terme "priorité" est défini comme suit dans le projet de guide: "le droit d'une personne de jouir des effets économiques de sa sûreté réelle mobilière par préférence à un réclamant concurrent". Il est également clair que la définition du terme "réclamant concurrent" fait référence à la concurrence entre deux personnes ou plus qui ont acquis leur droit auprès du même constituant. En outre, le chapitre relatif à la constitution d'une sûreté précise qu'une sûreté ne peut accorder au créancier garanti davantage de droits que ceux dont jouit le constituant (*nemo dat quod non habet*). Pour bien clarifier ces principes, une référence aux réclamants concurrents pourrait être insérée dans le chapeau de la recommandation 73 qui serait alors libellée comme suit: "La loi devrait prévoir que la priorité entre réclamants concurrents titulaires de sûretés réelles mobilières grevant les mêmes biens …".

40. **M. Marca Paco** (Bolivie) dit que sa délégation s'oppose à toute modification de la recommandation 73.

41. **La Présidente** propose d'expliquer dans le commentaire que la recommandation 73 ne s'applique pas aux conflits de priorité entre créanciers garantis qui acquièrent une sûreté sur un bien auprès de constituants différents. Partant, lorsqu'un créancier garanti acquiert une sûreté sur un bien grevé auprès d'un acheteur dudit bien, il acquiert ce bien grevé de la sûreté octroyée par le vendeur, conformément au principe susmentionné: *nemo dat quod non habet*.

42. *Il en est ainsi décidé.*

Insertion d'une nouvelle recommandation après la recommandation 79

43. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation retire sa proposition figurant dans le document A/CN.9/XL/CRP.10 tendant à insérer une nouvelle recommandation après la recommandation 79, car cela constituerait une modification de fond. Cependant, elle propose maintenant de traiter la question dans le commentaire.

44. Si un constituant qui a grevé un bien d'une sûreté vend par la suite ce bien, la vente est soumise à la sûreté du créancier garanti. Cependant, si le créancier garanti a connaissance de la vente et a pris toutes les mesures nécessaires pour que la sûreté soit maintenue, mais continue néanmoins de prêter de l'argent de sorte que le montant total de l'obligation garantie continue d'augmenter bien que l'intégralité du crédit soit versée au constituant, certains pays estiment qu'il faudrait prévoir une limite au-delà de laquelle le bénéficiaire du transfert acquerrait le bien libre de la sûreté. Dans le projet de guide, tous les crédits futurs consentis au constituant dans de telles circonstances restent garantis par le bien grevé.

45. **M. Deschamps** (Canada) propose d'expliquer dans le commentaire que les États ont deux options. Ils peuvent soit appliquer la règle telle quelle, en vertu de laquelle l'acheteur acquerrait le bien grevé d'une sûreté qui continuerait de garantir toutes les obligations, soit opter pour la variante proposée par le représentant des États-Unis.

46. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) souscrit à l'idée d'expliquer ces deux options mais estime que le commentaire devrait promouvoir la règle énoncée dans le projet de guide.

47. **La Présidente** considère que la Commission est favorable à cette approche.

48. *Il en est ainsi décidé.*

Proposition de modification de la recommandation 108

49. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) dit que la recommandation 108, dans sa rédaction actuelle, exige du créancier garanti qu'il préserve non seulement le bien grevé lui-même, mais aussi sa valeur. Si le créancier peut facilement préserver un bien tel qu'une barre d'or en s'assurant qu'il ne soit pas volé, il est malaisé de déterminer clairement quelles démarches il devrait entreprendre pour en préserver la valeur si le cours de l'or chutait. La délégation des États-Unis n'est pas sûre que la Commission avait l'intention d'imposer une telle contrainte au créancier garanti et propose de supprimer les mots "et sa valeur" de la fin de la recommandation. Elle est toutefois disposée à retirer sa proposition de modification si elle a mal interprété la règle.

50. **La Présidente** craint que cette proposition n'implique une modification de fond.

51. **M. Kohn** (Observateur de la Commercial Finance Association) dit qu'il y a de nombreuses situations où il est impossible pour un créancier garanti de préserver la valeur d'un bien. Son association estime donc que la modification proposée par les États-Unis est judicieuse en termes pratiques.

52. **M. Voulgaris** (Grèce) s'oppose à la modification, car la partie en possession n'est tenue que de prendre des "mesures raisonnables" pour préserver la valeur du bien.

53. **M. Marca Paco** (Bolivie) préfère également maintenir le libellé en l'état.

54. **M. Deschamps** (Canada) mentionne à titre d'exemple le cas d'un billet à ordre donné en gage à un créancier garanti. Dans la loi de nombreux pays, il faudra que ce billet soit présenté pour paiement à son échéance afin que le détenteur conserve sa possibilité de recours contre un endosseur. Dans sa rédaction actuelle, la recommandation 108 semble exiger de la partie qui reçoit le billet à ordre en gage de le présenter pour paiement à son échéance. Cependant, dans de nombreux pays, le créancier garanti aurait la possibilité de se protéger en prévoyant une clause de renonciation dans la convention constitutive de sûreté. En l'absence d'une telle clause, la règle supplétive devrait peut-être être celle énoncée dans la recommandation 108.

55. **M. Pendón Meléndez** (Espagne) fait observer que le terme "valeur" connaît de nombreuses nuances de sens, non seulement sur le plan économique ou en termes de rentabilité, mais aussi sur le plan juridique et social, lesquelles ont une incidence sur la notion de "préservation". Il est donc favorable au maintien de la recommandation en l'état.

56. **M. Porreca** (Italie) estime que la suppression de la référence à la valeur du bien irait à l'encontre de l'objectif de la recommandation 108.

57. **M. Schneider** (Allemagne) dit que sa délégation s'oppose fermement à toute modification. Si le bien grevé est une voiture, par exemple, et que le constituant en conserve la possession, il est évident que celui-ci est tenu au paiement des frais d'assurance, de réparation et d'autres frais analogues.

58. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation retire sa proposition de modification mais propose de tenir compte de la discussion dans le commentaire en expliquant que la règle ne s'applique qu'aux sûretés réelles mobilières grevant des biens meubles corporels pouvant faire l'objet d'une possession.

59. **La Présidente** considère que la Commission accepte d'inclure cette explication dans le commentaire.

60. *Il en est ainsi décidé.*

La séance est suspendue à 15 h 45. Elle est reprise à 16 h 5.

Proposition de modification de la recommandation 109

61. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) note que la question de savoir ce qui arrive lorsqu'une obligation garantie prend fin est traitée dans les recommandations 69, 109 et 137. La recommandation 69 aborde les cas où le créancier garanti est tenu de faire radier son avis et énonce le droit reconnu au constituant à cet égard; la recommandation 109 traite de la restitution matérielle d'un bien grevé s'il se trouve en la possession du créancier garanti au moment de l'extinction de l'obligation; et la recommandation 137 prévoit les dispositions relatives à l'exécution, indiquant comment une sûreté réelle mobilière est éteinte. Dans les recommandations 69 et 109, il est simplement question d'une sûreté "éteinte du fait du paiement intégral ou pour une autre raison" et "éteinte du fait du complet paiement ou d'une autre manière". Cependant, la

troisième phrase de la recommandation 137 comprend aussi l'expression suivante: "[s]i tous les engagements de crédit ont pris fin". La délégation des États-Unis propose une modification légèrement différente de celle contenue dans le document A/CN.9/XL/CRP.10, à savoir l'ajout des mots "de la manière prévue dans la dernière phrase de la recommandation 137" après le mot "éteinte" dans les recommandations 69 et 109.

62. **M. Umarji** (Inde) se dit favorable à cette proposition de modification particulièrement applicable dans le contexte de la pratique bancaire consistant à octroyer des crédits permanents.

63. **M. Riffard** (France) ne s'oppose aucunement au contenu de la modification, mais dit que sa délégation préférerait modifier la recommandation 109 pour qu'elle soit libellée comme suit:

> "Le créancier garanti doit restituer un bien grevé en sa possession si, tous les engagements de crédit ayant pris fin, la sûreté réelle mobilière est éteinte du fait du complet paiement ou d'une autre manière."

64. **M. Deschamps** (Canada) dit que sa délégation est disposée à soutenir l'une ou l'autre modification.

65. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) indique que la modification proposée par le représentant de la France serait acceptable pour sa délégation à condition que la recommandation 69 soit également alignée sur la recommandation 137.

66. **La Présidente** dit qu'en l'absence d'objection, elle considérera que la Commission accepte d'adopter la modification proposée par le représentant de la France et de laisser au Secrétariat le soin d'assurer la cohérence entre ces trois recommandations.

67. *Il en est ainsi décidé.*

Proposition de modification de la recommandation 124 b)

68. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) dit que la proposition de modification de la recommandation 124 b) a pour objet de préciser, dans la version anglaise, que les mots "acquired from the transferor" désignent la sûreté et non les droits du bénéficiaire du transfert. Sa délégation propose donc de parler de la sûreté "constituée par l'auteur du transfert".

69. **M. Ginting** (Indonésie) se dit favorable à la modification proposée. Cependant, pour éviter toute erreur d'interprétation, il propose de restructurer comme suit la deuxième partie de la phrase: "le droit de recevoir le produit constitué par l'auteur du transfert ou par tout auteur d'un transfert antérieur en vertu de l'engagement de garantie indépendant".

70. **La Présidente** signale que le projet de guide définit dans la section "Terminologie" le terme figurant dans la version initiale de cet alinéa: "produit d'un engagement de garantie indépendant". Elle considère que la Commission souhaite adopter la modification proposée par la délégation des États-Unis.

71. *La modification proposée pour la recommandation 124 b) est adoptée.*

Proposition de modification de la recommandation 156

72. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) dit que sa délégation retire sa proposition figurant dans le document A/CN.9/XL/CRP.10 tendant à supprimer la recommandation 156, mais demeure préoccupée par les implications de cette recommandation. Les recommandations 153 à 155 décrivent le processus par lequel un créancier garanti propose d'acquérir les biens à titre d'exécution d'une obligation garantie. En outre, la recommandation 156 donne au constituant la possibilité de proposer au créancier garanti d'exercer cette voie de droit. Si le créancier garanti accepte, il est tenu de procéder comme prévu dans les recommandations 154 et 155. Cependant, on ne sait pas très bien si le constituant est, quant à lui, sous l'obligation de ne pas s'opposer aux conditions établies. M. Sigman propose d'énoncer clairement dans le commentaire les conséquences de la disposition prévue dans la recommandation 156.

73. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que le commentaire a été rédigé selon l'interprétation suivante: une fois que le constituant a demandé au créancier garanti de faire une proposition, ce dernier est tenu, en vertu de la recommandation 154, d'aviser toutes les parties mentionnées dans cette recommandation et, en vertu de la recommandation 155, tout destinataire de la proposition est en droit de s'opposer à cette proposition.

74. **M. Umarji** (Inde) estime que cette interprétation du Secrétariat est correcte. La seule question en suspens est de savoir si le constituant, ayant

officiellement fait une proposition, peut par la suite la retirer.

75. **M. Bazinas** (Secrétariat) estime que le constituant serait en droit de s'opposer aux conditions du créancier garanti si elles n'étaient pas raisonnables.

76. **M. Macdonald** (Canada) dit que cette question a été soulevée lorsque la recommandation 156 a été adoptée au cours de la première partie de la session. Selon lui, cette disposition a pour seul objet de permettre au constituant de prendre l'initiative. Il soutient la proposition de la délégation des États-Unis tendant à élucider les implications de la disposition dans le commentaire.

77. **La Présidente** considère que la Commission accepte de charger le Secrétariat de clarifier la situation dans le commentaire.

78. *Il en est ainsi décidé.*

Proposition de modification de la recommandation 165

79. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) dit que la modification que sa délégation propose d'apporter à la recommandation 165 vise à en aligner le libellé avec la définition du terme "cession" figurant dans la section "Terminologie", laquelle fait d'abord référence à la constitution par cession d'une sûreté réelle mobilière sur une créance et indique ensuite que le terme englobe aussi les transferts purs et simples de créances pour plus de commodité. La recommandation 165, dans sa rédaction actuelle, fait référence dans la première phrase à une "créance cédée par un transfert pur et simple" et dans la deuxième phrase à une "créance cédée à titre de garantie" sans qu'il ne soit question de sûreté. La délégation des États-Unis propose de remplacer ce segment de la deuxième phrase par les mots suivants: "créance cédée autrement que par un transfert pur et simple", même si, compte tenu de la définition, il aurait peut-être été plus approprié d'introduire une référence à une sûreté réelle mobilière.

80. **La Présidente** dit qu'en l'absence d'objection, elle considérera que la Commission approuve la modification proposée par la délégation des États-Unis.

81. *La modification proposée pour la recommandation 165 est adoptée.*

Proposition de modification de la recommandation 187

82. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) dit que la modification que sa délégation propose d'apporter à la recommandation 187 a pour objet de préciser qu'une sûreté réelle mobilière ne "grève" pas un bien à la hauteur de la valeur du bien. Il faudrait modifier le début de la deuxième phrase pour qu'elle soit libellée comme suit: "Le montant maximum qui peut être tiré de la réalisation de la sûreté est la valeur …".

83. **La Présidente** dit qu'en l'absence d'objection, elle considérera que la Commission approuve la modification proposée par la délégation des États-Unis. Elle prie le Secrétariat de rechercher dans le projet de guide toutes autres références à une sûreté réelle mobilière qui "grève" un bien et d'apporter les modifications nécessaires dans un souci de cohérence.

84. *La modification proposée pour la recommandation 187 est adoptée.*

Modification proposée pour la recommandation 188

85. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) appelle l'attention sur un écart entre la recommandation 186 qui emploie la formule suivante "a été conclu ou constaté par un écrit" et la recommandation 188, qui n'emploie que les mots suivants: "soit constaté conformément à la recommandation 186". Sa délégation propose de reprendre la formule de la recommandation 186 dans la recommandation 188.

86. **M. Macdonald** (Canada) signale que la recommandation 15 emploie la même formule que la recommandation 186.

87. **La Présidente** fait remarquer que dans les recommandations 15 et 186 il est question d'un accord alors que la recommandation 188 fait référence à un droit.

88. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) retire la proposition de sa délégation.

Proposition de modification de la recommandation 204

89. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) dit que la proposition de sa délégation tendant à restructurer la recommandation 204 a pour simple objet de préciser que la disposition déplacée: "à condition que ce bien parvienne dans l'État de sa destination finale dans un délai de [un délai bref à spécifier] jours à compter de la

date de la constitution de la sûreté" ne concerne que la deuxième option.

90. **M. Deschamps** (Canada) se dit favorable à la modification proposée.

91. **La Présidente** dit qu'en l'absence d'objection, elle considérera que la Commission approuve la modification proposée par la délégation des États-Unis.

92. *La modification proposée pour la recommandation 204 est adoptée.*

93. **La Présidente** note que la Commission achève ainsi son examen du document A/CN.9/XL/CRP.10 contenant des modifications proposées par la délégation des États-Unis.

94. **M. Riffard** (France) propose de charger le Secrétariat de revoir le projet de guide dans son ensemble afin d'en supprimer toutes redondances et de le rendre aussi concis et lisible que possible.

95. **M. Macdonald** (Canada) soutient cette proposition, notant que les redondances se trouvent principalement dans les paragraphes introductifs et ne concernent pas des questions de fond.

96. **M. Schöfisch** (Allemagne) estime qu'il pourrait être difficile pour le Secrétariat de déterminer avec certitude si ses modifications sont strictement rédactionnelles et sans incidence sur le fond.

97. **La Présidente** propose au Secrétariat de privilégier la prudence.

98. **M. Sekolec** (Secrétaire de la Commission) rassure la Commission en lui indiquant que les orientations que le Secrétariat a reçues suffisent pour lui permettre de s'acquitter de sa tâche de révision en toute confiance.

Recommandation 205: Proposition de l'observateur de la Commission européenne

99. **La Présidente** invite l'observateur de la Commission européenne à présenter sa proposition concernant la recommandation 205. Elle lui demande cependant de garder à l'esprit que la majorité des participants ne sont pas membres de l'Union européenne.

100. **M. Wezenbeek** (Observateur de la Commission européenne) dit que le chapitre XII du projet de guide concernant les conflits de lois pose problème à l'Union européenne, en particulier dans le contexte de sa proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I). Selon lui, la question n'est pas strictement européenne car il y a des implications potentielles pour l'industrie mondiale. La Commission européenne ne propose pas de modifier la recommandation 205 puisqu'elle a déjà été adoptée, mais de distribuer un texte faisant référence aux différentes possibilités dont l'industrie dispose et fait usage. La loi du lieu de la demande principale, par exemple, n'est pas mentionnée dans le commentaire du chapitre XII, bien qu'elle soit déjà appliquée avec succès, en particulier dans le secteur de la titrisation. Il serait dommage, également pour les pays en développement, que le projet de guide ne fasse pas mention de ces nouvelles possibilités.

101. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) dit que des consultations informelles ont commencé concernant le texte mentionné par l'observateur de la Commission européenne. Sa délégation serait très réticente à développer le contenu de la recommandation 205, mais ne s'opposerait pas à l'inclusion dans le commentaire du chapitre XII de références pertinentes aux questions soulevées.

La séance est levée à 17 heures.

Compte rendu analytique de la 861e séance tenue au Centre international de Vienne, le jeudi 13 décembre 2007, à 9 h 30

[A/CN.9/SR.861]

Présidente: Mme Sabo (Canada)

La séance est ouverte à 9 h 40.

Adoption d'un projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties et travaux futurs possibles (A/CN.9/617, 620, 631 et Add. 1-11, et 637 et Add.1-8; A/CN.9/XL/CRP.10 et 11 et Add.1) (*suite*)

*Recommandation 205: Proposition de l'Observateur pour la Commission européenne (*suite*)*

1. **La Présidente** invite la Commission à reprendre l'examen de la proposition faite par l'Observateur pour la Commission européenne.

2. **Mme Perkins** (Royaume-Uni) dit que sa délégation est très préoccupée par le libellé actuel de la recommandation 205 car il va bien au-delà du projet de règlement de l'Union européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I). La recommandation 205 prévoit que la loi applicable à la création d'une sûreté est celle de l'État où est situé le constituant. Selon elle, cette question a été réglée dans le cadre du droit communautaire par la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

3. Sa délégation s'est à maintes reprises déclarée préoccupée par les incidences qu'aurait cette recommandation sur les contrats financiers qui n'auraient pas été exclus du champ d'application du projet de Guide, les contrats financiers non régis par des conventions de compensation, les opérations au comptant et certaines opérations à terme sur marchandises, ainsi que la cession de positions dans le cadre de ces opérations. En outre, certains instruments dérivés sur actions et options sur obligations négociés de gré à gré peuvent ne pas être garantis par des conventions de compensation, par exemple parce qu'il s'agit d'anciennes conventions, parce qu'il y a eu une omission ou en raison de pressions liées à la rapidité des négociations. Rien n'indique, par ailleurs, que les créances nées de contrats d'assurance ont été exclues du champ d'application du projet de Guide. Comme les bénéficiaires de polices d'assurance peuvent être des personnes physiques, des navires ou des entreprises mobiles, il est extrêmement courant que la situation du constituant change fréquemment. La recommandation 205 ne convient pas comme règle de conflit de lois, que ce soit pour les opérations de titrisation, les titres résidentiels ou commerciaux adossés à des créances hypothécaires, ou les obligations structurées adossées à des dettes, à des obligations et à des crédits.

4. Sa délégation, tout en appréciant l'importante contribution que la recommandation 205 pourrait apporter s'agissant de certaines pratiques financières, a plusieurs propositions concernant un libellé additionnel qui offrirait une certaine souplesse aux États qui souhaiteraient appliquer une règle de conflit de lois différente aux marchés et secteurs clefs qu'elle a mentionnés. Une option débattue lors de consultations informelles tenues avec d'autres délégations consiste à prévoir deux alternatives, A et B, de façon que les États puissent appliquer la recommandation 205 soit telle que libellée actuellement, soit comme étant la règle fondamentale assortie d'une exception pour les cas où l'actif incorporel sous-jacent est né d'un contrat. Dans l'éventualité où cette solution serait jugée trop radicale, sa délégation est disposée à introduire le mot "normalement" dans la phrase d'ouverture de la recommandation 205, qui serait alors libellée comme suit: "La loi devrait normalement prévoir que …". Le commentaire expliquerait alors que certains marchés financiers clefs et certaines pratiques financières intermédiaires sont insuffisamment desservis par la règle énoncée dans la recommandation 205.

5. **Mme Gibbons** (Royaume-Uni) dit qu'elle est à la fois conseiller du Gouvernement britannique et associé d'un cabinet d'avocats chargé, entre autres activités, de formuler des avis juridiques sur des opérations de titrisation.

6. Notant que la sécurité juridique est l'un des principaux objectifs du projet de Guide, elle dit que si une règle telle que celle contenue dans la recommandation 205 devait être appliquée sans qu'il soit prévu de dérogation, cette règle compromettrait la sécurité juridique du marché de la titrisation. L'une des principales caractéristiques des opérations de titrisation, qui sont aujourd'hui un phénomène international qui ne se cantonne plus, loin s'en faut, au marché londonien, est que les agences de notation ont besoin d'une certaine sécurité juridique, que l'on détermine en évaluant les risques commerciaux inhérents à l'opération et en sollicitant des avis juridiques.

7. Par exemple, un initiateur dont le "centre des intérêts principaux" est, en vertu du Règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité, situé en France peut également contracter avec des constituants situés en Allemagne et en Espagne. Le bénéfice de ces contrats peut être cédé par l'entreprise initiatrice sous la forme d'un transfert pur et simple vers une structure ad hoc qui pourra, à son tour, céder son droit sur les contrats à un fonds de valeurs. Les deux cessions seraient visées par les dispositions du projet de Guide. Dans la pratique actuelle, ces cessions seraient régies par le droit du contrat sous-jacent, c'est-à-dire par le droit français. En vertu de la recommandation 205, cependant, il faudrait déterminer le lieu de situation actuel du constituant, ce qui n'est pas toujours évident. De nombreuses entreprises ont des succursales dans un grand nombre de pays différents et le lieu de résidence d'un constituant peut changer. Chaque fois qu'un initiateur émet des titres, il faudra obtenir de nouveaux avis juridiques pour établir son lieu de situation et il sera extrêmement difficile de présenter aux agences de notation une évaluation fiable des risques juridiques encourus.

8. **M. Deschamps** (Canada) note que la titrisation a souvent été citée, il y a quelques années, comme un secteur qui a bénéficié de la règle du lieu de situation du cédant énoncée par la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (Convention des Nations Unies sur la cession). Son entreprise a récemment été consultée par un cabinet international d'avocats à propos d'une opération de titrisation dont l'initiateur a son centre d'intérêts principaux en France et des clients dans dix autres pays, y compris le Canada. L'avocat du cabinet a jugé malheureux le fait que la France n'applique pas la même règle de conflit de lois que le Canada, à savoir la règle du lieu de situation du cédant.

9. **M. Umarji** (Inde) dit qu'en cas de défaillance d'un emprunteur et de recouvrement d'un prêt, on ne peut exiger du constituant qu'il se déplace d'un État à l'autre au gré des actions en recouvrement. Il faut également protéger les droits du constituant. Il est donc opposé à toute modification de la recommandation 205.

10. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) appuie l'opinion exprimée par les deux orateurs précédents. Des opérations de titrisation sont menées couramment dans les États qui appliquent la règle de conflit de lois énoncée dans la recommandation 205 sans encourir de risque systémique ou d'ennuis auprès des agences de notation. Aucune règle n'est parfaite, mais après de longues délibérations, la Commission a conclu que tout bien pesé, celle contenue dans la recommandation 205 est la meilleure qui soit. Elle fonctionnerait, par exemple, dans l'éventualité où l'on chercherait à obtenir un financement contre un lot de créances faisant intervenir des contrats régis par la loi de plusieurs pays différents. M. Smith sait que le critère de "centre des intérêts principaux" a suscité des différends en Europe, mais ajoute qu'en l'espèce, les problèmes traités étaient relativement inhabituels. Dans la plupart des opérations, on sait clairement où le constituant est situé et les documents de financement restreignent normalement la liberté qu'il a de changer de lieu de situation. Il appuie résolument la recommandation 205 car elle assure la sécurité juridique, limite le coût des opérations, contribue à la réalisation des objectifs du projet de Guide et est conforme à la Convention des Nations Unies sur la cession.

11. **M. Schöfisch** (Allemagne) dit que l'objet du projet de Guide est de conseiller et d'informer les États. La recommandation 205, malheureusement, omet de mentionner que certains États ont adopté des méthodes différentes, ce qu'on pourrait expliquer dans le commentaire. Les préoccupations exprimées par la délégation britannique soulignent l'utilité d'une telle clarification, qu'il faudrait formuler en termes neutres dans le texte de la recommandation.

12. **M. Kalns** (Lettonie) appuie la proposition faite par le représentant de l'Allemagne.

13. **La Présidente** fait observer que l'objet de la recommandation est de présenter la décision prise par

la Commission à propos de ce qu'elle juge être la meilleure solution et que celui du commentaire est de présenter les différentes options. Le Groupe de travail VI (Sûretés) et la Commission ont longuement examiné les questions soulevées par la délégation britannique et ont pris une décision en tenant pleinement compte des incidences de la règle contenue dans la recommandation 205. Comme cela a déjà été noté, la question a également été examinée lors des négociations de la Convention des Nations Unies sur la cession. La Commission ne peut pas maintenant revenir sur sa décision dans ces deux cas.

14. **M. Porreca** (Italie) appuie les observations et propositions faites par la délégation britannique. Même si la Commission a déjà pris une décision, il ne voit pas pourquoi elle ne ferait pas preuve, dans un domaine aussi complexe, d'une certaine souplesse pour tenir compte de toutes les préoccupations. Son principal objectif devrait être de favoriser l'utilisation la plus large possible du projet de Guide par les législateurs.

15. **M. Kohn** (Observateur pour la Commercial Finance Association) dit que l'un des objectifs du projet de Guide est de limiter le coût des opérations, qui peut rendre le financement excessivement onéreux. Ce coût étant particulièrement élevé dans les opérations de titrisation, la règle contenue dans la recommandation 205 aidera de nombreuses entreprises à accéder au crédit garanti. Il avance que dans l'immense majorité des cas, il est aisé de déterminer le lieu de situation du constituant. En revanche, lorsque le lot de créances fait intervenir des clients situés dans plusieurs États, la détermination de la loi applicable peut prendre du temps. Souvent, les documents qui donnent naissance à la créance ne mentionnent pas explicitement la loi applicable et d'importants efforts sont requis pour déterminer quelle est cette loi et ce qu'elle stipule en ce qui concerne la création, l'efficacité et la priorité d'une sûreté.

16. **M. Markus** (Suisse) estime, comme la Présidente, qu'il serait inapproprié de revenir sur la décision prise par la Commission au sujet de la recommandation 205. En revanche, au vu des préoccupations exprimées, il propose d'introduire une certaine souplesse dans le commentaire en énonçant des options qui pourraient être considérées comme le meilleur second choix. En outre, pour renforcer la sécurité juridique face à d'éventuels changements de lieu de situation du constituant, il propose d'évoquer, dans le commentaire, la possibilité de fixer une date qui serait décisive pour déterminer ce lieu.

17. **M. Voulgaris** (Grèce) et **M. Riffard** (France) appuient la proposition faite par le représentant de la Suisse.

18. **Mme Kaller** (Autriche), **Mme Kolibabska** (Pologne), **Mme Gavrilescu** (Observateur pour la Roumanie) et **M. Urminský** (Observateur pour la Slovaquie) appuient la position exprimée par la délégation britannique et les orateurs qui ont appelé à introduire, dans le projet de Guide, une souplesse qui permettrait au plus grand nombre possible d'États de l'appliquer.

19. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que le commentaire, dans sa rédaction actuelle, cherche à refléter les méthodes adoptées par différents États et peut être développé si la Commission le souhaite.

20. Il fait observer que les conventions élaborées par la CNUDCI sont des projets de convention qui sont présentés pour adoption à des conférences diplomatiques ou à l'Assemblée générale. Une fois adopté par l'un ou l'autre de ces organes, l'instrument ne peut être modifié qu'en respectant la règle énoncée dans le texte. Aux termes de la Convention des Nations Unies sur la cession, un tiers des États contractants peut demander qu'une conférence diplomatique révise ou modifie la Convention. La Commission, organe subsidiaire de l'Assemblée générale, ne peut éluder la procédure de modification ou de révision en modifiant la politique générale par une loi type, un guide ou une recommandation.

21. D'après les praticiens de nombreuses parties du monde, les avantages de la règle énoncée dans la recommandation 205 se font principalement sentir dans le contexte du financement par cession de créances. Lors d'une cession globale, l'une des principales préoccupations est l'insolvabilité du cédant. Cette considération a fortement influencé la décision qu'ont prise la Commission et l'Assemblée générale de recommander que la loi applicable soit celle du lieu de situation le plus probable de la procédure principale d'insolvabilité pour ce qui est du cédant, du constituant ou de l'emprunteur, ce qui permet de faire en sorte que ce soit la même loi qui régisse la priorité et le classement des créances.

22. **La Présidente** dit qu'il faut tenter de répondre à toutes les préoccupations dans le cadre des contraintes imposées à la Commission. Elle a, cependant, assisté à la négociation de la Convention des Nations Unies sur la cession et à la rédaction, par le Groupe de travail VI, du projet de Guide et n'a entendu, à la présente réunion, aucun argument nouveau de l'un ou de l'autre bord. Même si certaines pratiques financières ont pris de l'importance ces dernières années, le raisonnement fondamental qui a abouti aux décisions reste inchangé. Dans ce contexte, elle invite la Commission à étudier comment la proposition utile de la délégation suisse pourrait être prise en compte dans le commentaire.

23. **M. Wezenbeek** (Observateur pour la Commission européenne) dit que la Commission européenne s'est vu demander de réaliser une étude d'impact sur la question qui fait l'objet du débat et d'en présenter les conclusions au Conseil européen dans deux ans. Les États membres de l'Union européenne ont examiné le chapitre XII du projet de Guide et ont préconisé de le mettre en attente. M. Wezenbeek, quant à lui, estime que cette requête serait inappropriée et ne rendrait pas justice au remarquable travail que la Commission a accompli à ce jour. Néanmoins, certains représentants du secteur financier européen sont mécontents de la règle énoncée dans la recommandation 205 et un seul État membre a signé la Convention des Nations Unies sur la cession. Il serait par conséquent malheureux qu'on ne puisse pas envisager d'apporter à la recommandation une modification mineure en insérant, par exemple, le mot "normalement" comme le propose la délégation britannique, puis en développant le commentaire pour décrire d'autres pratiques.

24. **Mme McCreath** (Royaume-Uni) dit que sa délégation ne considère pas sa proposition comme une modification formelle, mais plutôt comme une indication de l'existence d'autres pratiques. Elle note que le projet de Guide développe la définition d'un contrat financier que donne la Convention des Nations Unies sur la cession afin de clarifier ce qui se passe normalement sur les marchés financiers.

25. **Mme Gibbons** (Royaume-Uni) dit que dans le secteur de la titrisation, il faut, dans tous les cas qui font intervenir plusieurs constituants de taille importante situés dans différents États, examiner la force exécutoire des contrats dans l'État des constituants afin d'informer les agences de notation des risques encourus. La règle énoncée dans la recommandation 205 n'empêche pas qu'il faille connaître les règles qui régissent les constituants en vertu des contrats qu'ils ont conclus avec l'initiateur et de l'État dans lequel ils sont situés. Elle ne fait qu'introduire une juridiction supplémentaire à étudier. En outre, il n'est pas toujours aisé de déterminer le centre des intérêts principaux d'une entreprise et d'émettre un avis juridique sur ce point. Les mesures à prendre à cet effet peuvent se révéler très coûteuses.

26. **Mme Perkins** (Royaume-Uni) dit que le commentaire ne répond pas aux préoccupations exprimées par sa délégation en ce qui concerne la loi applicable car il mentionne la loi du lieu de résidence du constituant et la *lex situs* de l'actif incorporel, mais pas la loi stipulée dans le contrat qui a créé cet actif, c'est-à-dire la loi de la créance.

27. Elle se demande si la création de sûretés dans les contrats d'assurance maritime a été examinée lors des négociations de la Convention des Nations Unies sur la cession. La pratique courante consistant à céder de façon répétée une police d'assurance relative à un navire et à son chargement a suscité à ce propos une jurisprudence considérable au Royaume-Uni. Des juges anglais l'ont informée que la règle contenue dans la recommandation 205 ne s'applique pas dans ces cas.

28. Il n'existe clairement, au sein de la Commission, aucun consensus sur le fait que l'on puisse dire d'une règle qu'elle est la meilleure pour tous les États et en toute circonstance. Une règle sera la meilleure dans un grand nombre de situations, mais une autre pourra mieux convenir à d'autres types d'opérations garanties. Elle estime que la proposition faite par sa délégation d'ajouter un mot unique à la recommandation et d'expliquer différentes options dans le commentaire n'est pas excessive.

29. **M. Deschamps** (Canada) dit que sa délégation convient que le commentaire devrait être plus détaillé et développer les différentes options, en présentant la loi qui régit la créance comme une alternative à la *lex situs*.

30. En ce qui concerne la recommandation 205, la délégation britannique a proposé d'exclure les cas où l'actif incorporel sous-jacent naît d'un contrat ou, si cela est trop radical, d'insérer le mot "normalement" dans la phrase liminaire. Dans l'éventualité où l'on exclurait ce type d'actif, cependant, on pourrait tout aussi bien, dans le projet de Guide, omettre la

recommandation 205 car les contrats, titres et autres instruments financiers en sont déjà exclus. M. Deschamps prie instamment les délégations qui préconisent de remplacer la règle du lieu de situation du constituant par une autre fondée sur la loi qui régit la créance de peser les avantages et les inconvénients des deux règles pour ce qui est non seulement de la cession d'une créance spécifique, mais aussi d'une cession globale, en particulier d'une cession incluant des créances futures. Si l'on ne connaît pas la priorité du cessionnaire vis-à-vis de créances futures, ce qui risque d'être le cas si l'on adopte une règle fondée sur la loi qui régit la créance, il sera difficile de conseiller de manière avisée une agence de notation.

31. Le mot "normalement", trop vague pour figurer dans la recommandation elle-même, pourra cependant figurer dans le commentaire, qui pourra indiquer, par exemple, que la règle générale proposée dans la recommandation s'applique normalement aux situations dans lesquelles interviennent des créances commerciales.

32. **M. Umarji** (Inde) dit qu'on peut se demander si le projet de Guide couvre les polices d'assurance maritime et les créances nées de ces polices. Quoi qu'il en soit, ces créances occuperont une place très limitée pour ce qui est du champ d'application du projet de Guide.

33. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) appuie les observations faites par le représentant du Canada. Il émet cependant des réserves en ce qui concerne l'utilisation du mot "normalement" dans le commentaire car il ne serait pas souhaitable, par exemple, d'appliquer une règle de conflit de lois à un prêt et une autre à une opération de titrisation connexe. Pour déterminer la priorité, il est essentiel de n'avoir qu'une règle de conflit de lois.

34. Une règle fondée sur la loi qui régit la créance ira à l'encontre de l'objectif du projet de Guide qui consiste à inciter les nouvelles économies à améliorer leur législation relative aux opérations garanties. Les pays développés promulguent des lois complexes pour tenir compte des opérations de titrisation et quiconque mène une opération commerciale souhaitera clairement qu'elle soit régie par une telle loi plutôt que par la loi d'un pays en développement.

35. **La Présidente** dit qu'elle suppose, vu les fortes objections soulevées à une réouverture du débat sur la recommandation 205, que la Commission convient de répondre aux préoccupations exprimées par plusieurs de ses membres dans le commentaire.

36. *Il en est ainsi décidé.*

37. **Mme McCreath** (Royaume-Uni) demande que le rapport officiel de la session mentionne la position de sa délégation selon laquelle la recommandation 205 n'est pas la meilleure règle et sa préoccupation quant à l'impact néfaste que cette règle pourrait avoir sur les secteurs évoqués dans ses déclarations précédentes.

La séance est suspendue à 11 h 35 et reprend à 12 h 5.

38. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) lit le paragraphe suivant, point de départ possible pour l'élaboration du commentaire:

> "Certains pays ont une règle en matière de conflit de lois pour les biens meubles incorporels qui diffère de la règle figurant dans la recommandation 205. Ces pays visent les opérations sur les marchés des capitaux ou autres pour lesquels ils recherchent peut-être une plus grande sécurité juridique, en se fondant non sur la loi du lieu de situation du constituant mais sur la loi régissant le bien meuble incorporel. La règle qui se fonde sur cette dernière loi a l'avantage d'éviter le risque d'un changement ultérieur du lieu de situation du constituant, et d'offrir une règle de conflit de lois unique et stable pour les opérations impliquant des cessions successives de biens meubles incorporels entre des cédants situés dans des pays différents. Cette solution n'est pas aussi avantageuse pour la cession d'un ensemble de biens meubles incorporels pouvant être régis par les lois de différents pays. De plus, elle fait passer du risque d'un changement du lieu de situation du constituant au risque d'un changement de la loi régissant le bien meuble incorporel."

39. **M. Wezenbeek** (Observateur pour la Commission européenne) dit que les représentants des États Membres de l'Union européenne qui assistent à la session regrettent vivement la décision prise de ne pas rouvrir le débat sur la recommandation 205 malgré l'appui considérable qui avait été apporté à la proposition faite par la délégation britannique d'insérer le mot "normalement" dans la phrase liminaire de la

recommandation. Ces États demandent que leur position soit mentionnée dans le rapport.

40. La réponse préliminaire de ces délégations au texte proposé par le représentant des États-Unis est que les deux dernières phrases ne sont pas suffisamment factuelles et devraient être supprimées.

41. **La Présidente** fait observer que selon plusieurs délégations, l'insertion du mot "normalement" dans la recommandation aurait modifié, quant au fond, un texte déjà adopté par la Commission.

42. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) demande que le rapport indique également que d'autres délégations ont retiré plusieurs propositions d'amendement concernant des questions de fond qu'elles jugeaient importantes.

43. **M. Schöfisch** (Allemagne), se félicitant de la proposition faite de développer le commentaire pour inclure différentes options, dit préférer une démarche neutre qui s'abstiendrait d'énoncer qu'une option est meilleure qu'une autre.

44. **La Présidente** dit que la Commission a veillé, dans le projet de Guide, à ce que le commentaire présente toutes les options tout en expliquant pourquoi on recommande une option donnée. Lorsqu'il existe, en revanche, plusieurs options comme dans les recommandations relatives aux approches unitaire et non unitaire, elle a adopté une démarche plus neutre et équilibrée.

45. La Présidente suppose que la Commission souhaite charger le Secrétariat de rendre compte, dans le commentaire, des débats de la séance et de la teneur de la proposition faite par la délégation des États-Unis.

46. *Il en est ainsi décidé.*

Commentaire révisé du chapitre VII: Priorité d'une sûreté réelle mobilière (A/CN.9/637/Add.1)

47. **La Présidente**, notant que la Commission a approuvé, quant au fond, le commentaire initial du chapitre VII pendant la première partie de la session, demande si des membres ont des observations à faire sur la version révisée.

48. **Mme Walsh** (Canada) propose de préciser que les règles de priorité ont été conçues pour traiter des droits concurrents émanant tous du même constituant.

49. Elle propose en outre d'opérer une distinction plus claire entre les questions d'opposabilité aux tiers et celles de priorité et d'éviter, en général, toute répétition dans le commentaire.

50. *La Commission approuve, quant au fond, le commentaire révisé sous réserve de ces observations et de toutes modifications rédactionnelles qui en résulteraient.*

Commentaires révisés des chapitres VIII: Droits et obligations des parties; IX: Droits et obligations des tiers débiteurs; X: Réalisation d'une sûreté réelle mobilière; et XI: Financement d'acquisitions (A/CN.9/637/Add.7 à 5)

51. **La Présidente** note que la Commission a approuvé, quant au fond, les versions initiales des commentaires des chapitres VIII à XI pendant la première partie de la session. La Commission a également décidé, au début de la reprise de la session, d'inclure dans le commentaire les modifications apportées aux recommandations du chapitre XI.

52. *La Commission approuve, quant au fond, les commentaires révisés sous réserve de toutes modifications rédactionnelles qui en résulteraient.*

Commentaire révisé du chapitre XII: Conflit de lois (A/CN.9/637/Add.6)

53. **La Présidente** note que la Commission a approuvé, quant au fond, le commentaire initial du chapitre XII pendant la première partie de la session.

54. **Mme Perkins** (Royaume-Uni) dit que le commentaire révisé n'explique pas le rapport qui existe entre les recommandations 45, 205 et 217. Une incertitude se produit lorsqu'un cédant change de lieu de situation et que des règles de priorité différentes s'appliquent en vertu des lois des deux lieux. Aux termes de la recommandation 217, la loi du nouveau lieu de situation régirait l'opposabilité aux tiers et la priorité, mais cette règle exposerait indûment le premier cessionnaire. Aux termes de la recommandation 45, cependant, le cessionnaire bénéficie d'une brève période pendant laquelle il peut mettre fin à son exposition en opposant sa sûreté aux parties en vertu de la loi du nouveau lieu de situation du cédant. La procédure à appliquer pour lever l'incertitude est donc assez tortueuse. En outre, la

recommandation 45 risque de ne pas s'appliquer dans l'État du for.

55. **La Présidente** dit qu'elle suppose que le commentaire devrait expliquer le rapport qui existe entre les recommandations 45, 205 et 217, notamment pour expliquer comment la question du changement de lieu de situation du constituant est traitée dans le projet de Guide.

56. *La Commission approuve quant au fond le commentaire révisé sous réserve de cette décision et de toutes modifications rédactionnelles qui en résulteraient.*

La séance est levée à 12 h 35.

Compte rendu analytique de la 862e séance tenue au Centre international de Vienne, le jeudi 13 décembre 2007, à 14 heures

[A/CN.9/SR.862]

Présidence: Mme Sabo (Canada)

La séance est ouverte à 14 h 5.

Adoption d'un projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties et travaux futurs possibles (A/CN.9/617, A/CN.9/620, A/CN.9/631 et Add. 1 à 11, A/CN.9/637 et Add.1 à 8; A/CN.9/XL/CRP.10, et A/CN.9/XL/CRP.11 et Add.1) (*suite*)

Commentaires révisés du chapitre XIII: Transition; et du chapitre XIV: Insolvabilité (A/CN.9/637/Add.7 et 8)

1. **La Présidente** note que la Commission a approuvé quant au fond la version initiale des commentaires des chapitres XIII et XIV pendant la première partie de la session et qu'elle a décidé précédemment, au cours de la reprise de la session, de tenir compte dans le commentaire des modifications apportées aux recommandations du chapitre XIII.

2. *Les commentaires révisés sont adoptés quant au fond, sous réserve des modifications rédactionnelles éventuellement nécessaires.*

3. **La Présidente** dit que le débat sur le projet de guide prend ainsi fin. Elle rappelle que lorsque l'élaboration d'un projet de guide législatif sur les opérations garanties avait initialement été proposée, l'idée avait été accueillie avec un certain scepticisme. La Commission a néanmoins élaboré un document dont l'utilité pour les législateurs sera certainement reconnue. De nombreux points ont suscité de vifs débats, mais elle exhorte les membres à en faire abstraction et à considérer le projet de guide dans son ensemble, qui constitue une réalisation remarquable. Elle remercie chaleureusement tous ceux qui ont contribué au processus, en particulier le Secrétariat.

4. **M. Schneider** (Allemagne) exprime ses vifs remerciements à la Présidente et au Secrétariat au nom de la Commission.

Le débat consigné dans le compte rendu analytique prend fin à 14 h 15.

Compte rendu analytique (partiel) de la 863e séance tenue au Centre international de Vienne, le vendredi 14 décembre 2007, à 9 h 30

[A/CN.9/SR.863]

Présidence: Mme Sabo (Canada)

La séance est ouverte à 9 h 45.

Le débat consigné dans le compte rendu analytique commence à 11 h 35.

Adoption du rapport de la Commission (*suite*)

1. **La Présidente** invite le Rapporteur, M. Umarji (Inde), à présenter le projet de rapport de la Commission sur les travaux de la reprise de sa quarantième session.

2. **M. Umarji** (Inde), Rapporteur, dit que l'élaboration d'un guide législatif pouvant être appliqué par les nombreux systèmes juridiques différents dans le monde a été une tâche difficile. Il est convaincu que l'adoption de lois fondées sur les recommandations du projet de guide dans les années à venir contribuera de manière significative à l'harmonisation des pratiques commerciales internationales.

*Adoption du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties (A/CN.9/XL/CRP.9/Add.1 à 4) (*suite*)*

Projet de rapport concernant les chapitres IV à VI (A/CN.9/XL/CRP.9/Add.1 et 2)

1. Chapitre IV: Constitution d'une sûreté réelle mobilière (efficacité entre les parties): a) Recommandations (A/CN.9/637, recommandations 13 à 28) et b) Commentaire (A/CN.9/631/Add.1, par. 142 à 247)

3. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique), se référant au paragraphe 6 i) du document A/CN.9/XL/CRP.9/Add.1 concernant le commentaire du chapitre IV, propose d'insérer les mots "si une telle convention n'existait pas déjà" après les mots "convention écrite" pour préciser qu'une telle convention n'est pas nécessaire s'il en existe déjà une.

4. *Il en est ainsi décidé.*

5. **Mme McCreath** (Royaume-Uni) se réfère au texte figurant entre crochets après le paragraphe 16 du document A/CN.9/XL/CRP.9/Add.2, où il est proposé d'ajouter, au paragraphe 6 du document A/CN.9/XL/CRP.9/Add.1, un nouvel alinéa vi) indiquant que le paragraphe 196 devrait être modifié pour indiquer qu'une sûreté flottante est bien une sûreté réelle mobilière et qu'il faudrait examiner brièvement la différence entre une sûreté flottante et une sûreté classique. Elle demande que lors de la révision du paragraphe 196, le mot "so-called" soit également supprimé de la version anglaise, du fait de sa connotation négative.

6. *Il en est ainsi décidé.*

7. **M. Weise** (Observateur de l'American Bar Association), se référant au paragraphe 6 viii) concernant les raisons pour lesquelles des clauses d'incessibilité sont invalidées pour certains types de créances et maintenues pour d'autres, propose de remplacer le mot "upheld" par les mots "not invalidated" dans la version anglaise.

8. *Il en est ainsi décidé.*

9. *La section du projet de rapport concernant le chapitre IV, ainsi modifiée, est adoptée.*

2. Chapitre V: Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière: a) Recommandations (A/CN.9/637, recommandations 29 à 53) et b) Commentaire (A/CN.9/631/Add.2)

10. *La section du projet de rapport concernant le chapitre V est adoptée.*

3. Chapitre VI: Le système de registre: a) Recommandations (A/CN.9/637, recommandations 54 à 72)

11. **M. Weise** (Observateur de l'American Bar Association) propose d'insérer des chiffres romains en caractères minuscules dans le paragraphe 9 du

document A/CN.9/XL/CRP.9/Add.1, qui serait alors libellé comme suit:

> "…il a été noté que la recommandation 57 n'exigeait que les informations nécessaires aux tiers afin: i) d'éviter les éléments inutiles qui pourraient les déconcerter ou entraîner des erreurs susceptibles d'invalider les avis; ii) de normaliser les informations requises; et iii) de faire passer le message que, contrairement aux registres de la propriété immobilière, les registres des sûretés sur des biens meubles corporels n'exigeaient qu'un minimum d'informations."

12. *Il en est ainsi décidé.*

13. **M. Weise** (Observateur de l'American Bar Association) propose de modifier comme suit la deuxième phrase du paragraphe 16 du document A/CN.9/XL/CRP.9/Add.1 "…si la loi prescrivait une durée limite de l'inscription, celle-ci n'était pas affectée par une indication erronée".

14. *Il en est ainsi décidé.*

15. *Le document A/CN.9/XL/CRP.9/Add.1, ainsi modifié, est adopté.*

Projet de rapport concernant le chapitre VI (suite), l'introduction et les chapitres premier, II, X et XI (A/CN.9/XL/CRP.9/Add.2)

> *3. chapitre VI: Le système de registre:*
> *a) Recommandations (A/CN.9/637, recommandations 54 à 72) (suite) et*
> *b) Commentaire (A/CN.9/631/Add.3)*

16. **M. Weise** (Observateur de l'American Bar Association) propose de remplacer les mots "fiabilité du registre" figurant dans la deuxième phrase du paragraphe 3 du document A/CN.9/XL/CRP.9/Add.2 par les mots "efficacité du registre".

17. **Mme Walsh** (Canada) dit que, selon son interprétation, il est fait référence à la fiabilité des données du registre du point de vue d'un tiers qui effectue une recherche.

18. **M. Weise** (Observateur de l'American Bar Association) propose alors de parler de la "possibilité de se fier à une recherche effectuée dans le registre".

19. **M. Riffard** (France) propose de couvrir tous les cas de figure en employant la formule "la fiabilité et l'efficacité du registre".

20. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) exprime la crainte qu'un emploi peu rigoureux du terme "efficacité" dans le projet de rapport n'entraîne des erreurs d'interprétation.

21. **La Présidente** considère que la Commission préfère que le libellé reste inchangé.

22. *Il en est ainsi décidé.*

23. **M. Weise** (Observateur de l'American Bar Association) propose d'insérer, dans la version anglaise, le mot "in effect" avant le mot "involved" dans la troisième phrase du paragraphe 6 du document A/CN.9/XL/CRP.9/Add.2 parce que le constituant initial conservait son nom, mais le nouveau propriétaire du bien grevé devenait en fait le constituant.

24. *Il en est ainsi décidé.*

25. *La section du projet de rapport concernant le chapitre VI, ainsi modifiée, est adoptée.*

> *4. Réorganisation de l'introduction, du chapitre premier (Principaux objectifs) et de la section C du chapitre II (Champ d'application et autres règles générales) (A/CN.9/631/Add.1, par. 1 à 12, 20 à 31 et 55 à 57; A/CN.9/637, par. 1 à 6; A/CN.9/XL/CRP.11/Add.1*)
>
> *5. Chapitre II: Champ d'application et autres règles générales; et chapitre III: Approches fondamentales en matière de sûretés:*
> *a) Recommandations (A/CN.9/637, recommandations 2 à 12) et b) Commentaire (A/CN.9/631/Add.1, par. 23 à 56 et 78 à 141)*

26. **M. Macdonald** (Canada) propose de modifier le paragraphe 14 iv) du document A/CN.9/XL/CRP.9/Add.2 afin qu'il se lise comme suit: "La section D devrait comprendre les recommandations 2 à 12 du document A/CN.9/637, ordonnées conformément aux alinéas i) à iii)."

27. *Il en est ainsi décidé.*

28. *La section du projet de rapport concernant la réorganisation de l'introduction, du chapitre premier et de la section C du chapitre II ainsi que la section concernant le chapitre II sont adoptées, telles qu'elles ont été modifiées.*

6. Chapitre X: Réalisation d'une sûreté réelle mobilière: a) Recommandations (A/CN.9/637, recommandations 128 à 173) et b) Commentaire (A/CN.9/637/Add.4)

7. Chapitre XI: Financement d'acquisitions: a) Recommandations (A/CN.9/637, recommandations 174 à 199) et b) Commentaire (A/CN.9/631/Add.5)

29. **La Présidente** note que le document A/CN.9/XL/CRP.9/Add.2 ne contient qu'une partie du projet de rapport concernant le chapitre X.

30. *La section du projet de rapport concernant le chapitre XI est adoptée.*

31. *Le document A/CN.9/XL/CRP.9/Add.2, tel qu'il a été modifié, est adopté.*

*Projet de rapport concernant le chapitre X (*suite*), les chapitres XII à XIV et les propositions de révision de la terminologie et des recommandations figurant dans le document A/CN.9/XL/CRP.10 (A/CN.9/XL/CRP.9/Add.3)*

32. *La section du projet de rapport concernant le chapitre X est adoptée.*

8. Chapitre XII: Conflit de lois: a) Recommandations (A/CN.9/637, recommandations 200 à 224) et b) Commentaire (A/CN.9/631/Add.6)

9. Chapitre XIII: Transition: a) Recommandations (A/CN.9/637, recommandations 225 à 241) et b) Commentaire (A/CN.9/631/Add.7)

33. *Les sections du projet de rapport concernant les chapitres XII et XIII sont adoptées.*

10. Chapitre XIV: Insolvabilité: a) Recommandations (A/CN.9/637, recommandations 232 à 239) et b) Commentaire (A/CN.9/631/Add.8)

34. **Mme McCreath** (Royaume-Uni) attire l'attention sur le paragraphe 21 du document A/CN.9/XL/CRP.9/Add.3 selon lequel il a été convenu que le commentaire devrait expliquer que le terme "contrat financier" était défini à la fois dans le projet de guide et dans le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité conformément à l'article 5, alinéa k) de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international. Elle propose de préciser à la fin de ce paragraphe que cette définition figure dans le projet de guide à l'alinéa q) de la section "Terminologie".

35. **La Présidente** signale qu'il a été décidé de supprimer la numérotation alphabétique précédant les définitions, mais que l'emplacement de la définition pourrait sans doute être indiqué d'une autre manière. En l'absence d'objection, elle considèrera que la Commission souhaite adopter la modification proposée.

36. *Il en est ainsi décidé.*

37. *La section du projet de rapport concernant le chapitre XIV, ainsi modifiée, est adoptée.*

11. Propositions de révision de la terminologie et des recommandations figurant dans le document A/CN.9/XL/CRP.10.

38. **M. Sigman** (États-Unis d'Amérique) propose d'insérer le mot "opposable" après les mots "prenait le bien grevé de la sûreté" dans la deuxième phrase du paragraphe 30 du document A/CN.9/XL/CRP.9/Add.3.

39. *Il en est ainsi décidé.*

40. *La section du projet de rapport concernant les propositions de révision de la terminologie et des recommandations figurant dans le document A/CN.9/XL/CRP.10 est adoptée.*

41. *Le document A/CN.9/XL/CRP.9/Add.3, tel qu'il a été modifié, est adopté.*

Le débat consigné dans le compte rendu analytique prend fin à 12 h 20.

Compte rendu analytique (partiel) de la 864e séance tenue au Centre international de Vienne, le vendredi 14 décembre 2007, à 14 heures

[A/CN.9/SR.864]

Présidente: Mme Sabo (Canada)

La séance est ouverte à 14 h 10.

Adoption du rapport de la Commission (*suite*)

*Adoption d'un projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties (A/CN.9/XL/CRP.9/ Add.1 à 4) (*suite*)*

Projet de rapport sur la recommandation 205, les commentaires des chapitres VII à IX, et XII et de la décision prise par la Commission d'adopter le projet de guide (A/CN.9/XL/CRP.9/Add.4).

12. Recommandation 205

1. **La Présidente** invite la Commission à reprendre l'examen du projet de rapport sur le projet de guide. Les cinq premiers paragraphes du document A/CN.9/XL/CRP.9/Add.4 portent sur le débat de la Commission concernant la recommandation 205.

2. **M. Schöfisch** (Allemagne) propose de remplacer le mot "on" par "un groupe d'États" dans la première phrase du paragraphe 1.

3. **M. Riffard** (France) dit que le mot "groupe" pourrait être compris comme visant un groupe structuré. Il propose de remplacer "on" par "un certain nombre d'États".

4. *Il en est ainsi décidé.*

5. **M. Bazinas** (Secrétariat) suggère que, à la lumière de la modification qui vient d'être adoptée, la dernière phrase du paragraphe soit remplacée par les trois phrases suivantes:

> "Pour dissiper cette crainte, plusieurs suggestions ont été faites. Une est de modifier la recommandation 205 pour avoir une plus grande souplesse, en indiquant que d'autres approches étaient possibles (par l'ajout, par exemple, du mot 'principalement' après les mots 'la loi devrait ...'. Une autre est que le commentaire devrait expliquer plus en détail les avantages d'une approche fondée sur la loi régissant la créance".

6. **Mme McCreath** (Royaume-Uni) propose de remplacer le mot entre crochets "principalement" par le mot "habituellement".

7. **La Présidente** dit que, s'il n'y a pas d'objection, elle considère que la Commission souhaite adopter le texte suggéré par le Secrétariat tel qu'il a été modifié par la représentante du Royaume-Uni.

8. *Il en est ainsi décidé.*

9. **M. Weise** (Observateur de l'American Bar Association) suggère l'ajout, dans l'avant-dernière phrase de paragraphe 2, des mots "qui procède à l'inscription" après les mots "le créancier garanti (cessionnaire)".

10. **M. Bazinas** (Secrétariat) fait remarquer que la deuxième partie de la phrase fait référence au respect des conditions de l'opposabilité parce que le créancier garanti pourrait ne pas savoir que l'inscription est un mode d'opposabilité dans l'État du nouveau lieu de situation du constituant. Il suggère donc d'insérer les mots "qui respecte les conditions de l'opposabilité" au lieu de "qui procède à l'inscription".

11. **La Présidente** dit qu'elle considère que la Commission souhaite adopter les modifications suggérées telles que revues par la Secrétariat.

12. *Il en est ainsi décidé.*

13. **M. Smith** (États-Unis d'Amérique) propose d'insérer les mots "dans le commentaire" après "développer davantage" dans la première phrase du paragraphe 3.

14. *Il en est ainsi décidé.*

15. **M. Schöfisch** (Allemagne) propose d'insérer les deux phrases suivantes après la dernière phrase du paragraphe 3: "Une délégation a proposé de supprimer ces phrases. Une autre a suggéré que le commentaire

donne une explication neutre". M. Schöfisch propose en outre de remplacer dans la dernière phrase, la proposition "Il a été répondu qu'" par "Il a été noté qu'".

16. *Il en est ainsi décidé.*

17. **M. Weise** (Observateur de l'American Bar Association) suggère d'insérer les mots "pour ce qui est des créances futures" à la fin de la troisième phrase du paragraphe 4.

18. **La Présidente** dit que, s'il n'y a pas d'objection, elle considère que la Commission souhaite adopter la modification suggérée.

19. *Il en est ainsi décidé.*

20. **Mme McCreath** (Royaume-Uni) propose de remplacer la proposition introductive de la première phrase du paragraphe 5, actuellement libellée comme suit "à l'issue de la discussion, la Commission a décidé que la recommandation 205 ne devrait pas être modifiée" par "la Commission a décidé que la recommandation 205 ne pouvait pas être modifiée à un stade aussi avancé".

21. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) dit qu'il n'y a manifestement pas eu de consensus sur la modification proposée de la recommandation 205. Il serait donc inexact de donner l'impression que la Commission avait décidé de ne pas statuer par consensus parce que la recommandation avait déjà été adoptée.

22. **M. Ghia** (Italie) se dit favorable à la modification proposée par la délégation du Royaume-Uni.

23. **La Présidente** fait remarquer que le raisonnement qui a conduit à la décision de la Commission est énoncé aux paragraphes 3 et 4.

24. **M. Bazinas** (Secrétariat) dit que le paragraphe 3 décrit le large soutien qui a été exprimé en faveur de l'idée de développer davantage l'approche fondée sur la loi régissant la créance. Le paragraphe 4 énonce les raisons avancées par ceux qui se sont opposés à toute modification de la recommandation, par exemple le fait qu'elle avait déjà été adoptée et qu'elle était conforme à une règle de la Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international, ainsi que d'autres arguments de fond.

25. **M. Schöfisch** (Allemagne) dit que, selon lui, une large majorité s'est déclarée favorable à la révision de la recommandation 205, quasiment tous les États membres de l'Union européenne ayant appuyé la modification proposée par la délégation du Royaume-Uni. Bien que la décision de la Présidente de ne procéder à aucun changement ait été acceptée, il n'y pas eu d'accord sur le fait que la règle énoncée dans la recommandation 205 est solide. M. Schöfisch appuie donc la modification du projet de rapport proposée par le représentant du Royaume-Uni.

26. **M. Riffard** (France) fait remarquer que la Commission s'est prononcée contre la réouverture du débat sur la recommandation 205 et contre sa modification en l'absence de consensus. De fait, plusieurs délégations ont fait des objections formelles à toute modification.

27. **Mme McCreath** (Royaume-Uni) dit que, selon elle, il y a eu un large consensus en faveur de la modification. Cependant, elle est disposée à accepter une formulation alternative qui explique avec davantage de précisions les raisons pour lesquelles la recommandation est restée inchangée.

28. **M. Pinto Ribeiro** (Observateur du Portugal) dit qu'il partage l'avis du représentant de l'Allemagne. Il suggère de modifier la phrase introductive du paragraphe 5 comme suit: "À l'issue de la discussion, il a été décidé que la Commission n'était pas parvenue à un consensus sur la réouverture du débat concernant la recommandation 205".

29. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) et **M. Patch** (Australie) disent qu'ils acceptent volontiers d'appuyer la modification suggérée par l'Observateur du Portugal.

30. **M. Schöfisch** (Allemagne) et Mme McCreath (Royaume-Uni) expriment une préférence pour la formulation suivante: "À l'issue de la discussion, il a été décidé que la recommandation 205 ne devrait pas donner lieu à la réouverture d'un débat".

31. **M. Pinto Ribeiro** (Observateur du Portugal) dit qu'il pourrait également appuyer cette proposition.

32. **M. Marca Paco** (Bolivie) fait remarquer qu'un certain nombre de délégations ont en fait rouvert le débat sur la recommandation 205. Selon lui, la première phrase du paragraphe 5 devrait rester inchangée.

33. **M. Burman** (États-Unis d'Amérique) se déclare favorable à la formulation proposée par les représentants de l'Allemagne et du Royaume-Uni.

34. **La Présidente** dit que, s'il n'y a pas d'objection, elle considère que la Commission convient d'adopter la modification proposée par les représentants de l'Allemagne et du Royaume-Uni.

35. *Il en est ainsi décidé.*

36. *La section du projet de rapport sur la recommandation 205, telle que modifiée, est adoptée.*

13. Commentaires des chapitres VII à IX et XII

37. *La section du projet de rapport qui porte sur les commentaires des chapitres VII à IX et XII est adoptée.*

14. Décision prise par la Commission d'adopter le projet de guide

38. **M. Schöfisch** (Allemagne) propose l'ajout d'un alinéa au préambule pour exprimer les remerciements de la Commission à la Présidente et au Secrétariat pour leur travail.

39. *Il en est ainsi décidé.*

40. *La section du projet de rapport qui porte sur la décision prise par la Commission d'adopter le projet de guide, telle que modifiée, est adoptée.*

41. *Le document A/CN.9/XL/CRP.9/Add.4, tel que modifié, est adopté.*

42. *La partie du rapport de la Commission qui porte sur l'adoption dans son ensemble d'un projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, telle que modifiée, est adoptée.*

Le débat correspondant au compte rendu analytique prend fin à 14 h 55.

II. BIBLIOGRAPHIE DES ÉCRITS RÉCENTS AYANT TRAIT AUX TRAVAUX DE LA CNUDCI* □ NOTE DU SECRÉTARIAT

(A/CN.9/625) [Original: anglais]

TABLE DES MATIÈRES

I. Références générales . . . . . .

II. Vente internationale de marchandises . . . . . .

III. Arbitrage commercial international et conciliation . . . . . .

IV. Transport international . . . . . .

V. Paiements internationaux (y compris garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by) . . . .

VI. Commerce électronique . . . . . .

VII. Sûretés (y compris financements par cession de créances) . . . . . .

VIII. Passation des marchés . . . . . .

IX. Insolvabilité . . . . . .

X. Contrats internationaux de construction . . . . . .

XI. Échanges internationaux compensés . . . . . .

XII. Projets d'infrastructure à financement privé . . . . . .

Annexe

Textes juridiques de la CNUDCI . . . . . .

---

* La jurisprudence concernant les textes de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CLOUT) et les références bibliographiques connexes sont publiées dans la série A/CN.9/SER.C/-.

I. Références générales

Ávila de la Torre A. Lecciones de derecho de los contratos en el comercio internacional. Salamanque, Ratio Legis, 2006, 277 pages.

Carr I. International trade law. Troisième édition. Londres, Cavendish publishing, 2005, xc, 702 pages.

Dalhuisen J. H. Legal orders and their manifestation: the operation of the international commercial and financial legal order and its lex mercatoria. *Berkeley journal of international law* (Berkeley, Californie) 24:129-191, 2006.

Erkens S. *et al.* The Willem C. Vis international commercial arbitration moot 2002-2003. *International trade & business law annual* (Coogee, Australie) 8:311-425, 2006.

Estrella Faria J. A. Relationship between formulating agencies in international legal harmonization: competition, cooperation or peaceful coexistence? A few remarks on the experience of UNCITRAL. *Loyola law review* (Nouvelle-Orléans, Louisiane) 51:253-285, 2005.

Gabriel H. D. Universalism and tradition: the use of non-binding principles in international commercial law.

In Liber memorialis Petar Šarčević. Universalism, tradition and the individual. V. Tomljenovic, J.A. Erauw, P. Volken, *eds.*, Munich, Sellier European law publishers, 2006, p. 471-482.

Girsberger D. Internationale Schiedsgerichtsbarkeit: Ausbildung durch Moot Courts. *In* Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung. Festschrift für Franz Kellerhals. M. Jametti Greiner, B. Berger, A. Güngerich, *eds.*, Berne, Stämpfli Verlag, 2005, p. 23-33.

En allemand. Titre en français: Arbitrage commercial international: Formation au moyen de tribunaux-écoles.

Graves J. *et* S. Vaughan. The Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot: making the most of an extraordinary educational opportunity. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 10:2:173-206, 2006.

Kieninger E.-M., *ed.* Denationalisierung des Privatrechts? Symposium anlässlich des 70. Geburtstages von Karl Kreuzer. Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, xvi, 91 pages.

En allemand. Titre en français: Dénationalisation du droit privé? Symposium à l'occasion du soixante-dixième anniversaire de Karl Kreuzer.

Kronke H., W. Melis *et* A. K. Schnyder, *eds*. Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht. Cologne, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2005, xxxiv, 2212 pages.

En allemand. Titre en français: Manuel de droit commercial international.

Lannan, K. The year in review: the work of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) from 2004 to 2005. *DeCITA; derecho*

del comercio internacional, temas y actualidades (Buenos Aires) 5-6:619-626, 2006.

Leben C., E. Loquin et M. Salem. Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20e siècle: à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI: mélanges en l'honneur de Philippe Kahn. Paris – Dijon, Litec – CREDIMI, 2000, xxii, 728 pages.

Marquis L. International uniform commercial law: towards a progressive consciousness. Aldershot (Angleterre), Ashgate, 2005, viii, 264 pages.

Sierralta Ríos A. Contratos de comercio internacional. Quatrième édition. Lima, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, xxv, 465 pages.

II. Vente internationale de marchandises

Bach I. *et* C. Stieber. Die beiderseitig verursachte Unmöglichkeit im CISG. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 6:3:97-103, 2006.

En allemand. Titre en français: L'impossibilité causée par les deux parties dans la CVIM.

---------- *et* ---------- Die Unmöglichkeit der Leistung im CISG. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 6:2:59-67, 2006.

En allemand. Titre en français: L'impossibilité d'exécution dans la CVIM.

Bergsten E. E. Introduction. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 6:6:226-227, 2006.

Bonell M. J. The UNIDROIT Principles and CISG – sources of inspiration for English courts? *Uniform law review/Revue de droit uniforme* (Rome) 11:2:305-318, 2006.

Avec un résumé en français.

Celebrating success: 25 years United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Singapour, Singapore International Arbitration Centre, 2006, x, 202 pages.

Compilation de documents présentés à la conférence de la CNUDCI et du Centre d'arbitrage international de Singapour, tenue à Singapour, les 22 et 23 septembre 2005.

Celebrating the 25th anniversary of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *The journal of law and commerce* (Pittsburgh, Pennsylvanie) 25:1, 2005.

Contient les procès-verbaux de la conférence organisée conjointement par la CNUDCI et le Centre international d'arbitrage pour célébrer le vingt-cinquième anniversaire de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM), les 15 et 16 mars 2005 à Vienne.

Coetzee J. *et* M. de Gama. Harmonisation of sales law: an international and regional perspective. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 10:1:15-26, 2006.

Cuniberti G. Is the CISG benefiting anybody? *Vanderbilt journal of transnational law* (Nashville, Tennessee) 39:1511-1550, 2006.

Dutta A. Der europäische Letztverkäuferregress bei grenzüberschreitenden Absatzketten im Binnenmarkt. *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* (Francfort) 171:1:79-104, 2007.

En allemand. Titre en français: Le recours européen du dernier vendeur dans une chaîne de ventes sur le marché unique.

Eiselen S. The battle of forms: a comparative analysis. *Comparative and international law journal of Southern Africa* (Pretoria) 39:2:214-240, 2006.

Ferrari F. Contrat de vente internationale. Applicabilité et applications de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises. Deuxième édition. Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2005, xiii, 263 pages.

---------- Fundamental breach of contract under the UN Sales Convention: 25 years of article 25 CISG. *In* Liber memorialis Petar Šarčević. Universalism, tradition and the individual. V. Tomljenovic, J.A. Erauw, P. Volken, *eds.*, Munich, Sellier European law publishers, 2006, p. 439-456.

Publié également dans *The journal of law and commerce* (Pittsburgh, Pennsylvanie) 25:2:489-508, 2006.

---------- Quelles sources de droit pour les contrats de vente internationale de marchandises? Des raisons pour lesquelles il faut aller au-delà de la CVIM. *Revue de droit des affaires internationales/International business law journal* (Paris) 3:403-429, 2006.

---------- Remarques sur l'interprétation autonome du règlement de Bruxelles 1, notamment du concept de lieu de livraison au sens de l'article 5 paragraphe 1-B, et de la Convention de Vienne sur la vente de marchandises (à propos d'une récente décision italienne). *Revue de droit des affaires internationales/ International business law journal* (Paris) 1:83-99, 2007.

En anglais et en français.

---------- Short notes on the impact of the Article 95 reservation on the occasion of Prime Start Ltd. v. Maher Forest Products Ltd. et al. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 6:6:248-252, 2006.

Flechtner H. M. Moving through tradition towards universalism under the U.N. Sales Convention (CISG): notice of lack of conformity (article 39) and burden of proof in the Bundesgerichtshof opinion of 30 June 2004. *In* Liber memorialis Petar Šarčević. Universalism, tradition and the individual. V. Tomljenovic, J.A. Erauw, P. Volken, *eds.*, Munich, Sellier European law publishers, 2006, p. 457-470.

Garro A. M. *et* P. Perales Viscasillas, M. Pérez Pereira. Comunicaciones electrónicas en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de

mercaderías (CISG): primera opinión del Consejo consultivo de la Convención (CISG-AC). *Derecho y tecnología* (San Cristóbal, Venezuela) 5:17-40, 2004.

Ghith A. A. Exemption of non-performance of the seller's contractual obligations (comparative study). *Arab law quarterly* (Leyde) 20:3:268-288, 2006.

Giuliano A. M. Nonconformity in the sale of goods between the United States and China: the new Chinese contract law, the Uniform Commercial Code, and the Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *Florida journal of international law* (Gainesville, Floride) 18:331-358, 2006.

Göttig T. Estnisches und deutsches Leistungsstörungsrecht im Vergleich zum UN-Kaufrecht und den Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts. *Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht* (Vienne) 47:4:138-152, 2006.

En allemand. Titre en français: Règles du droit estonien et allemand en cas de défaut d'exécution par rapport aux dispositions de la Convention des Nations Unies sur les ventes et des Principes du droit européen des contrats.

Green S. *et* D. Saidov Software as goods. *Journal of business law* (Londres) 161-181, 2007.

Hackenberg U. Der Erfüllungsort von Leistungspflichten unter Berücksichtigung des Wirkungsortes von Erklärungen im UN-Kaufrecht und der Gerichtsstand des Erfüllungsortes im deutschen und europäischen Zivilprozeßrecht. Hambourg, Verlag Dr. Kovač, 2000, lv, 279 pages.

En allemand. Titre en français: Le lieu d'exécution des obligations par rapport au lieu de la prise d'effet des déclarations dans la Convention des Nations Unies sur les ventes et la compétence du lieu d'exécution dans le code de procédure civile allemand et européen.

Hagstrøm V. CISG – implementation in Norway, an approach not advisable. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 6:6:246-248, 2006.

Hartmann F. Ungeschriebene Zurückbehaltungsrechte im UN-Kaufrecht *Internationales Handelsrecht* (Munich) 6:5:181-191, 2006.

En allemand. Titre en français: Le droit non écrit de non-exécution dans la Convention des Nations Unies sur les ventes.

Haver P. M. Adapting European sales conditions for sales into the United States. *Business law international* (Londres) 8:1:38-90, 2007.

Hilberg S. J. Das neue UN-Übereinkommen zum elektronischen Rechtsverkehr und dessen Verhältnis zum UN-Kaufrecht (Teil 1) *Internationales Handelsrecht* (Munich) 7:1:12-24, 2007.

En allemand. Titre en français: La nouvelle convention des Nations Unies sur les relations juridiques électroniques et ses rapports avec la Convention des Nations Unies sur les ventes (première partie).

Huber P. Some introductory remarks on the CISG. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 6:6:228-238, 2006.

Kiene S. C. Rechtsmängel im UN-Kaufrecht und das Verhältnis von Art. 30 CISG zu Art. 41, 43 CISG. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 6:3:93-97, 2006.

En allemand. Titre en français: Carences de la Convention des Nations Unies sur les ventes et relation entre l'article 30 et les articles 41 et 43 de la Convention.

Knieper R. Əmtəələrın beynəlxalq alqi-satqisi haqqinda müqavılələr barədə sazışə gırış. *Azerbaycan hüquq jurnali* (Bakou) 12-13:1-2:130-134, 2005.

En azerbaïdjanais. Titre en français: À propos de la Convention sur la vente internationale de marchandises.

Lando O. CISG and its followers: a proposal to adopt some international principles of contract law. *American journal of comparative law* (Ann Arbour, Michigan) 53:2:379-401, 2005.

----------. On legislative style and structure. *European review of private law/ Europäische Zeitschrift für Privatrecht/Revue européenne de droit privé* (La Haye) 14:4:475-485, 2006.

Leisinger B. K. Some thoughts about Art. 39/(2) CISG. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 6:2:76-81, 2006.

Magnus U. Die UNIDROIT-Prinzipien und die Wiener Kaufrechtskonvention. *In* The UNIDROIT contract principles 2004. Their impact on contractual practice and jurisprudence, as well as on national, regional and supranational codification. Cashin-Ritaine E. *et* E. Lein, *eds*. Zürich, Schulthess, 2007, p. 57-64.

En allemand. Titre en français: Les Principes UNIDROIT et la Convention de Vienne sur la vente de marchandises.

----------. *et* J. Lüsing. CISG und INCOTERMS, Leistungsverzug und Fixgeschäft. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 7:1:1-12, 2007.

En allemand. Titre en français: CVIM et INCOTERMS, défaut d'exécution et opérations fermes.

Mazzotta F. G. Who do some American courts fail to get it right? *Loyola university Chicago international law review* (Chicago, Illinois) 3:1, 85-115, 2005.

McMahon A. J. Differentiating between internal and external gaps in the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: a proposed method for determining "governed by" in the context of article 7(2). *Columbia journal of transnational law* (New York, New York) 44:3:992-1031, 2006.

McQuillen M. The development of a federal CISG common law in U.S. courts: patterns of interpretation and citation. *University of Miami law review* (Coral Gables, Floride) 61:509-537, 2007.

Mittmann A. Zur Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in einen dem CISG unterliegenden Vertrag. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 6:3:103-106, 2006.

En allemand. Titre en français: L'incorporation des conditions générales de vente dans un contrat relevant de la CVIM.

Mohs F. *et* B. Zeller. Penalty and liquidated damages clauses in CISG contracts revisited. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsylvanie) 21:6:46-50, 2006.

Montfort C. À la recherche d'une notion de conformité contractuelle. Étude comparée de la Convention de Vienne, de la directive 1999/44 et de certaines transpositions nationales. *European review of private law/Europäische Zeitschrift für Privatrecht/Revue européenne de droit privé* (La Haye) 14:4:487-510, 2006.

Mourre A. Application of the Vienna international sales convention in arbitration. *ICC International Court of Arbitration bulletin* (Paris) 17:1:43-50, 2006.

Müller H.-F. Europäische Vertragsrechtkodifikation und UN-Kaufrecht. *GPR-Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht* (Francfort s. l. M. – Munich) 3:4:168-174, 2006.

En allemand. Titre en français: La codification du droit européen des contrats et la Convention des Nations Unies sur les ventes.

Navas Navarro S. UN-Kaufrecht: Anwendungsbereich und Vertragsschluss in der spanischen Rechtsprechung. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 6:2:74-76, 2006.

En allemand. Titre en français: La Convention des Nations Unies sur les ventes: domaine d'application et formation de contrats dans la jurisprudence espagnole.

Niibori S. Gulobalu shoutorihikihoukakuron: Wien baibaijyouyaku to boueki jitsumu. *JCA journal* (Tokyo) Part I: 54:3:44-48, 2007.

En japonais. Titre en français: Aperçu du droit commercial international: Convention de Vienne sur la vente de marchandises et pratiques commerciales.

Novoa R. Culpa in contrahendo: a comparative law study: Chilean law and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). *Arizona journal of international and comparative law* (Tucson, Arizona) 22:3:583-612, 2005.

Nyer D. Withholding performance for breach in international transactions: an exercise in equations, proportions or coercion? *Pace international law review* (White Plains, New York) 18:29-81, 2006.

Offermanns J. Damages arising out of a cover purchase within the framework of articles 74 to 77 CISG. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 10:1:1-14, 2006.

Peacock D. Avoidance and the notion of fundamental breach under the CISG: an English perspective. *International trade & business law annual* (Coogee, Australie) 8:95-133, 2006.

Piltz B. Gerichtsstand des Erfüllungsortes in UN-Kaufverträgen. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 6:2:53-59, 2006.

En allemand. Titre en français: Compétence judiciaire du lieu d'exécution dans les contrats relevants de la Convention des Nations Unies sur les ventes.

---------- New developments in the CISG. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 10:2:215-228, 2006.

Plate P. Die Reichweite der Haftungsbefreiung nach Art. 79 UN-Kaufrecht. *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* (Heidelberg) 106:1-11, 2007.

En allemand. Titre en français: Étendue de l'exonération de responsabilité en vertu de l'article 79 de la CVIM.

Pribetic A. I. The (CISG) road less travelled: GreCon Dimter Inc. v. J. R. Normand Inc. *Canadian business law journal/Revue canadienne du droit de commerce* (Aurora, Ontario) 44:1:92-114, 2006.

Raymond A. H. Manner, method, receipt or dispatch: the use of electronic media is nothing new to the law. *Loyola law review* (Nouvelle-Orléans, Louisiane) 52:1-37, 2006.

Salama S. Pragmatic responses to interpretive impediments: Article 7 of the CISG, an Inter-American application. *The university of Miami inter-American law review* (Miami, Floride) 38:225-250, 2006.

Schlechtriem P. Basic structures and general concepts of the CISG as models for a harmonisation of the law of obligations. *Juridica international* (Tartu) 10:27-34, 2005.

Disponible en ligne à l'adresse: http://www.juridica.ee/get_doc.php?id=880

---------- Subsequent performance and delivery deadlines – avoidance of CISG sales contracts due to non-conformity of the goods. *Pace international law review* (White Plains, New York) 18:83-98, 2006.

---------- Verfahrenskosten als Schaden in Anwendung des UN-Kaufrechts. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 6:2:49-53, 2006.

En allemand. Titre en français: Inclusion des frais de procédure dans les dommages-intérêts dans le cadre de l'application de la Convention des Nations Unies sur les ventes.

Schmidt-Ahrendts N. Der Ersatz "frustrierter Aufwendungen" im Fall der Rückabwicklung gescheiterter Verträge im UN-Kaufrecht. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 6:2:67-73, 2006.

En allemand. Titre en français: Recouvrement des "dépenses annulées" en cas de restitution découlant de la résiliation d'un contrat dans le cadre de la Convention des Nations Unies sur les ventes.

Schwenzer I. *et* F. Mohs. Old habits die hard: traditional contract formation in a modern world. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 6:6:239-246, 2006.

Sevón, L. Reservationen om avtalsslut i FN-konventionen om internationella köp. *Tidskrift utgiven av juridiska föreningen i Finland* (Helsingfors) 431-437, 2006.

En suédois. Titre en français: Clauses de réserve lors de la conclusion de contrats dans le cadre de la Convention des Nations Unies sur les ventes.

Sierralta Ríos A. Contratos de comercio internacional. Quatrième édition. Lima, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, xxv, 465 pages.

Spivack C. Of shrinking sweatsuits and poison vine wax: a comparison of basis for excuse under U.C.C. §2-615 and CISG article 79. *University of Pennsylvania journal of international economic law* (Philadelphie, Pennsylvanie) 27:757-802, 2006.

Steinmetzler U. Recht und Ökonomie der Grundstrukturen des Leistungsstörungsrechts im UN-Kaufrecht. Hamburg, Verlag Dr. Kovač, 2004, xxxi, 279 pages.

En allemand. Titre en français: Droit et économie de la structure de base des règles applicables en cas de défaut d'exécution dans le cadre de la Convention des Nations Unies sur les ventes.

Stürner M. Mängeleinrede und Aufrechnung bei verjährtem Gewährleistungsanspruch nach italienischem Kaufrecht im Verhältnis zum UN-Kaufrecht. *Recht der Internationalen Wirtschaft* (Francfort s./.M.) 52:5:338-344, 2006.

En allemand. Titre en français: Recours pour vice et compensation en cas d'action en garantie prescrite: le droit des ventes italien par rapport à la Convention des Nations Unies sur les ventes.

Walther L. *et* M. Morawietz. Declaration according to article 96 CISG – senseless? *Internationales Handelsrecht* (Munich) 6:6:252-254, 2006.

Wasmer W. Vertragsfreiheit im UN-Kaufrecht. Hambourg, Verlag Dr. Kovač, 2004, 142 pages.

En allemand. Titre en français: La liberté contractuelle dans la Convention des Nations Unies sur les ventes.

Williams A. Limitations on uniformity in international sales law: a reasoned argument for the application of a standard limitation period under the provisions of the CISG. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 10:2:229-262, 2006.

Witz C. Droit uniforme de la vente internationale de marchandises: janvier 2004-juin 2006, *Recueil Dalloz* (Paris) 183:8:530-540, 2007.

III. Arbitrage commercial international et conciliation

Aksen G., Böckstiegel K.-H., Mustill M.J., Patocchi P.M., Whitesell A.M., *eds.* Global reflections on international law, commerce and dispute resolution. Liber amicorum in honour of Robert Briner. Paris, ICC Publishing, 2005, 948 pages.

Al Tamimi E. UAE accedes to New York Convention. *Law update* (Dubaï) 184:8-9, 2006.

Amrallah B.

اتجاهات القضاء المصري بشأن تنفيذ احكام المحكمين الأجنبية في ضوء اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ وقواعد قانون التحكيم النموذجي

The Lebanese review of Arab and international arbitration/La revue libanaise de l'arbitrage arabe et international (Beyrouth) 37:25-28, 2006.

Aschauer C. Il nuovo diritto dell'arbitrato austriaco. *Rivista dell'arbitrato* (Milan) 16:2:237-264, 2006.

En italien. Titre en français: La nouvelle loi autrichienne sur l'arbitrage.

Austria – A new state-of-the-art arbitration law. *World arbitration and mediation report* (Huntington, New York) 17:4:110-111, 2006.

Bachand F. Does article 8 of the Model Law call for full or prima facie review of the arbitral tribunal's jurisdiction? *Arbitration international* (La Haye) 22:3:463-476, 2006.

Ball M. The essential judge: the role of the courts in a system of national and international commercial arbitration. *Arbitration international* (La Haye) 22:1:73-93, 2006.

Barin B., A. D. Little *et* R. A. Pepper. The Osler guide to commercial arbitration in Canada. La Haye, Kluwer Law International, 2006, xii, 184 pages.

Bělohlávek A. J. Service in international arbitration in light of articles 2 and 23 of the UNCITRAL Rules and international practice. *ASA bulletin* (La Haye) 24:4:678-688, 2006.

Berg B. H., *ed.* Voldgiftsloven med kommentarer. Oslo, Glydendal akademisk, 2006, 534 pages.

En norvégien. Titre en français: Loi sur l'arbitrage avec commentaires.

Berger K. P. Art. 15 UNCITRAL Arbitration Rules: the eternal conflict between arbitral discretion and the parties' due process rights. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsylvanie) 21:4:29-35, 2006.

Bergsten E. E. The contribution of the UNCITRAL Arbitration Rules to international commercial arbitration. *In* Liber memorialis Petar Šarčević. Universalism, tradition and the individual. V. Tomljenovic, J.A. Erauw, P. Volken, *eds.*, Munich, Sellier European law publishers, 2006, p. 389-400.

---------- The Willem C. Vis international commercial arbitration moot and the teaching of international commercial arbitration. *Arbitration international* (La Haye) 22:2:309-314, 2006.

Bokka S. R. Comments on Indian arbitration law. *World arbitration and mediation report* (Huntington, New York) 17:9:301-306, 2006.

Born G. B. International arbitration and forum selection agreements: drafting and enforcing. Deuxième édition. La Haye, Kluwer law international, 2006, xiv, 333 pages.

Bove M. Il riconoscimento del lodo straniero tra Convenzione di New York e codice di procedura civile. *Rivista dell'arbitrato* (Milan) 16:1:21-56, 2006.

En italien. Titre en français: Reconnaissance des sentences arbitrales étrangères entre la Convention de New York et le code de procédure civile.

Briguglio A. La dimensione transnazionale dell'arbitrato. *In* La riforma della disciplina dell'arbitrato. Fazzalari E., *ed.*, Milan, Giuffrè, 2006, p. 21-50.

En italien. Titre en français: La dimension internationale de l'arbitrage.

Brockhuis J. *et* E.-M. Wildenauer. Schiedsgerichtsbarkeit in Polen. *Eastlex* (Wien) 4:2:70-73, 2006.

En allemand. Titre en français: L'arbitrage en Pologne.

Cairns D. J. A. The Spanish application of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. *Arbitration international* (La Haye) 22:4:573-595, 2006.

Carbonneau T. E. *et* J. A. Jaeggi, *eds.* Handbook on international arbitration and ADR. Huntington (New York), JurisNet LLC, 2006, vii, 438 pages.

Celebrating success: 20 years UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Singapour, Singapore international arbitration center, 2006, x, 167 pages.

Compilation de documents présentés à la conférence de la CNUDCI et du Centre d'arbitrage international de Singapour, tenue à Singapour, les 22 et 23 septembre 2005.

Chao C. C. *et* J. Schurz. International arbitration: selecting the proper forum. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsylvanie) 22:2:57-68, 2007.

Chovancovà, K. Rozhodcovské pravidlá medzinárodného rozhodcovského súdu v Londýne. *Právník* (Prague) 145:12:1414-1431, 2006.

En tchèque. Titre en français: Règlement d'arbitrage du London Court of International Arbitration.

Chukwuemerie A. The internationalisation of African customary law arbitration. *African journal of international and comparative law/Revue africaine de droit international et comparé* (Édimbourg) 14:2:143-175, 2006.

---------- Salient issues in the law and practice of arbitration in Nigeria. *African journal of international and comparative law/Revue africaine de droit international et comparé* (Édimbourg) 14:1:1-52, 2006.

Connerty A. Manual of international dispute resolution. Londres, Secrétariat du Commonwealth , 2006, xx, 367 pages.

Davidson W. S. W. *et* S. Rajoo. The Malaysian Arbitration Act 2005 and the UNCITRAL Model Law. *Asian dispute review* (Hong Kong) 80-85, July 2006.

---------- *et* ---------- The new Malaysian Arbitration Act 2005. *Arbitration* (Londres) 72:3:257-264, 2006.

Dimolitsa A. L'arbitrage international en Europe: harmonie et diversité suite à la Loi-type CNUDCI. *Revue hellénique de droit international* (Athènes) 59:1:129-144, 2006.

Rapport national hellénique au XVIIe Congrès international de droit comparé, Utrecht 2006.

Dobiáš, P. Nová právní úprava rozhodčího řízení v Rakousku. *Právník* (Prague) 145:9:1074-1087, 2006.

En tchèque, avec résumé en anglais. Titre en français: La nouvelle loi autrichienne sur la procédure d'arbitrage.

Figueroa Valdés J. E. La nueva ley chilena sobre arbitraje comercial internacional. *Revista Jurídica de la FIA* (Washington, DC) 3:2005.

Disponible en ligne à l'adresse: http://www.iaba.org/Law%20Review_Vol%203/LawReview_3_JEFigueroa.htm

Fraraccio V. Ex-parte preliminary orders in the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 10:2:263-272, 2006.

Friedrich F. M. Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschlichtung. Ein Kommentar. Aix-la-Chapelle, Shaker Verlag, 2006, xi, 124 pages.

En allemand. Titre en français: La Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale. Un commentaire.

Garnett R. et K. C. Nguyen. Enforcement of arbitration awards in Vietnam. *Asian international arbitration journal* (Singapour) 2:2:137-150, 2006.

Ghikas G. W. A principled approach to adjourning the decision to enforce under the Model Law and the New York Convention. *Arbitration international* (La Haye) 22:1:53-71, 2006.

Harris T. L. The "public policy" exception to enforcement of international arbitration awards under the New York Convention. *Journal of international arbitration* (Londres) 21:1:9-24, 2007.

Хегер С. Комментарий к новому австрийскому арбитражному законодательству. Москва, Волтерс Клувер, 2006, xvi, 183 с.

Idid S. A. Ad hoc arbitration versus institutional arbitration. *The law review* (Petaling Jaya, Malaisie) 245-262, 2006.

---------- Arbitration: a viable alternative to judicial resolution? *The law review* (Petaling Jaya, Malaisie) 417-432, 2005.

---------- Kuala Lumpur Regional Center for Arbitration: impact of the old and new arbitration act. *Asian international arbitration journal* (Singapour) 2:2:97-112, 2006.

---------- Use of the UNCITRAL Arbitration Rules at arbitral institutions by arbitral institutions. *Journal of international arbitration* (Londres) 24:1:37-48, 2007.

International Trade Centre. Arbitration and alternative dispute resolution: how to settle international business disputes. With supplement on Indian arbitration law. Delhi, Radha press, 2005, xix, 420 pages.

Ischia H. *et* P. G. Mayr. Das neue österreichische Schiedsverfahrensrecht. *Recht der internationalen Wirtschaft: Betriebs-Berater international* (Heidelberg) 52:12:881-889, 2006.

En allemand. Titre en français: La nouvelle loi autrichienne sur la procédure d'arbitrage.

Iwasaki K. Key features of new Japanese arbitration law. *Asian international arbitration journal* (Singapour) 2:1:76-88, 2006.

Jacobs M. S. Requirement of writing and of signature under the UNCITRAL Model Law and the New York Convention. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsylvanie) 21:11:46-56, 2006.

Jenkins J. *et* S. Stebbings. International construction arbitration law. La Haye, Kluwer law international, 2006, xx, 442 pages.

Jian Zhou. Judicial intervention in international arbitration: a comparative study of the scope of the New York Convention in U.S. and Chinese courts. *Pacific rim law & policy journal* (Seattle, Washington) 15:403-455, 2006.

Källman E. Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit in Chile. *Internationales Handelsrecht* (Munich) 6:4:137-145, 2006.

En allemand. Titre en français: L'arbitrage commercial international au Chili.

Karabelnikov B. The Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation does not trust international arbitration. *Arbitration* (Londres) 72:2:130-140, 2006.

Karakaš E. International character of disputes as a requirement to the validity of arbitral agreements and awards. *International arbitration law review* (Londres) 9:2:42-52, 2006.

Keutgen G. Le président du tribunal arbitral – éléments de droit comparé. *Revue de droit international et de droit compar*é (Bruxelles) 83:4:309-322, 2006.

Koller C. *et* N. Tunkel. An outline of the new Austrian arbitration act based on the UNCITRAL Model Law. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienne) 10:1:27-44, 2006.

Kröll S. *et* M.-O. Heidkamp. 20 years UNCITRAL Model Law: selected problems of the arbitration agreement in light of the jurisprudence. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsylvanie) 21:10:33-49, 2006.

Kutty F. The Shari'a Factor in international commercial arbitration. *Loyola of Los Angeles international & comparative law review* (Los Angeles, Californie) 28:565-624, 2006.

Kwan J. *et* E. Teale. Arbitration in the United Arab Emirates: the traps, the tricks and the tips for the unwary. *International arbitration law review* (Londres) 9:4:95-99, 2006.

Lezheiko K. Comparative analysis of the new Estonian arbitration law provisions on the choice of law applicable to the international commercial arbitration dispute. *Stockholm international arbitration review* (Stockholm) 2:15-36, 2005.

Liebscher C. *et* F. Haugeneder. Looking at the new Austrian arbitration law through the spectacles of the English Arbitration Act 1996. *International arbitration law review* (Londres) 9:4:109-118, 2006.

---------- *et* D. Ungar. The new Austrian arbitration law and the federal arbitration law in the United States – a comparison. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsylvanie) 21:5:34-46, 2006.

Lookofsky J. *et* K. Kristoffersen. The new Danish arbitration act. *Stockholm international arbitration review* (Stockholm) 1:43-64, 2006.

Lopez de Gonzalo M. Giurisdizione e arbitrato. *Il diritto marittimo* (Gênes) 108:4:1048-1052, 2006.

En italien. Titre en français: Compétence et arbitrage.

López-Rodríguez A. M. New arbitration acts in Denmark and Spain. The application of transnational rules to the merits of the dispute. *Journal of international arbitration* (Londres) 23:2:125-144, 2006.

Menon S. *et* E. Chao. Reforming the Model Law provisions on interim measures of protection. *Asian international arbitration journal (Singapour)* 2:1:1-31, 2006.

Miki K. Kougaifunsou to chuusaitetsuzuki. *JCA journal* (Tokyo) Part I: 54:3:2-7, 2007.

En japonais. Titre en français: Litiges concernant la pollution de l'environnement et procédures arbitrales.

Mindach C. Der Weg Kasachstans zur internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit – eine Kurzbetrachtung. IPRax: *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts* (Bielefeld) 26:3:317-322, 2006.

En allemand. Titre en français: Le Kazakhstan sur la voie de l'arbitrage commercial international – une réflexion.

Mistelis L. *et* J. Lew. Pervasive problems in international arbitration. La Haye, Kluwer law international, 2006, xxii, 391 pages.

Mourre A. Application of the Vienna international sales convention in arbitration. *ICC International Court of Arbitration bulletin* (Paris) 17:1:43-50, 2006.

Nakamura T. Japan's new arbitration law and the JCAA new arbitration rules from the perspective of international commercial arbitration – can Japan become an arbitration center in Asia? *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsylvanie) 21:7:25-38, 2006.

Nammour F. Droit et pratique de l'arbitrage interne et international. Deuxième édition. Bruxelles – Paris – Beyrouth, Bruylant – LGDJ – DELTA, 2005, 859 pages.

Nouvelles tendances de l'arbitrage international. *Revue de droit des affaires internationales/International business law journal* (Paris) 3:371-383, 2006.

En anglais et en français.

Park W. W. Arbitration of international business disputes. Studies in law and practice. Oxford, Oxford university press, 2006, cxii, 663 pages.

---------- *et* A.A. Yanos. Treaty obligations and national law: emerging conflicts in international arbitration. *Hastings law journal* (Hastings, Californie) 58:251-298, 2006.

Perales Viscasillas P. ¿Forma escrita del convenio arbitral? Nuevas disposiciones de la CNUDMI/UNCITRAL. *Derecho de los negocios* (Madrid) 18:197:5-18, 2007.

Petrochilos G. Procedural law in international arbitration. Oxford – New York, Oxford university press, 2004, cxli, 436 pages.

Petrova A. P. A comparative analysis of the ICSID annulment grounds. *World arbitration and mediation report* (Huntington, New York) 17:10:331-345, 2006.

Põldvere P.-M. Estonia has taken a new step in (international) commercial arbitration. *Stockholm international arbitration review* (Stockholm) 2:1-13, 2005.

Power J. The Austrian Arbitration Act. A practitioner's guide to sections 577-618 of the Austrian code of civil procedure. Vienne, Manz, 2006, xiv, 138 pages.

Pryles M. Overview of international arbitration in Australia. *The arbitrator and mediator* (Melbourne) 25:1:51-62, 2006.

Punwar P. Commentary – The UAE & the New York Convention. *Law update* (Dubaï) 184:10, 2006.

Pyong-Keun, K. Impacts of the works of UNCITRAL upon the potential reform of the Korean arbitration act. *Arbitration journal* (Séoul) 320:16-21, 2006.

En coréen.

Rajski J. The new Polish arbitration law of 2005. *Revue de droit des affaires internationales/International business law journal* (Paris) 3:351-370, 2006.

En anglais et en français.

Reiner A. Das neue österreichische Schiedsrecht. The new Austrian arbitration law. Vienne, LexisNexis ARD ORAC, 2006, xxii, 145 pages.

---------- La réforme du droit autrichien de l'arbitrage par la Loi du 13 janvier 2006, *Revue de l'arbitrage* (Paris) 2:401-427, 2006.

Revesz J. Mediation without trust: critique of the Hungarian mediation law.

Disponible en ligne à l'adresse: http://www.mediate.com/articles/reveszJ1.cfm

Riegler S. Is Austria any different? The new Austrian arbitration law in comparison with the UNCITRAL Model Law and the German arbitration law. *International arbitration law review* (Londres) 9:3:69-79, 2006.

Roth M. L. Recognition by circumvention: enforcing foreign arbitral awards as judgments under the parallel entitlements approach. *Cornell law review* (Ithaca, New York) 92:573-599, 2007.

Sanders P. L'utilité d'un cadre législatif. *In* Les médiateurs en France et à l'étranger, Paris, Société de législation comparée, 2001, p. 29-34.

En anglais.

---------- UNCITRAL's Model Law on International Commercial Conciliation. *Arbitration international* (Londres) 23:1:105-142, 2007.

Schultz T. Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne. Une approche critique. Bruxelles – Paris, Bruylant – LGDJ, 2005, xxiv, 671 pages.

Voir, en particulier, le chapitre XI "Validité formelle: légalité et systèmes juridiques".

Sinclair A. "A case for reform of the UNCITRAL rules." Commentary on the Econet Wireless Ltd. UNCITRAL arbitration. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pennsylvanie) 21:6:29-32, 2006.

Sorieul R. Lesson sharing with the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). *In* UK DFID/UNECE regional conference on alternative dispute resolution, mediation and third party arbitration (TPAC). Kiev, Institute for Rural Development and the URLP Programme Management Unit, 2006, p. 24-32.

Procès-verbaux d'une conférence tenue à Kiev, les 23 et 24 mai 2006. Également disponibles en russe.

Сориэль Р. Опыт Секретариата Комиссии ООН по международному торговому праву в области урегулирования споров. V Материалы региональной конференции по альтернативному разрешению споров медиации и третейскому арбитражу. Киев, Институт сельского развития и Центр управления Программой повышения уровня жизни сельского населения Украины, 2006, с. 27-37.

Stolle R. Das Recht der nationalen Schiedsgerichtsbarkeit in Schweden und Deutschland im Vergleich Hamburg, Verlag Dr. Kovač, 2004, 214 pages.

En allemand. Titre en français: Comparaison des lois nationales suédoises et allemandes en matière d'arbitrage.

Tenella Sillani C. L'arbitrato di equità. Milan, Giuffrè, viii, 401 pages.

En italien. Titre en français: Procédure d'arbitrage ex aequo et bono. Voir, en particulier, p. 216 à 246.

UNCITRAL revises its Arbitration Rules. *ASA bulletin* (La Haye) 24:4:715-717, 2006.

UNCITRAL Working Group on arbitration proposes reforms to model law. *World arbitration and mediation report* (Huntington, New York) 17:6:178, 2006.

Van den Bergh A. J. International arbitrational and national courts: the never ending story. La Haye – Londres – New York, Kluwer law international, 2006, ix, 255 pages.

Ward A. A. Circumventing the supremacy clause? Understanding the constitutional implications of the United States' treatment of treaty obligations through an analysis of the New York Convention. *San Diego international law journal* (San Diego, Californie) 7:491-522, 2006.

With arbitration-related litigation taking 10 years, there's need for reform. *Thisday law* (Lagos) 30 May 2006.

Disponible en ligne à l'adresse: http://www.thisdayonline.com/nview.php?id =49325

Yamamoto K. La nouvelle loi japonaise sur l'arbitrage. *Revue de l'arbitrage* (Paris) 4:829-841, 2004.

Youssef K. A.

التحكيم التجاري الدولي في ضوء مبادئ القانون النموذجي للامم المتحدة الاونسترال وقواعد الشريعة الاسلامية

The Lebanese review of Arab and international arbitration/La revue libanaise de l'arbitrage arabe et international (Beyrouth) 39:7-32, 2006.

Zeiler G. The new Austrian arbitration law. *Arbitration* (Londres) 72:2:147-150, 2006.

---------- *et* B. Steindl. The new Austrian arbitration law. A basic primer. Vienne – Graz, Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2006, 110 pages.

Zhao X. *et* L. A. Kloppenberg. Reforming Chinese arbitration law and practices in the global economy. *Dayton law review* (Dayton, Ohio) 31:421-452, 2006.

IV. Transport international

Beare S. Presentation. *In* Yearbook/Annuaire 2005-2006, Anvers, Comité maritime international, 2006, p. 394-400.

Berlingieri F. Ambito di applicazione e libertà contrattuale. *Il diritto marittimo* (Gênes) 108:4:1016-1021, 2006.

En italien. Titre en français: Champ d'application et liberté contractuelle.

----------. Il progetto UNCITRAL di convenzione sul trasporto di merci door-to-door – i lavori delle due ultimi sessioni del Working Group on Transport Law. *Il diritto marittimo* (Gênes) 108:3:959-968, 2006.

En italien. Titre en français: Le projet de convention de la CNUDCI sur le transport de marchandises de porte à porte – Travaux des deux dernières sessions du Groupe de travail sur le droit des transports.

Berlingieri G. Documenti del trasporto. *Il diritto marittimo* (Gênes) 108:4:1026-1031, 2006.

En italien. Titre en français: Documents de transports.

Boi G. M. Diritto uniforme e diversi modi di trasporto: riflessioni comparate. *Il diritto marittimo* (Gênes) 108:3:651-667, 2006.

En italien. Titre en français: Le droit uniforme et les différents moyens de transport: avis comparatifs.

Carbone S. M. Autonomia private e forza "espansiva" del diritto uniforme dei trasporti. *Il diritto marittimo* (Gênes) 108:4:1053-1063, 2006.

En italien. Titre en français: Liberté contractuelle et force "expansive" du droit des transports uniforme.

CNUDCI, Groupe de travail III (Droit des transports), dix-huitième session. *Bulletin des transports internationaux ferroviaires/Zeitschrift für den internationalen Eisenbahnverkehr/Bulletin of international carriage by rail* (Berne) 114:4:61-62.

En allemand, anglais et français.

Delebecque P. Le projet de Convention sur le transport de marchandises entièrement ou partiellement par mer. *Le droit maritime français* (Paris) 58:673:691-699, 2006.

El proyecto de Ley General de Navegación Marítima en el parlamento: contra el autismo maritimista y la descodificación. *Derecho de los negocios* (Madrid) 17:195:1-4, 2006.

Faghfouri M. International regulation of liability for multimodal transport – in search of uniformity. *WMU journal of maritime affairs* (Malmö) 5:1:95-114, 2006.

de la Garza N. UNCITRAL's proposed instrument on the international marine carriage of goods. *Transportation law journal* (Denver, Colorado) 32, 95-107, 2004.

Hamid A.G. A new carriage of goods by sea act for Malaysia: a holistic approach on the basis of international practice. *Journal of international maritime law* (Witney, Royaume-Uni) 12:3:206-216, 2006.

Häußer M. Subunternehmer beim Seetransport. Haftungsfragen nach deutschem und englischem Recht im Spiegel der UNCITRAL draft convention on the carriage of goods [wholly or partly][by sea]. Berlin, Lit Verlag, 2006, xxix, 297 pages.

En allemand. Titre en français: Les sous-traitants dans le transport maritime. Questions relatives à la responsabilité dans la législation allemande et anglaise au regard du projet de convention de la CNUDCI sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer].

Lopez de Gonzalo M. Giurisdizione e arbitrato. *Il diritto marittimo* (Gênes) 108:4:1048-1052, 2006.

En italien. Titre en français: Compétence et arbitrage.

de la Mare W. T. J. Jurisprudential problems of attribution of liability in the area of admiralty contracts for carriage following Norfolk Southern Railway v. Kirby. *Connecticut journal of international law* (Hartford, Connecticut) 22:203-232, 2006.

Ndende M. La position du droit français privé au regard des conventions internationales. *Le droit maritime français* (Paris) 58:931-951, 2006.

Nikaki T. Conflicting laws in "wet" multimodal carriage of goods: The UNCITRAL draft convention on the carriage of goods [wholly or partly] [by sea]. *Journal of maritime law & commerce* (Baltimore, Maryland) 37:521-544, 2006.

Rossello C. Comunicazioni elettroniche. *Il diritto marittimo* (Gênes) 108:4:1032-1047, 2006.

En italien. Titre en français: Communications électroniques.

UNCITRAL secretariat. The new draft convention on maritime transport. *DCInsight* (Paris) 12:3:15-17, 2006.

Zunarelli S. Elementi di novità e di continuità della regolamentazione della responsabilità del vettore marittimo di cose nell'attività del gruppo di lavoro dell'UNCITRAL. *Il diritto marittimo* (Gênes) 108:4:1022-1025, 2006.

En italien. Titre en français: Éléments nouveaux et anciens relatifs à la réglementation de la responsabilité du transporteur maritime de marchandises dans le cadre des travaux du Groupe de travail de la CNUDCI.

V. Paiements internationaux (y compris garanties indépendantes et lettres de crédit stand-by)

Niibori, S. Global shoutorihikihoukakuron – shyougyoushinyoujyou wo meguru sagini donoyouni taikyosuruka. *JCA journal* (Tokyo) 53:11:54-59, 2006.

En japonais. Titre en français: Droit commercial international – comment s'attaquer à la fraude visant les lettres commerciales de crédit.

VI. Commerce électronique

Allende L. A. *et* M. A. Miglino. Internet law – international electronic contracting: the UN contribution. *IBLS internet law – news portal*, 20 novembre 2006.

Disponible en ligne à l'adresse: http://www.ibls.com/internet_law_news_portal_view.aspx?s=latestnews&id=1610

Ballarino T. I contratti conclusi in Internet. *In* Zaštita potrošača i ulagatelja u europskom i hrvatskom pravu. V. Tomljenović *et* E. Čulinović-Herc, *eds.*, Rijeka, Pravni fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2005, p. 91-122.

En italien, avec résumé en anglais. Titre en français: Contrats conclus par le biais d'Internet.

Chong K. W. *et* J. S. Chao. United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts – a new global standard. *Singapore academy of law journal* (Singapour) 18:116-202, 2006.

Résumé disponible en ligne à l'adresse: http://www.sal.org.sg/digitallibrary/Lists/SAL%20Journal/DispForm.aspx?ID=390

Estrella Faria J. A. Posibilidades y límites de la armonización del derecho en materia de contratación electrónica. *DeCITA; derecho del comercio internacional, temas y actualidades* (Buenos Aires) 5-6:225-260, 2006.

---------- The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts – an introductory note. *International and comparative law quarterly* (Londres) 55:3:689-694, 2006.

Gabriel H. D. The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts: an overview and analysis. *Uniform law review/Revue de droit uniforme* (Rome) 11:2:285-304, 2006.

Avec un résumé en français.

Grupo de investigación en comercio electrónico. Contratación electrónica, el proyecto de Convención internacional de la CNUDMI. *In* Derecho internacional de los negocios – alcances. Zapata de Arbeláez A., *comp.*, Bogotà, Universidad externado de Colombia, 2003, Vol. I, p. 69-115.

Hilberg S. J. Das neue UN-Übereinkommen zum elektronischen Rechtsverkehr und dessen Verhältnis zum UN-Kaufrecht (Teil 1), *Internationales Handelsrecht* (Munich) 7:1:12-24, 2007.

En allemand. Titre en français: La nouvelle convention des Nations Unies sur les relations juridiques électroniques et ses rapports avec la Convention des Nations Unies sur les ventes (première partie).

La Torre Jeker V. *et al*. E-transaction law and online dispute resolution: a necessity in the Middle East. *Arab law quarterly* (Leyde) 20:1:43-76, 2006.

李 昕. CNUDCI 《电子商务示范法》签名条款的解析. 现代法学 (Chongqing Shi, Chine) 23:2:121-125, 2001.

Madrid Parra A. El convenio de Naciones Unidas sobre contratación electrónica. In Derecho patrimonial y tecnología. A. Madrid Parra, *dir.*, M. J. Guerrero Lebrón, *coord.*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 39-113.

Mason S. Electronic signatures in practice. *Journal of high technology law* (Boston, Massachusetts) 6:148-164, 2006.

Niibori, S. Gurōbaru shōtorihiki-hō kakuron kokusaï keiyaku ni okeru denshi tsūshin no shiyō ni kan suru kokuren jōyaka. *JCA journal* (Tokyo) 53:4:45-49, avril 2006 (partie II) 53:5:58-63, mai 2006 (partie III) 53:6:53-59, juin 2006 (partie IV).

En japonais. Titre en français: Articles sur les contrats commerciaux internationaux: la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux.

Noblía A. Firma electrónica, sistemas de seguridad en redes y protección de datos personales. *Revista de la asociación de escribanos del Uruguay* (Montevideo) 92:1-6, 69-88, 2006.

Oyarzábal M. J. A. La ley aplicable a los contratos en el ciberespacio transnacional. *DeCITA*; *derecho del comercio internacional, temas y actualidades* (Buenos Aires) 5-6:129-152, 2006.

Pistorius T. From snail mail to e-mail – a South African perspective on the web of conflicting rules on the time of e-contracting. *Comparative and international law journal of Southern Africa* (Pretoria) 39:2:178-213, 2006.

Raymond A. H. Manner, method, receipt or dispatch: the use of electronic media is nothing new to the law. *Loyola law review* (Nouvelle-Orléans, Louisiane) 52:1-37, 2006.

Rico Carrillo M. El pago electrónico en el comercio internacional. *DeCITA; derecho del comercio internacional, temas y actualidades* (Buenos Aires) 5-6:104-128, 2006.

Rojas Amandi V. M. El perfeccionamiento del consentimiento en los contratos electrónicos en el derecho comparado. *DeCITA*; *derecho del comercio internacional, temas y actualidades* (Buenos Aires) 5-6:153-175, 2006.

Rossello C. Commercio elettronico. Milan, Giuffrè editore, 2006, xvi, 405 pages.

En italien. Titre en français: Le commerce électronique.

---------- Comunicazioni elettroniche. *Il diritto marittimo* (Gênes) 108:4:1032-1047, 2006.

En italien. Titre en français: Les communications électroniques.

Sandoval López R. Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales. *Revista del colegio de abogados de Chile, Regional Concepción* (Concepción, Chili) 11:12:29-33, 2005.

Schulz A., *ed.* Legal aspects of an e-commerce transaction. Munich, Sellier European Law Publishers, 2006, x, 361 pages.

Procès-verbaux de la conférence tenue à La Haye, les 26 et 27 octobre 2004.

Ter K. L. Towards uniform electronic contracting law. *Singapore academy of law journal* (Singapour) 18:234-247, 2006.

Todd P. E-commerce law. Abingdon (Royaume-Uni), Routledge-Cavendish, 2005, xxiii, 266 pages.

VII. Sûretés (y compris financements par cession de créances)

Akseli O. N. La Convention CNUDCI sur la cession de créances dans le commerce international, la cession de créances futures et le droit turc. *Revue de droit des affaires internationales/International business law journal* (Paris) 6:767-787, 2006.

En anglais et en français.

Akseli O. Turkish law and UNCITRAL's work on the assignment of receivables with a special reference to the assignment of future receivables. *Law and financial markets review* (Oxford, Royaume-Uni) 1:1:45-54.

Bazinas S. V. UNCITRAL's contribution to the unification of receivables financing law: the United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade. *IBA banking law committee newsletter* (Londres) 14:2:6-11, 2006.

Bellenger D. Le guide législatif sur les opérations garanties de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international. *Courrier juridique des finances et de l'industrie* (Paris) 33:1:1-12, 2005.

Bonomi A. La cessione internazionale dei crediti e il factoring internazionale. *In* Liber memorialis Petar Šarčević. Universalism, tradition and the individual. V. Tomljenovic, J. A. Erauw, P. Volken, *eds.*, Munich, Sellier European law publishers, 2006, p. 401-409.

En italien. Titre en français: La cession internationale de créances et l'affacturage international.

Flessner A. *et* H. Verhagen. Assignment in European private international law. Munich, Sellier European law publishers, 2006, xii, 130 pages.

Grau N. Rechtsgeschäftliche Forderungsabtretungen im internationalen Rechtsverkehr. Munich, Verlag C. H. Beck, 2005, 279 pages.

En allemand. Titre en français: La cession de créances dans la pratique juridique internationale.

Machoka, P. M. Towards financial sector development – the role of the draft UNCITRAL legislative guide on secured transactions. *Journal of international banking law and regulation* (Londres) 21:9:529-534, 2006.

Schwenke F. Factoring im deutsch-französischen Rechtsverkehr. Francfort-sur-le-Main, Peter Lang, 2006, 295 pages.

En allemand. Titre en français: L'affacturage dans les relations juridiques franco-allemandes.

Steffens L. The new rule on assignment of right in Rome I – the solution to all our proprietary problems? Determination of the conflict of laws rule in respect of the proprietary aspects of assignment. *European review of private law/Europäische Zeitschrift für Privatrecht/Revue européenne de droit privé* (La Haye) 14:4:543-576, 2006.

United Nations group drafting secured transactions guide. *Novedades* (Tucson, Arizona) 13:2:1-4, 2006.

Verhagen R. Assignment in the Commission's "Rome I proposal". *Lloyd's maritime and commercial law quarterly* (Londres) 2:270-277, 2006.

VIII. Passation des marchés

Nicholas C. The UNCITRAL Model Law on Procurement – the current reform programme. *Public procurement law review* (Londres) 15:6:NA161-NA166, 2006.

IX. Insolvabilité

Anderson K. Japanese insolvency law after a decade of reform. *Canadian business law journal/Revue canadienne du droit de commerce* (Aurora, Ontario) 43:1:2-27, 2006.

Barschi A. La quiebra fraudulenta. Deuxième édition. Caracas, Ediciones Liber, 2006, 214 pages.

Actualizado por Gregor Barschi.

Bufford S. L. International accord. *Los Angeles lawyer* (Los Angeles, Californie) 33-42, juillet-août 2006.

Cain B. New cross-border insolvency regulations. *Tolley's company law & insolvency* (Londres) 5:11, 1-3, 2006.

Carruthers B. G. *et* T. C. Halliday. Forum: law between the global and the local: negotiating globalization: global scripts and intermediation in the construction of Asian insolvency regimes. *Law and social inquiry* (Oxford) 31:521-584, 2006.

Chan Ho L. (*gen. ed.*) Cross-border insolvency: a commentary on the UNCITRAL Model Law. Londres, Globe Business Publishing Ltd, 2006, 409 pages.

Chung J. J. The new Chapter 15 of the Bankruptcy Code: a step toward erosion of national sovereignty. *Northwestern journal of international law & business* (Champaign, Illinois) 27:89-135, 2006.

Cooper N. UNCITRAL project update. *INSOL world* (Londres) 1:7, 2007.

Everett S. UNCITRAL Model Law: experiences in the USA and elsewhere. *INSOL world* (Londres), troisième trimestre 2006, 26-27.

---------- S. Golick *et* S. Shandro. Adoption of the UNCITRAL Model Law gathers momentum: good news and big challenges! *INSOL world* (Londres) 2, 16-18, 2006.

Fletcher I. F. Insolvency in private international law: national and international approaches. Deuxième édition. Oxford – New York, Oxford university press, 2005, lvii, 716 pages.

Voir, en particulier, le chapitre 8 concernant la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale.

Giorgini G. C. Méthodes conflictuelles et règles matérielles dans l'application des nouveaux instruments de règlement de la faillite internationale. Paris, Dalloz, 2006, xiv, 739 pages.

Glosband D. M. SPhinX Chapter 15 opinion misses the mark. *American bankruptcy institute journal* (Alexandrie, Virginie) 25:10:44-48, 2007.

Griffiths T. *et* E. Smith. Transatlantic insolvency jurisdiction – the interplay between Chapter 15 of the US Bankruptcy Code and the EU Insolvency Regulation. *Journal of international banking law and regulation* (Londres) 21:8:435-439, 2006.

Heathcote A. Cross-border collapses. *Australia business review weekly* (Melbourne), 27 avril 2006.

Hoogland M. Recent trends in international chapter 11 cases: pragmatic reorganizations. *Texas international law journal* (Austin, Texas) 41:1:145-169, 2006.

Klauser A. *et* B. Pogacar. Der UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law – Ein Denkanstoß auch für das österreichische Insolvenzrecht. *In* Insolvenz-Forum 2005, A. Konecny, *ed.,* Wien – Graz, Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2006, p. 179-190.

En allemand. Titre en français: Le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité – proposition également pour le droit autrichien de

l'insolvabilité. Contient en annexe une traduction en allemand du glossaire et des recommandations du guide législatif.

Marquette V. *et* C. Barbé. Les procédures d'insolvabilité extracommunautaires. *Journal du droit international*: *Clunet* (Paris) 133:2:511-562, 2006.

Morán Bovio D. (*coord.*) Guía legislativa de UNCITRAL sobre el régimen de insolvencia. Las Rozas (Madrid), La Ley, 2007, v, 376 pages.

Norley L. *et* K. Asimacopoulos. Chapter adapter. *The Lawyer* (Londres) 15 janvier 2007:31.

Olivier M. et A. Boraine. Some aspects of international law in South African cross-border insolvency law. *Comparative and international law journal of Southern Africa* (Pretoria) 38:3:373-395, 2005.

Omar P. Cooperation and communication in the UNCITRAL Model Law. *Eurofenix* (Wallingford, Royaume-Uni), printemps 2006, 18-19.

Pottow J. A. E. Greed and pride in international bankruptcy: the problems of and proposed solutions to "local interests". *Michigan law review* (Ann Arbor, Michigan) 104:1899-1949, 2006.

Salafia L. Cross-border insolvency law in the United States and its application to multinational corporate groups. *Connecticut journal of international law* (Hartford, Connecticut) 21:297-335, 2006.

Sánchez-Calero Guilarte J. Nuevas actuaciones de la CNUDMI en materia de regulación de grupos ante un procedimiento concursal. *Revista de derecho bancario y bursátil* (Valladolid) 25:104:231-233, 2006.

Shandro S. The Implementation of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency in Great Britain. *American bankruptcy institute journal* (Alexandrie, Virginie) 25:5:30-45, 2006.

---------- *et* L. Chan Ho. The implementation of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency in Great Britain. *INSOL world* (Londres) 2, 10-12, 2006.

Stones K. The interpretation of COMI under the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency. *INSOL world* (Londres) 4:41-42, 2006.

UNCITRAL secretariat. UNCITRAL and INSOL International – treatment of corporate groups project. *INSOL world* (Londres) 4:7, 2006.

Vallens J.-L. Towards an ideal system, the UNCITRAL Legal Guide on Insolvency Law. *In* Peter H., Jeandin N. and J. Kilborn, *eds.*, The challenges of insolvency law reform in the 21st century, Zürich, 2006, p. 489-501.

X. Contrats internationaux de construction

Plate T. Die Gestaltung con "force majeure" – Klauseln in internationalen Wirtschaftsverträgen. *Recht der internationalen Wirtschaft: Betriebs-Berater international* (Heidelberg) 53:1:42-46.

En allemand. Titre en français: Les clauses relatives à la “force majeure” dans les contrats commerciaux internationaux.

XI. Échanges internationaux compensés

[*Aucune publication n’a été recensée sous cette rubrique*.]

XII. Projets d’infrastructure à financement privé

Cachard O. *et* B. Gross. Les dispositions législatives types de la CNUDCI sur les projets d’infrastructures à financement privé. *Journal du droit international: Clunet* (Paris) 133:2:459-476, 2006.

Wallace D., Jr. The nostalgic citizen, the omnipresent state, and the difficult emergence of capitalism in the provision of public services. *In* Liber memorialis Petar Šarčević. Universalism, tradition and the individual. V. Tomljenovic, J. A. Erauw, P. Volken, *eds.*, Munich, Sellier European law publishers, 2006, p. 531-541.

Annexe

Textes juridiques de la CNUDCI

Titre abrégé	*Titre complet*
Règles de Hambourg (1978)	Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978 (Hambourg)[a]
Convention sur la prescription (1974/1980)	Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, 1974 (New York)[b], et Protocole portant modification de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, 1980 (Vienne)[c]
Aide-mémoire de la CNUDCI sur les procédures arbitrales (1996)	Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales (1996)[d]
Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (1976)	Règlement d'arbitrage de la CNUDCI (1976)[e]
Convention de la CNUDCI sur les lettres de change et les billets à ordre (1988)	Convention des Nations Unies sur les lettres de change internationales et les billets à ordre internationaux (1988)[f]
Règlement de conciliation de la CNUDCI (1980)	Règlement de conciliation de la CNUDCI (1980)[g]
Guide de la CNUDCI sur les contrats de construction (1987)	Guide juridique de la CNUDCI pour l'établissement de contrats internationaux de construction d'installations industrielles (1987)[h]
Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux (1992)	Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux (1992)[i]
Guide de la CNUDCI sur les transferts électroniques de fonds (1986)	Guide juridique de la CNUDCI sur les transferts électroniques de fonds (1986)[j]
Guide de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure (2001)	Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé (2001)[k]
Guide de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (2004)	Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité (2004)[l]
Guide de la CNUDCI sur les échanges compensés (1992)	Guide juridique de la CNUDCI pour les opérations d'échanges compensés (1992)[m]
Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage (1985)	Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international (1985)[n]
Loi type de la CNUDCI sur la conciliation (2002)	Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale (2002)[o]
Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité (1997)	Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale (1997)[p]
Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996)	Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique (1996)[q]
Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001)	Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001)[r]
Loi type de la CNUDCI sur la passation de marchés (1994)	Loi type de la CNUDCI sur la passation de marchés de biens, de travaux et de services (1994)[s]
Dispositions types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure (2003)	Dispositions législatives types de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé (2003)[t]

Titre abrégé	*Titre complet*
Convention des Nations Unies sur la cession de créances (2001)	Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international (2001)[u]
Convention des Nations Unies sur les contrats électroniques (2005)	Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux (2005)[v]
Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (1995)	Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by (1995)[w]
Convention des Nations Unies sur les ventes (1980)	Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (1980)[x]
Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport (1991)	Convention des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international (1991)[y]

Notes

[a] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.14.

[b] Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises, New York, 20 mai-14 juin 1974 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.74.V.8), partie I.

[c] Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Vienne, 10 mars-11 avril 1980 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.81.IV.3), partie I.

[d] Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 17 (A/51/17), partie II.

[e] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.93.V.6.

[f] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.16.

[g] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.81.V.6.

[h] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.87.V.10.

[i] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.11.

[j] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.87.V.9.

[k] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.01.V.4.

[l] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.10.

[m] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.93.V.7.

[n] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.18.

[o] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.05.V.4.

[p] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.3.

[q] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.99.V.4.

[r] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.02.V.8.

[s] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.98.V.13.

[t] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.04.V.11.

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

[v] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.07.V.02.

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

[x] Publication des Nations Unies, numéro de vente: F.95.V.12.

[y] Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur la responsabilité des exploitants de terminaux de transport dans le commerce international, Vienne, 2-19 avril 1991 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.93.XI.3), partie I, document A/CONF.152/13, annexe.

III. LISTE DES DOCUMENTS DE LA COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
	A. Liste des documents dont était saisie la Commission à sa quarantième session	
	1. Documents à distribution générale	
A/CN.9/613	Ordre du jour provisoire annoté et calendrier de la quarantième session	Non reproduit
A/CN.9/614	Rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa quarante-cinquième session (Vienne, 11-15 septembre 2006)	Deuxième partie, chap. III, A
A/CN.9/615	Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa dixième session (Vienne, 25-29 septembre 2006)	Deuxième partie, chap. II, A
A/CN.9/616	Rapport du Groupe de travail III (Droit des transports) sur les travaux de sa dix-huitième session (Vienne, 6-17 novembre 2006)	Deuxième partie, chap. IV, A
A/CN.9/617	Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa onzième session (Vienne, 4-8 décembre 2006)	Deuxième partie, chap. I, A
A/CN.9/618	Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente et unième session (Vienne, 11-15 décembre 2006)	Deuxième partie, chap. V, A
A/CN.9/619	Rapport du Groupe de travail (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa quarante-sixième session (New York, 5-9 février 2007)	Deuxième partie, chap. III, C
A/CN.9/620	Rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa douzième session (New York, 12-16 février 2007)	Deuxième partie, chap. I, C
A/CN.9/621	Rapport du Groupe de travail III (Droit des transports) sur les travaux de sa dix-neuvième session (New York, 16-27 avril 2007)	Deuxième partie, chap. IV, J
A/CN.9/622	Rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente-deuxième session (New York, 14-18 mai 2007)	Deuxième partie, chap. V, C
A/CN.9/623	Rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa onzième session (New York, 21-25 mai 2007)	Deuxième partie, chap. II, D
A/CN.9/624 et Add.1 et 2	Note du Secrétariat sur les indicateurs de fraude commerciale	Deuxième partie, chap. VI, C

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
A/CN.9/625	Note du Secrétariat contenant une bibliographie des écrits récents ayant trait aux travaux de la CNUDCI	Troisième partie, chap. II
A/CN.9/626	Note du Secrétariat sur l'état des conventions et des lois types	Deuxième partie, chap. IX
A/CN.9/627	Note du Secrétariat sur la coopération et l'assistance techniques	Deuxième partie, chap. VIII
A/CN.9/628 et Add.1	Note du Secrétariat sur les activités actuelles des organisations internationales en matière d'harmonisation et d'unification du droit commercial international	Deuxième partie, chap. X
A/CN.9/629	Note du Secrétariat sur la facilitation de la coopération, de la communication directe et de la coordination dans les procédures d'insolvabilité internationale	Non reproduit
A/CN.9/630 et Add.1 à 5	Note du Secrétariat sur les travaux futurs possibles dans le domaine du commerce électronique – Document de référence général sur les éléments requis pour créer un cadre juridique favorable pour le commerce électronique: spécimen de chapitre sur l'utilisation internationale des méthodes d'authentification et de signature électroniques	Deuxième partie, chap. VI, B
A/CN.9/631 et Add.1 à 11	Note du Secrétariat sur les recommandations du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties	Deuxième partie, chap. I, E
A/CN.9/632	Note du Secrétariat sur les travaux futurs possibles sur les sûretés réelles mobilières grevant la propriété intellectuelle	Deuxième partie, chap. VI, A
A/CN.9/633	Note du Secrétariat contenant les observations de la Communauté européenne et de ses États membres concernant le projet de guide législatif sur les opérations garanties	Non reproduit
A/CN.9/634	Rapport du Secrétaire général de la Cour permanente d'arbitrage sur ses activités au titre du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI depuis 1976	Deuxième partie, chap. III, E
A/CN.9/635	Note du Secrétariat contenant les observations du Gouvernement français sur les méthodes de travail de la CNUDCI	Non reproduit
A/CN.9/636	Ordre du jour provisoire annoté et calendrier de la reprise de la quarantième session	Non reproduit
A/CN.9/637 et Add.1 à 8	Note du Secrétariat sur la terminologie et les recommandations du projet de guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties	Deuxième partie, chap. I, F
A/CN.9/638 et Add.1 à 6	Note du Secrétariat sur le Règlement intérieur et les méthodes de travail de la CNUDCI	Non reproduit

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
A/CN.9/639	Note du Secrétariat sur le Règlement intérieur et les méthodes de travail de la CNUDCI – Observations des États-Unis	Non reproduit
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/XL/CRP.1 et Add.1 à 21	Projet de rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa quarantième session	Non reproduit
A/CN.9/XL/CRP.2 et Add.1 et 2	Rapport du Groupe de rédaction: projet de guide législatif sur les opérations garanties	Non reproduit
A/CN.9/XL/CRP.3	Note du Secrétariat concernant les ajouts au commentaire sur la propriété intellectuelle	Non reproduit
A/CN.9/XL/CRP.4	Note du Secrétariat concernant les commentaires de l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit)	Non reproduit
A/CN.9/XL/CRP.5	Proposition de la Commercial Finance Association sur le projet de guide législatif sur les opérations garanties: Sûretés sur certaines valeurs mobilières non intermédiées	Non reproduit
A/CN.9/XL/CRP.6	Note du Secrétariat sur	Non reproduit
A/CN.9/XL/CRP.7	Proposition de la délégation canadienne sur le financement des acquisitions concernant le projet de guide législatif sur les opérations garanties: Sûretés réelles mobilières sur certains titres non intermédiés	Non reproduit
A/CN.9/XL/CRP.8	Décision possible de la Commission concernant les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international 2004	Non reproduit
A/CN.9/XL/CRP.9 et Add.1 à 5	Projet de rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de la reprise de sa quarantième session	Non reproduit
A/CN.9/XL/CRP.10	Propositions de la délégation des États-Unis d'Amérique	Non reproduit
A/CN.9/XL/CRP.11	Révisions apportées à l'introduction, au chapitre premier et à la section C du chapitre II du projet de guide législatif sur les opérations garanties	Non reproduit
A/CN.9/XL/CRP.12	Résumé informel, établi par le Secrétariat, des consultations informelles tenues le 7 décembre 2007 entre tous les États intéressés sur le règlement intérieur et les méthodes de travail de la CNUDCI	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/XL/INF.2 et Rev.1	Liste de participants	Non reproduit

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
	B. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail sur les sûretés à sa onzième session	
	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.VI/WP.28	Ordre du jour provisoire annoté	Non reproduit
A/CN.9/WG.VI/WP.29	Note du Secrétariat sur le projet de guide législatif sur les opérations garanties: terminologie et recommandations, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa onzième session	Deuxième partie, chap. I, B
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.VI/XI/CRP.1 et Add.1 à 4	Projet de rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa onzième session	Non reproduit
A/CN.9/WG.VI/XI/CRP.2	Proposition de la Commercial Finance Association concernant la recommandation 192 du document A/CN.9/WG.VI/WP.29 (Priorité d'une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition grevant le produit de stocks)	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.VI/XI/INF.1	Liste de participants	Non reproduit
	C. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail sur les sûretés à sa douzième session	
	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.VI/WP.30	Ordre du jour provisoire annoté	Non reproduit
A/CN.9/WG.VI/WP.31 et Add.1	Note du Secrétariat sur le projet de guide législatif sur les opérations garanties, soumise au Groupe de travail VI (Sûretés) à sa douzième session	Deuxième partie, chap. I, D
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.VI/XII/CRP.1 et Add.1 à 4	Projet de rapport du Groupe de travail VI (Sûretés) sur les travaux de sa douzième session	Non reproduit
A/CN.9/WG.VI/XII/CRP.2	Note du Secrétariat concernant le projet de guide législatif sur les opérations garanties: terminologie et recommandations sur les droits liés au financement d'acquisitions	Non reproduit
A/CN.9/WG.VI/XII/CRP.3	Note du Secrétariat concernant le projet de guide législatif sur les opérations garanties: terminologie et recommandations relatives aux sûretés sur la propriété intellectuelle	Non reproduit
A/CN.9/WG.VI/XII/CRP.4	Note du Secrétariat concernant le projet de guide législatif sur les opérations garanties: sûretés réelles mobilières grevant des valeurs mobilières détenues directement	Non reproduit

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.VI/XII/INF.1	Liste de participants	Non reproduit
	D. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa dixième session	
	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.I/WP.46	Ordre du jour provisoire annoté	Non reproduit
A/CN.9/WG.I/WP.47	Note du Secrétariat sur les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – propositions de textes sur l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics et la publication électronique d'informations relatives à la passation des marchés, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa dixième session	Deuxième partie, chap. II, B
A/CN.9/WG.I/WP.48	Note du Secrétariat sur les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – projets de textes sur l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la passation de marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa dixième session	Deuxième partie, chap. II, C
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.I/X/CRP.1 et Add.1 à 4	Projet de rapport du Groupe de travail I (Passation de marchés) sur les travaux de sa dixième session	Non reproduit
A/CN.9/WG.I/X/CRP.2	Modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – variantes rédactionnelles proposées pour l'utilisation des moyens de communication dans les procédures de passation des marchés et la soumission des offres	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.I/X/INF.1	Liste de participants	Non reproduit
	E. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa onzième session	
A/CN.9/WG.I/WP.49	Ordre du jour provisoire annoté	

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
A/CN.9/WG.I/WP.50	Note du Secrétariat sur les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – propositions de textes sur l'utilisation des communications électroniques dans la passation des marchés publics, la publication d'informations relatives à la passation des marchés et les offres anormalement basses, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa onzième session	Deuxième partie, chap. II, E
A/CN.9/WG.I/WP.51	Note du Secrétariat sur les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – projets de textes sur l'utilisation des enchères électroniques inversées dans la passation de marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa onzième session	Deuxième partie, chap. II, F
A/CN.9/WG.I/WP.52 et Add.1	Note du Secrétariat sur les modifications pouvant être apportées à la Loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services – projets de textes sur l'utilisation des accords-cadres et des systèmes d'acquisition dynamiques dans la passation de marchés publics, soumise au Groupe de travail I (Passation de marchés) à sa onzième session	Deuxième partie, chap. II, G
	F. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation à sa quarante-cinquième session	
	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.II/WP.142	Ordre du jour provisoire annoté	Non reproduit
A/CN.9/WG.II/WP.143 et Add.1	Note du Secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: Révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, soumise au Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation à sa quarante-cinquième session	Deuxième partie, chap. III, B
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.II/XLV/CRP.1 et Add.1 à 4	Projet de rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa quarante-cinquième session	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.II/XLV/INF.1/Corr.1	Liste de participants	Non reproduit
	G. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation à sa quarante-sixième session	
	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.II/WP.144	Ordre du jour provisoire annoté	Non reproduit

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
A/CN.9/WG.II/WP.145 et Add.1	Note du Secrétariat sur le règlement des litiges commerciaux: révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, soumise au Groupe de travail sur l'arbitrage et la conciliation à sa quarante-sixième session	Deuxième partie, chap. III, D
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.II/XLVI/CRP.1 et Add.1 à 4	Projet de rapport du Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation) sur les travaux de sa quarante-sixième session	Non reproduit
A/CN.9/WG.II/XLVI/CRP.2	Propositions de l'observateur de Bahreïn concernant le règlement des litiges commerciaux: Révision du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.II/XLVI/INF.1	Liste de participants	Non reproduit
	H. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-huitième session	
	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.III/WP.71	Ordre du jour provisoire annoté	Non reproduit
A/CN.9/WG.III/WP.72	Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Limitation de la responsabilité du transporteur, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-huitième session	Deuxième partie, chap. IV, B
A/CN.9/WG.III/WP.73	Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Observations et propositions de la Chambre internationale de la marine marchande, du Conseil maritime baltique et international (BIMCO) et de l'International Group of P&I Clubs sur les questions inscrites à l'ordre du jour de la dix-huitième session, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-huitième session	Deuxième partie, chap. IV, C
A/CN.9/WG.III/WP.74	Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Responsabilité du chargeur en cas de retard: document présenté pour information au Groupe de travail par le Gouvernement suédois, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-huitième session	Deuxième partie, chap. IV, D

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
A/CN.9/WG.III/WP.75	Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Chapitre 16: Compétence, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-huitième session	Deuxième partie, chap. IV, E
A/CN.9/WG.III/WP.76	Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Droits d'action et délai pour agir: document présenté pour information par le Gouvernement japonais, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-huitième session	Deuxième partie, chap. IV, F
A/CN.9/WG.III/WP.77	Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Procédure de modification des limites – proposition de texte du Gouvernement des États-Unis d'Amérique, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-huitième session	Deuxième partie, chap. IV, G
A/CN.9/WG.III/WP.78	Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Relation avec d'autres conventions, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-huitième session	Deuxième partie, chap. IV, H
A/CN.9/WG.III/WP.79	Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Identité du transporteur – proposition de texte des Gouvernements de l'Italie et des Pays-Bas, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-huitième session	Deuxième partie, chap. IV, I
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.III/XVIII/CRP.1 et Add.1 à 16	Projet de rapport du Groupe de travail III (Droit des transports) sur les travaux de sa dix-huitième session	Non reproduit
A/CN.9/WG.III/XVIII/CRP.2	Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]. Proposition conjointe des délégations de l'Italie et des Pays-Bas pour le libellé du projet d'article 43	Non reproduit
A/CN.9/WG.III/XVIII/CRP.3	Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.III/XVIII/INF.1/ Rev.1	Liste de participants	Non reproduit

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
	I. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-neuvième session	
	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.III/WP.80 et Corr.1	Ordre du jour provisoire annoté	Non reproduit
A/CN.9/WG.III/WP.81 et Corr.1	Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer], soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-neuvième session	Deuxième partie, chap. IV, K
A/CN.9/WG.III/WP.82	Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Prise de position du Comité national français, Chambre de commerce internationale (ICC France), soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-neuvième session	Deuxième partie, chap. IV, L
A/CN.9/WG.III/WP.83	Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Prise de position du Conseil des Chargeurs Européens (ESC), soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-neuvième session	Deuxième partie, chap. IV, M
A/CN.9/WG.III/WP.84	Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Proposition des États-Unis d'Amérique relative à la définition de la "partie exécutante maritime", soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-neuvième session	Deuxième partie, chap. IV, N
A/CN.9/WG.III/WP.85	Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Obligations du chargeur: Proposition de texte de la délégation suédoise, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-neuvième session	Deuxième partie, chap. IV, O
A/CN.9/WG.III/WP.86	Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Proposition des délégations danoise, finlandaise et norvégienne sur le projet d'article 37-1 a) relatif aux données du contrat, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-neuvième session	Deuxième partie, chap. IV, P

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
A/CN.9/WG.III/WP.87	Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Commentaires de la Chambre internationale de la marine marchande, du BIMCO et de l'International Group of P&I Clubs sur le projet de convention, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-neuvième session	Deuxième partie, chap. IV, Q
A/CN.9/WG.III/WP.88	Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Proposition commune de l'Australie et de la France concernant les contrats de tonnage, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-neuvième session	Deuxième partie, chap. IV, R
A/CN.9/WG.III/WP.89	Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Propositions de la France, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-neuvième session	Deuxième partie, chap. IV, S
A/CN.9/WG.III/WP.90	Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Propositions soumises par l'Union internationale des transports routiers (IRU) concernant les articles 1-7, 26 et 90 du projet de convention, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-neuvième session	Deuxième partie, chap. IV, T
A/CN.9/WG.III/WP.91	Note du Secrétariat sur l'élaboration d'un projet de convention sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer] – Proposition des États-Unis d'Amérique sur le retard du transporteur et du chargeur, soumise au Groupe de travail III (Droit des transports) à sa dix-neuvième session	Deuxième partie, chap. IV, U
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.III/XIX/CRP.1 et Add.1 à 24	Projet de rapport du Groupe de travail III (Droit des transports) sur les travaux de sa dix-neuvième session	Non reproduit
A/CN.9/WG.III/XIX/CRP.2	Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]	Non reproduit
A/CN.9/WG.III/XIX/CRP.3	Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]	Non reproduit
A/CN.9/WG.III/XIX/CRP.4	Élaboration d'un projet d'instrument sur le transport de marchandises [effectué entièrement ou partiellement] [par mer]	Non reproduit

Cote	*Titre ou description*	*Emplacement dans le présent volume*
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.III/XIX/INF.1	Liste de participants	Non reproduit
	J. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa trente et unième session	
	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.V/WP.73	Ordre du jour provisoire annoté	Non reproduit
A/CN.9/WG.V/WP.74 et Add.1 et 2	Note du Secrétariat sur le traitement des groupes de sociétés dans la procédure d'insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente et unième session	Deuxième partie, chap. V, B
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.V/XXXI/CRP.1 et Add.1 à 4	Projet de rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente et unième session	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.V/XXXI/INF.1	Liste de participants	Non reproduit
	K. Liste des documents dont était saisi le Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité à sa trente-deuxième session	
	1. Documents de travail	
A/CN.9/WG.V/WP.75	Ordre du jour provisoire annoté	
A/CN.9/WG.V/WP.76 et Add.1 et 2	Note du Secrétariat sur le traitement des groupes de sociétés en cas d'insolvabilité, soumise au Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) à sa trente-deuxième session	Deuxième partie, chap. V, D
	2. Documents à distribution restreinte	
A/CN.9/WG.V/XXXII/CRP.1 et Add.1 à 4	Projet de rapport du Groupe de travail V (Droit de l'insolvabilité) sur les travaux de sa trente-deuxième session	Non reproduit
	3. Documents d'information	
A/CN.9/WG.V/XXXII/INF.1	Liste de participants	Non reproduit

IV. LISTE DES DOCUMENTS DE LA COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL REPRODUITS DANS LES VOLUMES PRÉCÉDENTS DE *L'ANNUAIRE*

On indique dans la présente liste dans quels volumes précédents de l'Annuaire les documents relatifs aux travaux de la Commission ont été reproduits en donnant les précisions ci-après: année, partie, chapitre et pages; les documents qui ne sont pas mentionnés ici sont des documents qui n'ont pas été reproduits dans l'*Annuaire*. Les documents se répartissent dans les catégories suivantes:

1. Rapports sur les sessions annuelles de la CNUDCI

2. Résolutions de l'Assemblée générale

3. Rapports de la Sixième Commission

4. Extraits des rapports du Conseil du commerce et du développement, Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement

5. Documents soumis à la CNUDCI (y compris les rapports des sessions des Groupes de travail)

6. Documents soumis aux Groupes de travail:

   a) Groupe de travail I:
   Délais et prescription (1969 à 1971); projets d'infrastructure à financement privé (2001 à 2003); passation de marchés (depuis 2004)

   b) Groupe de travail II:
   Vente internationale de marchandises (1968 à 1978); pratiques en matière de contrats internationaux (1981 à 2000); arbitrage commercial international et conciliation (depuis 2000)

   c) Groupe de travail III:
   Réglementation internationale des transports maritimes (1970 à 1975); droit des transports (depuis 2002)**

   d) Groupe de travail IV:
   Effets de commerce internationaux (1973 à 1987); paiements internationaux (1988 à 1992); échange de données informatisées (1992 à 1996); commerce électronique (depuis 1997)

   e) Groupe de travail V:
   Nouvel ordre économique international (1981 à 1994); insolvabilité (1995 à 1999); insolvabilité (depuis 2001)*

---

* Pour sa vingt-troisième session (Vienne, 11-22 décembre 2000), ce groupe de travail a été nommé Groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux (voir le rapport de la Commission sur les travaux de sa trente-troisième session A/55/17, par. 186).

** À sa trente-cinquième session, la Commission a adopté des sessions d'une semaine et porté de trois à six le nombre de groupes de travail.

f) Groupe de travail VI:
Sûretés (depuis 2002)**

7. Comptes rendus analytiques des débats de la CNUDCI

8. Textes adoptés par des conférences de plénipotentiaires

9. Bibliographies des écrits ayant trait aux travaux de la CNUDCI.

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
1. Rapports sur les sessions annuelles de la CNUDCI			
A/7216 (première session)	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, I, A	77
A/7618 (deuxième session)	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, II, A	101
A/8017 (troisième session)	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, III, A	138
A/8417 (quatrième session)	Volume II: 1971	Première partie, II, A	12
A/8717 (cinquième session)	Volume III: 1972	Première partie, II, A	11
A/9017 (sixième session)	Volume IV: 1973	Première partie, II, A	13
A/9617 (septième session)	Volume V: 1974	Première partie, II, A	13
A/10017 (huitième session)	Volume VI: 1975	Première partie, II, A	9
A/31/17 (neuvième session)	Volume VII: 1976	Première partie, II, A	11
A/32/17 (dixième session)	Volume VIII: 1977	Première partie, II, A	14
A/33/17 (onzième session)	Volume IX: 1978	Première partie, II, A	14
A/34/17 (douzième session)	Volume X: 1979	Première partie, II, A	14
A/35/17 (treizième session)	Volume XI: 1980	Première partie, II, A	7
A/36/17 (quatorzième session)	Volume XII: 1981	Première partie, A	3
A/37/17 et Corr.1 (quinzième session)	Volume XIII: 1982	Première partie, A	3
A/38/17 (seizième session)	Volume XIV: 1983	Première partie, A	3
A/39/17 (dix-septième session)	Volume XV: 1984	Première partie, A	3
A/40/17 (dix-huitième session)	Volume XVI: 1985	Première partie, A	3
A/41/17 (dix-neuvième session)	Volume XVII: 1986	Première partie, A	3
A/42/17 (vingtième session)	Volume XVIII: 1987	Première partie, A	3
A/43/17 (vingt et unième session)	Volume XIX: 1988	Première partie, A	3
A/44/17 (vingt-deuxième session)	Volume XX: 1989	Première partie, A	3
A/45/17 (vingt-troisième session)	Volume XXI: 1990	Première partie, A	3
A/46/17 (vingt-quatrième session)	Volume XXII: 1991	Première partie, A	3
A/47/17 (vingt-cinquième session)	Volume XXIII: 1992	Première partie, A	3
A/48/17 (vingt-sixième session)	Volume XXIV: 1993	Première partie, A	3
A/49/17 (vingt-septième session)	Volume XXV: 1994	Première partie, A	3
A/50/17 (vingt-huitième session)	Volume XXVI: 1995	Première partie, A	3
A/51/17 (vingt-neuvième session)	Volume XXVII: 1996	Première partie, A	3
A/52/17 (trentième session)	Volume XXVIII: 1997	Première partie, A	3

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/53/17 (trente-unième session)	Volume XXIX: 1998	Première partie, A	3
A/54/17 (trente-deuxième session)	Volume XXX: 1999	Première partie, A	3
A/55/17 (trente-troisième session)	Volume XXXI: 2000	Première partie, A	3
A/56/17 (trente-quatrième session)	Volume XXXII: 2001	Première partie, A	3
A/57/17 (trente-cinquième session)	Volume XXXIII: 2002	Première partie, A	3
A/58/17 (trente-sixième session)	Volume XXXIV: 2003	Première partie, A	3
A//59/17 (trente-septième session)	Volume XXXV: 2004	Première partie, A	3
A/60/17 (trente-huitième session)	Volume XXXVI: 2005	Première partie, A	3
A/61/17 (trente-neuvième session)	Volume XXXVII: 2006	Première partie, A	3
	2. Résolutions de l'Assemblée générale		
2102 (XX)	Volume I: 1968-1970	Première partie, II, A	19
2205 (XXI)	Volume I: 1968-1970	Première partie, II, E	70
2421 (XXIII)	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, I, B, 3	98
2502 (XXIV)	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, II, B, 3	135
2635 (XXV)	Volume II: 1971	Première partie, I, C	10
2766 (XXVI)	Volume III: 1972	Première partie, I, C	10
2928 (XXVII)	Volume IV: 1973	Première partie, I, C	10
2929 (XXVII)	Volume IV: 1973	Première partie, I, C	10
3104 (XXVIII)	Volume V: 1974	Première partie, I, C	10
3108 (XXVIII)	Volume V: 1974	Première partie, I, C	10
3316 (XXIX)	Volume VI: 1975	Première partie, I, C	7
3317 (XXIX)	Volume VI: 1975	Troisième partie, I, B	328
3494 (XXX)	Volume VII: 1976	Première partie, I, C	9
31/98	Volume VIII: 1977	Première partie, I, C	10
31/99	Volume VIII: 1977	Première partie, I, C	10
31/100	Volume XIII: 1977	Première partie, I, C	10
32/145	Volume IX: 1978	Première partie, I, C	11
32/438	Volume IX: 1978	Première partie, I, C	11
33/92	Volume X: 1979	Première partie, I, B	10
33/93	Volume X: 1979	Première partie, I, C	10
34/143	Volume XI: 1980	Première partie, I, C	4
34/150	Volume XI: 1980	Troisième partie, III	177

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
35/166	Volume XI: 1980	Troisième partie, III	177
35/51	Volume XI: 1980	Première partie, II, D	32
35/52	Volume XI: 1980	Première partie, II, D	32
36/32	Volume XII: 1981	Première partie, D	21
36/107	Volume XII: 1981	Troisième partie, I	285
36/111	Volume XII: 1981	Troisième partie, II	286
37/103	Volume XIII: 1982	Troisième partie, III	463
37/106	Volume XIII: 1982	Première partie, D	23
37/107	Volume XIII: 1982	Première partie, D	23
38/128	Volume XIV: 1983	Troisième partie, III	279
38/134	Volume XIV: 1983	Première partie, D	23
38/135	Volume XIV: 1983	Première partie, D	23
39/82	Volume XV: 1984	Première partie, D	24
40/71	Volume XVI: 1985	Première partie, D	50
40/72	Volume XVI: 1985	Première partie, D	50
41/77	Volume XVII: 1986	Première partie, D	39
42/152	Volume XVIII: 1987	Première partie, D	43
42/153	Volume XVIII: 1987	Première partie, E	44
43/165 et annexe	Volume XIX: 1988	Première partie, D	20
43/166	Volume XIX: 1988	Première partie, E	21
44/33	Volume XX: 1989	Première partie, E	39
45/42	Volume XXI: 1990	Première partie, D	18
46/56	Volume XXII: 1991	Première partie, D	49
47/34	Volume XXIII: 1992	Première partie, D	26
48/32	Volume XXIV: 1993	Première partie, D	39
48/33	Volume XXIV: 1993	Première partie, D	40
48/34	Volume XXIV: 1993	Première partie, D	40
49/54	Volume XXV: 1994	Première partie, D	32
49/55	Volume XXV: 1994	Première partie, D	32
50/47	Volume XXVI: 1995	Première partie, D	57
51/161	Volume XXVII: 1996	Première partie, D	40
51/162	Volume XXVII: 1996	Première partie, D	40

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
52/157	Volume XXVIII: 1997	Première partie, D	40
52/158	Volume XXVIII: 1997	Première partie, D	40
53/103	Volume XXIX: 1998	Première partie, D	32
54/103	Volume XXX: 1999	Première partie, D	51
55/151	Volume XXXI: 2000	Première partie, D	67
56/79	Volume XXXII: 2001	Première partie, D	68
56/80	Volume XXXII: 2001	Première partie, D	68
56/81	Volume XXXII: 2001	Première partie, D	68
57/17	Volume XXXIII: 2002	Première partie, D	45
57/18	Volume XXXIII: 2002	Première partie, D	46
57/19	Volume XXXIII: 2002	Première partie, D	49
57/20	Volume XXXIII: 2002	Première partie, D	49
58/75	Volume XXXIV: 2003	Première partie, D	42
58/76	Volume XXXIV: 2003	Première partie, D	42
59/39	Volume XXXV: 2004	Première partie, D	42
59/40	Volume XXXV: 2004	Première partie, D	54
61/32	Volume XXXVII: 2006	Première partie, D	67
61/33	Volume XXXVII: 2006	Première partie, D	67
	3. Rapports de la Sixième Commission		
A/5728	Volume I: 1968-1970	Première partie, I, A	5
A/6396	Volume I: 1968-1970	Première partie, II, B	19
A/6594	Volume I: 1968-1970	Première partie, II, D	62
A/7408	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, I, B, 2	94
A/7747	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, II, B, 2	129
A/8146	Volume II: 1971	Première partie, I, B	5
A/8506	Volume III: 1972	Première partie, I, B	5
A/8896	Volume IV: 1973	Première partie, I, B	5
A/9408	Volume V: 1974	Première partie, I, B	3
A/9920	Volume VI: 1975	Première partie, I, B	3
A/9711	Volume VI: 1975	Troisième partie, I, A	328
A/10420	Volume VII: 1976	Première partie, I, B	5
A/31/390	Volume VIII: 1977	Première partie, I, B	5

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/32/402	Volume IX: 1978	Première partie, I, B	5
A/33/349	Volume X: 1979	Première partie, I, B	5
A/34/780	Volume XI: 1980	Première partie, I, B	4
A/35/627	Volume XI: 1980	Première partie, II, C	31
A/36/669	Volume XII: 1981	Première partie, C	21
A/37/620	Volume XIII: 1982	Première partie, C	22
A/38/667	Volume XIV: 1983	Première partie, C	22
A/39/698	Volume XV: 1984	Première partie, C	24
A/40/935	Volume XVI: 1985	Première partie, C	49
A/41/861	Volume XVII: 1986	Première partie, C	38
A/42/836	Volume XVIII: 1987	Première partie, C	41
A/43/820	Volume XIX: 1988	Première partie, C	19
A/C.6/43/L.2	Volume XIX: 1988	Troisième partie, II, A	195
A/43/405 et Add.1 à 3	Volume XIX: 1988	Troisième partie, II, B	196
A/44/453 et Add.1	Volume XX: 1989	Première partie, C	35
A/44/723	Volume XX: 1989	Première partie, D	38
A/45/736	Volume XXI: 1990	Première partie, C	18
A/46/688	Volume XXII: 1991	Première partie, C	48
A/47/586	Volume XXIII: 1992	Première partie, C	25
A/48/613	Volume XXIV: 1993	Première partie, C	40
A/49/739	Volume XXV: 1994	Première partie, C	31
A/50/640	Volume XXVI: 1995	Première partie, C	58
A/51/628	Volume XXVII: 1996	Première partie, C	40
A/52/649	Volume XXVIII: 1997	Première partie, C	41
A/53/632	Volume XXIX: 1998	Première partie, C	33
A/54/611	Volume XXX: 1999	Première partie, C	51
A/55/608	Volume XXXI: 2000	Première partie, C	68
A/56/588	Volume XXXII: 2001	Première partie, C	63
A/57/562	Volume XXXIII 2002	Première partie, C	44
A/58/513	Volume XXXIV: 2003	Première partie, C	40
A/59/509	Volume XXXV: 2004	Première partie, C	52
A/60/515	Volume XXXVI: 2005	Première partie, C	72

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/61/453	Volume XXXVII: 2006	Première partie, C	65
4. Extraits des rapports du Conseil du commerce et du développement de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement			
A/7214	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, I, B, 1	92
A/7616	Volume I: 1968-1970	Deuxième partie, II, B, 1	129
A/8015/Rev.1	Volume II: 1971	Première partie, I, A	5
TD/B/C.4/86, annexe I	Volume II: 1971	Deuxième partie, IV	151
A/8415/Rev.1	Volume III: 1972	Première partie, I, A	5
A/8715/Rev.1	Volume IV: 1973	Première partie, I, A	5
A/9015/Rev.1	Volume V: 1974	Première partie, I, A	5
A/9615/Rev.1	Volume VI: 1975	Première partie, I, A	5
A/10015/Rev.1	Volume VII: 1976	Première partie, I, A	5
TD/B/617	Volume VIII: 1977	Première partie, I, A	5
TD/B/664	Volume IX: 1978	Première partie, I, A	5
A/33/15/Vol. II	Volume X: 1979	Première partie, I, A	5
A/34/15/Vol. II	Volume XI: 1980	Première partie, I, A	3
A/35/15/Vol. II	Volume XI: 1980	Première partie, II, B	31
A/36/15/Vol. II	Volume XII: 1981	Première partie, B	20
TD/B/930	Volume XIII: 1982	Première partie, B	22
TD/B/973	Volume XIV: 1983	Première partie, B	22
TD/B/1026	Volume XV: 1984	Première partie, B	24
TD/B/1077	Volume XVI: 1985	Première partie, B	49
TD/B/L.810/Add.9	Volume XVII: 1986	Première partie, B	37
A/42/15	Volume XVIII: 1987	Première partie, B	41
TD/B/1193	Volume XIX: 1988	Première partie, B	19
TD/B/1234/Vol. II	Volume XX: 1989	Première partie, B	18
TD/B/1277/Vol. II	Volume XXI: 1990	Première partie, B	18
TD/B/1309/Vol. II	Volume XXII: 1991	Première partie, B	48
TD/B/39(1)/15	Volume XXIII: 1992	Première partie, B	25
TD/B/40(1) 14 (Vol. I)	Volume XXIV: 1993	Première partie, B	39
TD/B/41(1)/14 (Vol. I)	Volume XXV: 1994	Première partie, B	32
TD/B/42(1)19 (Vol. I)	Volume XXVI: 1995	Première partie, B	58

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
TD/B/43/12 (Vol. I)	Volume XXVII: 1996	Première partie, B	39
TD/B/44/19 (Vol. I)	Volume XXVIII: 1997	Première partie, B	41
TD/B/45/13 (Vol. I)	Volume XXIX: 1998	Première partie, B	33
TD/B/46/15 (Vol. I)	Volume XXX: 1999	Première partie, B	51
TD/B/47/11 (Vol. I)	Volume XXXI: 2000	Première partie, B	68
TD/B/48/18 (Vol. I)	Volume XXXII: 2001	Première partie, B	63
TD/B/49/15 (Vol. I)	Volume XXXIII: 2002	Première partie, B	43
TD/B/50/14 (Vol. I)	Volume XXXIV: 2003	Première partie, B	39
TD/B/51/8 (Vol. I)	Volume XXXV: 2004	Première partie, B	51
TD/B/52/10 (Vol. I)	Volume XXXVI: 2005	Première partie, B	71
TD/B/53/8 (Vol. I)	Volume XXXVII: 2006	Première partie, B	64
5. Documents soumis à la CNUDCI (y compris les rapports des sessions des Groupes de travail)			
A/C.6/L.571	Volume I: 1968-1970	Première partie, I, B	5
A/C.6/L.572	Volume I: 1968-1970	Première partie, I, C	14
A/CN.9/15 et Add.1	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, III, B	273
A/CN.9/18	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, C, 1	221
A/CN.9/19	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, III, A, 1	255
A/CN.9/21 et Corr.1	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, IV, A	278
A/CN.9/30	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, D	232
A/CN.9/31	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, A, 1	169
A/CN.9/33	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, B	215
A/CN.9/34	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, C, 2	230
A/CN.9/35	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, I, A, 2	188
A/CN.9/38	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, II, A, 2	259
A/CN.9/L.19	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, V, A	305
A/CN.9/38/Add.1	Volume II: 1971	Deuxième partie, II, 1	124
A/CN.9/41	Volume I: 1968-1970	Troisième partie, II, A	249
A/CN.9/48	Volume II: 1971	Deuxième partie, II, 2	125
A/CN.9/50 et annexes I à IV	Volume II: 1971	Deuxième partie, I, C, 2	96
A/CN.9/52	Volume II: 1971	Deuxième partie, I, A, 2	55
A/CN.9/54	Volume II: 1971	Deuxième partie, I, B, 1	73

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/55	Volume II: 1971	Deuxième partie, III	145
A/CN.9/60	Volume II: 1971	Deuxième partie, IV	151
A/CN.9/62 et Add.1 et 2	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, A, 5	85
A/CN.9/63 et Add.1	Volume III: 1972	Deuxième partie, IV	272
A/CN.9/64	Volume III: 1972	Deuxième partie, III	210
A/CN.9/67	Volume III: 1972	Deuxième partie, II, 1	159
A/CN.9/70 et Add.2	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, B, 1	105
A/CN.9/73	Volume III: 1972	Deuxième partie, II, B, 3	115
A/CN.9/74 et annexe I	Volume IV: 1973	Deuxième partie, IV, 1	151
A/CN.9/75	Volume IV: 1973	Deuxième partie, I, A, 3	69
A/CN.9/76 et Add.1	Volume IV: 1973	Deuxième partie, IV, 4, 5	222
A/CN.9/77	Volume IV: 1973	Deuxième partie, II, 1	114
A/CN.9/78	Volume IV: 1973	Deuxième partie, I, B	89
A/CN.9/79	Volume IV: 1973	Deuxième partie, III, 1	143
A/CN.9/82	Volume IV: 1973	Deuxième partie, V	217
A/CN.9/86	Volume V: 1974	Deuxième partie, II, 1	97
A/CN.9/87	Volume V: 1974	Deuxième partie, I, 1	29
A/CN.9/87, annexes I à IV	Volume V: 1974	Deuxième partie, I, 2 à 5	51
A/CN.9/88 et Add.1	Volume V: 1974	Deuxième partie, III, 1 et 2	113
A/CN.9/91	Volume V: 1974	Deuxième partie, IV 1	191
A/CN.9/94 et Add.1 et 2	Volume V: 1974	Deuxième partie, V	195
A/CN.9/96 et Add.1	Volume VI: 1975	Deuxième partie, IV, 1 et 2	187
A/CN.9/97 et Add.1 à 4	Volume VI: 1975	Deuxième partie, III	163
A/CN.9/98	Volume VI: 1975	Deuxième partie, I, 6	114
A/CN.9/99	Volume VI: 1975	Deuxième partie, II, 1	121
A/CN.9/100, annexes I à IV	Volume VI: 1975	Deuxième partie, I, 1 à 5	49
A/CN.9/101 et Add.1	Volume VI: 1975	Deuxième partie, II, 3 et 4	137
A/CN.9/102	Volume VI: 1975	Deuxième partie, II, 5	159
A/CN.9/103	Volume VI: 1975	Deuxième partie, V	255
A/CN.9/104	Volume VI: 1975	Deuxième partie, VI	305
A/CN.9/105	Volume VI: 1975	Deuxième partie, IV, 3	248
A/CN.9/105, annexe	Volume VI: 1975	Deuxième partie, IV, 4	274

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/106	Volume VI: 1975	Deuxième partie, VIII	314
A/CN.9/107	Volume VI: 1975	Deuxième partie, VII	311
A/CN.9/109 et Add.1 et 2	Volume VII: 1976	Deuxième partie, IV, 1 à 3	196
A/CN.9/110	Volume VII: 1976	Deuxième partie, IV, 4	278
A/CN.9/112 et Add.1	Volume VII: 1976	Deuxième partie, III, 1 et 2	157
A/CN.9/113	Volume VII: 1976	Deuxième partie, III, 3	184
A/CN.9/114	Volume VII: 1976	Deuxième partie, III, 4	194
A/CN.9/115	Volume VII: 1976	Deuxième partie, IV, 5	322
A/CN.9/116 et annexes I et II	Volume VII: 1976	Deuxième partie, I, 1 à 3	89
A/CN.9/117	Volume VII: 1976	Deuxième partie, II, 1	143
A/CN.9/119	Volume VII: 1976	Deuxième partie, VI	327
A/CN.9/121	Volume VII: 1976	Deuxième partie, V	326
A/CN.9/125 et Add.1 à 3	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, I, D	119
A/CN.9/126	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, I, E	158
A/CN.9/127	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, III	256
A/CN.9/128 et annexes I et II	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, I, A à C	79
A/CN.9/129 et Add.1	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, VI, A et B	327
A/CN.9/131	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, II, A	191
A/CN.9/132	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, II, B	244
A/CN.9/133	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, IV, A	257
A/CN.9/135	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, I, F	184
A/CN.9/137	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, V	324
A/CN.9/139	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, IV, B	300
A/CN.9/141	Volume IX: 1978	Deuxième partie, II, A	168
A/CN.9/142	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, A	71
A/CN.9/143	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, C	121
A/CN.9/144	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, D	123
A/CN.9/145	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, E	136
A/CN.9/146 et Add.1 à 4	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, F	143
A/CN.9/147	Volume IX: 1978	Deuxième partie, II, B	183
A/CN.9/148	Volume IX: 1978	Deuxième partie, III	204
A/CN.9/149 et Corr.1 et 2	Volume IX: 1978	Deuxième partie, IV, A	206

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/151	Volume IX: 1978	Deuxième partie, V	225
A/CN.9/155	Volume IX: 1978	Deuxième partie, IV, B	223
A/CN.9/156	Volume IX: 1978	Deuxième partie, IV, C	223
A/CN.9/157	Volume X: 1979	Deuxième partie, II, A	68
A/CN.9/159	Volume X: 1979	Deuxième partie, I, A	41
A/CN.9/160	Volume X: 1979	Deuxième partie, I, B	43
A/CN.9/161	Volume X: 1979	Deuxième partie, I, C	44
A/CN.9/163	Volume X: 1979	Deuxième partie, II, B	85
A/CN.9/164	Volume X: 1979	Deuxième partie, I, D	54
A/CN.9/165	Volume X: 1979	Deuxième partie, II, C	88
A/CN.9/166	Volume X: 1979	Deuxième partie, III, A	95
A/CN.9/167	Volume X: 1979	Deuxième partie, III, B	99
A/CN.9/168	Volume X: 1979	Deuxième partie, III, C	108
A/CN.9/169	Volume X: 1979	Deuxième partie, III, D	117
A/CN.9/170	Volume X: 1979	Deuxième partie, III, E	118
A/CN.9/171	Volume X: 1979	Deuxième partie, IV	121
A/CN.9/172	Volume X: 1979	Deuxième partie, V	131
A/CN.9/175	Volume X: 1979	Deuxième partie, VI	140
A/CN.9/176	Volume XI: 1980	Deuxième partie, V, A	123
A/CN.9/177	Volume XI: 1980	Deuxième partie, II	39
A/CN.9/178	Volume XI: 1980	Deuxième partie, III, A	45
A/CN.9/179	Volume XI: 1980	Deuxième partie, IV, A	101
A/CN.9/180	Volume XI: 1980	Deuxième partie, IV, B	104
A/CN.9/181 et annexe	Volume XI: 1980	Deuxième partie, III, B,	56
A/CN.9/183	Volume XI: 1980	Deuxième partie, I	37
A/CN.9/186	Volume XI: 1980	Deuxième partie, III, D	92
A/CN.9/187 et Add.1 à 3	Volume XI: 1980	Deuxième partie, IV, C	113
A/CN.9/189	Volume XI: 1980	Deuxième partie, IV, D	119
A/CN.9/191	Volume XI: 1980	Deuxième partie, V, B	128
A/CN.9/192 et Add.1 et 2	Volume XI: 1980	Deuxième partie, VI	145
A/CN.9/193	Volume XI: 1980	Deuxième partie, V, C	142
A/CN.9/194	Volume XI: 1980	Deuxième partie, V, D	143

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/196	Volume XII: 1981	Deuxième partie, II, A	53
A/CN.9/197	Volume XII: 1981	Deuxième partie, I, A	27
A/CN.9/198	Volume XII: 1981	Deuxième partie, IV, A	99
A/CN.9/199	Volume XII: 1981	Deuxième partie, II, B	74
A/CN.9/200	Volume XII: 1981	Deuxième partie, II, C	75
A/CN.9/201	Volume XII: 1981	Deuxième partie, I, C	50
A/CN.9/202 et Add.1 à 4	Volume XII: 1981	Deuxième partie, V, A	203
A/CN.9/203	Volume XII: 1981	Deuxième partie, V, B	252
A/CN.9/204	Volume XII: 1981	Deuxième partie, VIII	279
A/CN.9/205/Rev.1	Volume XII: 1981	Deuxième partie, VI	273
A/CN.9/206	Volume XII: 1981	Deuxième partie, VII	275
A/CN.9/207	Volume XII: 1981	Deuxième partie, III	79
A/CN.9/208	Volume XII: 1981	Deuxième partie, V, C	271
A/CN.9/210	Volume XIII: l982	Deuxième partie, II, A, 1	47
A/CN.9/211	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 3	117
A/CN.9/212	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 5	199
A/CN.9/213	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 4	131
A/CN.9/214	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 6	211
A/CN.9/215	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, B, 1	270
A/CN.9/216	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, III, A	308
A/CN.9/217	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, IV, A	339
A/CN.9/218	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, I, A	29
A/CN.9/219 et Add.1 (F-Corr.1)	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, I, B	37
A/CN.9/220	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, B, 3	290
A/CN.9/221	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, C	292
A/CN.9/222	Volume XIII: l982	Deuxième partie, III, C	334
A/CN.9/223	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 7	268
A/CN.9/224	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, V	427
A/CN.9/225	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, VI, B	433
A/CN.9/226	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, VI, A	433
A/CN.9/227	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, VII	451
A/CN.9/228	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, VIII	453

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/229	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, VI, C	447
A/CN.9/232	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, A	37
A/CN.9/233	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, C	65
A/CN.9/234	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, IV, A	107
A/CN.9/235	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, I	29
A/CN.9/236	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, V, C	183
A/CN.9/237 et Add.1à 3	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, V, B	145
A/CN.9/238	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, V, D	190
A/CN.9/239	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, V, A	143
A/CN.9/240	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, VII	207
A/CN.9/241	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, VI	205
A/CN.9/242	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, II	35
A/CN.9/245	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, A, 1	151
A/CN.9/246 et annexe	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, B, 1 et 2	186
A/CN.9/247	Volume XV: 1984	Deuxième partie, III, A	235
A/CN.9/248	Volume XV: 1984	Deuxième partie, I, A, 1	29
A/CN.9/249 et Add.1	Volume XV: 1984	Deuxième partie, I, A, 2	100
A/CN.9/250 et Add.1 à 4	Volume XV: 1984	Deuxième partie, I, B	109
A/CN.9/251	Volume XV: 1984	Deuxième partie, V, B	321
A/CN.9/252 et annexes I et II	Volume XV: 1984	Deuxième partie, IV, A et B	251
A/CN.9/253	Volume XV: 1984	Deuxième partie, V, C	330
A/CN.9/254	Volume XV: 1984	Deuxième partie, V, D	335
A/CN.9/255	Volume XV: 1984	Deuxième partie, V, A	319
A/CN.9/256	Volume XV: 1984	Deuxième partie, VII	341
A/CN.9/257	Volume XV: 1984	Deuxième partie, VI	339
A/CN.9/259	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, III, A, 1	209
A/CN.9/260	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, IV, A	341
A/CN.9/261	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, II, A	147
A/CN.9/262	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, III, B, 1	261
A/CN.9/263 et Add.1à 3	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, I, A	55
A/CN.9/264	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, I, B	106
A/CN.9/265	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, V	365

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/266 et Add.1 et 2	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, II, B	157
A/CN.9/267	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, IX	401
A/CN.9/268	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, III, C	339
A/CN.9/269	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, VI	381
A/CN.9/270	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, VIII	399
A/CN.9/271	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, VII	395
A/CN.9/273	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, I, A, 1	43
A/CN.9/274	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, I, A, 2	61
A/CN.9/275	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, III, A	187
A/CN.9/276	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, II, A	89
A/CN.9/277	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, II, C	173
A/CN.9/278	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, I, B	83
A/CN.9/279	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, V	247
A/CN.9/280	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, IV	230
A/CN.9/281	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, VI	263
A/CN.9/282	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, VIII	309
A/CN.9/283	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, VII	303
A/CN.9/285	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, I, A, 4	81
A/CN.9/287	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, III, A	115
A/CN.9/288	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, I, 1	49
A/CN.9/289	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, II, A, 1	105
A/CN.9/290	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, II, A, 4	112
A/CN.9/291	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, II, B	113
A/CN.9/292	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie	141
A/CN.9/293	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, VI	153
A/CN.9/294	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, V	147
A/CN.9/297	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, I, A, 1	25
A/CN.9/298	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, II, A	67
A/CN.9/299	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, X, B	171
A/CN.9/300	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, X, A	169
A/CN.9/301	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, I, B	49
A/CN.9/302	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, III	93

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/303	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, IX	155
A/CN.9/304	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VII, A	131
A/CN.9/305	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VII, B	136
A/CN.9/306	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, IV	109
A/CN.9/307	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, V, A	115
A/CN.9/308	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, V, B	119
A/CN.9/309	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VI	123
A/CN.9/310	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VII, D	146
A/CN.9/311	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VIII	149
A/CN.9/312	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, VII, C	142
A/CN.9/315	Volume XX: 1989	Deuxième partie, II, A	111
A/CN.9/316	Volume XX: 1989	Deuxième partie, IV, A	197
A/CN.9/317	Volume XX: 1989	Deuxième partie, I, A	43
A/CN.9/318	Volume XX: 1989	Deuxième partie, I, C	73
A/CN.9/319 et Add.1 à 5	Volume XX: 1989	Deuxième partie, III, A	161
A/CN.9/320	Volume XX: 1989	Deuxième partie, III, B	188
A/CN.9/321	Volume XX: 1989	Deuxième partie, III, C	193
A/CN.9/322	Volume XX: 1989	Deuxième partie, V	223
A/CN.9/323	Volume XX: 1989	Deuxième partie, VIII	267
A/CN.9/324	Volume XX: 1989	Deuxième partie, VI	233
A/CN.9/325	Volume XX: 1989	Deuxième partie, VII	261
A/CN.9/328	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, I, A	28
A/CN.9/329	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, I, D	72
A/CN.9/330	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, IV, A	237
A/CN/9/331	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, II, A	123
A/CN.9/332 et Add.1 à 7	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, III	185
A/CN.9/333	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, V	253
A/CN.9/334	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, VI	267
A/CN.9/335	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, IX	297
A/CN.9/336	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, VII	269
A/CN.9/337	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, VIII	291
A/CN.9/338	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, X	301

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/341	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, C	144
A/CN.9/342	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, A	311
A/CN.9/343	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, II, A	261
A/CN.9/344	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, E	195
A/CN.9/345	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, C	340
A/CN.9/346	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, A	51
A/CN.9/347 et Add.1	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, B	102
A/CN.9/348	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, V, B	399
A/CN.9/349	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, VIII	447
A/CN.9/350	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, IV	381
A/CN.9/351	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, VI	443
A/CN.9/352	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, V,	399
A/CN.9/353	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, VI	435
A/CN.9/356	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, A	197
A/CN.9/357	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, II, A	37
A/CN.9/358	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, IV, A	291
A/CN.9/359	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, C	247
A/CN.9/360	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, V, A	347
A/CN.9/361	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, IV, C	327
A/CN.9/362 et Add.1 à 17	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, II, C	91
A/CN.9/363	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, VIII	395
A/CN.9/364	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, VI, A	383
A/CN.9/367	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, I, A	29
A/CN.9/368	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, VII	387
A/CN.9/371	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, I, A	43
A/CN.9/372	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, II, A	139
A/CN.9/373	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, III, A	199
A/CN.9/374 et Corr.1	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, II, C	175
A/CN.9/375	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, I, C	102
A/CN.9/376 et Add.1 et 2	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, I, D	120
A/CN.9/377	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, I, E	136
A/CN.9/378 et Add.1 à 5	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, IV, A à F	227

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/379	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, VII	293
A/CN.9/380	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, V	261
A/CN.9/381	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, VI	285
A/CN.9/384	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, VI, A	245
A/CN.9/385	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, VII	257
A/CN.9/386	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, VI, B	251
A/CN.9/387	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, III, A	149
A/CN.9/388	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, II, A	113
A/CN.9/389	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, I, A	37
A/CN.9/390	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, III, C	186
A/CN.9/391	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, II, C	133
A/CN.9/392	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, I, C	59
A/CN.9/393	Volume XXIV: 1994	Troisième partie, I	321
A/CN.9/394	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, I, E	108
A/CN.9/395	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, VIII	263
A/CN.9/396 et Add. 1	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, IV	211
A/CN.9/397	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, V, A	229
A/CN.9/398	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, V, B	239
A/CN.9/399	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, V, C	242
A/CN.9/400	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, X	299
A/CN.9/401	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, IX, A	287
A/CN.9/401/Add.1	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, IX, B	294
A/CN.9/403	Volume XXV: 1994	Troisième partie, II	323
A/CN.9/405	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, I, A	67
A/CN.9/406	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, A	111
A/CN.9/407	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, C	141
A/CN.9/408	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, I, C	91
A/CN.9/409 et Add.1 à 4	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, E	177
A/CN.9/410	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, III	201
A/CN.9/411	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, I, D	111
A/CN.9/412	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, IV, C	225
A/CN.9/413	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, IV, A	215

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/414	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, IV, B	218
A/CN.9/415	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, VI	245
A/CN.9/416	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, V	237
A/CN.9/419 et Corr.1 (anglais seulement)	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, III, A	117
A/CN.9/420	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, IV	189
A/CN.9/421	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, II, A	51
A/CN.9/422	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, III, C	152
A/CN.9/423	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, I, A	47
A/CN.9/424	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, V	217
A/CN.9/425	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, I, B	58
A/CN.9/426	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, II, C	99
A/CN.9/427	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, VII	239
A/CN.9/428	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, VI	231
A/CN.9/431	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, V	301
A/CN.9/432	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, B	129
A/CN.9/433	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, I, B	47
A/CN.9/434	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, D	178
A/CN.9/435	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, I, D	75
A/CN.9/436	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, I, E	112
A/CN.9/437	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, III, B	229
A/CN.9/438 et Add.1 à 3	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, IV	271
A/CN.9/439	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, VIII	311
A/CN.9/440	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, VII	309
A/CN.9/444 et Add.1 à 5	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, III	194
A/CN.9/445	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, I, A	39
A/CN.9/446	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, II, A	137
A/CN.9/447	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, I, C	93
A/CN.9/448	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, VI	271
A/CN.9/449	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, V	269
A/CN.9/450	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, II, D	191
A/CN.9/454	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, A	165

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/455	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, A	57
A/CN.9/456	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, E	109
A/CN.9/457	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, D	208
A/CN.9/458 et Add.1 à 9	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, III	245
A/CN.9/459 et Add.1	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, IV	373
A/CN.9/460	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, V	395
A/CN.9/461	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, IX	425
A/CN.9/462	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, VIII	423
A/CN.9/462/Add.1	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, VI	417
A/CN.9/465	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, III, A	409
A/CN.9/466	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, II, A	207
A/CN.9/467	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, III, C	457
A/CN.9/468	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, IV, A	511
A/CN.9/469	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, V, A	551
A/CN.9/470	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, II, E	301
A/CN.9/471 et Add.1 à 9	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, I	25
A/CN.9/472 et Add.1 à 4	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, II, F	370
A/CN.9/473	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, IX	679
A/CN.9/474	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, VIII	677
A/CN.9/475	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, V, C	595
A/CN.9/476	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, V, D	610
A/CN.9/477	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, VI, A	618
A/CN.9/478	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, VI, B	634
A/CN.9/479	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, VI. C	639
A/CN.9/483	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, A	181
A/CN.9/484	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, C	226
A/CN.9/485 et Corr.1	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, III, A	341
A/CN.9/486	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, I, A	71
A/CN.9/487	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, III, D	389
A/CN.9/488	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, V, A	431
A/CN.9/489 et Add.1	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, I, B	105
A/CN.9/490 et Add.1 à 5	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, I, C	152

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/491 et Add.1	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, I, D	171
A/CN.9/492 et Add.1 à 3	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, I	303
A/CN.9/493	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, J	313
A/CN.9/494	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, VIII	471
A/CN.9/495	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, IV	425
A/CN.9/496	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, V, B	434
A/CN.9/497	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, V, C	455
A/CN.9/498	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, VI	463
A/CN.9/499	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, IX, B	480
A/CN.9/500	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, IX, A	477
A/CN.9/501	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, VII	469
A/CN.9/504	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, A	179
A/CN.9/505	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, II	161
A/CN.9/506	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, A	53
A/CN.9/507	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, D	246
A/CN.9/508	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, D	99
A/CN.9/509	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, IV, A	371
A/CN.9/510	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, VI, A	523
A/CN.9/511	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, H	334
A/CN.9/512	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, V, A	439
A/CN.9/513 et Add.1 et 2	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, G	136
A/CN.9/514	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, H	145
A/CN.9/515	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, IX	607
A/CN.9/516	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, VIII	605
A/CN.9/518	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, J	367
A/CN.9/521	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, I, A	47
A/CN.9/522, et Add.1 et 2	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, I, C	106
A/CN.9/523	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, III, A	335
A/CN.9/524	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, III, C	349
A/CN.9/525	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, A	369
A/CN.9/526	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, C	391
A/CN.9/527	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, V, A	585

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/528	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, V, C	613
A/CN.9/529	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, II, A	169
A/CN.9/531	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, VI, A	653
A/CN.9/532	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, VI, C	692
A/CN.9/533, et Add.1 à 7	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, I, D	152
A/CN.9/534	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, II, G	325
A/CN.9/535	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, II, F	322
A/CN.9/536	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IX	729
A/CN.9/537	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, X	735
A/CN.9/539 et Add.1	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, VII, A	707
A/CN.9/540	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, VII, B	718
A/CN.9/542	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, A	61
A/CN.9/543	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, V, A	995
A/CN.9/544	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, III, A	605
A/CN.9/545	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, II, A	497
A/CN.9/546	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, IV, A	835
A/CN.9/547	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, II, C	545
A/CN.9/548	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, IV, F	946
A/CN.9/549	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, V, D	1124
A/CN.9/550	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, H	429
A/CN.9/551	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, D	107
A/CN.9/552	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, III, F	773
A/CN.9/553	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, VI	1177
A/CN.9/554	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, I	436
A/CN.9/555	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, X, B 1	1220
A/CN.9/557	Volume XXXV: 2004	Troisième partie, I	1245
A/CN.9/558 et Add.1	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, J	440
A/CN.9/559 et Add.1 à 3	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, K	458
A/CN.9/560	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, VII	1197
A/CN.9/561	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, IX	1209
A/CN.9/564	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, XI	1239
A/CN.9/565	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, X, A	1211

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/566	Volume XXXV: 2004	Troisième partie, II	1263
A/CN.9/568	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, II, A	297
A/CN.9/569	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, III, A	501
A/CN.9/570	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, V, A	745
A/CN.9/571	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, I, A	93
A/CN.9/572	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IV, A	575
A/CN.9/573	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, III, D	547
A/CN.9/574	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, V, D	843
A/CN.9/575	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, II, D	366
A/CN.9/576	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IV, F	659
A/CN.9/578 et Add.1 à 17	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, I, G	222
A/CN.9/579	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, X, C	1044
A/CN.9/580 et Add.1 et 2	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IX, B	962
A/CN.9/581	Volume XXXVI: 2005	Troisième partie, IV	1171
A/CN.9/582 et Add.1 à 7	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, X, B	1010
A/CN.9/583	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IX, A	961
A/CN.9/584	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, X, A	989
A/CN.9/585	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, VI	929
A/CN.9/586	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, VIII	949
A/CN.9/588	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, I, A	77
A/CN.9/589	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, A	469
A/CN.9/590	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, III, A	651
A/CN.9/591 et Corr.1	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, A	941
A/CN.9/592	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, E	525
A/CN.9/593	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, I, D	188
A/CN.9/594	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, M	1249
A/CN.9/595	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, III, E	775
A/CN.9/596	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, V, B	1426
A/CN.9/597	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, V, C	1435
A/CN.9/598 et Add.1 et 2	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IX	1469
A/CN.9/599	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, VII	1451
A/CN.9/600	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, V, D	1442

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/601	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, VIII	1467
A/CN.9/602	Volume XXXVII: 2006	Troisième partie, IV	1531
A/CN.9/603	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, I, F	274
A/CN.9/604	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, V, A	1407
A/CN.9/605	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, H	586
A/CN.9/606	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, I	598
A/CN.9/607	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, J	607
A/CN.9/609 et Add.1 à 6	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, K	614
A/CN.9/610 et Add.1	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, L	636
A/CN.9/611 et Add.1 à 3	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, I, I	425
	6. Documents soumis aux Groupes de travail		
	a) Groupe de travail I		
	i) Délais et prescription		
A/CN.9/WG.1/WP.9	Volume II: 1971	Deuxième partie, I, C, 1	81
	ii) Projets d'infrastructure à financement privé		
A/CN.9/WG.I/WP.29 et Add.1 et 2	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, I, B	84
	b) Groupe de travail II		
	i) Vente internationale de marchandises		
A/CN.9/WG.2/WP.1	Volume I: 1968-1979	Troisième partie, I, A, 2	188
A/CN.9/WG.2/WP.6	Volume II: 1971	Deuxième partie, I, A, 1	37
A/CN.9/WG.2/WP.8	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, A, 1	31
A/CN.9/WG.2/WP.9	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, A, 2	41
A/CN.9/WG.2/WP.10	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, A, 3	54
A/CN.9/WG.2/WP.11	Volume III: 1972	Deuxième partie, I, A, 4	69
A/CN.9/WG.2/WP.15	Volume IV: 1973	Deuxième partie, I, A, 1	31
A/CN.9/WG.2/WP.16	Volume IV: 1973	Deuxième partie, I, A, 2	36
A/CN.9/WG.2/WP.15/Add.1	Volume V: 1974	Deuxième partie, I, 3	60
A/CN.9/WG.2/WP.17/Add.1	Volume V: 1974	Deuxième partie, I, 4	65
A/CN.9/WG.2/WP.17/Add.2	Volume V: 1974	Deuxième partie, I, 4	65
A/CN.9/WG.2/WP.20	Volume VI: 1975	Deuxième partie, I, 4	88
A/CN.9/WG.2/WP.2 et Add.1 et 2	Volume VI: 1975	Deuxième partie, I, 3	70

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/WG.2/WP.26 et Add.1 et appendice I	Volume VIII: 1977	Deuxième partie, I, C	90
A/CN.9/WG.2/WP.27	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, B	85
A/CN.9/WG.2/WP.28	Volume IX: 1978	Deuxième partie, I, B	85
ii) Pratiques en matière de contrats internationaux			
A/CN.9/WG.II/WP.33 et Add.1	Volume XII: 1981	Deuxième partie, I, B, 1 et 2	33
A/CN.9/WG.II/WP.35	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, III, B	325
A/CN.9/WG.II/WP.37	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, B, 1	56
A/CN.9/WG.II/WP.38	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, B, 2	62
A/CN.9/WG.II/WP.40	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, D, 1	87
A/CN.9/WG.II/WP.41	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, D, 2	94
A/CN.9/WG.II/WP.42	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, III, D, 3	101
A/CN.9/WG.II/WP.44	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, A, 2(a)	175
A/CN.9/WG.II/WP.45	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, A, 2(b)	180
A/CN.9/WG.II/WP.46	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, A, 2(c)	184
A/CN.9/WG.II/WP.48	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, B, 3(a)	217
A/CN.9/WG.II/WP.49	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, B, 3(b)	225
A/CN.9/WG.II/WP.50	Volume XV: 1984	Deuxième partie, II, B, 3(c)	229
A/CN.9/WG.II/WP.52 et Add.1	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, IV, B, 1	355
A/CN.9/WG.II/WP.53	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, IV, B, 3	362
A/CN.9/WG.II/WP.55	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, III, B, 1	202
A/CN.9/WG.II/WP.56	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, III, B, 2	217
A/CN.9/WG.II/WP.58	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, III, B	132
A/CN.9/WG.II/WP.60	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, II, B	84
A/CN.9/WG.II/WP.62	Volume XX: 1989	Deuxième partie, IV, B, 1	215
A/CN.9/WG.II/WP.63	Volume XX: 1989	Deuxième partie, IV, B, 2	218
A/CN.9/WG.II/WP.65	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, IV, B	250
A/CN.9/WG.II/WP.67	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, B, 1	342
A/CN.9/WG.II/WP.68	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, B, 2	349
A/CN.9/WG.II/WP.70	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, D, 1	373
A/CN.9/WG.II/WP.71	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, III, D, 2	393
A/CN.9/WG.II/WP.129	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, II, F	600

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/WG.II/WP.73 et Add.1	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, IV, B	333
A/CN.9/WG.II/WP.76 et Add.1	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, II, B, 1	166
A/CN.9/WG.II/WP.77	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, II, B, 2	180
A/CN.9/WG.II/WP.80	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, II, B	135
A/CN.9/WG.II/WP.83	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, I, B	88
A/CN.9/WG.II/WP.87	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, B	161
A/CN.9/WG.II/WP.89	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, D, 1	211
A/CN.9/WG.II/WP.90	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, D, 2	223
A/CN.9/WG.II/WP.91	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, II, D, 3	227
A/CN.9/WG.II/WP.93	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, I, B	70
A/CN.9/WG.II/WP.96	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, I, D	115
A/CN.9/WG.II/WP.98	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, B	84
A/CN.9/WG.II/WP.99	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, C	102
A/CN.9/WG.II/WP.100	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, D	108
A/CN.9/WG.II/WP.102	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, I, F	145
A/CN.9/WG.II/WP.104	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, I, B	246
A/CN.9/WG.II/WP.105	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, I, C	271
A/CN.9/WG.II/WP.106	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, I, D	288
	iii) Arbitrage commercial international		
A/CN.9/WG.II/WP.108 et Add.1	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, IV, B	529
A/CN.9/WG.II/WP.110	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, III, B	364
A/CN.9/WG.II/WP.111	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, III, C	383
A/CN.9/WG.II/WP.113 et Add.1	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, III, E	411
A/CN.9/WG.II/WP.115	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, B	78
A/CN.9/WG.II/WP.116	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, C	89
A/CN.9/WG.II/WP.118	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, E	113
A/CN.9/WG.II/WP.119	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, I, F	120
A/CN.9/WG.II/WP.121	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, III, B	348
A/CN.9/WG.II/WP.123	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, III, D	362
A/CN.9/WG.II/WP.125	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, II, B	530
A/CN.9/WG.II/WP.127	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, II, D	576
A/CN.9/WG.II/WP.128	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, II, E	587

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/WG.II/WP.131	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, III, B	523
A/CN.9/WG.II/WP.132	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, III, C	542
A/CN.9/WG.II/WP.134	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, III, E	569
A/CN.9/WG.II/WP.136	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, B	496
A/CN.9/WG.II/WP.137 et Add.1	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, C	501
A/CN.9/WG.II/WP.138	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, D	506
A/CN.9/WG.II/WP.139	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, F	555
A/CN.9/WG.II/WP.141	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, II, G	577
	c) Groupe de travail III		
	i) Réglementation internationale des transports maritimes		
A/CN.9/WG.III/WP.6	Volume IV: 1973	Deuxième partie, IV, 2	161
A/CN.9/WG.III/WP.7	Volume IV: 1973	Deuxième partie, IV, 3	171
A/CN.9/WG.III/WP.11	Volume V: 1974	Deuxième partie, III, 3	173
	ii) Droit des transports		
A/CN.9/WG.III/WP.21 et Add.1	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, VI, B	552
A/CN.9/WG.III/WP.23	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, B	389
A/CN.9/WG.III/WP.25	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, D	431
A/CN.9/WG.III/WP.26	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, E	433
A/CN.9/WG.III/WP.27	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, F	435
A/CN.9/WG.III/WP.28	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, G	535
A/CN.9/WG.III/WP.29	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, H	557
A/CN.9/WG.III/WP.30	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, IV, I	579
A/CN.9/WG.III/WP.28/Add.1	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, III, B	662
A/CN.9/WG.III/WP.32	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, III, C	672
A/CN.9/WG.III/WP.33	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, III, D	748
A/CN.9/WG.III/WP.34	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, III, E	761
A/CN.9/WG.III/WP.36	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, III, G	812
A/CN.9/WG.III/WP.37	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, III, H	829
A/CN.9/WG.III/WP.39	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IV, B	619
A/CN.9/WG.III/WP.40	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IV, C	642
A/CN.9/WG.III/WP.41	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IV, D	649
A/CN.9/WG.III/WP.42	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IV, E	656

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/WG.III/WP.44	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IV, G	716
A/CN.9/WG.III/WP.45	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IV, H	721
A/CN.9/WG.III/WP.46	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IV, I	728
A/CN.9/WG.III/WP.47	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, IV, J	733
A/CN.9/WG.III/WP.49	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, B	1004
A/CN.9/WG.III/WP.50/Rev.1	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, C	1017
A/CN.9/WG.III/WP.51	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, D	1022
A/CN.9/WG.III/WP.52	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, E	1041
A/CN.9/WG.III/WP.53	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, F	1047
A/CN.9/WG.III/WP.54	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, G	1058
A/CN.9/WG.III/WP.55	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, H	1061
A/CN.9/WG.III/WP.56	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, I	1071
A/CN.9/WG.III/WP.57	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, J	1228
A/CN.9/WG.III/WP.58	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, K	1242
A/CN.9/WG.III/WP.59	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, L	1246
A/CN.9/WG.III/WP.61	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, N	1310
A/CN.9/WG.III/WP.62	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, O	1325
A/CN.9/WG.III/WP.63	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, P	1345
A/CN.9/WG.III/WP.64	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, Q	1350
A/CN.9/WG.III/WP.65	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, R	1364
A/CN.9/WG.III/WP.66	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, S	1368
A/CN.9/WG.III/WP.67	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, T	1375
A/CN.9/WG.III/WP.68	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, U	1388
A/CN.9/WG.III/WP.69	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, V	1395
A/CN.9/WG.III/WP.70	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, IV, V	1402
	d) Groupe de travail IV		
	i) Effets de commerce internationaux		
A/CN.9/WG.IV/WP.2	Volume IV: 1973	Deuxième partie, II, 2	130
A/CN.9/WG.IV/CRP.5	Volume VI: 1975	Deuxième partie, II, 2	151
A/CN.9/WG.IV/WP.21	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 2(a)	79
A/CN.9/WG.IV/WP.22	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 2(b)	85
A/CN.9/WG.IV/WP.23	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 2(c)	87

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/WG.IV/WP.24 et Add.1 et 2	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 2(d à f)	89
A/CN.9/WG.IV/WP.25 et Add.1	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, A, 2(g et h)	105
A/CN.9/WG.IV/WP.27	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, II, B, 2	281
A/CN.9/WG.IV/WP.30	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, I, A, 3	74
A/CN.9/WG.IV/WP.32 et Add.1 à 10	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, I, 2	69
A/CN.9/WG.IV/WP.33	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, I, 3	102
	ii) Paiements internationaux		
A/CN.9/WG.IV/WP.35	Volume XIX: 1988	Deuxième partie, I, A, 2	37
A/CN.9/WG.IV/WP.37	Volume XX: 1989	Deuxième partie, I, B	60
A/CN.9/WG.IV/WP.39	Volume XX: 1989	Deuxième partie, I, D	94
A/CN.9/WG.IV/WP.41	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, I, B	43
A/CN.9/WG.IV/WP.42	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, I, C	62
A/CN.9/WG.IV/WP.44	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, I, E	95
A/CN.9/WG.IV/WP.46 et Corr.1	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, D, 1	170
A/CN.9/WG.IV/WP.47	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, D, 2	204
A/CN.9/WG.IV/WP.49	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, I, F	226
A/CN.9/WG.IV/WP.51	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, II, B	50
	iii) Commerce électronique		
A/CN.9/WG.IV/WP.53	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, V, B	389
A/CN.9/WG.IV/WP.55	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, III, B	223
A/CN.9/WG.IV/WP.57	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, III, B, 1	182
A/CN.9/WG.IV/WP.58	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, III, B, 2	192
A/CN.9/WG.IV/WP.60	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, III, D	216
A/CN.9/WG.IV/WP.62	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, B	141
A/CN.9/WG.IV/WP.64	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, D, 1	161
A/CN.9/WG.IV/WP.65	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, D, 2	176
A/CN.9/WG.IV/WP.66	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, D, 3	177
A/CN.9/WG.IV/WP.67	Volume XXVI: 1995	Deuxième partie, II, D, 4	181
A/CN.9/WG.IV/WP.69	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, II, B	82
A/CN.9/WG.IV/WP.71	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, III, A	253
A/CN.9/WG.IV/WP.73	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, II, B	171

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/WG.IV/WP.74	Volume XXIX: 1998	Deuxième partie, II, C	190
A/CN.9/WG.IV/WP.76	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, B	191
A/CN.9/WG.IV/WP.77	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, C	205
A/CN.9/WG.IV/WP.79	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, E	226
A/CN.9/WG.IV/WP.80	Volume XXX: 1999	Deuxième partie, II, F	239
A/CN.9/WG.IV/WP.82	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, III, B	431
A/CN.9/WG.IV/WP.84	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, III, B	479
A/CN.9/WG.IV/WP.86 et Add.1	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, B	204
A/CN.9/WG.IV/WP.88	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, D	244
A/CN.9/WG.IV/WP.89	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, E	270
A/CN.9/WG.IV/WP.90	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, F	277
A/CN.9/WG.IV/WP.91	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, G	294
A/CN.9/WG.IV/WP.93	Volume XXXII: 2001	Deuxième partie, II, H	302
A/CN.9/WG.IV/WP.94	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, IV, B	387
A/CN.9/WG.IV/WP.95	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, IV, C	406
A/CN.9/WG.IV/WP.96	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, IV, D	425
A/CN.9/WG.IV/WP.98 et Add.1 à 4	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, V, B	601
A/CN.9/WG.IV/WP.98 et Add. 5 et 6	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, V, D	632
A/CN.9/WG.IV/WP.100	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, V, E	711
A/CN.9/WG.IV/WP.101	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, V, F	720
A/CN.9/WG.IV/WP.103	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, IV, B	870
A/CN.9/WG.IV/WP.104 et Add.1 à 4	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, IV, C	889
A/CN.9/WG.IV/WP.105	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, IV, D	943
A/CN.9/WG.IV/WP.106	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, IV, E	945
A/CN.9/WG.IV/WP.108	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, IV, G	977
A/CN.9/WG.IV/WP.110	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, I, B	147
A/CN.9/WG.IV/WP.111	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, I, C	167
A/CN.9/WG.IV/WP.112	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, I, D	173
A/CN.9/WG.IV/WP.113	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, I, E	175

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
	e) Groupe de travail V		
	i) Nouvel ordre économique international		
A/CN.9/WG.V/WP.4 et Add.1 à 8	Volume XII: 1981	Deuxième partie, IV, B, 1	107
A/CN.9/WG.V/WP.5	Volume XII: 1981	Deuxième partie, IV, B, 2	201
A/CN.9/WG.V/WP.7 et Add.1 à 6	Volume XIII: 1982	Deuxième partie, IV,	352
A/CN.9/WG.V/WP.9 et Add.1 à 5	Volume XIV: 1983	Deuxième partie, IV,	112
A/CN.9/WG.V/WP.11 et Add.1 à 9	Volume XV: 1984	Deuxième partie, III, B	247
A/CN.9/WG.V/WP.13 et Add.1 à 6	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, III, A, 2	225
A/CN.9/WG.V/WP.15 et Add.1 à 10	Volume XVI: 1985	Deuxième partie, III, B, 2	281
A/CN.9/WG.V/WP.17 et Add.1 à 9	Volume XVII: 1986	Deuxième partie, II, B	112
A/CN.9/WG.V/WP.19	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, II, A, 2	108
A/CN.9/WG.V/WP.20	Volume XVIII: 1987	Deuxième partie, II, A, 3	109
A/CN.9/WG.V/WP.22	Volume XX: 1989	Deuxième partie, II, B	125
A/CN.9/WG.V/WP.24	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, II, B	145
A/CN.9/WG.V/WP.25	Volume XXI: 1990	Deuxième partie, II, C	159
A/CN.9/WG.V/WP.27	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, II, B, 1	299
A/CN.9/WG.V/WP.28	Volume XXII: 1991	Deuxième partie, II, B, 2	308
A/CN.9/WG.V/WP.30	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, B, 1	236
A/CN.9/WG.V/WP.31	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, B, 2	259
A/CN.9/WG.V/WP.33	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, D, 2	291
A/CN.9/WG.V/WP.34	Volume XXIII: 1992	Deuxième partie, III, D,	291
A/CN.9/WG.V/WP.36	Volume XXIV: 1993	Deuxième partie, I,	85
A/CN.9/WG.V/WP.38	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, I,	58
A/CN.9/WG.V/WP.40	Volume XXV: 1994	Deuxième partie, I, D	92
	ii) Insolvabilité		
A/CN.9/WG.V/WP.42	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, III, B	140
A/CN.9/WG.V/WP.44	Volume XXVII: 1996	Deuxième partie, III, D	174
A/CN.9/WG.V/WP.46	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, I, B	68
A/CN.9/WG.V/WP.48	Volume XXVIII: 1997	Deuxième partie, I, D	102

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/WG.V/WP.50	Volume XXXI: 2000	Deuxième partie, V, B	571
A/CN.9/WG.V/WP.54 et Add.1 et 2	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, B	199
A/CN.9/WG.V/WP.55	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, C	238
A/CN.9/WG.V/WP.57	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, E	275
A/CN.9/WG.V/WP.58	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, F	286
A/CN.9/WG.V/WP.59	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, G	332
A/CN.9/WG.V/WP.61 et Add.1 et 2	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, III, I	347
A/CN.9/WG.V/WP.63 et Add.3 à 15	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, II, B	185
A/CN.9/WG.V/WP.63 et Add.1 et 2 et Add.16 et 17	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, II, E	301
A/CN.9/WG.V/WP.64	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, II, C	284
A/CN.9/WG.V/WP.67	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, B	91
A/CN.9/WG.V/WP.68	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, C	101
A/CN.9/WG.V/WP.70 (Parties I et II)	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, E	140
A/CN.9/WG.V/WP.71	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, F	403
A/CN.9/WG.V/WP.72	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, I, G	422
	f) Groupe de travail VI: Sûretés		
A/CN.9/WG.VI/WP.2 et Add.1 à 12	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, V, B	451
A/CN.9/WG.VI/WP.3	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, V, C	514
A/CN.9/WG.VI/WP.4	Volume XXXIII: 2002	Deuxième partie, V, D	519
A/CN.9/WG.VI/WP.6 et Add.1 à 5	Volume XXXIV: 2003	Deuxième partie, VI, B	663
A/CN.9/WG.VI/WP.9 et Add.1 à 4 et Add.6 à 8	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, V, B	1022
A/CN.9/WG.VI/WP.11 et Add.1 et 2	Volume XXXV: 2004	Deuxième partie, V, E	1141
A/CN.9/WG.VI/WP.13 et Add.1	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, V, B	765
A/CN.9/WG.VI/WP.14 et Add.1 et 2 et Add.4	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, V, C	785
A/CN.9/WG.VI/WP.16 et Add.1	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, V, E	862
A/CN.9/WG.VI/WP.17 et Add.1	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, V, F	876

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/WG.VI/WP.18 et Add.1	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, V, G	898
A/CN.9/WG.VI/WP.19	Volume XXXVI: 2005	Deuxième partie, V, H	920
A/CN.9/WG.VI/WP.21 et Add.1 à 5	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, I, B	104
A/CN.9/WG.VI/WP.22 et Add.1	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, I, C	165
A/CN.9/WG.VI/WP.24 et Add.1 à 5	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, I, E	209
A/CN.9/WG.VI/WP.26 et Add.1 à 8	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, I, G	297
A/CN.9/WG.VI/WP.27 et Add.1 et 2	Volume XXXVII: 2006	Deuxième partie, I, H	384
7. Comptes rendus analytiques des débats de la CNUDCI			
A/CN.9/SR.93 à 123	Volume III: 1972	Supplément	1
A/CN.9/SR.254 à 256	Volume XIV: 1983	Troisième partie, I, A	211
A/CN.9/SR.255 à 261	Volume XIV: 1983	Troisième partie, I, B, 1	216
A/CN.9/SR.270 à 278, 282 et 283	Volume XIV: 1983	Troisième partie, I, B, 2	239
A/CN.9/SR.286 à 299 et 301	Volume XV: 1984	Troisième partie, I	339
A/CN.9/SR.305 à 333	Volume XVI: 1985	Troisième partie, II	415
A/CN.9/SR.335 à 353, 355 et 356	Volume XVII: 1986	Troisième partie, II	327
A/CN.9/SR.378, 379, 381 à 385 et 388	Volume XVIII: 1987	Troisième partie, III	175
A/CN.9/SR.402 à 421, 424 et 425	Volume XX: 1989	Troisième partie, II	279
A/CN.9/SR.439 à 462 et 465	Volume XXII: 1991	Troisième partie, II	483
A/CN.9/SR.467 à 476, 481 et 482	Volume XXIII: 1992	Troisième partie, III	443
A/CN.9/SR.494 à 512	Volume XXIV: 1993	Troisième partie, III	365
A/CN.9/SR.520 à 540	Volume XXV: 1994	Troisième partie, III	369
A/CN.9/SR.547 à 579	Volume XXVI: 1995	Troisième partie, III	261
A/CN.9/SR.583 à 606	Volume XXVII: 1996	Troisième partie, III	263
A/CN.9/SR.607 à 631	Volume XXVIII: 1997	Troisième partie, III	353
A/CN.9/SR.676 à 703	Volume XXXI: 2000	Troisième partie, II	689
A/CN.9/SR.711 à 730	Volume XXXII: 2001	Troisième partie, III	503
A/CN.9/SR.739 à 752	Volume XXXIII: 2002	Troisième partie, III	621
A/CN.9/SR. 758 à 774	Volume XXXIV: 2003	Troisième partie, II	753
A/CN.9/SR.794 à 810	Volume XXXVI: 2005	Troisième partie, II	1073

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
	8. Textes adoptés par des conférences de plénipotentiaires		
A/CONF.63/14 et Corr.1	Volume V: 1974	Troisième partie, I, A	217
A/CONF.63/15	Volume V: 1974	Troisième partie, I, B	218
A/CONF.63/17	Volume X: 1979	Troisième partie, I	155
A/CONF.89/13 et annexes I à III	Volume IX: 1978	Troisième partie, I, A à D	241
A/CONF.97/18 et annexes I et II	Volume XI: 1980	Troisième partie, I, A à C	159
A/CONF.152/13	Volume XXIII: 1992	Troisième partie, I	429
	9. Bibliographies des écrits ayant trait aux travaux de la CNUDCI		
	Volume I: 1968-1970	Troisième partie	320
A/CN.9/L.20/Add.1	Volume II: 1971	Deuxième partie	155
	Volume II: l972	Deuxième partie	161
	Volume III: 1972	Deuxième partie	339
	Volume IV: 1973	Deuxième partie	255
A/CN.9/L.25	Volume V: 1974	Troisième partie, II, A	223
	Volume V: 1974	Troisième partie, II, B	224
	Volume VI: 1975	Troisième partie, II, A	329
	Volume VII: 1976	Troisième partie, A	345
	Volume VIII: 1977	Troisième partie, A	351
	Volume IX: 1978	Troisième partie, II	250
	Volume X: 1979	Troisième partie, II	178
	Volume XI: 1980	Troisième partie, IV	179
	Volume XII: 1981	Troisième partie, III	287
	Volume XIII: 1982	Troisième partie, IV	464
	Volume XIV: 1983	Troisième partie, IV	280
	Volume XV: 1984	Troisième partie, II	387
A/CN.9/284	Volume XVI: 1985	Troisième partie, III	531
A/CN.9/295	Volume XVII: 1986	Troisième partie, III	409
A/CN.9/313	Volume XVIII: 1987	Troisième partie, IV	201
A/CN.9/326	Volume XIX: 1988	Troisième partie, III	223
A/CN.9/339	Volume XX: 1989	Troisième partie, III	367
A/CN.9/354	Volume XXI: 1990	Troisième partie, I	333
A/CN.9/369	Volume XXII: 1991	Troisième partie, III	579

Cote du document	*Volume, année*	*Partie, chapitre, section*	*Page*
A/CN.9/382	Volume XXIII: 1992	Troisième partie, V	497
A/CN.9/402	Volume XXIV: 1993	Troisième partie, IV	443
A/CN.9/417	Volume XXV: 1994	Troisième partie, IV	445
A/CN.9/429	Volume XXVI: 1995	Troisième partie, IV	387
A/CN.9/441 et Corr.1 (non 442)	Volume XXVII: 1996	Troisième partie, IV	331
A/CN.9/452	Volume XXVIII: 1997	Troisième partie, IV	441
A/CN.9/463	Volume XXIX: 1998	Troisième partie, II	281
A/CN.9/481	Volume XXX: 1999	Troisième partie, I	433
A/CN.9/502 et Corr.1	Volume XXXI: 2000	Troisième partie, III	771
A/CN.9/517	Volume XXXII: 2001	Troisième partie, IV	579
A/CN.9/538	Volume XXXIII: 2002	Troisième partie, IV	673
A/CN.9/566	Volume XXXIV: 2003	Troisième partie, III	809
A/CN.9/581	Volume XXXVI: 2005	Troisième partie, III	1171
A/CN.9/602	Volume XXXVII: 2006	Troisième partie, III	1531

Publié sur CD-Rom

V.16-04789

9 789212 335056