



# Assemblée générale

Distr.: Limitée  
12 avril 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

### Rapport du colloque international de la CNUDCI et de la CFA sur les opérations garanties (Vienne, 20-22 mars 2002)

#### Rapport du Secrétaire général\*

#### Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Introduction .....	1-5	2
I. Contexte économique et portée des travaux .....	6-11	2
II. Types de sûreté à couvrir .....	12-13	4
III. Constitution de sûretés .....	14	4
IV. Publicité .....	15-18	5
V. Ordre de priorité .....	19-24	6
VI. Droits et obligations des parties avant une défaillance .....	25-26	8
VII. Défaillance et réalisation .....	27-29	8
VIII. Insolvabilité .....	30-33	9
IX. Conflits de lois .....	34-38	10
X. Dispositions transitoires .....	39	11

\* Ce rapport est présenté tardivement, car il rend compte d'un colloque tenu vers la fin du mois de mars et repose sur des communications d'intervenants, dont certaines ont été soumises beaucoup plus tard.



## Introduction

1. À sa trente-quatrième session, la Commission a décidé de créer un groupe de travail chargé d'élaborer un régime juridique efficace pour les sûretés sur les biens faisant l'objet d'une activité commerciale, y compris les stocks, et de recenser les questions à traiter, notamment la forme de l'instrument et la gamme exacte des biens qui peuvent servir de garantie<sup>1</sup>.
2. Lors de cette session, la Commission a souligné l'importance de la question des sûretés et la nécessité de consulter des praticiens et des représentants du secteur privé ayant des compétences dans ce domaine, et a recommandé qu'un colloque soit organisé avant la première session du Groupe de travail VI (sûretés)<sup>2</sup>.
3. Ce colloque, organisé conjointement avec la Commercial Finance Association (CFA), a eu lieu à Vienne du 20 au 22 mars 2002. Il avait pour objet de permettre un dialogue entre praticiens, organisations internationales et représentants de gouvernement au sujet des travaux de la Commission relatifs aux sûretés.
4. Y ont participé une cinquantaine d'experts d'environ 20 pays, dont des fonctionnaires de gouvernements et d'organisations internationales telles que la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD), le Fonds monétaire international (FMI) et l'Association internationale des praticiens de l'insolvabilité. Les intervenants comprenaient des experts qui avaient une importante expérience dans le domaine du droit du crédit garanti et de l'insolvabilité.
5. Le présent document rend compte de façon succincte des discussions qui ont eu lieu entre les participants au cours du colloque.

## I. Contexte économique et portée des travaux

6. L'ensemble des participants ont estimé que les travaux devaient être très complets et porter sur une large gamme de biens grevés et d'obligations garanties et sur un éventail large de débiteurs, de créanciers et d'opérations de crédit. Il a été indiqué que cela répondrait bien à l'un des objectifs fondamentaux de toute loi efficace sur le crédit garanti, qui est de permettre aux parties d'utiliser la valeur totale de leurs biens pour obtenir du crédit. Cependant, une certaine prudence était nécessaire, dans la mesure où, pour faciliter l'achèvement des travaux dans un délai raisonnable et favoriser une adoption large du nouveau régime, il ne fallait pas que le domaine couvert par les travaux soit trop ambitieux. Il a également été signalé que, bien qu'il ne convienne pas d'aborder les biens immobiliers, il y avait des cas dans lesquels il pouvait être difficile d'établir une distinction (en ce qui concerne, par exemple, les immeubles par destination et les récoltes, ou encore les hypothèques constituées par des entreprises, qui pouvaient porter sur des biens meubles et immobiliers).

---

<sup>1</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 17* (A/56/17), par. 358.

<sup>2</sup> *Ibid.*, par. 359.

7. Il a été souligné que le nouveau régime ferait partie du droit national et, à ce titre, serait applicable aux opérations de crédit tant internationales que purement nationales.

### **Terminologie**

8. Il a été convenu que, bien que les travaux doivent porter sur les sûretés conventionnelles, ils devraient également aborder la question des conflits de priorité avec les sûretés non conventionnelles. En conséquence, il a été proposé que toute définition de la sûreté englobe tant les sûretés conventionnelles (constituées en vertu d'un accord) que les sûretés non conventionnelles (créées par la loi ou une décision d'un tribunal). Il a également été suggéré que la sûreté soit définie comme un droit réel. En ce qui concerne l'utilisation du terme uniforme "sûreté", il a été déclaré qu'elle ne préjugait pas de l'opportunité d'adopter soit une seule sûreté fonctionnelle uniforme pour remplacer toutes les sûretés ou quasi-sûretés existant en vertu de la législation nationale, soit une sûreté spécifique qui coexisterait avec les différentes sûretés utilisées dans les divers systèmes juridiques (voir par. 14).

9. Il a été indiqué qu'il convenait d'établir une distinction entre les mots "débiteur" (la personne qui est redevable de l'obligation garantie) et "constituant" (la personne qui fournit un bien en tant que sûreté), pour couvrir les cas dans lesquels un tiers constitue une sûreté en faveur du débiteur. Il a également été signalé qu'il fallait une cohérence dans l'utilisation de ces termes et que les raisons de l'utilisation de l'un ou de l'autre devaient être claires.

### **Objectifs fondamentaux**

10. Tous les participants ont estimé qu'il fallait souligner les incidences économiques de la législation sur les opérations garanties. Il a été convenu que l'objectif global de toute législation efficace sur les opérations garanties devait être de favoriser une plus grande disponibilité d'un crédit bon marché.

11. En ce qui concerne les objectifs d'une telle législation, un certain nombre de propositions ont été formulées. L'une d'entre elles était qu'il fallait mettre l'accent sur l'importance d'un équilibre entre les intérêts des débiteurs, des créanciers et des tiers concernés. Il a également été suggéré que les objectifs fondamentaux devaient être clairs, simples et concis. Il a aussi été proposé de mettre en évidence la nécessité d'éviter que les créanciers garantis ne doivent assumer des responsabilités, par exemple dans le domaine de l'environnement. Selon une autre suggestion, il convenait de souligner l'importance d'une coordination entre le régime des transactions garanties et le régime applicable en matière d'insolvabilité. Il a également été indiqué que, bien que la reconnaissance de l'autonomie des parties constitue un objectif important, cette autonomie était souvent limitée par des dispositions légales. À cet égard, il a été déclaré qu'il fallait renvoyer à la Convention des Nations Unies sur la cession, qui énonçait des principes concernant certaines limitations légales. Il a également été suggéré qu'il était nécessaire d'indiquer clairement qu'il était possible d'assurer la transparence de diverses façons et non uniquement au moyen de l'inscription.

## II. Types de sûreté à couvrir

12. Il a été indiqué que les sûretés avec dépossession, dont on estimait traditionnellement qu'elles offraient une solide garantie, étaient réglementées de façon suffisante. En revanche, dans de nombreux pays, il était nécessaire de développer davantage la législation concernant les sûretés sans dépossession, qui répondaient à un besoin économique manifeste. Un certain nombre de questions ont été recensées. En particulier, il convenait de déterminer si tant les sûretés avec dépossession que les sûretés sans dépossession devaient être abordées et, dans l'affirmative, si les mêmes règles pouvaient être applicables à ces deux types de sûreté. Une autre question portait sur l'opportunité d'aborder les quasi-sûretés (réserve et transfert de propriété, par exemple). Il fallait également établir si une nouvelle sûreté fonctionnelle uniforme devait être créée ou si un nouveau type spécial de sûreté devait coexister avec les types actuels de sûreté ou quasi-sûreté.

13. Il a été indiqué que les sûretés avec et sans dépossession devaient être abordées et traitées de la même façon, à moins qu'un traitement différent ne soit justifié par des considérations pratiques, comme c'était le cas, par exemple, de la question de la prise de possession du bien grevé par le créancier garanti. En outre, on a fait observer que les quasi-sûretés devaient également être couvertes. De plus, on a suggéré qu'une nouvelle sûreté globale, fonctionnelle et uniforme sur tous les types de biens devrait être instituée. D'autre part, il a été fait observer que le remplacement des types de sûreté existants par une nouvelle sûreté fonctionnelle et uniforme pourrait ne pas être possible ou même souhaitable. Par ailleurs, il a été signalé que l'inclusion de la réserve et du transfert de propriété dans un projet relatif aux opérations garanties pourrait soulever des problèmes particuliers et devait être envisagée avec beaucoup de circonspection, en vue de déterminer quels en seraient les avantages et les inconvénients. Il a été convenu que les coûts et les avantages d'une démarche fonctionnelle et globale, par opposition à une démarche spécifique, devraient être expliqués de façon détaillée.

## III. Constitution de sûretés

14. Il a été indiqué qu'il devrait être possible de constituer des sûretés sur tous les types de biens et de garantir tous les types d'obligation. Il a en particulier été question de la nécessité d'autoriser la constitution de sûretés sur des biens acquis après la conclusion de la convention constitutive de sûreté et sur des ensembles évolutifs de biens, afin de garantir même des obligations naissant après la conclusion de la convention constitutive de sûreté et des obligations découlant de crédits renouvelables. Il a été reconnu que, pour atteindre cet objectif, il fallait adapter les règles relatives à la description du bien grevé ou de l'obligation garantie. Il a également été signalé que des choix de politique générale visant à protéger certains débiteurs (les consommateurs, par exemple) ou certains créanciers chirographaires pouvaient être pris en compte au moyen d'exceptions limitées. Par exemple, les biens d'équipement ménager ne devraient pas faire l'objet de sûretés sauf pour garantir le paiement du prix de leur achat. En outre, il a été signalé qu'un régime moderne d'opérations garanties devrait permettre la constitution d'une sûreté sur un bien, que le constituant en soit le propriétaire ou ne possède qu'un droit limité sur lui (par exemple, un usufruit ou un gage). À cet égard, il a été signalé que

l'objet de la sûreté n'était pas le bien lui-même, mais le droit du constituant sur le bien.

#### IV. Publicité

15. La discussion a porté sur le point de savoir si un régime efficace d'opérations garanties portant sur les sûretés sans dépossession nécessitait la mise en place d'un système dans le cadre duquel des avis pourraient être déposés, en vue d'avertir d'éventuels fournisseurs de crédit de l'existence de sûretés et de créer un moyen de résoudre les conflits entre créances concurrentes portant sur les mêmes biens. Selon un avis, un tel registre public n'était pas nécessaire. Il a été déclaré qu'il était possible de lutter contre l'antidatage frauduleux de conventions constitutives de sûreté grâce à des dispositions moins coûteuses et moins complexes. Il a également été estimé que la fausse apparence de richesse créée par le maintien de la possession du bien grevé par le débiteur n'était pas un sujet de préoccupation justifié. En effet, dans une économie dominée par le crédit, les parties devraient savoir que les biens d'une entreprise ou même d'un consommateur ont de bonnes chances d'être grevés ou de faire l'objet d'une quasi-sûreté (par exemple, location ou réserve de propriété).

16. En outre, il a été indiqué qu'il fallait présumer que les parties agissaient honnêtement et de bonne foi. La loi devrait encourager un tel comportement en instituant des sanctions civiles et même pénales en cas de comportement malhonnête ou de mauvaise foi. Les organismes de crédit pouvaient être suffisamment protégés par les déclarations du débiteur concernant l'existence de sûretés, complétées par la promesse du débiteur de ne pas constituer de sûreté sur les mêmes biens en faveur d'un autre créancier sans le consentement du créancier garanti. Il a également été estimé que la création et la gestion d'un registre accroîtrait le coût et la complexité des opérations garanties. En outre, il a été signalé qu'un tel registre pourrait divulguer des informations confidentielles à des concurrents et nuire ainsi aux débiteurs. De plus, il a été estimé que des règles concernant le rang de priorité des sûretés qui reposeraient sur le dépôt d'un avis concernant une opération pourraient favoriser de façon inopportune le crédit bancaire au détriment du crédit fournisseur. Il a été rappelé que ce dernier jouait, dans de nombreux pays, un rôle beaucoup plus considérable, sous l'angle de sa valeur et de son importance pour l'économie, que le crédit bancaire.

17. À cela, il a été répondu que la possibilité de lutter contre la fraude et d'obtenir des dates certaines représentait un avantage accessoire et ne constituait pas la fonction principale du système d'inscription, qui était de faire connaître à des fournisseurs de crédit potentiels l'existence de sûretés et de servir de moyen de résoudre les différends relatifs aux rangs de priorité. En effet, les fournisseurs de crédit potentiels ne pouvaient se fier uniquement aux déclarations des débiteurs quant à l'existence ou l'inexistence de sûretés. Sur un marché mondial, il se peut que les débiteurs ne soient pas connus des créanciers ou n'aient pas encore établi de relations de confiance avec ceux-ci. À cet égard, il a été signalé que les déclarations inexactes ne résultaient pas nécessairement d'un manque d'honnêteté ou d'une mauvaise foi. Par exemple, si un débiteur n'était pas conseillé par un spécialiste, il risquait de ne pas comprendre que le fait qu'il avait constitué une sûreté sur une catégorie générale de biens en faveur d'un créancier l'empêchait de constituer une

sûreté sur certains biens appartenant à cette catégorie à d'autres créanciers. En outre, il a été signalé que des erreurs de calcul relatives à la valeur des biens se produisaient couramment dans la pratique, en dehors de toute malhonnêteté ou mauvaise foi.

18. En ce qui concerne le coût de création et de gestion d'un système d'inscription, il a été affirmé qu'un tel système avait été créé et fonctionnait de façon peu coûteuse même dans certains des pays les moins avancés du monde. On a également fait observer que l'une des caractéristiques essentielles du système d'inscription était la perception de redevances uniformes et modiques. Les participants ont estimé qu'il n'était pas du tout souhaitable de créer un système prévoyant la perception de redevances d'inscription *ad valorem* élevées. En outre, en ce qui concerne la crainte qu'un système d'inscription ne puisse rendre publiques des informations confidentielles, il a été signalé qu'un système efficace de dépôt d'avis divulguait très peu d'information. En tout état de cause, ces informations n'étaient pas confidentielles, mais figuraient dans les bilans ou pouvaient être obtenues via diverses agences d'information en matière de crédit. D'autre part, il a été signalé que, si ces informations étaient disponibles, un système d'inscription n'était pas nécessaire et augmenterait inutilement les frais de transaction. Des participants ont exprimé leur désaccord avec cette opinion, étant donné que les agences d'information en matière de crédit ne pouvaient informer les fournisseurs de crédit potentiels au sujet de l'existence éventuelle de sûretés ni résoudre les conflits de rang de priorité. Il a également été signalé que, dans le contexte d'une procédure d'insolvabilité, notamment, la détermination de l'ordre de priorité des sûretés entraînait des dépenses dans un système juridique qui ne prévoyait pas la disponibilité d'informations suffisantes concernant des créances concurrentes. En outre, en ce qui concerne la préoccupation exprimée au sujet du rang prioritaire du crédit fournisseur, il a été indiqué que, même dans les pays ayant mis en place un système de dépôt d'avis, un rang prioritaire était reconnu aux fournisseurs, pour autant qu'ils déposent un avis concernant leur créance. Dans ce contexte également, on a exprimé des préoccupations concernant la publication d'informations sur des relations d'affaires, en particulier en ce qui concerne les accords de réserve de propriété (voir par. 20 à 22).

## V. Ordre de priorité

19. Il a été dit qu'un système établissant un ordre de priorité entre différents créanciers permettait d'utiliser le même bien pour garantir des crédits consentis par plusieurs créanciers. Cela faciliterait la pleine utilisation de la valeur des biens pour l'obtention de crédits, ce qui était l'un des objectifs fondamentaux de tout régime efficace d'opérations garanties. Il a également été signalé que cet objectif pouvait être atteint de la façon la plus efficace par une règle déterminant la priorité en fonction de l'ordre des inscriptions. Cependant, plusieurs objections ont été soulevées à cet égard.

20. En premier lieu, si l'on obligeait les fournisseurs bénéficiant d'une réserve de propriété garantissant le paiement à déposer un avis chaque fois qu'ils fournissaient des biens, cela accroîtrait inutilement le coût et la complexité de l'opération, tout en encourageant un comportement irresponsable, voire malhonnête, de la part des débiteurs ou d'autres constituants. On a fait valoir que le crédit fournisseur était

important pour l'économie et ne devait pas être perturbé. En conséquence, il a été proposé qu'une règle reposant sur l'ordre de la conclusion des contrats conviendrait mieux. Un créancier ordinaire devrait normalement compter sur le débiteur pour lui donner une description exacte des droits que le débiteur avait pu accorder à un fournisseur. Il faudrait qu'un débiteur qui ne communique pas de telles informations exactes au créancier garanti ordinaire soit passible de sanctions civiles ou même pénales.

21. À cela, il a été répondu que les fournisseurs ne devraient pas être tenus de déposer un avis chaque fois qu'ils fournissaient des biens mais qu'un seul avis suffirait pour couvrir les biens fournis pendant la durée du contrat considéré. Il a également été signalé que la redevance de dépôt devrait être modique et servir uniquement à couvrir les dépenses de fonctionnement du bureau d'enregistrement. En outre, il a été indiqué que l'absence de tout avis avait également des incidences sur le plan des coûts, étant donné qu'elle créait nécessairement de l'incertitude. En outre, il a été suggéré qu'un rang de priorité supérieur pourrait être reconnu aux fournisseurs en vue de protéger le crédit fournisseur. Cette démarche reposerait sur le fait qu'une fois qu'un avis relatif aux droits du fournisseur aurait été déposé, les autres prêteurs, qu'ils soient antérieurs ou ultérieurs, seraient avertis du rang de priorité supérieur du fournisseur. En ce qui concerne la portée de la priorité du crédit fournisseur, il a été indiqué qu'elle pourrait s'étendre aux produits (créances, par exemple) des biens grevés (stocks, par exemple) dans la mesure où le législateur souhaitait favoriser davantage le financement de créances que le financement de stocks.

22. Des réserves ont été exprimées à l'égard de l'idée selon laquelle un créancier garanti ordinaire devrait s'en remettre aux déclarations du débiteur. Il a notamment été déclaré que le créancier garanti ordinaire ne pouvait être certain que le débiteur connaissait exactement et avec précision l'ampleur et la nature des droits qu'il avait pu conférer à un fournisseur. Il a été indiqué qu'on ne pouvait se fier au débiteur que si ce dernier avait des archives assez bien tenues; or, en particulier dans le cas d'une entreprise en proie à des difficultés financières, cela pourrait ne pas être le cas ou il pourrait être malaisé d'avoir accès à ces archives. Par ailleurs, on a également fait valoir qu'il pourrait être imprudent de se fier à la description donnée par le débiteur des droits accordés à un fournisseur, étant donné qu'il était possible que ce dernier ait une idée différente de l'ampleur et de la nature de ses droits à l'égard du débiteur et de ses biens que celle qui découlait des déclarations du débiteur. D'autre part, il a été estimé que, même si de lourdes sanctions pénales étaient prévues, leur mise en œuvre effective pourrait ne pas être suffisamment certaine, étant donné que les critères de responsabilité en droit pénal étaient généralement plus rigoureux qu'en droit civil. Il a été jugé inapproprié de rendre ces critères moins rigoureux. En outre, du point de vue du créancier garanti ordinaire, des sanctions pénales ne pouvaient remplacer le remboursement de sa dette à l'aide des biens du débiteur.

23. D'autre part, il a été déclaré qu'un régime d'opérations garanties qui inclurait les droits engendrés par la réserve de propriété (sûreté afférente au prix d'achat) serait complexe. À cela, il a été répondu que la nature de ce type de financement était relativement simple et qu'il était suffisamment facile d'identifier les fournisseurs et les créanciers garantis ordinaires pour que le débiteur puisse communiquer les informations appropriées aux créanciers garantis ordinaires. Ce fait était également confirmé par l'absence, dans de nombreux pays, d'une

disposition prescrivant aux fournisseurs de déposer un avis en vue d'établir leur rang de priorité. Il a également été fait observer que l'absence de dépôt d'avis pourrait entraîner des difficultés supplémentaires en matière d'administration de la preuve. Par exemple, le fournisseur devrait prouver qu'il avait une réserve de propriété valable et que la date de ces droits était établie. On a également évoqué la possibilité de maintenir les droits sur des biens visant à garantir une dette, notamment dans le cadre d'une réserve de propriété par le vendeur de biens, en les plaçant dans une catégorie distincte de droits, tout en prescrivant qu'ils devaient faire l'objet d'un dépôt d'avis qui permettrait d'établir leur rang de priorité par rapport aux autres types de sûreté.

24. Il a également été souligné qu'il était nécessaire de reconnaître un rang de priorité supérieur à certains droits non conventionnels (par exemple, ceux de l'État pour les impôts ou ceux des salariés pour les rémunérations). Des opinions divergentes ont été exprimées quant à l'opportunité de devoir déposer un avis concernant ces droits.

## **VI. Droits et obligations des parties avant une défaillance**

25. Les participants ont estimé que des règles éventuelles concernant la défaillance devraient se limiter aux règles qui étaient absolument essentielles et à celles que les parties auraient très vraisemblablement acceptées. Des doutes ont été exprimés quant à la nécessité d'une disposition prévoyant l'obligation d'assurer les biens grevés. Il a été signalé que, dans certains pays, de nombreux types de biens ne pouvaient être assurés.

26. La nécessité d'établir une distinction entre les droits et les obligations relatifs aux sûretés avec dépossession et sans dépossession a été mise en cause compte tenu du fait que certaines des règles concernant la défaillance étaient appliquées aux sûretés avec et sans dépossession (par exemple, le droit du créancier garanti de céder l'obligation garantie). Il a également été relevé que le droit de remise en gage conféré au créancier garanti avait trait au nantissement de la sûreté sur le bien grevé et non de ce dernier.

## **VII. Défaillance et réalisation**

27. Il a été souligné qu'il importait de permettre une réalisation efficace des sûretés. À cet égard, l'accent a été mis sur le fait que la meilleure loi concernant la constitution de sûretés serait dépourvue d'utilité pratique si les créanciers garantis n'avaient pas la possibilité de réaliser la valeur économique de leurs sûretés. Dans ce contexte, l'attention a été attirée sur la nécessité d'examiner le contexte institutionnel dans lequel la réalisation avait lieu et d'évaluer avec franchise l'efficacité des procédures utilisées par des institutions telles que les tribunaux civils. On a également fait observer qu'il convenait également de mentionner les tribunaux arbitraux et d'autres organes non judiciaires.

28. La diversité des mécanismes permettant de réaliser la valeur économique des sûretés a également été soulignée. En ce qui concerne les procédures visant à entreprendre la réalisation, il a été indiqué qu'il existait plusieurs possibilités. À cet égard, on a mentionné l'exécution par le créancier garanti sans intervention

préalable des tribunaux, l'exécution par le créancier en possession d'un titre exécutoire, enregistré auprès d'un tribunal ou ayant fait l'objet d'un acte notarié, et l'exécution reposant sur des présomptions ou une limitation des moyens de défense dans les cas où une action en justice était nécessaire. Une certaine préférence a été exprimée en faveur de l'exécution par le créancier sans intervention préalable des tribunaux, et il a été suggéré que la deuxième meilleure solution était celle du titre exécutoire délivré par un notaire. Il a également été signalé que, si une action en justice était nécessaire, il convenait de limiter les moyens de défense admissibles du débiteur afin d'éviter les pratiques dilatoires. Par exemple, dans le cas d'une sûreté sans dépossession, le seul moyen de défense contre la prise de possession du bien grevé devrait être qu'il n'y avait pas eu de défaillance (et non des moyens fondés sur le montant dû ou d'autres détails). En outre, il a été indiqué que le créancier garanti devrait pouvoir vendre les biens grevés aux prix du marché là où les biens étaient situés. De plus, il a été jugé essentiel de vendre les biens grevés sans retard, afin d'éviter une baisse de leur valeur.

29. L'attention a également été attirée sur la nécessité de prévoir des moyens rapides et efficaces permettant à un créancier garanti de prendre possession des biens grevés à la suite d'une défaillance dans le cas des sûretés sans dépossession. À d'autres égards, cependant, il n'a pas été estimé nécessaire d'établir une distinction entre les sûretés avec et sans dépossession. On a suggéré que les possibilités d'abus de la part des créanciers garantis devaient également être prises en considération. On a donné l'exemple d'accords entre débiteurs et créanciers garantis qui, dans certains pays, étaient traités différemment, en ce sens que les accords antérieurs à la défaillance étaient nuls, tandis que les accords postérieurs à la défaillance étaient valables et exécutoires.

## **VIII. Insolvabilité**

30. Les participants se sont accordés à reconnaître que tant les régimes d'opérations garanties que les régimes d'insolvabilité étaient axés sur les relations entre les débiteurs et les créanciers, et exerçaient une influence importante sur la façon dont une entreprise était dirigée, dans la mesure où la discipline de crédit et la responsabilité en matière de dettes y occupaient une place importante. Il a également été convenu qu'il existait des domaines de conflit entre ces deux régimes notamment en ce qui concerne leurs façons différentes de concevoir les dettes, au point que chaque régime protégeait des droits différents et s'adressaient à des parties prenantes différentes.

31. Il a été déclaré que le souci de régler les problèmes d'insolvabilité n'était pas battu en brèche mais était au contraire servi par un régime d'opérations garanties permettant la constitution conventionnelle de sûretés définies de façon appropriée sur des biens au profit de tiers. On a mentionné la nécessité de clarifier la classification des "quasi-sûretés", telles que la réserve de propriété et les locations financières, et d'assurer la certitude à cet égard. On a fait observer que plus large était la gamme de biens qui pouvaient faire l'objet d'une sûreté, mieux il était possible d'évaluer l'aptitude d'un emprunteur à assurer le service d'un prêt (ce qui réduisait le surendettement et les risques d'insolvabilité qui en découlaient).

32. En outre, il a été indiqué que, dans l'optique de l'insolvabilité également, il fallait soutenir un système de dépôt d'avis qui serait exhaustif et offrirait une base de recherche certaine, efficace et économique. Il a été signalé qu'un système de dépôt d'avis était, pour le représentant de l'insolvabilité, une source de certitude, dans la mesure où il facilitait l'identification des biens grevés, les obligations garanties et les créanciers garantis. De plus, un tel système aiderait le représentant de l'insolvabilité à déterminer la validité et le caractère exécutoire de sûretés concurrentes sur les mêmes biens et de déterminer l'ordre de priorité de ces dernières. Dans le contexte de l'inscription, cependant, il a été indiqué que deux questions devaient plus particulièrement être examinées. En premier lieu, il fallait déterminer si un régime d'opérations garanties ou un régime d'insolvabilité devait mettre l'accent sur la nécessité d'une inscription, par exemple en rendant nulles ou en privant d'efficacité d'une autre façon des sûretés non inscrites s'il n'avait pas été procédé à leur inscription ou si elles n'avaient pas été rendues opposables d'une autre façon. Il a été indiqué que c'est ce que prévoyaient certains régimes d'insolvabilité et d'opérations garanties. La seconde question portait sur le point de savoir si des dispositions portant sur l'annulation d'opérations préférentielles et frauduleuses antérieures devaient être applicables aux opérations garanties, valablement conclues à tous autres égards, comme cela était prévu dans la plupart des régimes relatifs à l'insolvabilité.

33. En ce qui concerne les conséquences effectives de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité pour les créanciers garantis, il a été suggéré qu'il pourrait être nécessaire d'établir une distinction entre la liquidation et le redressement. En cas de liquidation, dans l'optique de l'insolvabilité, il était souhaitable d'éviter une suspension de longue durée ou même une suspension quelconque de la réalisation d'une sûreté. En revanche, en cas de redressement, il fallait surseoir à la réalisation d'une sûreté, étant donné qu'il était possible d'en retirer une valeur accrue grâce au redressement et d'éviter le démembrement de l'entreprise. Toutefois, ce sursis ne devait pas modifier ni menacer les droits des créanciers garantis quant au fond, mais différer l'exercice de leur droit de réalisation. D'autres questions plus épineuses ont été mentionnées: l'association d'un créancier garanti à un plan de redressement; l'abus d'un processus de redressement par le débiteur; le financement postérieur à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité; et la possibilité de créer un rang de priorité supérieur susceptible d'affecter les détenteurs de sûretés existantes. La nécessité de coordonner l'action menée en matière de réalisation et d'insolvabilité avec les travaux du Groupe de travail sur le droit de l'insolvabilité a également été soulignée.

## **IX. Conflits de lois**

34. La discussion a porté sur la loi qui devrait régir la constitution, la publicité et le rang de priorité des sûretés sur les créances et les stocks. En ce qui concerne les créances, le bien-fondé de la règle applicable aux conflits de lois qui figurait dans la Convention des Nations Unies sur la cession (qui allait dans le sens de l'application de la loi du lieu de situation du constituant) a été confirmé. Toutefois, on a fait observer que, pour certaines catégories de biens incorporels, tels que des dépôts bancaires et des comptes de titres, il serait peut-être nécessaire de procéder différemment.

35. Pour ce qui est de la loi applicable aux sûretés sur des biens corporels, on a indiqué qu'il existait deux options. La première correspondait à la règle traditionnelle, qui soumettait la constitution, la publicité et les questions de rang de priorité à la loi de l'État où se trouvaient les biens corporels (*lex situs*). La deuxième option correspondait à une règle double, selon laquelle la constitution et la publicité seraient régies par la loi du lieu de situation du constituant, tandis que le rang de priorité serait régi par la *lex situs*.

36. Un certain nombre de préoccupations ont été exprimées au sujet de la seconde option. L'une d'entre elles était qu'une telle règle irait à l'encontre des attentes des tiers, qui supposeraient que la *lex situs* s'appliquerait à tous les aspects patrimoniaux d'une sûreté sur des biens corporels. D'autre part, on redoutait qu'une règle double serait difficile à appliquer si le système juridique régissant le rang de priorité reposait sur des notions de publicité qui n'existaient pas en vertu de la loi du lieu de situation du constituant. Cependant, à l'appui de cette règle double, il a été indiqué qu'en s'écartant de la règle traditionnelle, on appliquerait la même loi à la constitution et à la publicité d'une sûreté, qu'elle porte sur les biens corporels ou incorporels.

37. Pour ce qui est de la loi applicable à la réalisation, il a été suggéré que la plupart des questions liées à la réalisation devraient être régies par la *lex situs*, étant donné que la réalisation était nécessaire lorsque le débiteur ne s'acquittait pas volontairement de ses obligations et que l'aide des autorités locales était nécessaire. On a également signalé que la réalisation pourrait ne pas être traitée comme une question unique mais comme une série de questions. On a aussi fait observer que certaines de ces questions pourraient relever de l'autonomie des parties (par exemple, la disposition de biens grevés en vertu d'un accord entre les parties), tandis que pour d'autres questions qui soulevaient des questions d'ordre public, il serait peut-être nécessaire d'avoir recours à un facteur de rattachement objectif.

38. En ce qui concerne la loi applicable aux procédures d'insolvabilité, on a fait valoir que, dans le cas des biens situés dans l'État où la principale procédure d'insolvabilité avait été ouverte, la règle largement admise qui prévoyait l'application de la loi de cet État devrait être adoptée. Dans le cas où les biens étaient situés dans un autre pays, on a estimé qu'il n'existait pas de solution acceptée par tous et que cette question devait faire l'objet de discussions en vue de formuler des recommandations à l'intention des États.

## **X. Dispositions transitoires**

39. Il a été signalé que la teneur des dispositions transitoires dépendrait de la situation propre à chaque État et que, par conséquent, il ne fallait rien recommander aux États. Il a cependant été reconnu que cette question devait faire l'objet de discussions étant donné que l'absence de dispositions transitoires appropriées pourrait empêcher les différentes parties de bénéficier pleinement de la nouvelle législation ou perturber les relations existantes.