



# Assemblée générale

Distr.: Limitée  
6 juin 2003

Français  
Original: Anglais

**Commission des Nations Unies  
pour le droit commercial international**  
Groupe de travail VI (Sûretés)  
Quatrième session  
Vienne, 8-12 septembre 2003

## 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 .....	1-62	2
III. Principaux types de sûretés mobilières .....	1-62	2
A. Remarques générales .....	1-52	2
1. Introduction .....	1-2	2
2. Instruments traditionnellement conçus pour servir de sûreté mobilière .....	3-28	2
a. Les sûretés sur les biens meubles corporels .....	3-23	2
b. Les sûretés sur les biens meubles incorporels .....	24-28	7
3. L'utilisation de la propriété à titre de sûreté .....	29-45	8
a. Le transfert de propriété au créancier .....	30-34	8
b. La réserve de propriété au profit du créancier .....	35-45	9
4. Une sûreté mobilière globale et intégrée .....	46-52	13
B. Résumé et recommandations .....	53-62	14



### **III. Principaux types de sûretés mobilières**

#### **A. Remarques générales**

##### **1. Introduction**

1. Au fil du temps, des pratiques très diverses ont vu le jour dans différents pays pour garantir des créances (généralement de sommes d'argent) sur un débiteur. Le présent chapitre a pour objet de passer en revue les principaux mécanismes permettant au créancier de disposer d'une sûreté mobilière effective, d'exposer les avantages et les inconvénients de chaque mécanisme à la fois pour les parties directement intéressées, c'est-à-dire le créancier et le débiteur, et pour les tiers, et de dégager les grandes options qui s'offrent au législateur.

2. Schématiquement, on peut distinguer trois grands types d'instruments utilisés à des fins de sûreté: premièrement, les instruments spécialement conçus à cette fin, c'est-à-dire les sûretés mobilières (voir sect. A.2); deuxièmement, les instruments reposant sur l'utilisation de la propriété dans le cadre de divers types d'arrangements contractuels (voir sect. A.3); et, troisièmement, une sûreté mobilière globale et intégrée (voir sect. A.4).

##### **2. Instruments traditionnellement conçus pour servir de sûreté mobilière**

###### **a. Les sûretés sur les biens meubles corporels**

3. Traditionnellement, la plupart des pays font une distinction entre les sûretés réelles qui portent sur des biens meubles corporels (voir sect. A.2.a) et celles qui portent sur des biens meubles incorporels (voir sect. A.2.b). En fait, les biens corporels donnent lieu à des formes de sûreté auxquelles ne se prêtent pas les biens incorporels (voir par. 8 et 25 et 26).

4. En ce qui concerne les sûretés sur les biens meubles corporels, la plupart des pays établissent une distinction entre les sûretés avec dépossession (voir sect. A.2.a.i) et les sûretés sans dépossession (voir section A.2.a.ii), selon que les biens grevés sont mis en possession du créancier ou d'un tiers ou que le constituant (en règle générale, le débiteur mais il peut aussi s'agir d'un tiers) garde la possession.

###### **i. La sûreté mobilière avec dépossession**

###### **a) Le gage**

5. La forme de sûreté sur les biens meubles corporels avec dépossession de loin la plus courante (et aussi la plus ancienne) est le gage. Pour que le gage soit valable, il faut que le constituant se défasse effectivement du bien engagé et que celui-ci soit remis au créancier gagiste ou à un tiers convenu par les parties (par exemple un entrepôt). Le détenteur effectif peut aussi être un mandataire ou un fiduciaire qui détient la sûreté au nom, ou au moins pour le compte, du créancier ou d'un syndicat de créanciers. La dépossession du constituant doit non seulement intervenir au moment de la constitution du gage, mais doit aussi être maintenue pendant toute la durée de ce dernier. En général, la restitution du bien engagé au constituant éteint le gage.

6. La dépossession n'implique pas toujours l'enlèvement physique des biens engagés des locaux du constituant, à condition que ce dernier soit empêché d'y accéder par d'autres moyens, comme par exemple la remise au créancier gagiste des clefs de l'entrepôt dans lequel ces biens sont stockés, à condition que le constituant ne puisse y accéder sans autorisation.

7. La dépossession du constituant peut aussi s'effectuer par remise des biens engagés à un tiers ou par l'utilisation de biens déjà détenus par un tiers. C'est le cas, par exemple, de marchandises ou de matières premières stockées dans un entrepôt ou un réservoir appartenant à un tiers. Un arrangement institutionnel (et plus coûteux) peut faire intervenir une société "d'entreposage" indépendante, qui exerce un contrôle dans l'établissement du constituant sur les biens engagés en qualité de mandataire du créancier gagiste. Pour que cet arrangement soit valable, il ne faut pas que le constituant puisse accéder sans autorisation à l'entrepôt dans lequel sont stockés les biens engagés. En outre, les employés de la société d'entreposage ne doivent pas travailler pour le constituant (s'ils sont recrutés parmi son personnel, en raison de leurs connaissances spécialisées, ils doivent cesser de travailler pour lui).

8. Dans le cas de biens de nature spéciale, tels que des documents et des instruments (négociables ou non) représentant des droits sur des biens corporels (par exemple les connaissements ou les récépissés d'entrepôt) ou incorporels (par exemple les instruments négociables, les obligations ou les titres d'actions), la dépossession s'effectue par remise des documents ou des instruments au créancier gagiste. Toutefois, dans ce contexte, il n'est pas toujours facile de faire la distinction entre sûretés avec dépossession et sûretés sans dépossession.

9. Le gage avec dépossession, du fait précisément de la dépossession du constituant, présente trois avantages importants pour le créancier gagiste. Premièrement, celui-ci doit donner son consentement pour que le constituant puisse disposer des biens engagés. Deuxièmement, il ne court pas le risque de voir lesdits biens se déprécier parce que le constituant en aurait négligé la conservation ou l'entretien. Troisièmement, si la réalisation devient nécessaire, il se voit épargner les soucis, la perte de temps, les dépenses et le risque auxquels il s'exposerait s'il devait réclamer au constituant la délivrance des biens engagés.

10. Le gage avec dépossession présente également des avantages pour les tiers, en particulier les autres créanciers du constituant. La dépossession de ce dernier permet de ne pas créer une apparence trompeuse de richesse et réduit le risque de fraude.

11. Mais le gage avec dépossession a aussi de gros inconvénients. Pour le constituant, le principal est l'obligation de dépossession, qui l'empêche d'utiliser les biens engagés. Cet inconvénient est particulièrement gênant lorsque la possession est nécessaire à un constituant commercial pour générer les recettes qui lui permettront de rembourser le prêt (comme c'est le cas, par exemple, de matières premières, de produits semi-finis, de matériel et de stocks).

12. Pour le créancier gagiste, l'inconvénient du gage avec dépossession est qu'il l'oblige à entreposer, conserver et entretenir les biens engagés, sauf si un tiers s'en charge. Lorsque lui-même n'est ni capable d'accomplir ces tâches ni disposé à le faire, le recours à des tiers entraîne des frais supplémentaires qui seront supportés directement ou indirectement par le constituant. Un autre inconvénient est que le créancier gagiste peut être tenu responsable des dommages causés par les biens engagés pendant qu'ils sont en sa possession. Ce problème est particulièrement

grave en cas de contamination de l'environnement (voir chap. IV, par. ..., et chap. VII, par. ...).

13. Toutefois, lorsque les parties peuvent éviter les inconvénients mentionnés ci-dessus (voir par. 11 et 12), le gage avec dépossession peut être utilisé avec succès. Il a deux principaux domaines d'application: le premier lorsque les biens engagés sont déjà détenus par un tiers ou peuvent facilement être mis en sa possession, en particulier s'il s'agit d'une entreprise qui assure commercialement la garde des biens d'autrui; le second lorsque des instruments et documents représentant des biens meubles corporels ou des droits incorporels peuvent facilement être gardés par le créancier gagiste lui-même.

#### **b) Le droit de rétention**

14. Il ne sera pas question ici des droits de rétention légaux car, à quelques exceptions près, les droits conférés par la loi n'entrent pas dans le champ d'application du présent Guide (voir A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, par. 8). Un droit de rétention conventionnel autorise une partie dont le cocontractant manque à son obligation de s'abstenir d'exécuter sa propre obligation et, en particulier, de retenir une chose qui devrait, en vertu du contrat, être remise à l'autre partie. Par exemple, une banque n'a pas à remettre des titres représentatifs, tels que des connaissements, ou des instruments négociables, tels que des lettres de change ou des billets à ordre, qu'elle détient pour son client ni à permettre des retraits sur le compte du client, si celui-ci n'a pas remboursé un crédit et avait convenu d'accorder à la banque un droit de rétention. Lorsqu'un tel droit de rétention est assorti d'un pouvoir valable de vendre la chose retenue, certains systèmes juridiques le considèrent comme un gage, bien que les modalités de création diffèrent de celles du gage à proprement parler (voir par. 5 à 8). À défaut, le droit de rétention ainsi renforcé peut être considéré comme produisant certains des effets du gage. La conséquence la plus importante d'une telle assimilation au gage est que le créancier en possession jouit d'un droit de préférence sur la chose retenue, à moins qu'il n'existe sur elle une sûreté sans dépossession effective antérieurement constituée.

#### **ii. La sûreté mobilière sans dépossession**

15. Comme on l'a noté plus haut (voir par. 11), un gage avec dépossession sur des biens meubles corporels qui sont nécessaires pour la production ou la vente (tels que du matériel, des matières premières, des produits semi-finis et des stocks) est économiquement irréaliste. Le constituant a besoin de ces biens pour son activité commerciale. S'il n'y a pas accès et n'a ni le droit ni la faculté d'en disposer, il sera incapable de générer les recettes qui lui permettront de rembourser le prêt. Ce problème est particulièrement critique pour les constituants commerciaux de plus en plus nombreux qui ne possèdent pas d'immeubles pouvant servir de garantie.

16. Aussi a-t-on vu apparaître dans les législations, en particulier ces 50 dernières années, des sûretés mobilières qui sortent des limites étroites du gage avec dépossession. Certains pays ont introduit une nouvelle sûreté englobant divers arrangements pris à des fins de garantie, tandis que d'autres ont instauré dans leur législation une sûreté sous la forme d'un gage sans dépossession pour certains types de biens. Toutefois, la plupart des pays, perpétuant la tradition du XIX<sup>e</sup> siècle (qui méconnaissait une attitude antérieure plus libérale), ont insisté sur le "principe du gage" comme seule méthode légitime de constitution d'une sûreté mobilière. Au

XX<sup>e</sup> siècle, les législateurs et les tribunaux de nombre de ces pays en sont venus à reconnaître la nécessité économique urgente d'instituer des sûretés mobilières sans dépossession.

17. Les différents pays ont essayé de trouver des formules appropriées en fonction des besoins locaux et en conformité avec le cadre général de leur système juridique. Il en résulte une grande diversité de solutions, dont témoigne la multiplicité des dénominations de ces institutions, parfois à l'intérieur d'un seul et même pays, par exemple: dépossession "fictive" du constituant; gage sans dépossession; droit de gage inscrit au registre; nantissement; warrant; hypothèque; "privilège contractuel"; acte de vente; hypothèque mobilière et fiducie. Plus pertinent est le champ d'application limité des mécanismes adoptés. Seuls quelques pays ont pris une loi générale régissant la sûreté mobilière sans dépossession (pour plus de détails, voir la section A.4). Certains ont une double législation sur les sûretés mobilières sans dépossession, l'une traitant du financement garanti des entreprises industrielles et artisanales, l'autre du financement garanti des entreprises des secteurs de l'agriculture et de la pêche. Dans la plupart des pays, toutefois, il existe diverses lois sur ce type de sûretés visant uniquement de petits secteurs de l'économie, comme l'acquisition d'automobiles ou de matériel, ou la production de films.

18. Certains pays hésitent même à autoriser la constitution de sûretés sans dépossession sur des stocks. Cela tient parfois à une prétendue incompatibilité entre, d'un côté, la sûreté du créancier et, de l'autre, le droit et la faculté du constituant de vendre qui sont indispensables pour convertir les stocks en liquidités afin de rembourser un prêt garanti. Une autre raison est que la disposition des stocks donnera souvent lieu à de délicats conflits entre de multiples cessionnaires ou de multiples créanciers garantis. Une autre raison encore de ne pas autoriser les sûretés sans dépossession sur des stocks peut découler d'une décision de politique générale de réserver les stocks au désintéressement des créanciers chirographaires du constituant (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, par. ...).

19. Pour diverses que soient les législations prévoyant des sûretés mobilières sans dépossession, elles ont un trait commun: elles exigent en général une forme ou une autre de publicité. L'objet de cette publicité est d'éviter que le caractère non-visible des sûretés sur les biens que détient le constituant ne lui donne une apparence trompeuse de richesse (pour plus de détails sur cette question, voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, par. ...). On fait souvent valoir que, dans une économie moderne reposant sur le crédit, les parties peuvent supposer que les biens risquent d'être grevés ou soumis à une réserve de propriété. Ces suppositions générales toutefois ne peuvent que renchérir le crédit, même si les biens en possession de la personne sont sa propriété et ne sont pas grevés (risque qui ne peut être que partiellement évité au prix d'une recherche longue et coûteuse). De plus, ces suppositions ne protègent pas suffisamment le créancier garanti ou les autres tiers, puisqu'elles ne permettent de connaître ni le nom du propriétaire ou du créancier garanti antérieur ni le montant garanti, pas plus qu'elles ne renseignent sur le bien grevé. Qui plus est, un système fondé sur de telles suppositions générales n'offre aucune base objective pour établir un classement des sûretés constituées sur les mêmes biens, les constituants risquant ainsi de ne pouvoir mettre à profit la valeur intégrale de leurs biens pour obtenir un crédit.

20. Il semble nécessaire de réduire l'écart entre la demande économique générale de sûretés mobilières sans dépossession et l'accès souvent limité à de telles sûretés

qu'offrent les législations actuelles. L'un des principaux objectifs de la réforme du droit des opérations garanties est de proposer des améliorations dans le domaine des sûretés mobilières sans dépossession et dans le domaine connexe des sûretés sur les biens meubles incorporels (voir sect. A.2.b).

21. Bien que les régimes modernes prouvent que les difficultés peuvent être surmontées, l'expérience montre que la législation sur les sûretés mobilières sans dépossession est plus complexe que celle sur le gage traditionnel avec dépossession. Cela tient principalement aux quatre grandes caractéristiques ci-après de ces sûretés. Premièrement, puisqu'il conserve la possession, le constituant a la faculté de disposer des biens grevés ou de créer sur eux un droit concurrent, même contre la volonté du créancier garanti. Cette situation exige l'adoption de règles concernant les effets et le rang de priorité de tels actes de disposition (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, *Priorité*). Deuxièmement, le créancier garanti doit s'assurer que le constituant en possession prend soin des biens grevés, les assure comme il se doit et les protège afin de préserver leur valeur commerciale, questions qui doivent toutes être traitées dans la convention constitutive de sûreté entre le créancier garanti et le débiteur (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.4, *Droits et obligations des parties avant défaillance*). Troisièmement, si la réalisation de la sûreté devient nécessaire, le créancier garanti préférera généralement que les biens grevés lui soient remis. Toutefois, si le constituant ne veut pas s'en séparer, il pourrait être nécessaire d'engager une procédure judiciaire ou extrajudiciaire. Il faudra peut-être prévoir des voies de droit appropriées et éventuellement une procédure accélérée (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.5, *Défaillance et réalisation*). Quatrièmement, l'apparence trompeuse de richesse que donnent au constituant les sûretés "occultes" créées sur les biens détenus par lui devra probablement être combattue par diverses formes de publicité. Toutefois, dans les économies modernes reposant sur le crédit, ce problème a de moins en moins d'importance car nul n'ignore que la possession ne signifie pas que le possesseur est propriétaire ou que le bien n'est pas grevé (ceci a cependant un coût, voir par. 19) ou dans la mesure où les sûretés sont soumises à publicité (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, *Publicité*).

22. Étant donné la nécessité économique généralement reconnue de sûretés mobilières sans dépossession et les différences fondamentales entre sûretés avec et sans dépossession mentionnées ci-dessus (voir par. 21), une nouvelle législation sera nécessaire dans de nombreux pays.

23. Compte tenu des modèles législatifs mentionnés plus haut (voir par. 16 à 19), le législateur a sans doute le choix entre trois possibilités. La première serait d'adopter une législation intégrée applicable à la fois aux sûretés avec dépossession et aux sûretés sans dépossession (voir sect. A.4). C'est l'approche – mûrement réfléchie – qui a été retenue dans la Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières, adoptée en février 2002. La deuxième serait d'adopter une législation intégrée pour les sûretés sans dépossession, le régime des sûretés avec dépossession étant traité à part. Et la troisième serait d'adopter une législation spéciale autorisant les sûretés sans dépossession pour l'octroi de crédits aux débiteurs de branches d'activité particulières. La tendance dominante de la législation moderne, au niveau national comme au niveau international, est à l'adoption d'une approche intégrée, au moins pour ce qui est des sûretés sans dépossession. Une réglementation sélective de types particuliers de sûretés sans dépossession risque d'aboutir à des lacunes, à des chevauchements, à des incohérences et à un manque de transparence, et de

mécontenter les secteurs d'activité qui pourraient être exclus. Une telle réglementation rend également plus difficile la résolution des conflits de priorité entre sûretés avec dépossession et sûretés sans dépossession.

**b. Les sûretés sur les biens meubles incorporels**

24. Les biens meubles incorporels englobent des droits très divers (par exemple, le droit au paiement d'une somme d'argent ou à l'exécution d'une autre obligation contractuelle, comme la livraison de pétrole dans le cadre d'un contrat de production). Ils comprennent certains types de biens relativement nouveaux (par exemple, les titres dématérialisés, détenus indirectement par un intermédiaire) et les droits de propriété intellectuelle (c'est-à-dire les brevets, marques commerciales et droits d'auteur). Étant donné l'importance économique considérable qu'ont pris ces dernières années les biens meubles incorporels, il est de plus en plus demandé de les utiliser comme sûreté mobilière. Des biens meubles incorporels, tels que des créances de sommes d'argent et des droits de propriété intellectuelle, interviennent souvent dans les opérations de financement de stocks ou de matériel, et constituent souvent l'essentiel de la valeur de la sûreté. De plus, des biens meubles incorporels peuvent être le produit de stocks ou de matériel. Le présent Guide ne traite pas des valeurs mobilières car elles soulèvent toute une série de questions qui exigent un traitement spécial et qui font l'objet de textes en cours d'élaboration à l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) et à la Conférence de La Haye de droit international privé. Il traite en revanche des sûretés constituées sur des créances de sommes d'argent, c'est-à-dire le droit de réclamer le paiement d'une somme d'argent, et sur les droits de réclamer l'exécution d'une obligation contractuelle non monétaire, ainsi que des sûretés constituées sur d'autres types de meubles incorporels comme le produit de biens meubles corporels ou de créances de sommes d'argent.

25. Par définition, les biens meubles incorporels échappent à toute possession (matérielle). Néanmoins, la plupart des codes des pays dits de "droit romain" traitent de la constitution de gages avec dépossession (voir par. 5 à 13) au moins sur des créances de sommes d'argent. Certains ont essayé d'instituer un semblant de dépossession en exigeant du constituant qu'il transfère au créancier tout écrit ou document relatif à la créance engagée (par exemple le contrat dont elle découle). Un tel transfert ne suffit toutefois pas à constituer le gage. Dans de nombreux pays, un substitut (quelque peu artificiel) de la "dépossession" du constituant consiste à exiger que soit donné à ce dernier une notification du gage.

26. Certains pays ont mis au point des techniques qui donnent des résultats comparables à ceux de la possession de biens meubles corporels. La plus radicale est le transfert intégral du droit grevé (ou de la partie grevée du droit) au créancier garanti. Ce faisant, toutefois, cette technique va au-delà de la constitution d'une sûreté et équivaut à un transfert de propriété (voir sect. A.3.a). Suivant une approche plus modérée, la propriété des droits grevés n'est pas affectée, mais les actes de disposition du constituant qui ne sont pas autorisés par le créancier garanti sont bloqués. Dans le cas d'un compte bancaire, si le constituant (créancier du compte grevé), en tant que détenteur de ce compte, accepte que celui-ci puisse être bloqué en faveur du créancier garanti, ce dernier a l'équivalent de la possession d'un bien meuble corporel. Cela est encore plus vrai si c'est la banque qui est le créancier garanti.

27. Dans la terminologie moderne, ces techniques d'obtention de la "possession" de biens incorporels sont à juste titre dénommées "contrôle". Toutefois, le degré de contrôle peut être variable. Dans certains cas, il est absolu et tout acte de disposition du constituant est impossible. Dans d'autres, le constituant est autorisé à effectuer certains actes de disposition, notamment jusqu'à concurrence d'un maximum fixé, à condition que le créancier garanti ait accès au compte. Le contrôle peut être une condition de la validité d'une sûreté (voir A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.3, par. 66 et 68) ou d'un droit de préférence (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, par. ...).

28. Dans le cadre des efforts déployés pour créer des régimes globaux de sûretés sans dépossession sur les biens meubles corporels (voir sect. A.2.a), il est courant que les sûretés sur les types de biens meubles incorporels les plus importants (par exemple, les créances de sommes d'argent) soient intégrées au même régime juridique. Cette approche a le mérite de la cohérence car la vente de stocks donne, en règle générale, naissance à de telles créances et il est souvent souhaitable d'étendre la sûreté constituée sur les stocks au produit de leur vente. Le système de publicité utilisé pour les sûretés sur biens meubles corporels peut également être utile (pour plus de détails, voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, Publicité) pour les sûretés sur biens meubles incorporels, telles que les créances de sommes d'argent. Cette approche peut avoir comme autre mérite de rendre inutile la notification au débiteur des créances grevées, ce qui dans certaines opérations de constitution de sûreté faisant intervenir un ensemble de biens dont les composantes ne sont pas précisément identifiées pourrait être impossible. Même dans les cas où une telle notification est possible, il se peut qu'elle ne soit pas souhaitable (par exemple pour des raisons de coût ou de confidentialité).

### **3. L'utilisation de la propriété à titre de sûreté**

29. Outre les instruments conçus spécifiquement pour servir de sûretés mobilières (voir sect. A.2), la pratique et parfois aussi la législation, dans de nombreux pays, ont mis au point un autre type de sûreté sans dépossession sur des biens meubles corporels et incorporels: la propriété-sûreté. Celle-ci peut être constituée par le transfert de la propriété au créancier (voir sect. A.3.a) ou par la réserve de propriété en faveur de ce dernier (sect. A.3.b). Aussi bien le transfert de propriété que la réserve de propriété permettent au créancier d'obtenir une sûreté sans dépossession (pour la nécessité économique et la justification des sûretés sans dépossession, voir par. 15).

#### **a. Le transfert de propriété au créancier**

30. En l'absence d'un régime de sûretés mobilières sans dépossession, ou pour combler les lacunes ou surmonter certains obstacles, les tribunaux et les législateurs de certains pays ont eu recours au transfert de la propriété des biens au créancier garanti.

31. Dans certains systèmes juridiques, le transfert de propriété à titre de sûreté intéresse les créanciers pour deux raisons. La première est que les conditions de forme et de fond d'un transfert de propriété de biens meubles corporels ou incorporels à une autre personne sont souvent moins strictes et, partant, entraînent moins de frais que les conditions requises pour constituer une sûreté mobilière. La seconde est qu'en cas de réalisation et en cas d'insolvabilité du débiteur, un créancier se trouve souvent dans une meilleure position en tant que propriétaire

qu'en tant que détenteur d'une simple sûreté, en particulier lorsque les biens du propriétaire, quoiqu'en la possession du constituant, ne tombent pas dans la masse de l'insolvabilité alors que les biens du constituant, s'ils sont simplement grevés d'une sûreté en faveur du créancier, entrent dans cette masse. Dans d'autres systèmes juridiques, la différence entre la propriété-sûreté et les sûretés mobilières s'agissant des formalités de constitution ou de réalisation exigées a été gommée au point que les mécanismes de transfert de la de propriété sont soumis aux mêmes conditions que la constitution des sûretés mobilières proprement dites. Dans d'autres systèmes encore, les transferts à titre de sûreté sont soumis aux règles applicables aux transferts de propriété, tandis qu'en cas de réalisation et d'insolvabilité, ils sont traités comme des mécanismes de sûreté.

32. Le transfert de propriété à titre de sûreté a été autorisé par la loi dans certains pays et par la jurisprudence dans d'autres. Dans certains pays, la constitution d'une telle sûreté est soumise aux règles les moins contraignantes régissant les transferts de propriété et a l'effet d'un transfert de propriété complet. Dans d'autres, elle est soumise aux règles les plus strictes régissant les sûretés mobilières et n'a que l'effet d'une opération garantie. Dans d'autres pays encore, en particulier ceux de droit romain, ces transferts de propriété sont considérés comme un contournement du régime ordinaire des sûretés mobilières à proprement parler et sont donc tenus pour nuls. Dans les pays disposant d'un régime global et efficace de sûretés mobilières sans dépossession, le transfert de propriété existe mais est traité comme un simple mécanisme de sûreté (voir sect. 4), ce qui signifie que les règles de constitution, de publicité, de priorité et de réalisation sont les mêmes que pour les sûretés (en cas d'insolvabilité, les biens entrent dans la masse; voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, par. ...).

33. Le législateur a le choix entre deux possibilités. La première est d'autoriser le transfert de propriété à titre de sûreté en le soumettant aux conditions (généralement) moins strictes régissant le transfert intégral et en lui attribuant les effets plus importants de ce dernier (en cas d'insolvabilité, les biens n'entrent pas dans la masse; voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, par. 11), ce qui évite le régime général des sûretés mobilières. Cette possibilité a pour résultat de renforcer la position du créancier garanti (au risque cependant d'accroître sa responsabilité; voir chap. IV, par. ...) tout en affaiblissant celle du constituant et de ses autres créanciers. Cette solution peut se comprendre si le régime ordinaire des sûretés sans dépossession est peu développé.

34. La seconde possibilité est d'autoriser le transfert de propriété à titre de sûreté, mais en limitant les conditions ou les effets, ou les deux à la fois, à ceux d'une simple sûreté. Ainsi, une réduction graduée des avantages pour les créanciers garantis et des inconvénients correspondants pour les autres parties est possible, en particulier si les conditions d'un transfert ou ses effets, ou bien les deux, sont les mêmes que ceux d'une sûreté. C'est l'approche qu'ont adoptée les pays disposant d'un régime de sûretés mobilières global et intégré, dans lequel le transfert de la propriété est possible tout en étant soumis aux mêmes règles que les sûretés (voir sect. 4).

#### **b. La réserve de propriété au profit du créancier**

35. Le droit de propriété est également utilisé à titre de sûreté dans le cadre d'une opération couramment appelée "financement du prix d'achat" (pour une description

et un exemple, voir A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, par. 16 à 19). Cette seconde méthode consiste à ménager une réserve contractuelle de ce droit (la réserve de propriété). Le vendeur ou un autre prêteur de l'argent nécessaire à l'achat de biens meubles corporels, voire incorporels, peut rester propriétaire jusqu'à complet paiement du prix d'achat (réserve de propriété simple).

36. Dans certains pays, la réserve de propriété simple peut revêtir diverses formes, notamment celle de clauses "toutes créances" ou "compte-courant", dans lesquelles le vendeur conserve la propriété jusqu'à ce que l'acheteur ait réglé toutes ses dettes envers lui et non pas simplement celles découlant du contrat de vente en question, ainsi que de clauses qui confèrent au vendeur également la propriété du produit et de la production issus des biens grevés de la réserve de propriété.

37. Une autre formule aboutissant au même résultat économique que la réserve de propriété consiste à assortir un contrat de bail d'une option d'achat (pour un prix symbolique) qui ne peut être exercée par le preneur qu'une fois payée la majeure partie du "prix d'achat" sous forme de loyer par versements échelonnés (voir l'exemple donné dans A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, par. 20). Dans certains cas, lorsque le crédit-bail porte sur la durée d'utilisation du matériel, il équivaut à une réserve de propriété même sans option d'achat. Dans les paragraphes suivants, du moins en ce qui concerne le crédit-bail utilisé à titre de sûreté, les termes "vendeur" et "acheteur" recouvrent respectivement les termes "bailleur" et "preneur".

38. Économiquement, une clause de réserve de propriété fournit une sûreté particulièrement bien adaptée aux besoins des vendeurs pour garantir les crédits de financement du prix d'achat, et elle est donc largement utilisée par eux. Dans de nombreux pays, ce type de crédit, généralement octroyé par les fournisseurs, remplace très souvent le financement bancaire ordinaire et bénéficie d'un statut privilégié étant donné l'importance pour l'économie des petits et moyens fournisseurs. Dans d'autres pays, il est plus fréquent que les banques financent le prix d'achat; par exemple, le vendeur vend à une banque, qui elle-même vend à un acheteur avec réserve de propriété, ou encore l'acheteur paie le vendeur au comptant grâce à un prêt et transfère la propriété à la banque en garantie du prêt. Dans ces pays, cette source de crédit et la sûreté spécifique qui l'accompagne font l'objet d'une attention particulière.

39. Du fait qu'elle trouve son origine dans une clause d'un contrat de vente ou de crédit-bail, de nombreux pays considèrent la réserve de propriété comme une simple quasi-sûreté, qui n'est donc pas soumise aux règles générales applicables aux sûretés mobilières, telles que celles concernant les conditions de forme, la publicité ou les effets (principalement la priorité). Un autre avantage est que la réserve de propriété peut être constituée à moindres frais car, dans de nombreux pays, elle n'est pas soumise à publicité. Elle est en outre bien adaptée au financement à court terme et, dans certains pays, confère un droit réel à l'acheteur. Dans les pays qui autorisent la création de sûretés sans dépossession uniquement sur certains types de biens, mais pas sur les stocks, elle est utilisée pour le financement d'achat de stocks. Un autre avantage encore est que le vendeur se réservant la propriété jouit, dans de nombreux pays, d'un privilège, qui peut se justifier par la volonté de soutenir les fournisseurs qui sont normalement de petites ou moyennes entreprises et de promouvoir le financement du prix d'achat par les fournisseurs plutôt que par le crédit bancaire ordinaire. Ce privilège peut aussi se justifier par le fait que le

vendeur, en se séparant des biens vendus sans en avoir reçu paiement, augmente l'ensemble des biens du constituant et a besoin d'une protection.

40. Les clauses de réserve de propriété présentent aussi certains inconvénients. La position de l'acheteur et de ses créanciers se trouve affaiblie et, en l'absence de publicité, les tiers doivent se fier aux déclarations de l'acheteur ou perdre du temps et de l'argent pour recueillir des informations auprès d'autres sources. Un autre inconvénient est que la réserve de propriété empêcherait l'acheteur d'utiliser les biens achetés pour consentir une sûreté de deuxième rang à un autre créancier ou du moins rendrait difficile la constitution d'une telle sûreté. Un autre inconvénient encore est que la réalisation par les autres créanciers de l'acheteur est impossible ou difficile sans le consentement du vendeur. Ces différentes raisons expliquent que, dans certains pays, les clauses de réserve de propriété sont traitées comme les sûretés mobilières à tous égards tandis que, dans d'autres, elles ne le sont que pour certains aspects (par exemple, elles sont soumises à publicité mais bénéficient d'un privilège spécial). Dans d'autres pays encore, les clauses de réserve de propriété sont sans effet à l'égard des tiers en général ou uniquement si elles concernent certains biens, comme les stocks, le principe étant que la réserve de propriété dont bénéficie le vendeur est incompatible avec l'octroi par ce dernier à l'acheteur du droit et du pouvoir de disposition de ces stocks.

41. Plusieurs options peuvent être envisagées. L'une est de conserver le caractère spécial de la réserve de propriété comme mécanisme de transfert de la propriété. Ainsi, la réserve de propriété ne serait soumise à aucune condition de forme ou publicité. Elle pourrait garantir des créances autres que le prix d'achat et porter également sur la production et le produit issus du bien réservé. Le vendeur pourrait, en cas de non-paiement de la fraction du prix d'achat restant à verser, se faire remettre les biens par l'acheteur et en disposer en tant que propriétaire, sans rien devoir à ce dernier, à l'exception de toute partie du prix déjà payée. De même, si l'acheteur devenait insolvable, l'administrateur de l'insolvabilité devrait régler la fraction du prix d'achat restée impayée pour obtenir la propriété. S'il choisit de ne pas payer, le vendeur pourrait se faire restituer les biens en tant que propriétaire ou exiger paiement de la fraction manquante (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, par. ...). Une autre option légèrement différente serait de préserver le caractère spécial de la clause de réserve de propriété mais d'en limiter les effets à savoir qu'elle servirait à garantir uniquement le paiement du prix d'achat du bien visé à l'exclusion de tout autre crédit et ne porterait que sur le bien acheté à l'exclusion du produit ou de la production issus de ce bien.

42. Une autre option encore consisterait à intégrer la réserve de propriété dans le régime ordinaire des sûretés mobilières. Les règles de constitution, de publicité, de priorité et de réalisation, même en cas d'insolvabilité de l'acheteur (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, par. ...) seraient ainsi les mêmes pour la réserve de propriété que pour les sûretés sans dépossession. Dans cette solution, pour les raisons mentionnées plus haut (voir par. 38), il serait possible d'accorder certains avantages au vendeur (par exemple, un droit de préférence à compter de la conclusion du contrat de vente dans lequel figure la clause de réserve de propriété ou à compter de la livraison). Une autre option encore serait de mettre la réserve de propriété exactement sur le même plan que n'importe quelle autre sûreté sans dépossession (sans octroyer aucun privilège au vendeur).

43. Les deux premières options mentionnées plus haut (voir par. 41) préserveraient, ou créeraient, un régime spécial pour la réserve de propriété en dehors d'un régime global de sûretés mobilières sans dépossession. Les clauses de réserve de propriété prendraient la forme de clauses spéciales dans les contrats de vente et le vendeur aurait un droit de préférence sur les autres créanciers de l'acheteur en cas de réalisation ou en cas d'insolvabilité de ce dernier. En particulier, la première option confère au vendeur (ou autre personne finançant le prix d'achat) des privilèges étendus, ce qui constitue un inconvénient pour les autres créanciers concurrents de l'acheteur, notamment en cas de réalisation et d'insolvabilité. Aucune publicité n'étant exigée, toutefois, les créanciers potentiels devraient prendre en compte dans leurs conditions de crédit le risque que les biens affectés en garantie soient soumis à une clause de réserve de propriété, ce qui pourrait avoir des conséquences négatives pour l'offre de crédit et le coût du crédit.

44. Les deux dernières options mentionnées plus haut (voir par. 42) correspondent davantage à un régime global de sûretés mobilières. Dans la législation sur les opérations garanties, la réserve de propriété serait traitée comme un mécanisme de sûreté. Dans d'autres législations (par exemple, la législation fiscale), elle pourrait demeurer un mécanisme de transfert de la propriété. La première option, en particulier, reconnaît que le vendeur qui vend à crédit mérite une certaine position privilégiée (il peut par exemple avoir un droit de préférence à compter de la conclusion de l'opération de vente correspondante), puisqu'il se défait du bien vendu et que, pour des raisons économiques (pour accroître les échanges et stimuler la croissance économique), il conviendrait d'encourager les ventes à crédit. D'un autre côté, dans l'intérêt des créanciers concurrents, le privilège légal pourrait être limité au prix d'achat du bien en question et aux seuls biens vendus. Pour les mêmes motifs, les droits sur le produit ou la production issus desdits biens, ou les sommes dues par l'acheteur autres que les créances issues du contrat de vente en question contenant une clause de réserve de propriété, ne bénéficieraient pas d'un tel privilège et seraient soumis aux règles applicables aux sûretés ordinaires (par exemple, elles ne prennent rang qu'à compter de l'enregistrement de l'opération correspondante).

45. Convertir la réserve de propriété en sûreté aux fins de la législation sur les opérations garanties renforcerait la position de l'acheteur puisque ce dernier pourrait constituer une sûreté (sans dépossession) de deuxième rang pour garantir un emprunt auprès d'un autre créancier. Cela pourrait aussi améliorer la position d'autres créanciers de l'acheteur en cas de réalisation de la sûreté sur le bien grevé et en cas d'insolvabilité de l'acheteur. La position du fournisseur ne serait pas nécessairement affaiblie du moins dans la mesure où les clauses de réserve de propriété bénéficieraient d'un privilège (à quelques exceptions près, en principe seule la réserve de propriété simple bénéficie d'un privilège). La position du fournisseur resterait inchangée en cas d'insolvabilité de l'acheteur car, que la réserve de propriété soit ou non assimilée à une sûreté, le fournisseur est protégé (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.6, par. ...). Néanmoins, il faudrait que le fournisseur enregistre l'opération (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, par. ...), et les clauses dites "toutes créances" de même que les clauses étendant la réserve de propriété au produit et à la production issus du bien réservé ne prendraient rang qu'à compter de leur enregistrement.

#### 4. Une sûreté mobilière globale et intégrée

46. L'instauration d'une sûreté unique, intégrée et globale sur toutes les catégories de biens meubles est née de la constatation que les différents types de sûretés sans dépossession mais également le gage traditionnel avec dépossession reposent sur quelques principes directeurs identiques. L'idée maîtresse est que le fond doit primer la forme. Ce n'est pas un hasard si cette idée a d'abord vu le jour dans des états fédéraux, comme les États-Unis d'Amérique et le Canada. L'Uniform Commercial Code ("UCC") américain, qui est une loi type adoptée par les 50 États, a ainsi créé une sûreté mobilière unique et globale en unifiant les multiples sûretés, avec et sans dépossession, constituées sur des biens meubles corporels et incorporels, y compris le transfert et la réserve de propriété, qui existaient dans la législation des États et dans la *common law*. L'idée a gagné le Canada, la Nouvelle-Zélande et quelques autres pays. La Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières suit à de nombreux égards une approche similaire tout comme la Loi modèle de la BERD, qui crée une "sûreté réelle" spécifique pouvant coexister avec d'autres mécanismes de garantie (par exemple, le crédit-bail) et assimile la réserve de propriété à une sûreté.

47. Un régime de sûretés global et intégré présente certains avantages. Premièrement, toutes les lois (souvent nombreuses) traitant des sûretés mobilières sans dépossession peuvent être fusionnées en un seul texte qui contiendrait ainsi des règles détaillées et cohérentes. Deuxièmement, les règles sur les sûretés mobilières avec dépossession, en particulier sur le gage avec dépossession, peuvent être incluses dans ce texte et, en même temps, être adaptées aux besoins du moment (par exemple, par l'instauration de la notion de "contrôle"). Troisièmement, les mécanismes de transfert de la propriété, comme le transfert de propriété à titre de sûreté et la réserve de propriété, peuvent être intégrés dans ce régime. Quatrièmement, des arrangements contractuels servant de sûreté, comme le crédit-bail, la vente et la revente, peuvent également être intégrés et traités dans ce régime.

48. La cohérence est généralement souhaitable en ce qui concerne le transfert de propriété et les cessions de créances de sommes d'argent à titre de sûreté. L'intégration de la réserve de propriété risque d'être plus controversée car ce mécanisme vise à favoriser le crédit fournisseur plutôt que le crédit bancaire ordinaire. L'objectif de cohérence peut néanmoins être atteint même dans le cadre d'un régime global et intégré grâce à des règles spéciales régissant la constitution de la clause de réserve de propriété, sa publicité, son rang, sa mise en œuvre et son traitement en cas d'insolvabilité (ou l'un quelconque de ces aspects).

49. La principale caractéristique d'une approche globale est que le fond l'emporte sur la forme, de sorte que les parties puissent recourir à tous les types possibles de sûretés mobilières pour obtenir un crédit. Si cette approche exige sans doute de redéfinir certaines opérations (par exemple, le transfert de propriété à titre de sûreté ou la réserve de propriété), du moins aux fins de la législation sur les opérations garanties, elle est dans l'intérêt des constituants, des créanciers garantis et des tiers, y compris le représentant de l'insolvabilité en cas d'insolvabilité du constituant. À défaut d'une telle approche, les parties pourraient se soustraire aux exigences de publicité et se prévaloir de voies de droit qui leur donneraient un avantage indu sur d'autres créanciers garantis.

50. En outre, dans cette approche, un créancier qui envisage de consentir un prêt garanti n'a pas à étudier les divers mécanismes de sûreté possibles ni à en évaluer les conditions et les limites, pas plus que les avantages et les inconvénients. De même, il est plus facile pour les créanciers du constituant ou pour le représentant de l'insolvabilité agissant pour le compte du constituant de mesurer leurs droits (et leurs obligations) vis-à-vis du créancier garanti s'ils n'ont à se référer qu'à un seul régime, caractérisé par une sûreté globale, et non à plusieurs régimes différents. Enfin, une telle approche réduira le coût de la constitution des sûretés et, par voie de conséquence, le coût du crédit garanti.

51. Dans un contexte international, la reconnaissance des sûretés créées dans un autre pays sera également facilitée si le pays dans lequel ont été transférés les biens grevés dispose d'une sûreté globale. Un tel système peut beaucoup plus facilement accepter une large gamme de sûretés étrangères, qu'elles revêtent un caractère spécialisé ou qu'elles soient également globales.

52. Techniquement, on peut procéder de deux manières pour mettre en place une sûreté mobilière globale et intégrée. La première serait de conserver et d'utiliser le nom des anciens mécanismes de sûreté, tels que le transfert de propriété. Toutefois, leur création et leurs effets en tant que sûretés seraient régis par un ensemble de règles intégré, tandis qu'ils pourraient continuer de produire pleinement leurs effets sur le droit de propriété à d'autres fins (par exemple fiscales ou comptables). La seconde manière, qui est légèrement différente, serait de compléter les règles applicables à certaines grandes catégories de contrats pouvant être utilisés à titre de sûreté, tels que la vente, le crédit-bail ou la cession, par une disposition générale prévoyant que, si une vente ou un crédit-bail sert à garantir une créance, certaines règles supplémentaires spécifiées s'appliquent (par exemple, en ce qui concerne la publicité ou la réalisation). Les deux manières de procéder ne diffèrent pas sur le fond quant aux effets attribués aux sûretés.

## **B. Résumé et recommandations**

53. Dans certaines situations concrètes, qui sont cependant limitées, le gage avec dépossession est une sûreté efficace (voir par. 13).

54. Un droit de rétention conventionnel, s'il s'accompagne pour le créancier de la faculté de vendre, fonctionne comme un gage avec dépossession (voir par. 14).

55. Les sûretés mobilières sans dépossession sont de la plus haute importance pour un régime moderne et efficace d'opérations garanties. Les constituants ont besoin de conserver la possession des biens grevés et les créanciers garantis ont besoin d'être protégés contre les créances concurrentes en cas de défaillance et, en particulier, d'insolvabilité du constituant (voir par. 15).

56. Compte tenu de l'importance croissante des biens meubles incorporels pour garantir le crédit et des règles souvent insuffisantes applicables à ce type de biens, il serait souhaitable d'élaborer un régime juridique moderne pour les sûretés sur des biens meubles incorporels. Un tel régime devrait être aussi proche que possible d'un régime de sûretés sans dépossession sur des biens meubles corporels pour diverses raisons: dans de nombreux cas, une sûreté est constituée sur l'ensemble des biens d'un débiteur, qu'ils soient corporels ou incorporels; dans les opérations liées aux

sûretés sur des biens meubles corporels (par exemple le financement de stocks ou de matériel), une sûreté peut être créée sur les biens meubles incorporels (par exemple, les droits de propriété intellectuelle); et les biens meubles incorporels peuvent être le produit de biens meubles corporels. En particulier, s'agissant des créances de sommes d'argent, les principes posés dans la Convention des Nations Unies sur la cession de créances (par exemple cessibilité des créances futures, validité d'une cession d'un ensemble de créances et des cessions faites en dépit de limitations contractuelles, protection du débiteur) devraient constituer la règle à suivre. Pour ce qui est des sûretés sur des biens meubles incorporels exclus ici, comme les valeurs mobilières, on pourrait se reporter aux travaux d'autres organisations.

57. En ce qui concerne les mécanismes de transfert de la propriété, comme le transfert et la réserve de propriété de biens corporels à titre de sûreté, ainsi que la cession de créances et d'autres biens meubles incorporels à titre de sûreté, il existe deux possibilités.

58. La première, si le pays opte pour un régime de sûretés global, prévoyant toutefois certaines exceptions, serait d'appliquer aux mécanismes de transfert de la propriété les règles gouvernant les sûretés. Ce régime pourrait, à titre d'exception, prévoir l'octroi d'un privilège spécial à un fournisseur (voire à une banque finançant l'achat d'un bien) au moyen d'une réserve de propriété devant éventuellement, dans certains cas, faire l'objet d'une notification aux créanciers déposée dans un registre public (voir A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.3, par. ...).

59. La deuxième possibilité, si le pays dispose déjà d'un régime juridique développé pour les mécanismes de transfert de la propriété mais pas pour les sûretés mobilières sans dépossession et qu'il ne souhaite pas adopter une approche globale et intégrée, serait d'envisager deux régimes distincts, l'un pour les sûretés sans dépossession et l'autre pour les mécanismes de transfert de la propriété. La constitution de tels mécanismes serait ainsi soumise aux règles en vigueur. Aucune publicité ne serait exigée, sauf en ce qui concerne les biens pour lesquels une inscription est prévue dans la législation en vigueur (par exemple, les navires et les aéronefs). Toutefois, en l'absence d'exigence de publicité, les créanciers potentiels devraient prendre en compte dans leurs conditions de crédit le risque qu'une clause de réserve de propriété existe, ce qui peut avoir une incidence négative sur l'offre de crédit et le coût du crédit (voir par. 43).

60. Pour ce qui est de la mise en œuvre d'une clause de réserve de propriété, dans cette deuxième possibilité, le vendeur pourrait se faire restituer les biens par l'acheteur et en disposer en tant que propriétaire, sans rien devoir à celui-ci (sauf toute fraction du prix d'achat déjà payée). En cas d'insolvabilité de l'acheteur, l'administrateur de l'insolvabilité devrait régler la fraction du prix d'achat restant à payer pour obtenir la propriété. S'il choisit de ne pas payer, le vendeur pourrait récupérer les biens en tant que propriétaire ou exiger, en tant que créancier chirographaire, le paiement de cette fraction manquante (voir par. 41).

61. En cas de réalisation d'un transfert de propriété à titre de sûreté dans cette deuxième possibilité, deux approches au moins sont possibles, car, même dans les pays qui n'adoptent pas une approche globale et intégrée, un tel transfert est généralement traité soit comme un mécanisme de transfert de la propriété proprement dit soit comme un mécanisme de sûreté (voir par.32). Lorsqu'il est traité comme un mécanisme de transfert de la propriété, le bénéficiaire du transfert est

autorisé à recouvrer sa créance en tant que propriétaire et n'a pas besoin de restituer au transférant tout surplus restant après disposition des biens grevés et extinction de sa créance. En cas d'insolvabilité, les biens n'entrent pas dans la masse mais l'administrateur peut exercer tout droit contractuel connexe. Lorsque le transfert de propriété est traité comme un mécanisme de sûreté, le créancier, après une vente publique ou privée des biens objets du transfert et après recouvrement de la créance garantie, doit restituer tout surplus. En cas d'insolvabilité, les biens entrent dans la masse et sont considérés comme étant grevés (voir par. 33 et 34). Une combinaison des deux approches (dans laquelle les transferts de propriété seraient traités comme tels, pour ce qui est de la constitution et de certains effets, et comme des mécanismes de sûreté, pour ce qui est de la réalisation et de l'insolvabilité) est également possible.

62. Il existe de bonnes raisons de remplacer un régime de sûretés mobilières reposant sur divers mécanismes spécifiques par un régime prévoyant une sûreté mobilière globale et intégrée (voir par. 46 à 52).