



Assemblée générale

Distr.: Limitée
1^{er} mars 2002

Français
Original: Anglais

Commission des Nations Unies pour le droit commercial international

Groupe de travail VI (Sûretés)
Première session
New York, 20-24 mai 2002

Sûretés

Projet de guide législatif sur les opérations garanties

Rapport du Secrétaire général

Additif

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Projet de guide législatif sur les opérations garanties.	1-57	1
IV. Constitution.	1-57	2
A. Remarques générales.	1-57	2
1. Introduction.	1-3	2
2. Éléments fondamentaux d'une sûreté.	4-34	2
a. Obligations à garantir.	5-16	2
b. Biens à grever.	17-29	5
c. Produit.	30-34	7
3. Convention constitutive de sûreté.	35-46	8
a. Définition.	35	8
b. Contenu minimum.	36-38	8
c. Formalités.	39-43	9
d. Effets.	44-46	10
4. Conditions supplémentaires.	47-54	10
a. Introduction.	47	10
b. Droit de disposition du constituant.	48-51	10
c. Transfert de possession, publicité et contrôle.	52-54	11
B. Résumé et recommandations.	55-57	12



IV. Constitution

A. Remarques générales

1. Introduction

1. Du fait que le Guide traite presque exclusivement des sûretés contractuelles (les sûretés légales ou judiciaires ne sont mentionnées qu'occasionnellement, par exemple dans le contexte des conflits de priorité, voir chap. XI), le présent chapitre expose les fondements contractuels de la constitution d'une sûreté. Un contrat ne suffisant généralement pas, en soi, pour créer une sûreté qui produise ses effets, il traite également des autres conditions nécessaires (à savoir le transfert de possession, la publicité ou le contrôle). Avant d'aborder la convention constitutive de sûreté (voir sect. A.3) et les autres conditions de la création d'une sûreté produisant ses effets (voir sect. A.4), le Guide examine les deux éléments fondamentaux de ces conditions, à savoir les obligations à garantir (voir sect. A.2.a) et les biens à grever (voir sect. A.2.b).

2. Alors que cela n'est en principe pas possible pour le droit de propriété, on peut, dans le cas des sûretés, donner à divers détenteurs un rang différent. Plusieurs sûretés portant sur un même bien peuvent ainsi avoir un rang différent et donc coexister. La reconnaissance d'une telle coexistence permet au constituant d'utiliser pleinement la valeur économique du bien. La coexistence est rendue possible par le fait que les sûretés reçoivent un rang différent en fonction du moment où l'acte a été accompli (par exemple constitution, publicité ou contrôle; pour les conditions et les effets du classement des sûretés, voir chap. VII).

3. Même si une sûreté a été valablement constituée, elle peut ne pas remplir sa fonction la plus importante, à savoir conférer au créancier garanti un droit de préférence en cas d'insolvabilité du débiteur. Cela peut se produire par exemple lorsque la constitution de la sûreté est contraire aux dispositions de la législation sur l'insolvabilité relative à l'invalidité des aliénations que peut effectuer le débiteur pendant la période suspecte qui précède l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité (pour les détails, voir chap. X).

2. Éléments fondamentaux d'une sûreté

4. Normalement, la sûreté est accessoire à l'obligation garantie. Cela signifie que la validité et les conditions de la sûreté dépendent de celles de l'obligation garantie. En particulier, les conditions de la sûreté ne peuvent excéder celles de l'obligation garantie (mais elles peuvent être réduites par convention des parties). Ce principe a été quelque peu restreint afin de tenir compte des pratiques de financement modernes dans lesquelles la sûreté doit être dans une certaine mesure indépendante de l'obligation garantie (par exemple dans les opérations de crédit renouvelable). Il demeure toutefois l'un des principes fondamentaux du droit des sûretés.

a. Obligations à garantir

i. Restrictions

5. Dans les pays qui ont une législation régissant uniquement des types particuliers de sûreté sans dépossession, les obligations garanties sont limitées à

celles qui y sont décrites (par exemple les prêts pour l'achat d'automobiles ou les prêts aux agriculteurs).

6. Il n'existe aucune restriction de ce type dans les pays ayant un régime général pour les seules sûretés avec dépossession ou bien aussi pour les sûretés sans dépossession. Toutefois, même dans un régime où les règles sont unifiées, il peut être nécessaire pour des raisons pratiques d'établir certaines distinctions fonctionnelles (par exemple pour donner la priorité aux créances afférentes au prix d'achat).

7. Dans un souci de cohérence, et pour assurer un traitement équitable de tous les débiteurs et des créanciers garantis, il convient d'éviter, si possible, les distinctions fonctionnelles entre les obligations garanties. De tels régimes spéciaux ne devraient être adoptés ou conservés que dans les cas où, pour des raisons particulières (notamment protection sociale ou graves déséquilibres économiques), un régime protecteur est jugé nécessaire. En tout état de cause, c'est aux législateurs nationaux que devrait incomber en cas de besoin la tâche d'établir ces régimes spéciaux, qui en outre ne devraient pas être prescrits pour un grand nombre d'obligations.

ii. Diversité des obligations

a) Obligations monétaires et non monétaires

8. À l'instar de la plupart des lois nationales, le Guide part du principe que, dans la pratique, le type le plus important d'obligations garanties est constitué par les obligations monétaires. Dans certains cas, toutefois, il y a une demande d'exécution garantie d'obligations non monétaires (par exemple pour la livraison de marchandises). La plupart des pays acceptent ce procédé, à condition que les obligations non monétaires garanties puissent, au moment de la réalisation, être converties en obligations monétaires.

b) Types d'obligations monétaires

9. D'un point de vue législatif, il est impossible de dresser une liste exhaustive des sources potentielles d'obligations monétaires, ce qui est de toute façon inutile puisque la source légale importe peu aux fins de la garantie, sauf en cas de régime spécial (par exemple pour les prêts consentis par des prêteurs sur gages). Une liste indicative comprendrait généralement les obligations découlant de prêts et de l'achat de biens à crédit.

c) Obligations futures

10. Garantir des obligations présentes, c'est-à-dire des obligations nées avant la création d'une sûreté ou au moment de cette création, ne pose aucun problème particulier. Garantir des obligations futures, c'est-à-dire qui naîtront après la création d'une sûreté, risque de soulever certaines questions, mais revêt une grande importance économique (par exemple pour les opérations de crédit renouvelable; voir A/CN.9/WP.2/Add.2, par. 8 à 10). Les entreprises se verraient imposer une lourde charge si chaque prolongation ou augmentation de crédit devait donner lieu à une modification de la sûreté correspondante, voire à la création d'une nouvelle sûreté.

11. C'est pourquoi de nombreux pays reconnaissent les sûretés portant sur des obligations futures. L'incompatibilité potentielle avec le principe de l'"accessorité"

de la sûreté (selon lequel la validité et les conditions de la sûreté dépendent de celles de l'obligation garantie) est plus apparente que réelle puisque, même si la sûreté est créée avant la naissance de l'obligation garantie, elle n'a aucun effet tant que celle-ci n'existe pas. Dans certains pays, des restrictions sont imposées pour les obligations futures afin de protéger le débiteur. De ce fait, il peut arriver que ce dernier ne puisse bénéficier d'opérations telles que celles qui sont liées au mécanisme de crédit renouvelable.

12. Les obligations qui sont soumises à une condition résolutoire sont des obligations présentes; elles ne posent donc aucun problème particulier. Celles qui sont soumises à une condition suspensive sont normalement traitées comme des obligations futures (voir par. 10 et 11).

d) Désignation/montant maximum des obligations

13. Dans certains systèmes juridiques, il est nécessaire de décrire l'obligation garantie ou de lui fixer un plafond, le principe étant que cette description ou ce plafond est dans l'intérêt du débiteur. Toutefois, cela peut entraîner involontairement une limitation du montant du crédit disponible ou une augmentation de son coût. C'est la principale raison pour laquelle les systèmes juridiques modernes n'exigent pas de description particulière et autorisent "toutes sommes" ou du moins ne fixent aucun plafond pour les obligations garanties (voir par. 14 et 16). Le créancier garanti ne peut réclamer plus que ce qui lui est dû et, si l'obligation est totalement garantie, il accordera probablement au débiteur des conditions de crédit plus avantageuses.

e) Obligation dont le montant fluctue

14. Comme il a été indiqué ci-dessus (voir par. 10), les opérations de financement moderne n'exigent plus de paiement unique, mais prévoient fréquemment le versement d'avances à différents moments, en fonction des besoins du débiteur. Ce type de financement peut se faire par compte courant dont le solde fluctue quotidiennement. Si le montant de l'obligation garantie devait se trouver réduit par chaque versement effectué (conformément au principe d'"accessoirité" de la sûreté), les prêteurs seraient découragés de faire d'autres avances sauf à recevoir une sûreté supplémentaire. On peut éviter un tel résultat par une interprétation raisonnable de l'intention des parties, consistant à déterminer le montant de l'obligation garantie par le montant (fluctuant) du solde du compte courant, sans tenir compte de tout montant maximum intermédiaire moins élevé.

f) Devises étrangères

15. Le montant de l'obligation garantie peut être exprimé dans n'importe quelle monnaie. Il peut arriver que la conversion dans la monnaie du lieu du paiement, de la saisie-vente ou de l'insolvabilité pose des problèmes. On peut laisser aux parties le soin de régler cette question dans leur convention, qui devrait être conforme aux lois applicables.

iii. Description

16. Une description précise de chacune des obligations garanties est généralement inutile (voir par. 13). Toutefois, ces obligations et leur montant doivent être déterminés ou déterminables chaque fois que cela est nécessaire (par exemple en cas

de réalisation par le créancier garanti ou de saisie-vente par un autre créancier du débiteur) sur la base de la convention constitutive de sûreté.

b. Biens à grever

i. Restrictions

17. Comme dans le cas des régimes spéciaux applicables à certains types d'obligations garanties (voir. par. 5), des lois spéciales applicables à des types particuliers de sûretés sans dépossession peuvent imposer des restrictions quant aux types de biens susceptibles de faire l'objet d'une sûreté. Les biens qui ne peuvent être grevés sont, par exemple, les salaires, les retraites et les biens d'équipement ménager essentiels (à l'exception des sûretés portant sur l'obligation de payer leur prix d'achat).

18. Si de tels régimes ne se justifient pas par des raisons d'ordre public, il devrait être possible de constituer une sûreté sur tous les types de biens, corporels ou incorporels, y compris les droits à paiement ou autre exécution. Même les créances monétaires du débiteur sur le créancier garanti devraient pouvoir servir de sûretés.

ii. Biens futurs (y compris les biens à acquérir)

19. Il est très important, pour la pratique, de savoir si les biens futurs peuvent être grevés. Le terme "futurs" revêt ici un sens large. Il englobe les biens qui existent déjà au moment de la conclusion de la convention constitutive de sûreté, mais qui n'appartiennent pas au débiteur (ou dont le débiteur ne peut disposer), et aussi ceux qui n'existent même pas à ce moment-là.

20. Dans certains pays, les parties peuvent convenir de constituer une sûreté sur un bien futur du débiteur. La disposition se situe dans le présent, mais elle ne produira ses effets que lorsque le débiteur deviendra propriétaire du bien ou acquerra d'une autre manière la faculté d'en disposer. La Convention des Nations Unies sur la cession de créances dans le commerce international, adoptée par l'Assemblée générale le 12 décembre 2001 ("la Convention sur la cession") adopte cette approche (voir art. 8-2 et art. 2-a)).

21. Cela est important, en particulier, pour les opérations de prêt renouvelable (voir par. 10). Les biens auxquels cette technique s'applique généralement sont les stocks qui, par nature, doivent être vendus et remplacés, et les créances de sommes d'argent qui, après encaissement, sont remplacées par d'autres. Le principal avantage de cette approche est qu'une convention constitutive de sûreté suffit pour créer une sûreté sur une succession de biens correspondant à la désignation donnée dans la convention. Il faudrait autrement répéter les actes de création de sûretés, ce qui augmenterait le coût de l'opération. On peut appliquer la même technique si la sûreté doit être constituée sur un bien individualisé que le débiteur doit produire ou acquérir d'un tiers.

22. Beaucoup d'autres pays, en revanche, n'autorisent pas la création d'une sûreté sur des biens futurs, en partie à cause de considérations techniques du droit des biens. Ils craignent aussi qu'en prévoyant de larges possibilités de disposition des biens futurs, on ne greève excessivement les biens du débiteur, ce qui empêcherait ce dernier d'obtenir des crédits garantis supplémentaires d'autres sources (voir

par. 26). De plus, la probabilité, pour les créanciers chirographaires du débiteur, d'obtenir satisfaction, risque de se trouver considérablement réduite.

23. Il peut être difficile de concilier les divers intérêts, en particulier lorsque le régime juridique vise également les opérations non commerciales. Dans un contexte commercial, il est peut-être excessif d'interdire complètement la constitution de sûretés sur des biens futurs du débiteur en raison de conséquences négatives qu'elles pourraient avoir même si cela est incertain dans l'avenir. Il peut-être préférable d'imposer des restrictions uniquement s'il y a un risque de conséquences graves (par exemple en cas de conflits avec des créanciers chirographaires). La meilleure façon de résoudre ce type de dilemme, s'il se présente, est de considérer qu'il s'agit d'une question de priorité (voir chap. VII).

iii. Biens ne faisant pas l'objet d'une désignation précise

24. Certains types de biens, en particulier le matériel, sont stables et ne font pas l'objet d'actes de disposition et de remplacement fréquents. Il est donc possible de les désigner et de les identifier individuellement. Ce n'est pas le cas pour d'autres types de biens, en particulier les stocks et, dans une certaine mesure, les créances de sommes d'argent. Pour ces situations (et d'autres comparables), de nombreux pays ont élaboré des règles permettant aux parties d'identifier contractuellement les biens à grever comme condition nécessaire à une disposition valable, même si les éléments individuels changent (ils sont aliénés et remplacés régulièrement). La désignation précise, généralement requise, est transposée des éléments individuels à l'ensemble, qui doit alors faire lui-même l'objet d'une telle désignation. Ainsi, dans le cas de créances de sommes d'argent, il suffit d'indiquer qu'elles se rapportent à "tous les débiteurs dont le nom commence par les lettres A à G". Dans le cas de stocks, il suffit de parler de "tous les biens entreposés dans la pièce A des locaux commerciaux du débiteur".

25. Dans certains systèmes juridiques, il peut même être suffisant, comme désignation, de faire référence à tous les biens, présents et futurs. Dans d'autres, une sûreté portant sur l'ensemble des biens n'est pas autorisée pour les consommateurs, ni même pour de petits commerçants.

26. À la question de la sûreté portant sur l'ensemble des biens, se rattache celle, qui cependant s'en distingue, de la constitution d'une sûreté trop importante, c'est-à-dire dont la valeur dépasse considérablement le montant de l'obligation garantie. Conformément au principe d'"accessoirité" des sûretés, le débiteur n'est pas lésé, puisque le créancier garanti ne peut réaliser la sûreté ou réclamer plus que sa créance garantie majorée des intérêts et des frais (et éventuellement de dommages-intérêts). Il convient toutefois de savoir si une sûreté excessive bloque les biens du débiteur. Dans les systèmes juridiques où le même bien peut être donné en garantie à plusieurs créanciers ayant des rangs différents, le problème ne se posera peut-être pas. Par contre, dans ceux où cela n'est pas autorisé, les parties peuvent décider de fixer un plafond au montant de l'obligation garantie et, si nécessaire, de réduire la sûreté consentie pour qu'elle corresponde au montant de la créance garantie.

27. Plusieurs pays prévoient une forme institutionnalisée de sûreté portant sur tous les biens, à savoir le nantissement du fonds de commerce. Dans l'une de ses formes, il est limité aux éléments incorporels tels que le nom commercial, la clientèle ou les

droits de propriété intellectuelle (voir art. 69 de l'Acte uniforme de l'OHADA). Étant donné sa portée limitée, son importance est elle aussi limitée.

28. Le nantissement du fonds de commerce comme sûreté, en revanche, joue un rôle de première importance dans les pays qui l'ont adopté. Il peut porter sur tous les biens meubles, corporels ou incorporels, bien qu'il puisse être limité aux parties individualisables du fonds. Il ne porte pas sur les biens immeubles, du fait que ceux-ci font l'objet d'un régime distinct. Comme le nantissement du fonds de commerce se distingue de l'hypothèque immobilière, il est nécessaire de préciser le régime qui est applicable aux immeubles par destination pouvant faire l'objet d'une telle hypothèque.

29. Le nantissement de l'ensemble du fonds de commerce est comparable à un régime dans lequel une garantie peut être prise sur tous les biens d'un débiteur. Un aspect intéressant de ce type de garantie est qu'un administrateur peut être nommé non seulement en cas d'insolvabilité du débiteur, mais aussi dans certains pays, en cas de réalisation par le créancier garanti et de saisie-vente par un autre créancier. La nomination d'un administrateur peut aider à éviter la liquidation et à faciliter le redressement de l'entreprise, en ayant des effets bénéfiques pour les créanciers, le personnel et l'économie en général. Cette caractéristique particulière n'est pas propre au nantissement du fonds de commerce, mais pourrait être envisagée de façon générale pour les sûretés et les saisies-ventes. Toutefois, à ce jour, le nantissement institutionnel du fonds de commerce peut être le meilleur moyen de concrétiser cette idée.

c. Produit

i. Définition

30. Lorsque des biens grevés sont aliénés (ou bien loués ou cédés sous licence) au cours de la période pendant laquelle la dette qu'ils garantissent reste due, le débiteur peut recevoir, en échange, des espèces ou d'autres biens corporels ou incorporels. Dans de nombreux systèmes juridiques, un tel paiement est appelé "produit" de la garantie. Dans certains cas, le bien initialement grevé peut générer un produit que le débiteur vend, échange ou aliène d'une autre manière en contrepartie d'un autre bien. Ce produit est désigné par le terme "produit du produit".

31. Dans d'autres cas, le bien grevé peut générer d'autres biens pour le débiteur même en l'absence de toute transaction. On parle alors, dans certains systèmes juridiques, de "produits civils" ou de "produits naturels"; il s'agit par exemple de l'intérêt ou des dividendes sur les actifs financiers servant de garantie, du produit d'une assurance, des animaux nouveau-nés et des récoltes. D'autres systèmes juridiques ne font pas de distinction entre ces catégories de produit et le produit qui résulte des transactions conclues par le débiteur.

ii. Nature et étendue du droit du créancier

32. Lorsque le débiteur, par le biais d'une transaction ou d'une autre manière, obtient des droits sur le produit du bien initialement affecté en garantie, deux questions se posent, qu'un système juridique régissant les sûretés se doit d'aborder. La première est de savoir si le créancier conserve une sûreté sur un bien grevé transféré par le débiteur dans la transaction générant le produit (pour discussion de cette question, voir par. ...).

33. La deuxième concerne les droits du créancier sur le produit. Un système juridique régissant les sûretés devrait apporter des réponses claires aux questions suivantes:

- i) Le créancier a-t-il une créance sur le produit?
- ii) Dans quelles circonstances une telle créance prend-elle naissance?
- iii) Quelle est la nature (réelle ou personnelle) et l'étendue de cette créance?
- iv) Dans quelle mesure le bien doit-il être "identifiable" comme produit pour que prenne naissance un droit sur lui?
- v) Comment faut-il traiter les cas dans lesquels le bien initialement affecté en garantie est intégré ou incorporé à un autre bien, en particulier pour ce qui est du rang du créancier garanti par rapport à d'autres parties qui peuvent avoir des droits sur cet autre bien?
- vi) Une telle créance prend-elle naissance même si elle n'était pas prévue dans la convention entre les parties?
- vii) Le "produit du produit" devrait-il être traité de la même manière que le produit initial du bien grevé?

34. La justification d'un droit sur le produit du bien initialement affecté en garantie est qu'en l'absence d'un tel droit, la valeur des sûretés comme source de crédit se trouvera diminuée. Mais d'un autre côté, le fait de consentir au créancier garanti un droit de propriété sur le produit du bien grevé pourrait avoir pour effet de contrarier les attentes légitimes des parties ayant une sûreté sur le produit en tant que bien initialement affecté en garantie, cela au moins dans les systèmes juridiques où il n'y a pas de système de publicité de ces droits. Dans ceux où une telle publicité est prévue et sert de base à un traitement global de tous les conflits de priorité, cette question ne soulève pas de sérieuses difficultés, du moins dans la mesure où il y a des règles claires pour remonter à la source du produit.

3. Convention constitutive de sûreté

a. Définition

35. La convention constitutive de sûreté est la convention, entre le créancier et le débiteur ou un tiers fournissant une garantie, qui crée une sûreté (ou en est un des éléments constitutifs). Il convient de distinguer la convention constitutive de sûreté d'une promesse de sûreté (par exemple si un crédit est consenti au débiteur). Seule la convention constitutive de sûreté peut avoir des conséquences du point de vue du droit de propriété (pour les conditions supplémentaires, voir sect. A.4).

b. Contenu minimum

36. La législation énonce souvent le contenu minimum d'une convention constitutive de sûreté afin de protéger les parties. Si cette prescription n'est pas respectée, la sûreté est normalement nulle et non avenue. Le contenu minimum peut comprendre:

- i) L'identification des parties;
- ii) La désignation de l'obligation à garantir;

- iii) La désignation des biens affectés en garantie;
- iv) La signature manuscrite ou électronique du constituant de la sûreté;
- v) La date de la convention, sauf si celle-ci est établie par inscription.

37. Même dans les pays où la législation ne prescrit pas expressément un tel contenu minimum, une convention constitutive de sûreté dans laquelle manque l'un des éléments ci-dessus peut-être tenue pour nulle et non avenue.

38. Normalement, les parties négocient des clauses additionnelles afin de préciser leur relation. D'un point de vue législatif, il est souhaitable, en l'absence de convention expresse des parties, d'avoir des règles par défaut (pour les effets avant défaillance, voir chap. VIII, pour les effets après défaillance, voir chap. IX et X).

c. Formalités

i. Rédaction d'un écrit

39. Afin de promouvoir la sécurité pour ce qui est des droits des parties à la convention constitutive de sûreté et des droits des tiers, de nombreux systèmes juridiques exigent un acte écrit pour que cette convention soit valide. En particulier si l'usage des moyens modernes de communication est autorisé, la prescription de la forme écrite ne devrait pas poser de problème de temps et de coût. Pour certaines opérations, en particulier les gages avec dépossession, il est possible de s'en passer, car les tiers sont déjà protégés jusqu'à un certain point par la dépossession du débiteur.

ii. Formalités supplémentaires

40. Dans certains systèmes juridiques, la certification de la date par une autorité publique peut être requise pour les gages avec dépossession, sauf pour les prêts de petites sommes, où la preuve, même par des témoins est permise. L'avantage d'une telle certification est qu'elle aide à éviter la datation fictive, mais la procédure peut être longue et coûteuse.

41. Dans d'autres systèmes juridiques, une date certifiée ou l'authentification de la convention constitutive de sûreté est requise pour divers types de sûretés sans dépossession (voir par exemple les articles 65, 70, 94 et 101 de l'Acte de l'OHADA). Si la certification est plus importante pour les sûretés sans dépossession, afin d'éviter une datation fictive, elle n'est pas nécessaire lorsque la publicité est une condition d'opposabilité aux tiers (ou de priorité sur eux) (voir chap. V et VI).

42. Dans les systèmes juridiques qui connaissent le nantissement du fonds de commerce (voir par. 27 à 29), un écrit, voire un acte notarié ou un acte judiciaire ou autre équivalent, peut être exigé. Si une telle condition semble être excessive, elle peut se justifier par le fait qu'elle peut faciliter la réalisation.

43. Dans le souci d'économiser du temps et de l'argent, les formalités devraient être limitées au minimum. Pour les sûretés sans dépossession, une simple communication écrite (y compris par les moyens modernes de communication) devrait suffire. Pour le nantissement d'un fonds de commerce ou les cas dans lesquels la convention constitutive de sûreté suffit pour la saisie-vente, un document plus formel peut-être envisagé.

d. Effets

44. La convention constitutive de sûreté prend effet dès sa conclusion entre les parties, sauf si celles-ci en décident autrement. La nécessité de mesures additionnelles diffère selon les pays. Même à l'intérieur d'un seul et même pays, la réponse peut varier pour différents types de sûreté. En outre, la question des effets, pour ce qui est du droit de propriété, n'est pas réglée de façon uniforme.

45. Dans de nombreux systèmes juridiques où seuls les droits réels peuvent être opposables à tous, la convention constitutive de sûreté à elle seule ne suffit pas à créer la sûreté. Dans d'autres systèmes juridiques, où il y a une distinction entre les effets pour ce qui est de la propriété entre les parties et à l'encontre des tiers, elle est suffisante, mais s'il y a des créances concurrentes, c'est le réclamant qui a le premier satisfait à une condition additionnelle qui a la priorité. Dans un cas comme dans l'autre, il faut, en plus de la convention constitutive de sûreté, un acte tel que la remise de la possession, la publicité ou le contrôle. Dans certains pays, il y a certaines exceptions à cette règle pour la réserve et le transfert de propriété.

46. Lorsque la remise de la possession est requise, un transfert fictif par le biais d'une convention supplémentaire (de dépôt ou constitutive de sûreté) qui surimpose la possession indirecte du créancier à la possession directe du débiteur (*constitutum possessorium*), peut suffire. Il en va de même dans les situations où, en cas de vente ou de location à crédit, la propriété est conservée par un vendeur ou un bailleur jusqu'à complet paiement du prix ou du loyer. La réserve de propriété du vendeur ou du bailleur signifie normalement que, lorsque le prix d'achat est payé et toute obligation garantie additionnelle exécutée, la propriété est transférée à l'acheteur. Dans les pays où la réserve de propriété est absorbée par une sûreté uniforme globale, l'approche est différente. La propriété est transférée à l'acheteur conformément aux règles ordinaires, mais le vendeur conserve une sûreté en garantie du paiement du prix d'achat (ou de l'exécution des obligations supplémentaires).

4. Conditions supplémentaires**a. Introduction**

47. Comme on l'a indiqué plus haut (voir par. 45), dans de nombreux systèmes juridiques, la conclusion d'une convention constitutive de sûreté valide ne suffit pas à elle seule à créer une sûreté valide et efficace. Il faut aussi, normalement, que d'autres conditions soient remplies pour que la sûreté soit opposable aux tiers (ou ait priorité sur des réclamants concurrents). Dans les pays qui ne reconnaissent pas les effets, pour ce qui est de la propriété entre les seules parties à la convention constitutive de sûreté, ces effets ne peuvent naître tant que ces conditions supplémentaires ne sont pas remplies.

b. Droit de disposition du constituant

48. Il faut que le constituant d'une sûreté (normalement le débiteur, exceptionnellement un tiers) ait le droit de créer la sûreté. Dans certains systèmes juridiques, le constituant doit être propriétaire du bien à grever. Dans d'autres, il suffit qu'il ait la faculté d'en disposer même s'il n'en est pas propriétaire. Pour les

biens futurs, il suffit que le constituant en devienne propriétaire ou obtienne la faculté d'en disposer à une date future (voir par. 20 et 21).

49. Lorsque le constituant n'a ni le droit ni la faculté de disposer des biens, la question se pose de savoir si le créancier garanti peut malgré tout acquérir la sûreté de bonne foi. Dans certains systèmes juridiques, il l'acquiert si la bonne foi subjective est étayée par des éléments objectifs, qui sont par exemple le fait que le créancier a consenti ou est sur le point de consentir un crédit au débiteur, ou que le constituant est inscrit comme propriétaire ou détient et transfère la possession au créancier.

50. La législation dans ce domaine traite souvent de la question connexe de la validité et de l'effet des restrictions contractuelles aux actes de disposition. Dans certains pays, la nécessité de préserver la liberté de disposition du débiteur l'emporte, en particulier si le créancier en faveur duquel la sûreté était constituée n'a pas connaissance de la clause restrictive. La convention sur les cessions adopte une approche similaire pour appuyer la transférabilité d'une créance dans l'intérêt du commerce. En vertu de son article 9, la cession a effet malgré une limitation contractuelle et la seule connaissance de l'existence de la limitation ne suffit pas pour annuler le contrat dont découle la créance cédée. La partie en faveur de laquelle le gage négatif ou la clause de non-cession avait été convenue peut rester libre de demander des dommages-intérêts à l'autre partie pour violation de la clause de limitation contractuelle, si cela est possible en vertu du droit applicable en dehors de la convention. Toutefois, cette demande ne peut être formée contre le cessionnaire en invoquant un droit à compensation (voir art. 18, par. 3).

51. Cette approche encourage l'octroi de crédits garantis, car elle dispense le créancier d'avoir à examiner le contrat qui est à l'origine de la créance cédée pour savoir si le transfert de cette dernière a été interdit ou soumis à des conditions. Autrement, les prêteurs auraient théoriquement à examiner un grand nombre de contrats, ce qui pourrait être coûteux, voire impossible (par exemple dans le cas de créances futures).

c. Transfert de possession, publicité et contrôle

52. Les méthodes visant à produire des effets pour ce qui est du droit de propriété (ou à établir un droit de préférence sur des réclamants concurrents) diffèrent d'un pays à l'autre, mais aussi à l'intérieur d'un même pays, selon le type de sûreté concernée. Il y a trois méthodes principales de création d'une sûreté opposable à tous (encore que dans certains pays, comme on l'a indiqué plus haut, une distinction soit faite entre les effets, du point de vue de la propriété, entre les parties d'une part, et à l'encontre des tiers, d'autre part).

i. Transfert de possession

53. Le gage avec dépossession est créé par convention et transfert de possession du bien au créancier. La possession doit être transférée au créancier garanti qui doit la conserver, ou à un tiers convenu qui agit généralement en qualité de mandataire du créancier. Les transferts fictifs de possession sont également prévus (voir par. 46), mais ne sont pas nécessaires dans les systèmes juridiques qui admettent les gages sans dépossession. La possession peut également être transférée par la remise

d'instruments négociables ou de documents, avec endossement si nécessaire en vertu des règles qui régissent les instruments négociables.

ii. Publicité ou contrôle

54. À l'exception des cas où la convention constitutive de sûreté suffit à créer une sûreté, il faut une forme ou une autre de publicité ou de contrôle pour créer des sûretés sans dépossession et pour que ces dernières soient opposables aux tiers (ou aient priorité sur des réclameurs concurrents). La publicité ou le contrôle peut également être une condition de l'opposabilité aux tiers ou du rang de priorité (pour des détails sur les formes, fonctions et effets de la publicité, voir chap. V et VI).

B. Résumé et recommandations

55. Dans une loi moderne sur le crédit garanti, il devrait être possible de garantir tous les types d'obligations, y compris les obligations futures, et de constituer une sûreté sur tous les types de biens, y compris ceux dont le débiteur ne peut pas disposer ou qui n'existent pas au moment de la création de la sûreté.

[Note au Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il faudrait introduire des exceptions à cette règle. Il souhaitera peut-être aussi examiner les avantages et les inconvénients comparatifs d'un régime permettant la constitution de sûretés sur tous les biens de tout débiteur, commerçant débiteur ou entreprise.]

56. Le créancier garanti devrait avoir également un droit sur un produit facilement identifiable.

[Note au Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner la nature et l'étendue du droit sur le produit. Les questions particulières à aborder sont notamment les suivantes: le droit sur le produit est-il un droit personnel ou un droit réel? A-t-il la même priorité par rapport aux droits de créanciers concurrents que la sûreté sur les biens grevés? Et couvre-t-il le produit du produit?]

57. La convention constitutive de sûreté devrait revêtir la forme écrite, ce qui devrait comprendre les moyens modernes de communication. Elle devrait identifier les parties et désigner raisonnablement le bien grevé et l'obligation garantie.

[Note au Groupe de travail: Le Groupe de travail souhaitera peut-être examiner s'il faudrait introduire des exceptions à la prescription de la forme écrite. Il souhaitera peut-être aussi examiner les éléments supplémentaires qui pourraient être apportés au contenu minimum de la convention constitutive de sûreté, ainsi que l'effet de cette dernière et toutes conditions supplémentaires relatives à sa création.]